

La sélection des candidatures

Étape essentielle à la réussite d'un projet en ce qu'elle permet de retenir le prestataire le plus à même de répondre aux besoins de l'acheteur, la sélection des candidatures s'avère complexe pour un grand nombre de candidats. Afin de résorber les lourdeurs administratives inhérentes à cette phase de la procédure de passation, le décret n° 2016-360 du 25 mars 2016 relatif aux marchés publics a substantiellement modifié les dispositions la régissant.

Telle que présentée dans l'exposé des motifs du projet de loi de ratification de l'ordonnance n° 2015-899 du 23 juillet 2015, la transposition « tire tout le parti des outils offerts par les nouvelles directives européennes », notamment pour favoriser l'accès des petites et moyennes entreprises (PME) aux marchés publics, promouvoir l'utilisation stratégique des marchés publics comme levier politique, tout en optimisant les politiques d'achat. Ces objectifs sous-tendent le remaniement du régime de la sélection des candidatures.

Dans un premier temps, et de façon accélérée, le décret n° 2014-1097 du 26 septembre 2014 portant mesures de simplification applicables aux marchés publics a transposé un certain nombre de mesures de simplification favorables aux PME. Ce décret a ainsi plafonné les exigences des acheteurs relatives à la capacité financière des entreprises et allégé les dossiers de candidatures, à travers le principe de la mutualisation des dossiers de candidature « Dites-le nous une fois »⁽¹⁾.

En particulier, présenté par le Gouvernement comme le « dispositif phare » de ce programme, les « marchés publics simplifiés » (MPS) sont un système électronique du Secrétariat général pour la modernisation de l'action publique qui permet aux entreprises de candidater aux marchés publics en indiquant uniquement leur numéro SIRET dès lors que l'acheteur a identifié ce marché comme éligible.

Dans un deuxième temps, l'ordonnance n° 2015-899 du 23 juillet 2015 relative aux marchés publics a autorisé d'une part, la prise en compte des considérations relatives au développement durable dans le choix des

Auteur

Thomas Rouveyran

Avocat associé

Elisa Jeanneau

Avocate – Cabinet Seban et Associés

Références

Décret n° 2016-360 du 25 mars 2016, art. 39, 44 et s.

Mots clefs

Délais • « Dites-le nous une fois » • DUME • Pouvoir de contrôle

(1) Articles 5, 18 et 22 du décret n° 2014-1097 du 26 septembre 2014 modifiant respectivement l'article 45 du Code des marchés publics et 18 du décret n° 2005-1308 du 20 octobre 2005 et 17 du décret n° 2005-1742 du 30 décembre 2005.

critères de sélection des candidatures⁽²⁾ et, d'autre part, l'élargissement des interdictions de soumissionner⁽³⁾.

Troisième et dernier temps de la transposition, le décret d'application n° 2016-360 du 25 mars 2016 ainsi que l'arrêté qui l'accompagne⁽⁴⁾ parachèvent la mise en œuvre de ces objectifs en cherchant à simplifier la présentation des candidatures comme leur analyse.

Faciliter l'accès des PME aux marchés publics à travers la simplification de la présentation des candidatures

De nombreux opérateurs économiques, particulièrement les PME, considèrent que l'obligation de produire un nombre important de documents en vue de la sélection de leur candidature constitue l'un des principaux obstacles à leur participation aux marchés publics⁽⁵⁾.

Outre le renforcement de l'information des candidats⁽⁶⁾, le décret du 25 mars 2016 tend ainsi à simplifier la présentation des candidatures, et par là même, contribue à l'ouverture des marchés publics aux PME, en mettant en place le document unique de marché européen et en renforçant le principe « Dites-le nous une fois ».

(2) Articles 38 et 51-I de l'ordonnance n° 2015-899 du 23 juillet 2015. En effet, les conditions de participation à la procédure de passation peuvent être liées aux conditions d'exécution du marché public. Or ces dernières sont définies peuvent prendre en compte des considérations relatives à l'économie à l'innovation à l'environnement, au domaine social ou à l'emploi, à condition qu'elles soient liées à l'objet du marché public.

