

# Critères de sélection de candidatures et accès des PME à la commande publique

- Même si des dispositions tendent à faciliter l'accès des PME à la commande publique, les critères de sélection des candidatures peuvent conduire à restreindre l'accès de ces entreprises.
- En effet, leur candidature peut être rejetée pour insuffisance de capacité ou non atteinte des niveaux minimaux de capacité.
- En outre, dans le cadre des procédures restreintes, le juge vérifie au cas par cas que les critères de sélection sont bien liés à l'objet du marché.

## Auteur

Leslie Bonnieu, avocate associée, Cabinet Charrel & Associés, Montpellier-Marseille

## Mots clés

Capacité professionnelle • Insuffisance de capacité • Niveaux minimaux de capacité • Sous-traitant •

En ces périodes un peu difficiles pour les PME, « L'atelier de réflexion PME et commande publique de Bercy » a publié le 18 décembre 2012 un guide pour faciliter l'accès des petites et moyennes entreprises aux marchés publics<sup>(1)</sup>, on peut s'interroger sur l'effet de la détermination par les pouvoirs adjudicateur de critères de sélection des candidatures au titre de la facilitation au non de l'accès des PME à la commande publique. Cette démarche d'incitation des acheteurs publics éminemment gouvernementale<sup>(2)</sup> s'est traduite depuis longtemps dans la réglementation relative aux marchés publics<sup>(3)</sup> avec en toile de fond le respect du principe de la neutralité des règles de passation et d'attribution, conduisant à admettre, comme Denis Piveau dans ses conclusions sur l'arrêt du Conseil d'État du 25 juillet 2001, Commune de Gravelines<sup>(4)</sup> que « la

(1) *Virginie Mons, Acheteurs publics : une boîte à outils pour aider les PME à accéder aux marchés*, Mon TP, 4 janvier 2013.

(2) *Explications quant à la démarche du gouvernement vis-à-vis des PME, voir la Réponse du ministre de l'Économie à la question Muzeau du 2 novembre 2000, n°28832, JO Débats Sénat du 5 avril 2001, p. 1172; Mon. TP 4 mai 2001, p. 387; Rép. min. n°101684, JOAN Q 21 juin 2011, p. 6561; Contrats et marchés publics août 2011, comm. 278, B. Roman-Séquense.*

(3) *Principaux textes relatifs aux PME en application avant 2001 : circulaire du 5 septembre 1975 (Économie, Finances, Équipement) relative à la participation des PME aux marchés publics de travaux — Circulaire du 21 juin 1977 relative à la participation des PME aux marchés publics — Circulaire n°77-180 du 15 décembre 1977 (Équipement) relative à la sélection des entreprises dans le cadre d'appels d'offres restreints — Circulaire du 9 mars 1982 relative à la dévolution des marchés de travaux de bâtiment — Circulaire n°83-263 du 22 novembre 1983 relative à la simplification des documents contractuels destinés aux PME, plan PME de novembre 1987 comportant un programme de 25 mesures destinées à améliorer l'accès des PME aux commandes publiques (B. de Lavaissière de Lavergne et Y. Allain, L'application du plan PME, MP 1989, n°241, p. 33) — Circulaire n°94-07 du 20 janvier 1994 (NOR : EQU9410018C), relative à l'attribution des marchés de travaux (Économie, Équipement), Mon. TP 4 février 1994, Suppl. TO p. 283. Voir également les différents projets de réforme du code des marchés publics depuis 1996 ayant abouti aux décrets portant code des marchés publics de 2001, 2004, 2006. Ce n'est que depuis le code de 2001 que la question de la candidature et son appréciation qui doit être transparente et non discriminatoire sont abordées par le code des marchés publics. Le code actuel, pour élargir l'accès à la commande publique, a assoupli les conditions de participation.*

(4) *CE 25 juillet 2001, Cne de Gravelines, req. n°229666, AJDA 2002, p. 46.*

dépense publique qui s'effectue à l'occasion d'un marché ne doit pas être l'instrument d'autre chose que de la réalisation du meilleur achat au meilleur coût».

