

Les certificats de qualification professionnelle et la preuve de la capacité des candidats

- Afin d'apprécier les capacités professionnelles des candidats à leurs marchés publics, les pouvoirs adjudicateurs peuvent recourir aux certificats de qualification professionnelle, édités par un organisme certificateur au terme d'un processus strict.
- Cette pratique peut toutefois soulever des difficultés d'ordre concurrentiel que les pouvoirs adjudicateurs doivent savoir appréhender.

Auteurs

Thomas Rouveyran et Gabriel Thonnard du Temple, avocats à la cour, cabinet Seban & Associés

Références

- Art. 45II CMP
- Art. 1^{er} arrêté du 28 août 2006
- Art. 49 directive 2004/18 du 31 mars 2004

Mots clés

Marché public • Capacité des candidats • Certificat de qualification professionnelle • Preuve • Égalité des candidats • Libre concurrence • Équivalence des preuves •

Tenus d'apprécier les capacités professionnelles des candidats à l'attribution des marchés publics, les pouvoirs adjudicateurs sont légitimement tentés de se référer aux « certificats de qualification professionnelle » que pourraient détenir les opérateurs. Ces certificats sont délivrés par de nombreux organismes certificateurs professionnels (Qualibat, Qualifelec...) au terme de processus stricts et en application de référentiels de qualification précis. Ainsi les pouvoirs adjudicateurs n'ont ni à établir eux-mêmes ces référentiels ni à s'assurer qu'ils sont respectés par les candidats. Ils n'ont donc qu'à constater que les candidats sont, ou non, titulaires du certificat. Le recours à ces certificats de qualification professionnelle ne manque toutefois pas de soulever des interrogations tenant aux impératifs d'égalité des candidats et de libre concurrence. Ces certificats de qualification ne sauraient donc constituer un moyen de preuve exclusif (I), ce qui implique des pouvoirs adjudicateurs qu'ils soient en mesure d'apprécier l'équivalence des preuves apportées par les candidats (II).

I. Un mode de preuve non exclusif

A) Un risque concurrentiel potentiel

Le recours du pouvoir adjudicateur aux certificats de qualification professionnelle détenus par les candidats peut avoir une incidence sur le jeu de la concurrence lors de la procédure d'attribution du marché.

L'obtention de ces certificats peut en effet représenter un certain coût pour les entreprises puisqu'elle nécessite la mobilisation d'un ensemble de moyens matériels et humains conséquents pour satisfaire aux critères définis par l'organisme certificateur. Les entreprises doivent ainsi être en mesure de réaliser les investissements indispensables et d'affecter des personnels au suivi de la procédure de certification. À ce titre, l'obtention de certificats peut poser des difficultés pour les entreprises de petite taille ou de création récente.

Il convient également de souligner qu'en dehors de certains domaines d'activité spécifiques nécessitant des agréments⁽¹⁾, il n'existe pour une entreprise aucune obligation générale de détenir un quelconque certificat de qualification professionnelle. Par conséquent, la focalisation du pouvoir adjudicateur sur ces certificats peut conduire à une limitation arbitraire de la liberté d'accès des opérateurs économiques à la commande publique⁽²⁾. Pourraient ainsi être écartés d'emblée les opérateurs de taille modeste ou qui, en toute opportunité et en toute légalité, auraient fait le choix de ne pas détenir de certification professionnelle.

Ajoutons, en opportunité, que cela limiterait potentiellement le nombre de candidatures à l'attribution des marchés publics et, par là même, le bénéfice que les pouvoirs adjudicateurs peuvent tirer d'une concurrence exacerbée.

B) La garantie d'une preuve par tout moyen des capacités professionnelles des candidats

En écho à ces problématiques concurrentielles, le code des marchés publics encadre les conditions dans lesquelles les pouvoirs adjudicateurs peuvent se référer aux certificats de qualification professionnelle.

L'article 45-II du code des marchés publics, consacré aux renseignements que peut exiger le pouvoir adjudicateur pour apprécier les candidatures, dispose ainsi que :

« Pour les marchés qui le justifient, le pouvoir adjudicateur peut exiger la production de certificats, établis par des organismes indépendants, et attestant leur capacité à exécuter le marché [...] ». Dans ce cas, « le pouvoir adjudicateur accepte tout moyen de preuve équivalent ainsi que les certificats équivalents d'organismes établis dans d'autres États membres ».