(3) Articles 45 et suivants de l'ordonnance n° 2015-899 du 23 juillet 2015.

(4) Arrêté du 29 mars 2016 (NOR : EINM1600215A), fixant la liste des renseignements et des documents pouvant être demandés aux candidats aux marchés publics.

(5) Considérant 84 de la directive 2014/24/UE du Parlement européen et du Conseil du 26 février 2014 ; voir également l'étude du Secrétariat général pour la modernisation de l'action publique sur la complexité perçue des démarches administratives réalisées par les entreprises dans le cadre des différents événements de vie auxquels elles sont confrontées, 2013.

(6) L'article 47 du décret n° 2016-360 du 25 mars 2016 prévoit que lorsqu'il décide de limiter le nombre de candidats admis à soumissionner ou à participer au dialogue, l'acheteur doit indiquer, dans l'avis d'appel à la concurrence ou dans l'invitation à confirmer l'intérêt, (i) les critères objectifs et non-discriminatoires qu'il prévoit d'appliquer, (ii) le nombre minimum de candidats qu'il prévoit d'inviter et, le cas échéant, (iii) leur nombre maximum.

L'article 99 du décret n° 2016-360 du 25 mars 2016 indique notamment que l'acheteur, dès qu'il décide de rejeter une candidature notifiée à chaque candidat concerné le rejet de sa candidature.

Mise en place du document unique de marché européen

Élément essentiel de la démarche consistant à réduire les lourdeurs administratives selon la Commission européenne⁽⁷⁾, le document unique de marché européen (DUME) se présente sous la forme d'un formulaire-type annexé au règlement d'exécution 2016/7 de la Commission européenne du 5 janvier 2016⁽⁸⁾.

Le DUME constitue une déclaration sur l'honneur des opérateurs économiques servant de preuve *a priori* en lieu et place des certificats délivrés par des autorités publiques ou des tiers⁽⁹⁾. Il a ainsi pour objet de justifier que l'opérateur économique ne fait pas l'objet d'une interdiction de soumissionner, qu'il répond aux critères de sélection applicables et que, le cas échéant, il respecte les critères objectifs qui ont été établis dans le but de réduire le nombre de candidats admis à déposer une offre⁽¹⁰⁾.

En application de l'article 49 du décret, à compter du 1^{er} avril 2017 pour les centrales d'achat et du 1^{er} avril 2018 pour les autres, les acheteurs seront tenus d'accepter que le candidat présente sa candidature sous la forme d'un DUME. Il pourra alors être réutilisé par le candidat dans une procédure ultérieure, à condition de confirmer que les informations qui y figurent sont toujours valables.

Aujourd'hui disponible uniquement en version papier et d'une longueur de treize pages (contre les vingt initialement prévues), le DUME constitue davantage une mesure d'homogénéisation des formulaires de candidature sur le marché européen que de réelle simplification. En effet, en France, le DUME se substituera aux formulaires de déclaration du candidat DC1 et DC2 bien connus des acheteurs et opérateurs économiques et se superposera, du moins partiellement, aux marchés publics simplifiés.

À ce stade, il semblerait que les opérateurs économiques souhaitant candidater à des marchés publics en dehors du territoire national - et par voie de conséquence le marché unique - soient les seuls réels bénéficiaires de cette mesure. La direction des affaires juridiques du ministère de l'Économie, de l'Industrie et du Numérique reconnaît elle-même que « le DUME n'est pas la chose la plus simple qui soit »⁽¹¹⁾ et prend la peine de rassurer

(7) Premier considérant du règlement d'exécution (UE) 2016/7 de la Commission du 5 janvier 2016 établissant le formulaire type pour le document unique de marché européen.

(8) Règlement d'exécution (UE) 2016/7 de la Commission du 5 janvier 2016 établissant le formulaire type pour le document unique de marché européen.