Le guide pour faciliter l'accès des petites et moyennes entreprises aux marchés publics<sup>(5)</sup> présente 14 fiches sur des thèmes comme l'allotissement, les groupements d'entreprises, les variantes ou bien les critères de sélection des offres. En ce qui concerne les candidatures, il n'est abordé que l'examen de la candidature des nouvelles entreprises ou des nouveaux entrants en marchés publics, or l'accès aux PME passe également par la détermination ou non de critères de sélection voire d'élimination.

Concernant le jugement des candidatures, il ressort des dispositions de l'article 52 du code des marchés publics qu'il existe deux, voire trois niveaux qui peuvent conduire à restreindre l'accès des PME à la commande publique : l'élimination pour insuffisance de capacité (I), l'élimination pour non atteinte des niveaux minimaux demandés (II) et la sélection des meilleurs candidats (III).

## I. L'élimination pour insuffisance de capacité

En application de l'alinéa 4 de l'article 52 du code des marchés publics et comme le réaffirme le guide pour faciliter l'accès des petites et moyennes entreprises aux marchés publics dans la fiche 11, le rejet d'une candidature pour absence ou insuffisance de références ne peut plus désormais constituer le seul motif pour écarter une candidature<sup>(6)</sup> : les capacités techniques, professionnelles et financières doivent avoir été examinées. Cette disposition laisse dans l'embarras de nombreux maîtres d'ouvrage et maîtres d'œuvre chargés d'analyser les candidatures qui ne peuvent plus éliminer facilement des entreprises ne disposant d'aucune expérience dans le domaine qui fait l'objet de la mise en concurrence ou d'une expérience très limitée.

Il reste donc toujours possible et même recommandé de demander des références ; la non-présentation de ces références n'est pourtant pas de nature à entraîner *ipso facto* l'élimination d'un candidat à un marché public si le pouvoir adjudicateur estime qu'au regard des autres pièces du dossier de candidature, le candidat a tout de même la capacité de mener à bien l'exécution du marché. Et, au-delà, la présentation d'un nombre important de références peut pallier l'absence de certificat de qualification professionnelle, ce qui semble désormais bien induire que l'élimination uniquement fondée sur l'absence de ces certificats professionnels (par exemple Qualibat « ou équivalent ») sans examen des références produites, n'est plus possible<sup>(7)</sup>, contrairement à certaines pratiques.

À ce stade également, et c'est ce qui est effectivement le plus observé dans la pratique, il est utile pour ouvrir l'accès aux PME d'indiquer aux candidats qu'ils peuvent appuyer leur candidature sur la capacité technique et financière d'autres opérateurs<sup>(8)</sup> en particulier des sous-traitants, mais pas nécessairement

lorsque le lien de sous-traitance n'est pas indispensable s'il ne s'agit pas d'un contrat d'entreprise (consultants extérieurs par exemple, fournisseurs...). Cette pratique se généralise car elle ne nécessite plus, comme précédemment, la constitution de groupements parfois lourds à mettre en place pour les entreprises et surtout à gérer (convention constitutive de groupement momentané d'entreprise, rôle et responsabilité du mandataire selon qu'il est solidaire ou non, gestion des paiements) ; des sous-traitances ponctuelles en sont favorisées, pour des prestations dont l'ampleur reste modérée et qui ne nécessitent pas une présence de toutes les entreprises sous-traitantes sur toute la durée d'exécution du contrat.

Enfin, l'alinéa 1<sup>er</sup> de l'article 52 du code des marchés publics, prévoit une possible régularisation, à l'initiative du pouvoir adjudicateur qui s'apercevrait que des pièces sont manquantes. Cette disposition est effectivement favorable à l'accès des PME à la commande publique, celle-ci n'étant pas le plus souvent bien organisée en terme de moyens matériels et humains pour répondre aux appels d'offres, l'oubli d'un document ne les éliminant pas *de facto*.

