

Modalités de vérification des candidatures et régularisation : un processus maîtrisé mais toujours essentiel

La vérification des éléments de candidature demeure aujourd'hui une phase essentielle. En suivant la chronologie de déroulement de la procédure de passation, quelles sont les modalités de vérification et, le cas échéant, de régularisation des candidatures ?

Auteur

Olivier Metzger

Avocat
Cabinet Seban et Associés

Mots clés

Régularisation des candidatures • Procédure ouverte •
Procédure restreinte • Traitement des plis

Longtemps constitutive de la première étape de vérification et d'analyse des éléments transmis par les opérateurs économiques candidats dans le cadre des procédures de passation des marchés publics, la vérification des éléments de candidature demeure aujourd'hui une phase essentielle pour toute mise en concurrence. Si un socle de règles communes trouve à s'appliquer à toute procédure, la vérification des candidatures demeure marquée par des différences et un degré d'importance intrinsèquement liés au type de marché public considéré ainsi qu'à la procédure que l'acheteur décide de mettre en œuvre.

En retenant le cas des marchés publics autres que de défense ou de sécurité, le présent article tentera de dresser un panorama exhaustif des règles tenant actuellement aux modalités de vérification et, le cas échéant, de régularisation des candidatures en faisant une présentation suivant une logique de chronologie de déroulement de la procédure de passation.

Vérifications des candidatures : l'existence d'un processus en plusieurs étapes

À titre liminaire, il convient de préciser que dans le cadre des développements à suivre, la question de la vérification des motifs d'exclusion ne sera pas abordée, cette dernière étant traitée par ailleurs⁽¹⁾. Il en ira de même s'agissant du détail relatif à la vérification des capacités des candidats⁽²⁾.

Ce préalable effectué, il est utile de rappeler que si la vérification des candidatures n'est pas un processus unique puisqu'il sera appliqué différemment en fonction de la procédure retenue, il est en revanche un processus conçu comme se déroulant en étapes successives dont plusieurs ne concernent en réalité que certaines procédures de passation.

Le point de départ de la vérification des candidatures est le même pour toutes les procédures de publicité et de mise en concurrence préalables à la passation d'un marché public. Il s'agit en effet de la vérification que le pli adressé a été reçu dans les délais imposés par l'acheteur. En effet, dans le cadre de toute procédure, et dans les conditions prévues par l'article R. 2143-1 du Code de la commande publique (CCP) l'acheteur va impartir aux opérateurs économiques un délai pour faire acte de candidature⁽³⁾. Conformément à l'article R. 2143-2 du CCP, tout pli arrivé hors délais doit être éliminé, étant précisé que cela est insusceptible de faire l'objet d'une régularisation. L'énoncé de cette règle est simple et le travail de vérification de l'acheteur public ne semble pas empreint d'une difficulté d'analyse particulière. En effet, à l'heure où le mode de transmission électronique constitue la règle et le cas général, le travail d'analyse sur ce point semble davantage relever du profil acheteur - qui va horodater le pli - que de l'acheteur. Pourtant, tout travail d'analyse et de réflexion n'a pas disparu avec la dématérialisation, bien au contraire. La question du traitement d'un pli qui a commencé à être déposé avant la date et l'heure limites de réception mais dont le dépôt a été achevé après - ce qui est possible le profil acheteur devant nécessairement permettre cela - est ouverte. La Direction des affaires juridiques du ministère de l'Économie, des Finances, de l'Action et des Comptes publics (ci-après la DAJ) semble d'ailleurs avoir des difficultés à trancher cette question. Si de manière très claire la fiche technique relative à « l'examen des candidatures »⁽⁴⁾ indique que de tels plis « peuvent être acceptés par la plateforme, mais [que] l'acheteur est tenu de les rejeter », « (...) un tel envoi électronique doit être considéré

comme transmis hors délai, quelle que soit la procédure », le Guide très pratique de la dématérialisation des marchés publics pour les acheteurs⁽⁵⁾ adopte une position plus souple indiquant que l'acheteur, dans un tel cas et dans l'hypothèse de l'existence d'une copie de sauvegarde, doit ouvrir cette dernière : « Si la transmission du pli a commencé avant la fin du délai, mais s'est achevée après ce délai, et si une copie de sauvegarde a été reçue dans ce délai, elle doit être ouverte ».