(9) Annexe 1 du règlement d'exécution (UE) 2016/7 de la Commission du 5 janvier 2016 établissant le formulaire type pour le document unique de marché européen.

(10) Article 49 de la directive 2014/24/UE du Parlement européen et du Conseil du 26 février 2014.

(11) Voir notamment E. Maupin, « Jean Maià : "Le DUME n'est pas la chose la plus simple qui soit" », *Achatpublic.info*, 15 avril 2016 ; voir également les déclarations de P. Vrignaud, directeur adjoint du projet « Dites-le nous une fois » au secrétariat général pour la

les acheteurs en précisant que « les entreprises ne vont pas se précipiter sur le DUME »^[12]. L'objectif serait alors d'aller – d'ici 2018, date à laquelle la dématérialisation est rendue obligatoire pour tous les marchés publics^[13] – vers un éventuel « DUME MPSisé »^[14].

Généralisation du principe

« Dites-le nous une fois »

Partie intégrante du décret n° 2014-1097 du 26 septembre 2014^[15], la simplification du dossier de candidature a pour objet de réduire le coût total de la charge administrative pesant sur les opérateurs économiques, laquelle est estimée de 3 à 5 % du produit intérieur brut^[16].

Dans ce cadre, les candidats ne sont désormais plus 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, tels que les marchés publics simplifiés, ou d'un espace de stockage numérique, qu'il s'agisse d'un coffre-fort électronique ou d'un simple site internet propre à l'opérateur économique.

Ce procédé suppose 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.

De même, les acheteurs peuvent dorénavant prévoir dans les documents de la consultation que les candidats ne sont pas tenus de fournir les documents justificatifs et moyens de preuve qui leur ont déjà été transmis dans le cadre d'une précédente consultation et qui demeurent valables.

L'article 53 du décret étend et renforce ce principe. En effet, à compter du 1^{er} avril 2017 pour les centrales d'achat et du 1^{er} octobre 2018 pour les autres, il sera applicable à l'ensemble des acheteurs (et non plus seulement à ceux

soumis au Code des marchés publics) et à l'ensemble des procédures formalisées, sans que les documents de la consultation n'aient pour autant à le prévoir expressément, comme c'était le cas auparavant. Il reste donc à espérer que ces dispositions favoriseront le recours aux MPS dont l'accueil par les acheteurs et opérateurs économiques a été, somme toute, assez réservé^[17].

En mettant en place le DUME et en confortant le programme « Dites-le nous une fois », le décret du 25 mars 2016 contribue, dans une certaine mesure, à simplifier la présentation des candidatures et ainsi à rendre les marchés publics plus accessible aux PME. Parallèlement, si les acheteurs bénéficient également de ces mesures censées entraîner gains de temps et économies, ils jouissent surtout d'une plus grande liberté dans l'analyse des candidatures.

Optimiser les politiques d'achat à travers la simplification de l'analyse des candidatures

Le décret du 25 mars 2016 offre aux acheteurs une plus grande liberté, leur permettant d'assouplir les modalités de vérification des conditions de participation et renforçant leurs pouvoirs de contrôle sur les candidatures.

Assouplissement des modalités de vérification des conditions de participation

À la suite de l'introduction de la possibilité de régulariser les candidatures en 2004^[18], le décret poursuit l'œuvre d'optimisation de l'analyse des candidatures en réduisant les délais de procédure et en aménageant les différentes phases d'analyse des candidatures et des offres.

Premièrement, les différents délais minimaux de réception des candidatures ont été considérablement réduits. En procédure d'appel d'offres ouvert, il a été ramené de cinquante-deux^[19] à trente-cinq jours^[20]. Plus généralement, pour les autres procédures, ce délai est désormais

modernisation de l'action publique selon lequel « il faut être geek pour répondre à un marché avec le DUME » dans B. Rallu, « Projet de décret marché publics : dits et non-dits de la Direction des affaires juridiques de Bercy », *Le Moniteur*, 11 mars 2016.

