

# L'examen obligatoire et nécessaire de la capacité des candidats à un marché public

Dans le cadre de l'examen de la capacité des candidats, les acheteurs peuvent fixer des niveaux minimaux de capacités respectant les conditions textuelles et jurisprudentielles. Les candidats doivent quant à eux produire les documents imposés par l'acheteur à titre de moyen de preuve de leurs capacités.

Parfois reléguée au second rang par rapport à l'analyse des offres, l'examen de la capacité des candidats est pourtant une étape clé des procédures de passation des marchés publics car, au-delà d'être obligatoire, celle-ci permet à l'acheteur de s'assurer que son futur cocontractant sera suffisamment apte à exécuter les prestations faisant l'objet du marché qui lui sera notifié. Dans le cadre de ce contrôle, les acheteurs peuvent fixer des niveaux minimaux de capacités, dans le respect cependant des conditions posées par les textes et la jurisprudence. Les candidats doivent quant à eux produire les documents imposés par l'acheteur à titre de moyen de preuve de leurs capacités.

## L'obligation pour les acheteurs d'examiner les capacités des candidats nécessaires à l'exécution du marché

L'examen des offres, au regard de son importance pour les acheteurs et de son utilité pour l'efficacité de la commande publique et la bonne utilisation des deniers publics – cet examen permettant en effet de vérifier la solidité des entreprises et, par la même, de diminuer les risques d'inexécution du marché –, est donc une étape obligatoire qui est cependant conditionnée.

### Auteur

**Yvonnick Le Fustec**  
Avocat à la Cour  
SCP Seban et Associés

### Mots clés

Niveaux minimaux de capacités • Objet du marché • Preuves de la capacité

## L'examen de la capacité des candidats : une étape obligatoire dans la passation des marchés

Il est vrai, les textes qui régissent l'examen de la capacité des candidats ne précisent pas que cette phase de la procédure de passation est obligatoire. Mais, relevons tout de même que l'article R. 2144-7 du Code de la commande publique (ci-après, « CCP ») dispose que « si un candidat ou un soumissionnaire (...) ne satisfait pas aux conditions de participation fixées par l'acheteur (...) sa candidature est déclarée irrecevable et le candidat est éliminé ». Il ressort donc de ce texte qu'un acheteur ne peut analyser les offres des seuls candidats qui satisfont aux conditions de participations, de sorte qu'il se doit de contrôler le respect de ces conditions.

C'est en réalité la jurisprudence qui a clairement posé cette obligation, étant jugé de manière constante que « le pouvoir adjudicateur doit contrôler les garanties professionnelles, techniques et financières des candidats à l'attribution d'un marché public » et que l'absence de contrôle de ces garanties rend la procédure irrégulière<sup>(1)</sup>. Cette obligation vaut également pour les marchés faisant l'objet d'une procédure adaptée<sup>(2)</sup>.

## L'examen de la capacité des candidats : une étape encadrée

Si les acheteurs sont tenus de procéder à l'examen des capacités des candidats, ils se doivent néanmoins de le faire dans les conditions prévues par les textes et la jurisprudence.

À ce titre, rappelons tout d'abord qu'en vertu de l'article L. 2142-1 du CCP - succédant à l'article 51 de l'ordonnance n° 2015-899 du 23 juillet 2015 -, les acheteurs ne peuvent « imposer aux candidats des conditions de participation à la procédure de passation autres que celles propres à garantir qu'ils disposent de l'aptitude à exercer l'activité professionnelle, de la capacité économique et financière ou des capacités techniques et professionnelles nécessaires à l'exécution du marché ».

Il ressort donc de ce texte que les capacités pouvant être examinées par l'acheteur sont réparties selon trois grandes catégories :

- l'aptitude à exercer l'activité professionnelle, pour laquelle les candidats doivent démontrer qu'ils disposent de l'expérience et du savoir-faire technique nécessaire à l'exécution du marché, ainsi que, le cas échéant, du droit

à exercer l'activité professionnelle lorsque le marché porte sur des prestations réglementées<sup>(3)</sup> ;

- la capacité économique et financière, pour laquelle les candidats doivent prouver leur solvabilité et la solidité de l'entreprise ;

- les capacités techniques, pour lesquelles les candidats doivent démontrer qu'ils disposent des moyens techniques leur permettant d'exécuter le marché (outillage, véhicules, effectifs...).

