



FORMATION

◀ Cliquez ici ▶
pour en savoir plus

Arrêté du 29 mars 2016 : peu de nouveautés mais un peu plus de souplesse

A propos de l'auteur

Mme Virginie Delannoy

avocate

cabinet KGA

[Voir les articles de cet auteur](#)

Maître Virginie Delannoy, avocat au cabinet KGA, décrypte pour nous le nouvel arrêté du 29 mars 2016 fixant la liste des renseignements et des documents pouvant être demandés aux candidats aux marchés publics. Si les nouveautés ne sont pas légion, le texte a le mérite d'apporter un peu plus de souplesse.

L'arrêté du 29 mars 2016 fixant la liste des renseignements et des documents pouvant être demandés aux candidats aux marchés publics est pris en application de l'article 51 de l'ordonnance du 23 juillet 2015 relative aux marchés publics, de l'article 50 du décret du 25 mars 2016 relatif aux marchés publics et de l'article 42 du décret du 25 mars 2016 relatif aux marchés publics de défense ou de sécurité. Il est applicable depuis le 1er avril 2016 et parachève la transposition des directives 2014/24 et 2014/25/UE du 26 février 2014. Il abroge l'arrêté du 28 août 2006. De l'article 51 de l'ordonnance relative aux marchés publics, il résulte, classiquement, que les renseignements et documents demandés doivent, d'une part, démontrer que les candidats sont aptes à exécuter le marché public et qu'ils disposent de la capacité économique et financière et des capacités techniques et professionnelles nécessaires à cette exécution et, d'autre part, être liés et proportionnés à l'objet du marché public ou à ses conditions d'exécution. En ce sens, les articles 1 et 2 de l'arrêté de 2016 débutent par ces mots : « dans la mesure où ils sont nécessaires à l'appréciation » de ou des capacités économique, financière, techniques et professionnelles les documents et renseignements dont la liste suit peuvent être demandés aux candidats.



Les articles 50 et 42 des deux décrets d'application renvoient à l'arrêté pour l'établissement des documents ou renseignements dont la production peut être exigée des candidats. Ils rappellent la solution, désormais classique elle aussi ⁽¹⁾, selon laquelle le candidat peut s'appuyer sur les capacités d'autres opérateurs économiques et doit, pour ce faire, justifier « des capacités de ce ou ces opérateurs économiques et rapporter la preuve qu'il en disposera pour l'exécution du marché public ». Cette justification suppose que le candidat fournisse, pour chaque opérateur (et en fonction du périmètre d'activité pour lequel il fera appel à ses capacités), les pièces justificatives demandées par l'acheteur dans l'avis d'appel public à la concurrence.

Une simplification formelle

Le nouvel arrêté de 2016 apparaît beaucoup plus dense que ne l'était l'arrêté de 2006 (dix articles contre cinq). Pour autant les innovations strictes ne sont pas légion, l'arrêté de 2016 réunissant plusieurs dispositions éparses qu'il fallait aller chercher dans l'arrêté de 2006 et dans l'ancien code des marchés publics, tant dans les deux premières parties, applicables aux marchés des pouvoirs adjudicateurs et des entités adjudicatrices, que dans la troisième partie applicable aux marchés de défense ou de sécurité. Désormais, les praticiens pourront se reporter au seul texte de l'arrêté de 2016 que le marché soit conclu dans les secteurs classiques, dans les secteurs de réseaux ou dans le secteur de la défense ou de la sécurité. Ainsi, des dispositions qui figuraient à l'article 220 de l'ancien code des marchés publics, applicables aux marchés de défense et de sécurité, sont désormais rendues communes à l'ensemble des marchés. Tel est le cas par exemple du 4° du I de l'article 3 : « pour les marchés publics de travaux, de services aux pour les marchés publics de fournitures comportant également des travaux de pose et d'installations ou des prestations de services », l'acheteur peut exiger « l'indication des titres d'études et professionnelles du candidat ou des cadres de l'entreprise, et notamment des responsables de prestation de services ou de conduite des travaux de même nature que celle du marché public ».