Une fois cette première étape relative à l'heure et la date de réception, l'acheteur doit ensuite vérifier les conditions dans lesquelles le pli a été adressé. En d'autres termes, il convient de vérifier si les documents ont été transmis selon le mode de communication requis. Aujourd'hui, l'obligation de dématérialisation de la procédure de passation des marchés est le principe pour l'ensemble des procédures lorsque la valeur estimée du besoin est supérieure ou égale à 25 000 € HT⁽⁶⁾. Que doit faire l'acheteur confronté à la réception d'un pli papier lorsque l'envoi dématérialisé était requis ? Sur cette question, la position de la DAJ semble être tranchée. Dans une telle hypothèse, l'acheteur serait en droit - sans que cela ne constitue une obligation ainsi que nous le verrons infra - de procéder à une régularisation sur le fondement de l'article R. 2144-2 du CCP. En effet, et s'agissant des candidatures, cela est clairement exprimé par l'article R. 2144-2. La question semble en revanche plus ouverte s'agissant des offres. L'avis de la doctrine sur le sujet est en effet des plus contrastés, de nombreux auteurs et praticiens s'interrogeant sur le caractère irrégulier d'un tel pli - ce qui sous-entend une faculté de régularisation - ou au contraire l'assimilation d'un tel pli à une absence d'offre. En l'absence de jurisprudence, il est possible d'appeler les acheteurs à la prudence s'ils devaient être confrontés à un tel cas. Sur un plan de pure réflexion, il est possible de s'interroger sur le fait que cette possibilité de régularisation en demandant une dématérialisation du pli papier reçu ne serait in fine une dérogation trop simple d'utilisation - tant pour les opérateurs économiques que les acheteurs - et qui partant ferait perdre grandement de son intérêt au fait d'imposer le « full dématérialisation ».

La chronologie d'analyse impose à l'acheteur de procéder ensuite véritablement à l'analyse du contenu des candidatures reçues. En effet, en application de l'article R. 2144-1 du CCP, « L'acheteur vérifie les informations qui figurent dans la candidature, y compris en ce qui concerne les opérateurs économiques sur les capacités desquels le candidat s'appuie. Cette vérification est effectuée dans les conditions prévues aux articles R. 2144-3 à R. 2144-5 ».

Lors de cette phase d'analyse la méthode que doit retenir l'acheteur est la suivante : l'acheteur doit éliminer les candidats dont le dossier de candidature est incomplet, sauf mise en œuvre de la faculté d'en demander la

(1) Cf. dans ce numéro, Ph. Guellier et A. Ekinici, « Exclusion de la procédure de passation et modalités de vérification des motifs d'exclusions ».

(2) Cf. dans ce numéro, Y. Le Fustec, « L'examen obligatoire et nécessaire de la capacité des candidats à un marché public ».

(3) Ce délai doit être conforme aux délais minimums fixés par le Code de la commande publique.

(4) Version du 1^{er} avril 2019.

(5) V4 avril 2019.

(6) Des exceptions à ce principe existent mais elles ne seront pas ici abordées.

régularisation, ensuite et si l'acheteur a fixé des niveaux minimaux de capacités, il doit éliminer les candidats qui démontrent qu'ils n'atteignent pas ces niveaux minimaux, enfin, s'il n'a pas fixé de niveaux minimaux de capacité, l'acheteur élimine les candidats qui ne disposent manifestement pas des capacités suffisantes pour exécuter le marché public.

Avant de détailler ce processus, il est intéressant de noter que, dans le cadre d'une procédure de passation « ouverte », l'analyse des candidatures est complète une fois ces différentes étapes effectuées.

La question de la définition des niveaux minimaux de capacités reste délicate dans le cadre des procédures de passation des marchés publics.

Conformément à l'article R. 2142-2 du CCP, « lorsque l'acheteur décide de fixer des niveaux minimaux de capacité, il ne peut exiger que des niveaux minimaux liés et proportionnés à l'objet du marché ou à ses conditions d'exécution ». S'agissant des capacités économiques et financières, le sujet est relativement balisé dans la mesure où les articles R. 2142-6 et suivants du CCP précisent le montant maximum de chiffres d'affaires pouvant être exigé a minima des candidats. Bien qu'évoquée également par le CCP en ses articles R. 2142-13 et suivants, la question des exigences pouvant être formulées par l'acheteur concernant les conditions relatives aux capacités techniques et professionnelles reste plus ouverte dans la mesure où l'appréciation est nécessairement plus subjective.

En l'absence de niveaux minimaux définis dans les documents de la consultation, l'acheteur ne pourra procéder qu'à l'élimination des candidats 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 public^[7].