Précisons ici qu'il est une jurisprudence constante selon laquelle l'acheteur doit se limiter à ces trois catégories de conditions de participation afin d'examiner les capacités des candidats<sup>(4)</sup>. En revanche, notons que la nouvelle réglementation de la commande publique autorise l'acheteur à sélectionner, entre les trois catégories précitées, celle(s) qui présentent le lien le plus direct avec l'objet du marché. Il s'agit d'une évolution puisque, sous l'empire de l'ancien code des marchés publics, l'acheteur ne pouvait se limiter, par exemple, à exiger des candidats qu'ils prouvent leur seule capacité professionnelle sans exiger de références aux garanties techniques ou financières<sup>(5)</sup>.

Ensuite, et toujours en vertu de l'article L. 2142-1 du CCP, l'acheteur est tenu de veiller à ce que les conditions qu'il impose pour l'examen de la capacité des candidats soient « liées et proportionnées à l'objet du marché ou à ses conditions d'exécution ». Cette exigence est issue de la jurisprudence<sup>(6)</sup> et vise donc à éviter que les acheteurs n'imposent des conditions de participation qui tendraient à limiter l'accès des opérateurs aux marchés.

De plus, et cela paraît évident, l'acheteur doit veiller à communiquer aux candidats les conditions de participation que ces derniers doivent remplir. C'est d'ailleurs ce qu'impose l'article R. 2142-1 du CCP disposant bien que « les conditions de participation à la procédure de passation relatives aux capacités du candidat mentionnées à l'article L. 2142-1, ainsi que les moyens de preuve acceptables, sont indiqués par l'acheteur dans l'avis d'appel à la concurrence ou dans l'invitation à confirmer l'intérêt ou, en l'absence d'un tel avis ou d'une telle invitation, dans les documents de la consultation ».

Enfin, l'acheteur étant, nous l'avons évoqué, tenu de rejeter comme irrecevables les candidatures qui ne satisfont pas aux conditions de participation, le juge sanctionne l'attribution d'un marché à un opérateur dont la candidature ne répond pas aux conditions de participation. En effet, il a été jugé que l'acheteur qui attribue un

(1) CE 28 mars 2008, Communauté urbaine de Lyon, req. n° 303779 ; CE 21 février 2014, Sociétés AD3 et Les Lavandières, req. n° 373096.

(2) Voir en ce sens CE 29 avril 2011, Garde des Sceaux et des Libertés, req. n° 344617 ; CAA Lyon 17 mars 2016, M. C, req. n° 14LY03270.

(3) Voir sur ce point, et à titre d'exemple, la décision CE 4 avril 2018, Sté Altraconsulting, req. n° 415946 relative à un marché portant sur des prestations de consultation juridique et de rédaction d'actes sous seing privé, régies par la loi n° 71-1130 du 31 décembre 1971.

(4) CE 10 mai 2006, Société Bronzo, req. n° 281976.

(5) CE 29 avril 2011, Garde des Sceaux c/ Sté IGN, req. n° 344617A.

(6) Voir notamment CE 30 juin 2004, Min. Équip., Transport, Log., Tourisme et Mer c/ Fourgeaud, req. n° 261919 ; CE 10 mai 2006, Sté Bronzo, précité.

marché à un opérateur dont la candidature aurait dû être rejetée pour non satisfaction aux conditions de participation s'expose, d'une part, à une remise en cause de la procédure de passation dans le cas d'un référé pré-contractuel et, d'autre part, à une résiliation du marché dans le cas d'un recours en contestation de la validité du marché<sup>(7)</sup>.

Ceci étant, précisons que dans l'hypothèse où il ne fixe pas de niveaux minimaux de capacité, l'acheteur ne peut rejeter que les candidatures qui sont manifestement irrecevables, c'est-à-dire celles dont les capacités sont, à l'évidence, et sans qu'il soit besoin d'un examen approfondi du dossier de candidature, insuffisantes pour assurer l'exécution des prestations faisant l'objet du marché<sup>(8)</sup>.