L'article 1^{er} de l'arrêté du 28 août 2006 fixant la liste des renseignements et des documents pouvant être demandés aux candidats aux marchés publics passés par les pouvoirs adjudicateurs, autorise ensuite logiquement le pouvoir adjudicateur à demander, « à l'appui des candidatures et dans la mesure où ils sont nécessaires à l'appréciation des capacités des candidats », des certificats de qualification professionnelle. Dans ce cas :

« Le pouvoir adjudicateur [...] précise que la preuve de la capacité du candidat peut être apportée par tout moyen, notamment par des certificats d'identité professionnelle ou des références de travaux attestant de la compétence de l'opérateur économique à réaliser la prestation pour laquelle il se porte candidat. »

L'article 49 de la directive 2004/18 du 31 mars 2004, consacré aux « normes de garantie de la qualité », prévoyait déjà que :

« Au cas où ils demandent la production de certificats établis par des organismes indépendants, attestant que l'opérateur économique se conforme à certaines normes de garantie de la qualité, les pouvoirs adjudicateurs [...] reconnaissent les certificats équivalents d'organismes établis dans d'autres États membres. Ils acceptent également d'autres preuves de mesures équivalentes de garantie de la qualité produites par les opérateurs économiques. »

Le code des marchés publics adopte ainsi une position équilibrée puisqu'il autorise les pouvoirs adjudicateurs à s'appuyer sur ces certificats de qualification professionnelle mais en permettant

alors systématiquement aux candidats d'apporter la preuve de leurs compétences par tout moyen équivalent. Les conditions du recours à ces certificats sont ainsi clairement encadrées :

– le pouvoir adjudicateur ne peut en réclamer la production que si elle est nécessaire à l'appréciation des capacités des candidats : ne peuvent donc être exigées des capacités professionnelles ou références disproportionnées au regard de l'objet du marché et de la nature des prestations à réaliser⁽³⁾;

– le pouvoir adjudicateur doit alors impérativement préciser que la preuve de la capacité professionnelle des candidats peut être apportée par tout moyen. Il ne peut donc exiger des candidats la détention d'un certificat déterminé.

Les juridictions administratives font une application constante de ce principe. Le Conseil d'État avait déjà souligné, en application des dispositions similaires du code de 2004 et de l'arrêté du 26 février 2004, que :

« L'acheteur public est tenu, lorsqu'il précise dans l'avis d'appel public à la concurrence ou dans le règlement de la consultation ceux des renseignements et documents qu'il invite les candidats à produire, de permettre à ces derniers d'apporter la preuve de leur capacité professionnelle par tout moyen ; que cette obligation est satisfaite lorsque l'acheteur public a précisé, dans les documents de la consultation, que la capacité professionnelle peut être attestée par des certificats de qualification ou d'autres justificatifs regardés comme équivalents. »⁽⁴⁾

Le commissaire du gouvernement Nicolas Boulouis avait lui-même rappelé dans ses conclusions cet arrêt, le principe en application duquel « tous les modes de preuve d'une qualification professionnelle doivent pouvoir être admis »⁽⁵⁾.

Le Conseil d'État a alors toutefois refusé un formalisme excessif en soulignant que :

« Ces dispositions n'ont ni pour objet, ni pour effet de prévoir que la mention selon laquelle la preuve de la capacité de l'entreprise peut être apportée par tout moyen doit obligatoirement figurer dans l'avis d'appel public à la concurrence ou dans le règlement de la consultation. »⁽⁶⁾

Il doit simplement ressortir des documents de la consultation que la preuve des capacités des candidats peut être apportée par tout moyen autre que ceux des renseignements expressément visés.

Porte donc atteinte aux règles de mise en concurrence des candidats le pouvoir adjudicateur dont le règlement de la consultation ne permet pas la présentation de références équivalentes et qui fonde l'exclusion d'un candidat sur l'absence de certificat de qualification⁽⁷⁾.