[12] B. Rallu, « Projet de décret marché publics : dits et non-dits de la Direction des affaires juridiques de Bercy », *Le Moniteur*, 11 mars 2016.

[13] Article 39 du décret n° 2016-360 du 25 mars 2016.

[14] B. Rallu, « Projet de décret marché publics : dits et non-dits de la Direction des affaires juridiques de Bercy », *Le Moniteur*, 11 mars 2016.

[15] Articles 5, 18 et 22 du décret n° 2014-1097 du 26 septembre 2014 modifiant respectivement l'article 45 du Code des marchés publics et l'article 18 du décret n° 2005-1308 du 20 octobre 2005 et 17 du décret n° 2005-1742 du 30 décembre 2005.

[16] Voir notamment la page internet « Les services publics se simplifient et innoveront » du site internet du Secrétariat général pour la modernisation de l'action publique : www.modernisation.gouv.fr/les-services-publics-se-simplifient-et-innovent/par-des-simplifications-pour-les-entreprises/dites-le-nous-une-fois-un-programme-pour-simplifier-la-vie-des-entreprises.

[17] En effet, seules 1 200 consultations ont été publiées et 1 800 candidatures déposées, un résultat assez éloigné de l'objectif fixé à 50 000 marchés publics simplifiés d'ici 2016. Voir notamment la page internet « Les services publics se simplifient et innoveront » du site internet du Secrétariat général pour la modernisation de l'action publique : www.modernisation.gouv.fr/les-services-publics-se-simplifient-et-innovent/par-des-simplifications-pour-les-entreprises/dites-le-nous-une-fois-un-programme-pour-simplifier-la-vie-des-entreprises.

[18] Voir désormais l'article 55-I du décret n° 2016-360 du 25 mars 2016.

[19] Article 57 du Code des marchés publics et article 29 du décret n° 2005-1742 du 30 décembre 2005.

[20] Article 67 du décret n° 2016-360 du 25 mars 2016.

passé de trente-sept^[21] à trente jours^[22] pour les pouvoirs adjudicateurs et de vingt-deux^[23] à quinze jours^[24] pour les entités adjudicatrices.

Deuxièmement, l'article 55-II du décret et, de manière assez surprenante, son article 68 s'agissant spécifiquement des appels d'offres ouverts, renouvelle l'organisation générale de l'analyse des candidatures de manière à alléger le travail des acheteurs.

Désormais, la vérification de la capacité des candidats peut être effectuée à tout moment de la procédure et, au plus tard, avant l'attribution du marché public. Cette vérification doit s'effectuer de manière impartiale et transparente afin que le marché public ne soit pas attribué à un soumissionnaire qui aurait dû être exclu ou qui ne remplit pas les critères de sélection établis par l'acheteur.

Si, à l'issue de cette vérification, le candidat auquel il est envisagé d'attribuer le marché public fait l'objet d'une interdiction de soumissionner ou ne dispose pas des capacités suffisantes, sa candidature est déclarée irrecevable et l'acheteur procédera alors à la vérification de la candidature de l'opérateur dont l'offre a été classée immédiatement après la sienne.

Désormais, en vertu de ce « principe de confiance »^[25], la logique est donc inversée. Ce n'est que par exception, en cas de réduction du nombre de candidats admis à déposer une offre, que ces vérifications doivent intervenir avant l'envoi de l'invitation à soumissionner ou à participer au dialogue.

Cet assouplissement bénéficie également aux candidats dès lors que l'acheteur ne peut exiger que du seul soumissionnaire auquel il est envisagé d'attribuer le marché public qu'il justifie ne pas être dans un cas d'interdiction de soumissionner.

[21] Pour les pouvoirs adjudicateurs soumis au Code des marchés publics : articles 60 (procédure d'appel d'offres restreint), 65 (procédure négociée) et 67 (dialogue compétitif) du CMP.

Pour les entités adjudicatrices soumises au Code des marchés publics : articles 162 (procédure d'appel d'offres restreint) et 165 (procédure négociée) du CMP.