## La possibilité d'imposer des niveaux minimaux de capacité liés et proportionnés à l'objet du marché

Afin de contrôler leur capacité à exécuter un marché, l'acheteur peut, en fonction de l'importance du marché et sous certaines conditions, exiger des candidats qu'ils satisfassent à des niveaux minimaux de capacité.

### L'absence d'obligation de fixer des niveaux minimaux de capacité

Il importe tout d'abord de rappeler que les acheteurs n'ont aucune obligation de fixer de tels niveaux minimaux<sup>(9)</sup>.

Et il est logique qu'il ne s'agisse que d'une simple faculté puisqu'il n'est pas nécessaire d'imposer des niveaux minimaux de capacité pour tous les marchés, cela dépendant en effet de l'objet et du montant de chaque marché.

### L'obligation de publier les niveaux minimaux de capacité

De manière évidente, les niveaux minimaux de capacité doivent, en application de l'article R. 2142-1 du CCP, être publiés par l'acheteur dans l'avis d'appel à la concurrence ou dans l'invitation à confirmer l'intérêt ou, en l'absence d'un tel avis ou d'une telle invitation, dans les documents de la consultation.

En effet, un acheteur ne saurait rejeter une candidature au motif qu'elle ne répondrait pas à des niveaux minimaux de capacité dont le candidat n'aurait pas eu connaissance.

(7) Voir not. CAA Marseille 3 Mai 2017, Société Appligos, req. n° 16MA00920.

(8) Voir not. CE 20 mai 2009, Commune Fort-de-France, req. n° 311379.

(9) Voir en ce sens CE 8 août 2008, Région Bourgogne, req. n° 307143.

## Les niveaux minimaux doivent être liés et proportionnés à l'objet du marché

Selon une jurisprudence constante<sup>(10)</sup>, depuis codifiée au sein de l'article R. 2142-2 du CCP - et avant au sein de l'article 44 du décret n° 2016-360 du 25 mars 2016 -, les acheteurs qui décident de fixer des niveaux minimaux de capacité ne peuvent donc « exiger que des niveaux minimaux liés et proportionnés à l'objet du marché ou à ses conditions d'exécution ». Cette condition a pour objectif, une nouvelle fois, d'éviter que les acheteurs imposent des niveaux minimaux dans le but de limiter l'accès aux marchés publics de manière excessive<sup>(11)</sup>.

Bien évidemment, le respect de cette condition est contrôlé par le juge administratif. Certes, ce dernier n'exerce en la matière qu'un contrôle restreint visant à sanctionner la seule erreur manifeste d'appréciation commise par l'acheteur<sup>(12)</sup>. Mais il n'en demeure pas moins que le juge administratif a pu, par exemple, considérer comme disproportionné le fait d'imposer aux candidats la production d'extraits de bilan pour les trois derniers exercices alors que le marché a une durée d'exécution, période de garantie incluse, de trois mois<sup>(13)</sup>. Notons encore que, selon notamment le considérant 97 de la directive 2014/24/UE du 26 février 2014, les acheteurs ne peuvent exiger des candidats qu'ils fournissent des renseignements relatifs à la politique générale de l'entreprise menée en matière sociale ou environnementale.

À l'inverse, le juge a eu l'occasion de valider l'exigence de détention d'un équipement particulier ou d'un nombre minimum de certains outils spécifiques lorsque cela est nécessaire à l'exécution des prestations objet du marché. À titre d'exemple, il a été jugé que l'obligation faite aux candidats de disposer de douze fourgons équipés de panneaux à messages variables dans le cadre d'un marché de signalisation routière n'était pas sans lien avec l'objet du marché ni disproportionné par rapport à celui-ci<sup>(14)</sup>. En revanche, il ressort de cette même décision que l'acheteur ne saurait imposer aux candidats d'être propriétaire du matériel nécessaire à l'exécution du marché, le Conseil d'État ayant retenu dans cette affaire « qu'il ressortait des pièces du dossier (...), d'une part, que la diversité des messages potentiels à diffuser par le cocontractant comme l'étendue du réseau routier pouvaient justifier l'exigence d'une dotation minimale

(10) Voir notamment CE 17 novembre 2006, ANPE, req. n° 290712 ; CE 8 août 2008, Centre hospitalier Edmond Garcin, req. n° 309652.