Si la possibilité pour l'acheteur d'exiger « l'indication des systèmes de gestion et de suivi de la chaîne d'approvisionnement que le candidat pourra mettre en œuvre lors de l'exécution du marché public » (art. 4-I, 8e) est d'origine européenne (annexe XII de la directive 2014/24/UE), on peut constater qu'elle est proche des dispositions de l'article 220 de l'ancien code permettant au pouvoir adjudicateur, pour les marchés de défense ou de sécurité, d'exiger une description « des sources d'approvisionnement dont [le candidat] dispose pour exécuter le marché ». Cette possibilité est particulièrement utile pour l'acheteur, par exemple pour les marchés industriels, pour qu'il puisse s'assurer de la disponibilité potentielle de certaines ressources et matériaux rares. Les dispositions des articles 219 et 220 de l'ancien code des marchés publics sont reprises dans plusieurs articles de l'arrêté de 2016 et, particulièrement à ses articles 3-I-14° et 5 ⁽²⁾.

Désormais, les praticiens pourront se reporter au seul texte de l'arrêté de 2016 que le marché soit conclu dans les secteurs classiques, dans les secteurs de réseaux ou dans le secteur de la défense ou de la sécurité

On trouve trace du deuxième alinéa de l'article 4 de l'arrêté de 2016 relatifs aux certificats attestant que le candidat « se conforme à certains systèmes ou normes de gestion environnementale » aux articles 45-II et 219-II de l'ancien code des marchés publics. En revanche, la source du premier alinéa de l'article 4 relatif à la production de certificats de qualité attestant que l'opérateur économique se conforme à certaines normes d'assurance de qualité, y compris en ce qui concerne l'accessibilité pour les personnes handicapées doit être recherchée à l'article 62 « Normes d'assurance de la qualité et normes de gestion environnementale » de la directive 2014/24/UE.



Même source européenne (annexe XII de la directive 2014/24/UE) pour le 13° de l'article 3 autorisant l'acheteur à effectuer, directement ou indirectement un « contrôle » portant sur « les capacités de production du fournisseur ou sur la capacité technique du prestataire de services et, si nécessaire, sur les moyens d'étude et de recherche dont il dispose ainsi que sur les mesures qu'il prendra pour contrôler la qualité ». Toutefois la mise en œuvre de cette faculté suppose que le marché porte sur des produits ou services « complexes » ou qu'ils répondent « à titre exceptionnel » à un « but particulier ». A défaut l'exigence pourrait être jugée disproportionnée ou sans lien avec l'objet du marché ou ses conditions d'exécution.

Contribuent, également, à l'allongement de l'arrêté de 2016 par rapport à celui de 2006, les dispositions d'adaptation aux collectivités ultra-marines (article 7 de l'arrêté de 2016).

L'introduction d'une certaine souplesse

Alors que l'article 1er de l'arrêté de 2006 fixait une liste exhaustive des renseignements ou documents pouvant être demandés à l'appui des candidatures pour l'appréciation des capacités techniques, économiques, professionnelles et financières, les articles 2 et 3 de l'arrêté de 2016 scindent en deux catégories distinctes les renseignements ou documents pouvant être demandés pour l'appréciation des capacités économiques et financières, d'une part et ceux relatifs à l'appréciation des capacités techniques et professionnelles, d'autre part. Pour la première catégorie, la liste fournie est indicative : « l'acheteur peut notamment exiger un ou plusieurs des renseignements ou documents justificatifs suivants ». Celui-ci est donc libre de demander la production d'autres renseignements pourvu qu'elle soit justifiée, en lien avec l'objet du marché et ses conditions d'exécution et leur être proportionnée. Pour la seconde catégorie, la liste est exhaustive : « l'acheteur ne peut exiger d'autres moyens de preuve que les renseignements ou documents suivants ». Mais, comme on l'a vu, la liste s'est allongée par rapport à celle de l'arrêté de 2006. La vigilance de l'acheteur est appelée tout particulièrement sur cette distinction. Si celui-ci au titre de l'article 2 de l'arrêté de 2016 entend demander la production de documents qui ne figurent pas à cet article, il devra veiller à ce que ces documents ne soient pas regardés comme justifiant les capacités techniques et professionnelles dont l'appréciation ne peut se faire autrement que par la production des documents visés à l'article 3. En application de l'annexe 12 de la directive 2014/24/UE, une certaine souplesse est introduite, qui profitera sans doute aux entreprises nouvellement créées ou aux PME et TPE, pour la justification de leurs capacités économique et financière.