Il en va de même lorsque les documents de la consultation exigent la production de certificats de capacité délivrés par des maîtres d'ouvrage ou maîtres d'œuvre, dans un énoncé trop restrictif alors que la preuve des capacités professionnelles des candidats doit pouvoir être apportée par tous moyens⁽⁸⁾.

(1) *Au demeurant, même dans le cas d'une activité soumise à agrément, le pouvoir adjudicateur ne saurait se satisfaire de la seule production de cet agrément par les candidats pour s'assurer de leurs capacités techniques, professionnelles et financières* : CE, 29 avril 2011, Garde des sceaux, req. n° 344617.

(2) *Voir Rép. min. n° 11666* : JO Sénat Q, 6 mai 2010, p. 1144, Contrats et marchés publics n° 8, août 2010, comm. 307.

(3) CE, 30 juin 2004, *Ministre de l'Équipement*, n° 261919 ; également CE, 26 mars 2008 *Communauté urbaine de Lyon*, req. n° 303779 ; CE, 29 avril 2011, *Garde des sceaux*, req. n° 344617.

(4) CE, 25 janvier 2006, *Département de la Seine-Saint-Denis*, req. n° 278115. (5) N. Boulouis, *Concl. sur Département de la Seine-Saint-Denis*, BJCP n° 45, p. 93.

(6) CE, 25 janvier 2006, *Département de la Seine-Saint-Denis*, req. n° 278115.

(7) CAA Marseille, 6 décembre 2004, *Cne de La Grande-Motte*, req. n° 02MA01129.

(8) CAA Versailles 21 février 2006, *Sté Dubix ESB*, req. n° 03VE03765.

II. La nécessaire appréciation de l'équivalence de la preuve par le pouvoir adjudicateur

A) Le respect de l'égalité entre les candidats

Une fois établie la possibilité pour les candidats d'apporter la preuve de leurs capacités professionnelles par tout moyen équivalent aux certificats de qualification professionnelles, il reste aux pouvoirs adjudicateurs à apprécier la pertinence des garanties alternatives qui leur sont apportées.

Les acheteurs publics doivent alors évaluer le degré d'équivalence de ces garanties au regard des certificats de qualification professionnelle visés dans les documents de la consultation.

La liberté de preuve conférée aux candidats complique donc le travail des pouvoirs adjudicateurs qui doivent comparer des capacités d'entreprises justifiées différemment sans opérer de distorsion de concurrence⁽⁹⁾.

Cette appréciation doit toutefois être opérée de manière à garantir l'égalité d'accès à la commande publique et l'égalité de traitement des candidats au stade de l'analyse des candidatures. Une telle obligation s'avère particulièrement sensible à l'heure où se développent les voies de recours contentieuses qui peuvent permettre aux candidats évincés de remettre en cause les procédures d'attribution, par la voie des référés précontractuels et contractuels ou de recours Tropic, au fond.

Dans ce contexte, les pouvoirs adjudicateurs doivent être en mesure de justifier de l'existence, ou au contraire, de l'absence de références équivalentes au certificat de qualification professionnelle de la part d'un candidat.

B) L'appréciation des preuves apportées par les candidats

Il revient aux acheteurs publics d'apprécier au cas par cas, sous le contrôle éventuel du juge, si les documents ou renseignements fournis par les candidats leur permettent d'apporter la preuve de leurs capacités professionnelles dans des conditions qui ne portent pas atteinte à l'égalité des candidats.

Les acheteurs publics peuvent donc s'interroger sur la nature des preuves qui pourront être admises comme équivalentes aux certificats visés.

Le commissaire du gouvernement Nicolas Boulouis avait souligné au sujet de l'arrêté du 26 février 2004, similaire sur ce point à l'arrêté du 28 août 2006, que :

« L'idée qu'il soit possible d'apporter la preuve d'une capacité professionnelle autrement que par un certificat ou des références de travaux nous paraît assez illusoire et nous pensons que c'est par une excessive prudence en même temps que pour sacrifier à une sorte de coutume légistique que l'auteur de l'arrêté a cru devoir employer l'adverbe "notamment" avant d'évoquer ces deux preuves de capacités. »⁽¹⁰⁾

Un examen des décisions rendues par les juridictions administratives apporte des éclairages intéressants et atteste bien de l'importance des références que les candidats sont en mesure de justifier.