(11) Voir en ce sens CE 30 juin 2004, min. Équip., Transport, Log., Tourisme et Mer c/ Fourgeaud, req. n° 261919 ; CE 10 mai 2006, Sté Bronzo, précité ; CE 17 novembre 2006, Agence nationale pour l'emploi, req. n° 290712 ; CAA Bordeaux 18 décembre 2012, Dpt Réunion, req. n° 11BX01413.

(12) Voir notamment CE 7 mai 2013, Sté Segex, req. n° 365706, Rec. CE ; CE 25 mai 2018, Département des Yvelines, req. n° 417869.

(13) CE 21 février 2014, Sociétés AD3 et Les Lavandières, Centre départemental gériatrique de l'Indre, req. n° 373096 et 373116.

(14) CE 7 mai 2013, Sté Segex, Sté Aximum, req. n° 365706.

importante en véhicules de ce type et, d'autre part, que ces matériels pouvaient être aisément acquis ou loués par les candidats pour satisfaire aux niveaux de capacité technique ainsi exigés ».

Enfin, relevons que lorsqu'il fixe des niveaux minimaux de capacités liés et proportionnés à l'objet du marché, l'acheteur est dans l'obligation de rejeter les candidatures qui ne satisfont pas à ces niveaux minimaux.

### Les précisions du Code de la commande publique relatives aux niveaux minimaux de capacité

Le Code de la commande publique apporte en effet plusieurs précisions quant aux niveaux minimaux de capacité que l'acheteur peut imposer pour chaque catégorie de condition de participation.

D'une part, s'agissant des conditions relatives aux capacités économiques et financières, le code prévoit que « l'acheteur peut notamment exiger que les opérateurs économiques réalisent un chiffre d'affaires annuel minimal, notamment dans le domaine concerné par le marché »<sup>[15]</sup> mais que « le chiffre d'affaires minimal exigé ne peut être supérieur à deux fois le montant estimé du marché ou du lot, sauf justifications liées à son objet ou à ses conditions d'exécution »<sup>[16]</sup>.

Selon le même article R. 2142-7 : « les raisons pour lesquelles un chiffre d'affaires annuel minimal supérieur à ce plafond est exigé figurent dans les documents de la consultation ou, à défaut : 1° sont indiquées dans le rapport de présentation mentionné aux articles R. 2184-1 à R. 2184-6 pour les pouvoirs adjudicateurs ; 2° sont conservées dans les conditions des articles R. 2184-7 à R. 2184-11 pour les entités adjudicatrices ».

À ce titre, notons que, pour fixer ce chiffre d'affaire minimal, l'acheteur doit veiller à ce que l'estimation du montant du marché soit suffisamment réaliste afin de ne pas fixer un chiffre d'affaires minimal qui soit disproportionné<sup>[17]</sup>.

Précisons par ailleurs que le juge opère un contrôle poussé sur les justifications qui sont apportées par l'acheteur pour exiger des candidats qu'ils réalisent un chiffre d'affaires minimal supérieur à deux fois le montant estimé du marché ou du lot. Il a ainsi pu être jugé qu'en imposant aux candidats au marché de réaliser « un chiffre d'affaires, sur trois années consécutives, égal à vingt-quatre fois le seuil minimal du marché, qui seul engage la collectivité, et à six fois son seuil maximal » et « alors qu'elle n'a fourni aucun élément établissant que cette exigence était rendue nécessaire par l'objet du marché et la nature des prestations à réaliser, la Commune de Brunoy a méconnu les obligations de mise

en concurrence auxquelles était soumise la passation du marché en litige ; que cette méconnaissance est de nature à entraîner l'annulation dudit marché »<sup>[18]</sup>.