En tout état de cause, l'analyse menée par l'acheteur se fait sur la base des éléments exigés dans les documents de la consultation et qui auront été transmis par l'opérateur économique candidat. S'agissant de ces documents, l'acheteur ne peut exiger que la production des renseignements et documents figurant sur la liste établie par arrêté du ministre chargé de l'Économie^[8]. Les candidats ne sont toutefois pas tenus de fournir les documents justificatifs et moyens de preuve que l'acheteur peut obtenir directement par le biais d'un système électronique de mise à disposition d'informations administré par un organisme officiel ou d'un espace de stockage numérique, à condition que figurent dans le dossier de candidature toutes les informations nécessaires à la consultation de ce système ou de cet espace et que l'accès à ceux-ci soit gratuit et, dans les procédures formalisées, les documents justificatifs et moyens de preuve qui leur ont déjà

été transmis dans le cadre d'une précédente consultation et qui demeurent valables si l'acheteur l'a prévu dans l'avis d'appel à la concurrence ou dans un autre document de la consultation. Dans le cadre des procédures formalisées, les candidats ne sont pas tenus de fournir les documents justificatifs et moyens de preuve qui ont déjà été transmis au service acheteur concerné lors d'une précédente consultation et qui demeurent valables.

Dans l'hypothèse d'une procédure « restreinte », l'analyse des candidatures peut nécessiter un travail plus poussé. En effet, en procédure restreinte, l'acheteur sélectionne les candidats qui seront invités à participer à la suite de la procédure et cette sélection peut s'opérer selon différents modes. Ainsi, l'acheteur peut se « contenter » de fixer des niveaux minimaux de capacités et exclure - comme cela est possible dans le cadre des procédures ouvertes - les candidats n'atteignant pas les niveaux définis. Alternativement ou en plus, l'acheteur peut prévoir la réduction du nombre de candidats admis à présenter une offre, négocier ou participer au dialogue, cette réduction devant alors s'opérer sur la base de critères objectifs et non-discriminatoires qui doivent être mentionnés dans l'avis d'appel à la concurrence ou dans l'invitation à confirmer l'intérêt.

En d'autres termes, et dès lors que l'acheteur choisit de limiter le nombre d'opérateurs économiques amenés à poursuivre plus avant la procédure, il devra, dès lors que le nombre candidats atteignant les niveaux minimaux de capacités définis ou, en l'absence de tels niveaux, ne présentant pas manifestement un défaut de capacité à exécuter les prestations objets du marché disposant, procéder à un classement des candidatures reçues selon les critères définis et à l'élimination des candidatures surnuméraires.

La régularisation des candidatures : une simple faculté

Confrontés à une candidature incomplète ou méconnaissance les exigences formulées dans les documents de la consultation, l'acheteur ne s'en trouve pas nécessairement sans solution et tenu de rejeter la candidature reçue.

L'article R. 2144-2 du CCP prévoit en effet que « l'acheteur qui constate que des pièces ou informations dont la présentation était réclamée au titre de la candidature sont absentes ou incomplètes peut demander à tous les candidats concernés de compléter leur dossier de candidature dans un délai approprié et identique pour tous ». Le second alinéa précise que cette régularisation trouve à s'appliquer aux candidatures reçues sous format papier alors même que l'exigence de dématérialisation s'imposait : « les dispositions du premier alinéa s'appliquent dans le cas où l'acheteur constate qu'une candidature a été présentée en méconnaissance de l'article R. 2132-7 ».

Si la possibilité donnée aux candidats de « régulariser » leur candidature porte sur l'ensemble des éléments de celle-ci, le fondement juridique de la régularisation diffère.

[7] CE, 20 mai 2009, Commune de Fort-de-France, req. n° 311379.

[8] Arrêté du 22 mars 2019 fixant la liste des renseignements et des documents pouvant être demandés aux candidats aux marchés publics.

En effet, l'article précité ne concernerait que les éléments « administratifs » ou se rapportant « à la situation juridique candidat à savoir la fourniture de l'attestation sur l'honneur relative aux motifs d'exclusion de la procédure de passation ou une information réclamée pour les marchés publics autres que les marchés publics de défense ou de sécurité, la fourniture de l'attestation sur l'honneur relative aux motifs d'exclusion de la procédure de passation, une information ou une pièce réclamée pour les marchés publics de défense ou de sécurité ou encore le défaut de signature de la candidature lorsque l'acheteur a exigé sa signature dans les documents de la consultation.