## II. L'élimination pour non atteinte des niveaux minimaux

L'article 45-I alinéa 3 du code des marchés publics dispose qu'il « ne peut être exigé des candidats que des niveaux minimaux de capacités liés et proportionnés à l'objet du marché ». À cette notion de « niveaux minimaux », applicable à toutes les procédures, correspond celle d'élimination des candidats. Ainsi, tous les opérateurs économiques établissant qu'ils ont atteint ce niveau minimal imposé par le pouvoir adjudicateur ont le droit d'accéder à la phase d'attribution du marché. À l'opposé, les candidats qui n'atteignent pas ce minimum de capacités doivent être éliminés de la procédure. Elle s'oppose à la phase de sélection des candidats, opérée dans certaines procédures et dans le cas où le pouvoir adjudicateur a fixé un nombre maximum de candidats (il ne peut s'agir que des procédures restreintes, négociées et du dialogue compétitif, cf. III). Et de fait, la fixation de niveaux minimaux de chiffre d'affaires pour des marchés exécutés ayant le même objet induit une réelle contradiction avec l'interdiction d'éliminer des candidats en raison de l'absence ou l'insuffisance de références, celles-ci générant évidemment du chiffre d'affaires...

Cette notion est bien illustrée par l'arrêt du Conseil d'État Agence nationale pour l'emploi du 17 novembre 2006<sup>(9)</sup>. Dans cette affaire, le juge censure un seuil minimal de chiffre d'affaires destiné à permettre aux candidats d'attester de leurs capacités financières pour exécuter un marché alloti. En application de la jurisprudence, les lots sont regardés comme des marchés distincts, ce qui impliquait que le seuil minimal de chiffre d'affaires exigible soit établi au regard de chacun d'entre eux. Or, en l'espèce, le pouvoir adjudicateur avait exigé un seuil établi au regard du montant global du marché.

Ainsi, le pouvoir adjudicateur peut indiquer par exemple qu'il faut que les entreprises qui entendent soumissionner aient un chiffre d'affaires de 500 000 € euros minimum, aient un effectif de plus de 10 salariés ; mais à la condition que ces seuils soient « en lien et proportionnés à l'objet du marché », ce qui reste

(5) [www.economie.gouv.fr/files/files/directions\\_services/daj/marches\\_publics/oeap/publications/documents/ateliers/pme\\_commande\\_publicque/guide\\_de\\_bonnes\\_pratiques.pdf](http://www.economie.gouv.fr/files/files/directions_services/daj/marches_publics/oeap/publications/documents/ateliers/pme_commande_publicque/guide_de_bonnes_pratiques.pdf)

(6) Circulaire du 14 février 2012 (NOR : EFIM1201512C), relative au guide de bonnes pratiques en matière de marchés publics, § 14.1.1.1 al. 4 ; TA Nice ord. 18 décembre 2007, CGBA, req. n° 0706412.

(7) CE 23 janvier 2012, Commune de Six fours-les-plages, req. n° 346970, CP-ACCP n° 119, mars 2011, p. 13, note J.-P. Jouguelet ; Contrats et marchés publics n° 3, mars 2012, comm. 99, J.-P. Pietri.

(8) Cf. code des marchés publics, art. 45.III.

(9) CE 17 novembre 2006, Agence nationale pour l'emploi, req. n° 290712.

d'une appréciation parfois subjective tant de la part du pouvoir adjudicateur que du juge lui-même, embarrassé qu'ils peuvent parfois être avec des considérations micro-économiques et en particulier de gestion financière des entreprises pour quantifier ces seuils minimaux. Ces notions restent évidemment à manier avec prudence lorsqu'il s'agit de mettre en œuvre un dispositif de limitation du principe de liberté d'accès à la commande publique.