Ceci étant précisé, rappelons que l'article R. 2142-8 du CCP prévoit qu'en cas de marché alloti : « le plafond mentionné à l'article R. 2142-7 s'applique pour chacun des lots. Toutefois, l'acheteur peut exiger un chiffre d'affaires annuel minimal pour des groupes de lots, dans l'éventualité où un titulaire se verrait attribuer plusieurs lots à exécuter en même temps ».

Et, l'article R. 2142-9 du CCP dispose quant à lui que « pour les accords-cadres, le plafond mentionné à l'article R. 2142-7 est calculé sur la base du montant total maximal des marchés subséquents ou des bons de commande dont l'exécution par un même titulaire pourrait être effectuée concomitamment ou, si ce montant ne peut être estimé, sur la base de la valeur totale estimée des marchés passés sur le fondement de l'accord-cadre ou des bons de commande susceptibles d'être attribués à un même titulaire pendant la durée de validité de l'accord-cadre ».

D'autre part, et s'agissant cette fois des conditions relatives aux capacités techniques et professionnelles, l'article R. 2142-13 du CCP prévoit que « l'acheteur peut imposer des conditions garantissant que les opérateurs économiques possèdent les ressources humaines et techniques et l'expérience nécessaires pour exécuter le marché en assurant un niveau de qualité approprié ».

Ce même article précise que « à cette fin, dans les marchés de services ou de travaux et les marchés de fournitures nécessitant des travaux de pose ou d'installation ou comprenant des prestations de service, l'acheteur peut imposer aux candidats qu'ils indiquent les noms et les qualifications professionnelles pertinentes des personnes physiques qui seront chargées de l'exécution du marché en question ».

Et, en vertu de l'article R. 2142-14, « l'acheteur peut exiger que les opérateurs économiques disposent d'un niveau d'expérience suffisant, démontré par des références adéquates provenant de marchés exécutés antérieurement ».

### Les moyens offerts aux candidats pour prouver leurs capacités

Si les acheteurs ont donc l'obligation de procéder à un examen de la capacité des candidats, cela implique qu'ils déterminent et publient les documents que les candidats doivent produire afin de prouver leurs capacités.

Précisons d'emblée que, à l'instar de ce qui prévaut pour les conditions de participation, les moyens de preuve des capacités doivent, en vertu de l'article R. 2142-1 du CCP, être « indiqués par l'acheteur dans l'avis d'appel

[15] CCP, art. R. 2142-6.

[16] CCP, art. R. 2142-7.

[17] Voir en ce sens CE 13 juin 2016, Société Latitudes, req. n° 396403.

[18] CAA Versailles 25 Mai 2010, Commune de Brunoy, req. n° 08VE02066.

à la concurrence ou dans l'invitation à confirmer l'intérêt ou, en l'absence d'un tel avis ou d'une telle invitation, dans les documents de la consultation ».

Surtout, les acheteurs ne peuvent pas exiger n'importe quel type de document. En effet, les acheteurs peuvent seulement solliciter la production de documents relatifs aux conditions de participation imposées dans les documents de la consultation et, il résulte de l'article R. 2143-11 du CCP que « pour vérifier que les candidats satisfont aux conditions de participation à la procédure, l'acheteur peut exiger la production des renseignements et documents dont la liste figure dans un arrêté annexé au présent code ».

Ainsi, l'évaluation des capacités professionnelles, techniques et financières des candidats ne peut se faire qu'à l'appui de tout ou partie des documents énumérés par l'arrêté du 22 mars 2019 fixant la liste des renseignements et des documents pouvant être demandés aux candidats aux marchés publics, ayant été jugé que les acheteurs ne peuvent exiger d'autres documents que ceux figurant sur cette liste, quand bien même ceux-ci présenteraient un intérêt pour l'examen de la capacité des candidats<sup>[19]</sup>.

En revanche, il est une jurisprudence constante selon laquelle les opérateurs qui sont dans l'impossibilité objective de produire les documents et les renseignements exigés par l'acheteur - notamment les sociétés nouvellement créées -, doivent pouvoir justifier de leurs capacités financières et de leurs références par tout autre moyen<sup>[20]</sup>, étant d'ailleurs prévu à l'article R. 2143-5 du CCP que « lorsqu'il demande à un candidat de fournir un certificat, une attestation ou tout autre document prouvant qu'une exigence a été satisfaite, l'acheteur accepte tout document équivalent d'un autre État membre de l'Union européenne ».