La cour administrative d'appel de Marseille a récemment annulé la décision d'une commission d'appel d'offres qui avait écarté la candidature d'une entreprise au motif que les références par équivalence étaient limitées et insuffisantes. La cour

relève que l'entreprise justifiait de l'exécution de prestations analogues aux travaux objet du marché ainsi que de nombreux certificats de capacités délivrés notamment par la commune elle-même. Ainsi :

« Alors même que les prestations dont la réalisation est revendiquée par l'entreprise candidate n'auraient pas été identiques aux travaux prévus au marché, eu égard aux références et justificatifs ainsi produits de nature à certifier ses capacités professionnelles, la société SGCAA doit être regardée comme justifiant d'une équivalence à la qualification Travaux publics 5 500 exigée par le règlement de consultation. »⁽¹¹⁾

Saisi d'une requête en référé précontractuel, le tribunal administratif de Marseille a pu constater que l'entreprise dont la candidature était contestée en l'espèce non seulement détenait la certification visée par les documents de la consultation, mais avait également produit « plusieurs autres certificats portant sur des prestations réalisées, relevant de l'objet du marché en cause, de nature à établir qu'elle avait les capacités requises »⁽¹²⁾. Ajoutons que les références invoquées peuvent avoir été exécutées par l'entreprise candidate elle-même, mais aussi par ses dirigeants ou salariés à titre individuel ou dans le cadre d'expériences professionnelles antérieures. Ainsi, la cour administrative d'appel de Bordeaux a-t-elle pu considérer qu'une entreprise nouvellement créée pouvait attester de ses qualifications professionnelles en justifiant de l'expérience personnelle acquise par son dirigeant ou par l'un de ses actionnaires⁽¹³⁾.

Dans le même sens, le tribunal administratif de Versailles s'est récemment prononcé sur l'appréciation portée par un pouvoir adjudicateur qui avait exigé un certificat de qualification professionnelle, en l'occurrence une norme Qualibat, tout en permettant des équivalences, la preuve de la capacité des candidats pouvant être apportée par tous moyens. Le juge du référé contractuel a considéré que le pouvoir adjudicateur avait pu retenir, « sans méconnaître le règlement de la consultation et le principe de l'égalité de traitement des candidats », la candidature d'une entreprise en tenant compte, à titre principal, de deux références de l'entreprise pour des travaux similaires à l'objet du marché, et, à titre subsidiaire, de l'expérience acquise par un des salariés avant qu'il ne rejoigne ladite entreprise, « mention destinée à confirmer l'expérience professionnelle des responsables de l'entreprise »⁽¹⁴⁾.

L'examen des certificats de qualification professionnelle détenus par les candidats à l'attribution des marchés publics pour apprécier leurs capacités professionnelles comporte des avantages pratiques incontestables pour les acheteurs publics. Il les confronte toutefois de manière spécifique à l'impératif d'égalité de traitement des candidats qui imprègne chacune des étapes d'une procédure d'attribution d'un marché public. Si l'utilisation de ces certificats facilite en un sens le travail des pouvoirs adjudicateurs qui n'ont pas à établir de référentiel de qualification ni à vérifier qu'ils sont satisfaits par les candidats, elle a aussi pour conséquence de déplacer la difficulté au stade de l'appréciation des garanties équivalentes apportées par les candidats. ■

(11) CAA Marseille, 20 décembre 2010, Cne de Six Fours-les-Plages c/ Sté SG CAA, req. n° 07MA04879.

(12) TA de Marseille, 12 février 2008, Sté entreprise Générale d'électricité Noël Béranget, req. n° 0800581.

(13) CAA Bordeaux, 4 décembre 2008, Cne de Lège Cap Ferret, req. n° 07BX00435.

(14) TA Versailles, ordo. 5 avril 2011, Sté Johnson Controls Industries, req. n° 1101302.

(9) P. De Baecke, Classeur Marchés publics, éditions Le Moniteur, III. 423. 1, p. 9.

(10) N. Boulouis, préc.