S'agissant des éléments ayant trait à la capacité du candidat, si une régularisation était possible, cette dernière serait fondée sur l'article R. 2144-6 du CCP qui dispose que « l'acheteur peut demander au candidat de compléter ou d'expliquer les documents justificatifs et moyens de preuve fournis ou obtenus ».

Ces deux hypothèses de régularisation répondent en revanche peu ou prou aux mêmes exigences formelles.

Il sera tout d'abord relever que les textes n'imposent plus d'avertir les candidats dont le dossier est complet de la mise en œuvre de cette demande de régularisation. Par ailleurs, si l'égalité de traitement entre les candidats impose que le délai octroyé par l'acheteur pour compléter le dossier soit identique pour tous les candidats et soit raisonnable, les textes ne fixent plus de délai maximum mais prévoient simplement qu'il doit être approprié et identique pour tous les candidats.

Si l'article R. 2144-2 est plus précis sur les règles à appliquer, il peut être conseillé de respecter un parallélisme des formes s'agissant des compléments demandés sur le fondement de l'article R. 2144-6 bien que ce dernier soit bien plus silencieux sur les modalités d'application propre à cette demande de compléments.

Enfin et en définitive, à l'expiration du délai, si le candidat n'a pas produit les documents ou renseignements demandés, sa candidature doit être rejetée.

Il est utile de préciser que pour importante que puisse être cette phase de régularisation, elle n'en reste pas moins à la discrétion dans l'acheteur quant à sa mise en œuvre, sans que le juge ne puisse venir censurer l'absence de recours à celle-ci.

Le moment de l'analyse des candidatures

S'agissant du stade de la procédure au cours duquel doit être réalisée l'analyse des candidatures les dispositions du décret du 25 mars 2016 reprises depuis dans le Code

de la commande publique ont apporté une évolution majeure, s'agissant des procédures « ouvertes ».

En effet, l'article R. 2161-4 qui concerne les procédures d'appel d'offres ouvert précise que « l'acheteur peut décider d'examiner les offres avant les candidatures. Lorsqu'il fait usage de cette faculté, il examine les candidatures de manière impartiale et transparente. Il veille notamment à ce que sa connaissance des offres n'influe en rien sur l'appréciation des motifs d'exclusion ou des critères de sélection ».

Prévue en matière d'appel d'offres ouvert, rien ne doit empêcher un acheteur de procéder de la sorte dans le cadre d'une procédure de MAPA lorsque ce dernier ne prévoit pas de limitation du nombre de candidats admis à poursuivre la procédure.

Si l'ensemble des développements figurant supra demeurent pleinement d'actualité, cette manière de procéder permet potentiellement à l'acheteur de gagner du temps puisqu'il ne devra procéder à l'analyse que d'un seul et unique dossier de candidature - celui du candidat pressenti - et ne sera conduit à procéder à l'examen d'un autre dossier qu'en cas de défauts rencontrés s'agissant de l'attributaire pressenti.

Si l'acheteur procède à une « inversion » du moment auquel il procède à l'analyse des candidatures, l'acheteur devra procéder à l'examen des candidatures de façon impartiale et transparente, à l'instar de ce qu'il aurait fait si l'analyse avait été menée en amont du classement des offres et sans qu'il ne puisse se permettre d'être influencé par l'analyse des offres préalablement menée.

L'acheteur n'est pas tenu d'informer les opérateurs économiques du fait qu'il procédera à une telle inversion.

Si la phase de sélection des candidatures est souvent considérée comme très formelle voire même administrative, elle reste sujette à de réelles précautions. Si l'acheteur peut affronter sereinement cette étape dans le cadre des procédures ouvertes, il doit en revanche redoubler d'attention dès lors qu'il aura entendu limiter le nombre de candidats admis à poursuivre la procédure. Dans une telle hypothèse, l'égalité de traitement, la transparence et la justification du choix des candidats évincés est une exigence sous peine de déconvenue importante dans un cadre contentieux. Sur ce point, il peut être rappelé que rien n'empêche un candidat évincé, dans le cadre d'une procédure restreinte, d'engager un recours - notamment un référé précontractuel - en fin de procédure et ce, quand bien sa candidature aura été écartée depuis longtemps. L'impact d'une procédure annulée pour ce motif est donc d'autant plus important que la reprise de celle-ci ne pourra, au mieux, intervenir qu'au stade de la sélection des candidatures anéantisant par là potentiellement plusieurs mois de négociation ou de dialogue compétitif.