Ajoutons au sujet des références relatives à l'exécution de marchés de même nature que, selon une règle issue de la jurisprudence<sup>[21]</sup> et reprise par l'article R. 2142-14 du CCP, leur absence dans le dossier de candidature ne peut justifier, à elle seule, l'élimination du candidat. Cette règle, qui vise à préserver le libre accès à la commande publique en permettant essentiellement la candidature des entreprises récentes - lesquelles étant le plus souvent dans l'impossibilité de prouver leurs références -, doit donc conduire les acheteurs à s'appuyer

sur d'autres renseignements afin d'examiner la capacité de ces opérateurs.

À titre d'exemples, les acheteurs peuvent prendre en compte l'expérience antérieure du gérant<sup>[22]</sup> ou encore une description suffisamment précise des moyens humains et matériels qu'un autre opérateur économique s'engage à mettre à la disposition du candidat pour l'exécution du marché<sup>[23]</sup>. Il est également possible pour une société en cours de constitution de candidater à l'attribution d'un marché public à la condition que les références et les attestations exigées par l'acheteur public puissent être vérifiées au niveau des associés<sup>[24]</sup>.

Enfin, et toujours dans l'objectif de préserver le libre accès à la commande publique, notamment pour les PME et les sociétés de création nouvelle, l'article R. 2142-3 du CCP permet aux opérateurs économiques d'avoir recours « aux capacités d'autres opérateurs économiques, quelle que soit la nature juridique des liens qui l'unissent à ces opérateurs ». Notons ici que le recours à des opérateurs tiers ne se limite pas aux relations de sous-traitance, la notion d'entreprise liée faisant référence certes à la sous-traitance mais aussi à la cotraitance, au recours à une filiale ou à une entreprise partenaire<sup>[25]</sup>.

Cependant, et selon le même article, l'acheteur peut, en pareil cas, « exiger que les opérateurs économiques concernés soient solidairement responsables dans la mesure où cela est nécessaire à la bonne exécution du marché. Dans ce cas, l'acheteur justifie cette exigence dans les documents de la consultation ».

De plus, lorsqu'un candidat s'appuie sur les capacités d'autres opérateurs, celui-ci doit, aux termes de l'article R. 2143-12 du CCP, « justifier des capacités de ce ou ces opérateurs économiques et apporter la preuve [par tout moyen approprié] qu'il en disposera pour l'exécution du marché ». Mais le candidat ne peut se borner à apporter une simple description des capacités de l'opérateur économique, ayant été jugé que la capacité des opérateurs économiques à exécuter le marché n'est pas prouvée lorsque le candidat se limite à décrire les capacités techniques de cet opérateur et à produire un document attestant que ce dernier se serait engagé à mettre à sa disposition les moyens de production nécessaires à l'exécution du marché pendant toute sa durée<sup>[26]</sup>.

[19] CE 21 novembre 2007, Département de l'Orne, req. n° 291411, *Rec. CE*, p. 940 ; CE 11 avril 2014, Min. Défense, req. n° 375245.

[20] CE 10 mai 2006, Sté Bronzo, précité ; CE, 9 mai 2012, Cne Saint-Benoît, req. n° 356455.

[21] CAA Versailles 11 juin 2015, Office de coordination des transports pour la santé, req. n° 13VE02791 ; CE 16 juin 2015, Cne Montpellier, req. n° 388596.

[22] CAA Nantes 6 juillet 2018, Sté Valeurs Culinaires, req. n° 17NT01247.

[23] CAA Versailles 11 juin 2015, Office de coordination des transports pour la santé, req. n° 13VE02791.

[24] CE 28 juillet 2004, SA Casimir Tahiti Airport Duty Free Shop, req. n° 230115.

[25] Voir en ce sens Rép. min. n° 08575 et 24854, *JOAN* 6 mars 2007, p. 2421.

[26] CAA Paris 8 mars 2011, Sté Éts Carré, req. n° 09PA02791.