

<http://moniteurjuris.fr/document/20-34261649>

La nouvelle possibilité d'analyser les offres avant les candidatures

Revue - Contrats publics - (DOSSIER) - (Analyser les candidatures et les offres) - Nicolas Charrel Et Thomas Gaspar Avocats Associés Au Cabinet Charrel Et Associés (paris Montpellier Marseille) - -
21/02/2017

Bien qu'il ne s'agisse pas nécessairement d'une surtransposition en droit français de la directive européenne 2014/24/ UE du 26 février 2014 sur la passation des marchés publics qui ne prévoyait pas un tel dispositif, la réforme de la commande publique, en ses articles 55 et 68 du décret n° 2016-360 du 25 mars 2016, autorise désormais les acheteurs à analyser les offres des soumissionnaires avant les candidatures. Une simplification qui laisse toutefois quelques interrogations en suspend.

Le droit des marchés publics a longtemps connu le système de la double enveloppe, introduit en 1992 par souci de « simplification »(1) et inséré au sein du V de l' article 57 du Code des marchés publics dans sa version du 1er septembre 2006, imposant aux opérateurs économiques que leur dossier comporte « une enveloppe contenant les documents relatifs à la candidature et une enveloppe contenant l'offre ».

L'enveloppe « offre » était renvoyée aux opérateurs voyant leur candidature rejetée, l'idée sous-jacente d'un tel processus consistant à soutenir que les phases de sélection des candidatures et d'analyse des offres sont deux phases de la procédure de passation bien distinctes, et qu'il est préférable que le pouvoir adjudicateur ne soit pas influencé, au stade de l'appréciation des capacités professionnelles, techniques et financières, par l'offre alléchante financièrement d'un candidat.

Le décret n° 2008-1355 du 19 décembre 2008 de mise en œuvre du plan de relance de l'économie dans les marchés publics, y a mis fin, toujours dans un souci de simplification, l'article 57 du Code des marchés publics imposant en conséquence et à nouveau, une seule « enveloppe comprenant les documents relatifs à la candidature et à l'offre ».

La suppression de la double enveloppe n'a pour autant pas mis fin au principe, que l'on croyait inscrit de le marbre, selon lequel les phases « candidature » et « offre » sont distinctes, l'analyse des candidatures, correspondant à l'appréciation des capacités des soumissionnaires à exécuter le marché, devant impérativement s'effectuer chronologiquement avant les offres.

S'il est constant qu'il n'y a effectivement que peu d'utilité à analyser l'offre d'un candidat n'ayant pas les capacités d'exécuter le marché, il est tout aussi constant qu'il n'y a que peu d'utilité à analyser les candidatures de tous les candidats que l'on présume parfaitement capables d'exécuter le marché, s'agissant d'un opérateur reconnu comme incontournable dans son secteur

(major du BTP, concessionnaire automobile, fabricant d'ordinateur...).

Pourtant, jusqu'au 1er avril 2016, il était obligatoire d'analyser l'intégralité des dossiers de candidature avant de se pencher sur la conformité, puis la valeur des offres, activité particulièrement chronophage et, il faut le reconnaître, contribuant faiblement à l'épanouissement professionnel des personnels chargés de cette tâche.

Désormais, au même titre qu'un particulier ne demande pas l'extrait K bis des concessionnaires automobiles avant de comparer les divers véhicules répondant à ses besoins, les acheteurs peuvent également analyser les offres avant les candidatures.

Cette nouvelle possibilité, évidemment bienvenue et qui est l'expression d'une réforme ayant pour objet de « permettre une meilleure utilisation stratégique de la commande publique »(2) , laisse toutefois en suspend certaines incertitudes et interrogations.

L'analyse des offres avant la candidature : outil de simplification et d'efficacité du processus d'achat

Si la simplification du régime juridique de la sélection des candidatures avait été entamée avec le décret n° 2014-1097 du 26 septembre 2014 (plafonnement des exigences minimales de chiffre d'affaires ; « dites-le nous une fois » ; armoire électronique), l' ordonnance n° 2015-899 du 23 juillet 2015 et son décret d'application du 25 mars 2016 ont poursuivi cet objectif(3) .

Au stade de la candidature, outre la disparition de l'obligation pour les acheteurs d'informer l'ensemble des candidats en cas de régularisation de la candidature de ne serait-ce qu'un opérateur économique(4) , l'article 55-II-1° du décret du 25 mars 2016 prévoit que « la vérification de l'aptitude à exercer l'activité professionnelle, de la capacité économique et financières et des capacités techniques et professionnelles des candidats peut être effectuée à tout moment de la procédure et au plus tard avant l'attribution du marché public ».

En conséquence, s'agissant des capacités professionnelles, techniques et financières, et à la seule condition qu'elle s'effectue avant l'attribution du marché, l'analyse de la candidature peut désormais se faire à tout moment. Ces dispositions ne concernent logiquement que les procédures ouvertes, le 2° du II du même article 55 précise que « lorsque l'acheteur limite le nombre de candidats admis à poursuivre la procédure, ces vérifications interviennent au plus tard avant l'envoi de l'invitation à soumissionner ou à participer au dialogue ».

En revanche, les justifications de l'absence d'interdiction de soumissionner, dont l'extrait de casier judiciaire ne fait désormais(5) , et fort heureusement compte tenu des problématiques causées(6) , plus partie, ne sont quant à elles exigibles que du seul candidat auquel il est envisagé d'attribuer le marché, comme le prévoyait déjà l'ancien article 46 du Code des marchés publics. L'attribution s'entendant génériquement ici comme la signature du marché de l'opérateur désigné comme tel par le représentant de l'acheteur ou, pour les collectivités et certains autres acheteurs notamment, par la commission d'appel d'offres (sous réserve des précisions ci-après

au § II).