À l'adoption de la rédaction du code des marchés publics en 2006, le débat a été vif sur l'obligation ou non de définir des niveaux minimaux de capacité, ce qui revenait, dans le cadre d'une obligation à restreindre l'accès à la commande publique aux PME et le Conseil d'État a tranché, dans le sens d'une absence d'obligation<sup>(10)</sup>.

### « Faire de la taille des entreprises un critère de sélection des candidatures revêt un caractère discriminatoire. »

Toutefois, cette liberté a son revers : si le pouvoir adjudicateur n'a pas fixé de niveaux minimaux de capacités, il ne peut procéder à une élimination maîtrisée des candidatures.

Enfin, il conviendra de ne pas confondre appréciation des niveaux minimaux qui ne concerne que l'appréciation des capacités professionnelles, techniques et financières du candidat avec l'expérience (les références) qui s'accommode mal en pratique de la notion de « niveau minimal » pouvant également être défini dans le droit communautaire, puisque le pouvoir adjudicateur ne peut, dans notre code français, éliminer un candidat pour absence ou insuffisance de référence. En outre, l'appréciation de l'expérience d'un candidat implique une certaine subjectivité, tandis que la notion de « niveau minimal » de capacités implique davantage d'objectivité (le candidat présente un chiffre d'affaires, des effectifs, un niveau de qualification supérieur, ou non, au niveau minimal exigé).

### III. La sélection des meilleurs candidats

La sélection des meilleurs candidats ne peut être opérée que dans le cas des procédures restreintes, négociées et du dialogue compétitif. Dans le cadre de ces procédures, il ne s'agit plus alors, seulement, d'éliminer les candidats aux garanties insuffisantes (ce qui caractérise les procédures ouvertes), mais de sélectionner positivement ceux qui ont les meilleures capacités (ce qui caractérise les procédures restreintes). Dans cette hypothèse, le pouvoir adjudicateur procède à la sélection de ces candidats en appliquant aux candidatures retenues conformément au I de l'article 52 du code des marchés public des critères de sélection non discriminatoires et liés à l'objet du marché relatifs à leurs capacités professionnelles, techniques et financières.

Dans l'hypothèse où le pouvoir adjudicateur a fixé un nombre maximal de candidat admis, il procède au classement des candidatures, et invite à la consultation les meilleures d'entre elles,

dans la limite du nombre fixé au préalable et indiqué comme tel dans l'avis d'appel à concurrence.

Pendant cette phase, seuls les mieux classés seront pris. Les autres candidats, même s'ils restent globalement bons, ne seront pas retenus, ce qui cristallise souvent un contentieux à ce stade. À la différence des critères de sélection des offres, les critères de sélection des candidatures sont rattachés à des catégories de critères dont la liste, à caractère exhaustif, figure dans le code. Les critères de sélection des candidatures doivent en tout état de cause, présenter un caractère non discriminatoire, être liés et proportionnés à l'objet du marché. Ainsi, pour les critères de sélection des candidatures, le code opère une double encadrement : critères et pièces (limitativement énumérées) pouvant être demandés à l'appui de la candidature (combinaison des articles 52 et 45) :

- les critères doivent se rapporter aux garanties professionnelles, techniques et financières mais également aux références<sup>(11)</sup> ;
- les pièces pouvant être demandées pour justifier les garanties professionnelles, techniques et financières au titre des critères ne peuvent être que celles énumérées à l'article 45 et à l'arrêté du 28 août 2006. Faisant application de ce principe, le juge a pu rappeler que les prescriptions du code en matière de documents ou renseignements exigibles à l'appui d'une candidature ont toujours été conçus comme un maximum, le pouvoir adjudicateur ayant la possibilité de réduire la période de référence en rapport avec l'objet du marché<sup>(12)</sup>. En pratique, par exemple pour les marchés de travaux, le pouvoir adjudicateur peut donc bien demander des références qui sont inférieures à cinq ans.