La déclaration concernant le chiffre d'affaires global portant sur les trois derniers exercices n'est exigée que pour autant que l'information soit disponible « en fonction de la date de création de l'entreprise ou du début d'activité de l'opérateur économique » (art. 2-I, 1°).

Surtout, « si, pour une raison justifiée, l'opérateur économique n'est pas en mesure de produire les renseignements et documents demandés par l'acheteur, il est autorisé à prouver sa capacité économique et financière par tout autre moyen considéré comme approprié par l'acheteur » (art. 2-II). Pourrait être considéré comme pertinent le ratio entre les éléments d'actif et de passif des comptes annuels (cf. cons. 83 de la directive 2014/24/UE). Cette possibilité soulève, néanmoins, la question de sa mise en œuvre puisqu'elle interviendra nécessairement après la publication de l'avis d'appel public à candidatures : à quel moment l'acheteur se prononce ? Comment assurer la transparence et l'égalité de traitement du candidat concerné (qui ne sait pas si la pièce qu'il entend produire sera jugée appropriée) et des autres candidats ?

pour les capacités techniques et professionnelles, l'article 3-I, 1° et 2° permet de s'affranchir de la stricte limite de temps anciennement posée à la liste des prestations réalisées dans le passé par le candidat

Dans le sens de la souplesse, pour les capacités techniques et professionnelles, l'article 3-I, 1° et 2° permet de s'affranchir de la stricte limite de temps anciennement posée (3 ans pour les fournitures et services et cinq ans pour les travaux) à la liste des prestations réalisées dans le passé par le candidat : « le cas échéant, afin de garantir un niveau de concurrence suffisant, l'acheteur peut indiquer que les éléments de preuve relatif à des travaux exécutés il y a plus de cinq ans [ou à des produits ou services pertinents fournis] il y a plus de trois ans seront pris en compte ». Cette disposition est particulièrement bienvenue pour les marchés portant sur des prestations très sectorisées ou peu courantes afin que des opérateurs aux compétences généralistes puissent faire acte de candidature. Par ailleurs, pour les marchés de défense ou de sécurité seulement, lorsque le candidat « pour une raison justifiée », ne peut pas produire les références demandées pour justifier ses capacités techniques ou professionnelles, il peut s'appuyer sur « tout autre moyen considéré comme approprié par l'acheteur » (art. 3-II).

En vue d'accroître la sécurité juridique et de faciliter les démarche des opérateurs économiques non nationaux, il faut mentionner l'article 6 de l'arrêté de 2016 transposant l'article 61 de la directive 2014/24/UE relatif à la base de données de certificats en ligne e-Certis. Il s'agit

d'un système électronique géré par la Commission européenne référençant les principaux certificats et attestations qui sont usuellement demandés par les différents acheteurs publics européens. Cette base de données est mise à jour par les autorités nationales. Elle permet aux entreprises européennes de connaître les types de documents qui pourront leur être demandés et aux acheteurs d'évaluer une offre venant d'un Etat de l'UE au vu des documents fournis. Source de sécurité juridique pour permettre aux opérateurs européens de candidater dans n'importe quel Etat membre, l'utilisation d'e-Certis va devenir obligatoire à compter du 1er octobre 2018, lorsque l'acheteur exige « la production d'un certificat, d'une attestation ou d'un document de preuve particulier ». Cet article n'est pas applicable outre-mer. Enfin, l'on rappellera la solution désormais classique qui figure dans les dispositions de l'arrêté relatives aux certificats de qualifications professionnelles ou de qualité (art. 3, 11° et 12° ; art. 4) selon laquelle l'acheteur est tenu d'accepter tout moyen de preuve « équivalent » aux certificats requis, comme garantie de l'absence de toute discrimination.