Pour les entités soumises à l'ordonnance n° 2005-649 du 6 juin 2005 : articles 30 (procédure d'appel d'offres restreint), 37 (procédure négociée) et 39 (dialogue compétitif) du décret n° 2005-1742 du 30 décembre 2005.

[22] Articles 69 (procédure d'appel d'offres restreint), 72 (procédure négociée) et 76 (dialogue compétitif) du décret n° 2016-360 du 25 mars 2016.

[23] Article 162 du Code des marchés publics pour les procédures d'appel d'offres restreint ; article 165 du Code des marchés publics pour les procédures négociées avec mise en concurrence.

[24] Article 69 (procédure d'appel d'offres restreint) et 74 (procédure négociée) et du décret n° 2016-360 du 25 mars 2016.

[25] Voir déclaration de Jean Maïa telle que retranscrite dans E. Maupin, « Jean Maïa : "Le DUME n'est pas la chose la plus simple qui soit" », *Achatpublic.info*, 15 avril 2016.

Extension des pouvoirs de contrôle des acheteurs

Le décret offre aux acheteurs des outils renforçant leurs pouvoirs de contrôle sur les candidatures en étendant la liste des documents et pièces justificatives pouvant être demandées et en encadrant plus strictement les groupements d'entreprises.

En premier lieu, le décret du 25 mars 2016 ainsi que l'arrêté du 29 mars^[26] l'accompagnant précisent les différents renseignements et documents pouvant être demandés aux candidats aux marchés publics.

Outre la reprise, à l'article 44 du décret, d'une partie de la liste indicative des renseignements et des documents pouvant être demandés aux candidats aux marchés publics précédemment fixée par l'arrêté du 28 août 2006^[27], l'arrêté du 29 mars 2016 permet aux acheteurs d'opérer un contrôle plus strict des candidatures. En effet, les renseignements et documents pouvant être exigés sont désormais plus nombreux. À titre d'exemple, des indications sur les mesures de gestion environnementale que le candidat pourra appliquer lors de l'exécution du marché public peuvent désormais être exigées.

En second lieu, l'article 45 du décret permet aux acheteurs de mieux contrôler les groupements d'entreprises se portant candidats à leurs marchés.

D'une part, les modifications de la composition des groupements sont désormais mieux encadrées. Si l'interdiction de modifier la composition du groupement demeure, le décret introduit une nouvelle hypothèse de modification de la composition du groupement en cas d'opération de restructuration de société (rachat, fusion, acquisition etc.). Dans ce cas, le groupement pourra alors proposer à l'acceptation de l'acheteur non seulement des sous-traitants mais également des entreprises liées.

D'autre part, pour les marchés publics de services ou de travaux et les marchés publics de fournitures nécessitant des travaux de pose ou d'installation ou comprenant des prestations de services, les acheteurs peuvent désormais exiger que certaines tâches essentielles soient effectuées par l'un des membres du groupement, à condition de l'avoir mentionné dans les documents de la consultation.

Si les mesures introduites par le décret du 25 mars 2016 visent en définitive à simplifier tant la présentation des candidatures que leur analyse, et ainsi à faire émerger gain de temps et économie, il convient d'attendre avant d'en mesurer concrètement les effets. La Commission européenne doit ainsi dresser un bilan de l'application pratique du DUME au plus tard le 18 avril 2017^[28].

[26] Arrêté du 29 mars 2016 (NOR : EINM1600215A), fixant la liste des renseignements et des documents pouvant être demandés aux candidats aux marchés publics.

[27] Arrêté du 28 août 2006 (NOR : ECOM0620008A), fixant la liste des renseignements et des documents pouvant être demandés aux candidats aux marchés passés par les pouvoirs adjudicateurs.

[28] Considérant 6 du règlement d'exécution (UE) 2016/7 de la Commission du 5 janvier 2016 établissant le formulaire type pour le document unique de marché européen.