Concernant le choix de ces critères de sélection, le juge apprécie au cas par cas et censure les critères qui ne sont « pas toujours liés à l'objet du marché », tels qu'un quantum de petites et moyennes entreprises admises à présenter une offre dans les procédures restreintes, négociées et de dialogue compétitif, un tel critère étant jugé discriminatoire<sup>(13)</sup>.

Et curieusement, il convient de souligner que dans les marchés à procédure adaptée (marchés qui concernent en priorité les PME), les pouvoirs adjudicateurs peuvent utiliser des critères de sélection des candidatures pour apprécier les offres<sup>(14)</sup>.

Enfin, dans l'hypothèse où une entreprise candidate voit rejeter son dossier au stade de la candidature dans une procédure ouverte, en application de l'article 80 du code des marchés publics, elle doit disposer des mêmes informations (dont le contenu a été élargi en 2001 dès le stade de la première information) que pour le rejet de son offre, à savoir les motifs du rejet et les motifs du choix des autres candidats.

(11) TA Saint-Denis de La Réunion, ord., 30 novembre 2012, SA Société d'aménagement salinoise, req. n° 1200978.

(12) CE 4 novembre 2005, Commune de Bourges, req. n° 280406 : « Considérant que ces dispositions se bornent à déterminer l'étendue des renseignements et documents que la personne publique est en droit d'exiger des candidats à l'appui de leur candidature ; que, si elles interdisent à l'acheteur public de demander la présentation de travaux exécutés depuis plus de cinq ans, elles ne font, en revanche, pas obstacle à ce qu'il limite les références demandées aux candidats à des travaux exécutés durant une période plus courte que les cinq dernières années, dès lors que la même période, déterminée en rapport avec l'objet du marché, est fixée pour tous les candidats ».

(13) CE sect. 9 juillet 2007, Syndicat EGF-BTP et autres, req. n° 297711, CP-ACCP, n° 69, septembre 2007, p. 20, note L. Richer.

(14) CE 6 mars 2009, Cne d'Aix-en-Provence, req. n° 314610 — CE 2 août 2011, Parc naturel régional des grands Causses, req. n° 348254.

(10) CE 8 août 2008, Région de Bourgogne, req. n° 307143.

## Conclusion

On l'a vu, le principe de liberté d'accès à la commande publique renforcé par la volonté de ne pas exclure des candidats pour insuffisance de référence et la capacité de compléter la candidature multiplient le nombre de candidats admissibles à présenter une offre. L'effet pervers de la suppression de la double enveloppe conduisant à prendre connaissance du prix dès l'ouverture des plis conduit parfois à retenir une candidature peut être insuffisante et augmente encore le potentiel de candidatures recevables. Pourtant, la phase de candidature reste l'antichambre de l'offre économiquement la plus avantageuse. Une sélection trop légère conduit, face au caractère finalement assez mathématiques des critères prix et délais à retenir des offres qui risquent de ne pouvoir être portées jusqu'au bout par

des entreprises n'ayant fondamentalement pas les capacités professionnelles et financières suffisantes dès le départ.

Au surplus, le nombre d'offres à analyser finit par devenir contre-productif dans l'analyse qualitative, en particulier dans les marchés de travaux impliquant des délais d'analyse d'offres laissés aux maîtres d'œuvre parfaitement insuffisants. Et pour peu que les maîtres d'ouvrage soient plus restrictifs que le code concernant l'utilisation des procédures adaptées pour ces marchés, en abaissant le seuil très en dessous des 5 M€ réglementaires, ils se privent alors de cette possibilité de négociation qui peut permettre d'affiner le processus d'analyse.

L'enjeu à l'avenir sera donc d'améliorer les méthodes d'analyse des candidatures pour certes respecter le sens de l'amélioration de l'accès à la commande publique des entreprises, mais pas au détriment de la qualité de la commande publique. ■