Enfin, qu'il s'agisse d'un cas d'interdiction de soumissionner, ou d'insuffisance des capacités, l'alinéa 2 du IV de l'article 55 précise que « lorsque la vérification des candidatures intervient après la sélection des candidats ou le classement des offres, le candidat ou le soumissionnaire dont la candidature ou l'offre a été classée immédiatement après la sienne est sollicité pour produire les documents ». Toute simplification devant disposer de ses garde-fous, l'article 68 du décret, relatif à la procédure d'appel d'offres, confirme que si « l'acheteur peut décider d'examiner les offres avant les candidatures », ce dernier doit s'assurer que « la vérification de l'absence de motifs d'exclusion et du respect des critères de sélection s'effectue 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 ».

Une manière de rappeler que cette possibilité d'analyser les offres avant les candidatures, ne doit pas conduire l'acheteur à un excès de légèreté s'agissant de la vérification d'une candidature en limite de recevabilité.

Il n'en demeure pas moins que pour tenter de mettre fin aux multiples vérifications d'aptitudes avec un grand nombre de candidats et à la perte de temps associée aux demandes de compléments de pièces de candidatures composés de groupements et de sous-traitants parfois assez nombreux, certaines catégories de marchés pourront conduire les acheteurs à se concentrer de manière plus essentielle sur l'analyse des offres et ne procéder aux vérifications, souvent d'usage, des pièces du seul candidat auquel il est envisagé d'attribuer le marché, c'est-à-dire présentant l'offre économiquement la plus avantageuse.

L'insuffisance de capacité ou l'absence de compléments dans le délai imparti entraînant, comme avant, le rejet de la candidature et, désormais, immédiatement le choix de l'offre classée après celle écartée sous réserve de la mise en œuvre de la même procédure de vérification, et ce autant de fois que nécessaire tant qu'il subsiste des candidatures recevables et des offres régulières, appropriées et acceptables.

Bien que les décisions doivent pouvoir être prises au cas par cas, en fonction de l'objet du marché, de sa complexité ou encore des opérateurs économiques susceptibles d'y répondre, la possibilité, en procédure ouverte, d'analyser la candidature du seul candidat auquel il est envisagé d'attribuer le marché, va tendre à renforcer l'efficacité de la commande publique.

Quelques incertitudes restent toutefois en suspend sans pour autant devoir dissuader les acheteurs de profiter de cette opportunité de simplification.

Des incertitudes et questionnements qui ne doivent pas être dissuasifs

Aussi louable cette nouvelle possibilité soit-elle, elle n'est pas sans susciter un certain nombre d'interrogations.

Tout d'abord, un débat existe sur cette prétendue « fausse bonne idée »⁽⁷⁾, consistant à soutenir que « la formule antérieure était meilleure en termes de simplicité. Et de temps passé » dans la mesure où « ce qui est présenté comme une simplification n'est qu'un coup de canif dans la transparence et l'égalité de traitement des candidats ». Certains voient ainsi, dans ce procédé, une possibilité pour les acheteurs de choisir une offre, aussi avantageuse soit-elle, sans se soucier finalement des capacités techniques, professionnelles et financières du candidat sur lequel le pouvoir adjudicateur ne voudra probablement pas revenir, si sa candidature s'avère in fine irrecevable.

Néanmoins, non seulement le juge administratif sera toujours là, certes sous un contrôle restreint limité à l'erreur manifeste d'appréciation, pour sanctionner la sélection de candidatures irrecevables par les acheteurs, mais surtout, la suppression de la double enveloppe permettrait déjà aux acheteurs de prendre connaissance de l'offre du candidat lors de la sélection des candidatures au risque d'être influencé par son contenu.

L'article 68 du décret ayant au surplus vocation à donner une base réglementaire à la prohibition des comportements malveillants, ou partiels.

De sorte que le nouveau système met simplement fin à l'hypocrisie qui existait avec la « fausse » séparation des phases de sélection des candidatures et d'analyse des offres dans certains secteurs.

Ensuite, s'est également posée la question de savoir si finalement, bien que l'analyse des candidatures puisse s'effectuer après l'analyse des offres, l'intégralité des candidatures ne devait pas tout de même être analysée.

En effet, si le 2° de l'article 55-II du décret indique que les acheteurs « ne pourront exiger que du seul candidat auquel il est envisagé d'attribuer le marché public qu'il justifie ne pas être dans un cas d'interdiction de soumissionner », cette disposition ne vise que la justification des interdictions de soumissionner.

Et parallèlement, le 1° du même article 55-II affirme que « la vérification de l'aptitude à exercer l'activité professionnelle, de la capacité économique et financières et des capacités techniques et professionnelles des candidats peut être effectuée à tout moment de la procédure et au plus tard avant l'attribution du marché public ».

L'emploi du pluriel, pour les candidats, là où le singulier est utilisé pour les interdictions de soumissionner, pourrait vouloir dire que, même après les offres, toutes les candidatures doivent être analysées, et pas seulement celle de l'attributaire pressenti, ce qui dès lors n'aurait aucun sens.

Le IV de l'article 55 IV, qui englobe les interdictions de soumissionner et les conditions de participation pour prescrire un mécanisme de vérification en chaîne tant qu'il subsiste des candidatures irrecevables, permet toutefois de considérer que seule la candidature du candidat

classé en première position est analysée, à titre principal du moins. C'est ce que confirme, au surplus, la Direction des affaires juridiques, dans sa fiche « Examen des candidatures » mise à jour le 9 décembre 2016(8) , en énonçant qu'« en cas d'inversion des phases d'analyse des candidatures et des offres, les règles ci-dessus exposées s'appliquent, à ceci près que l'acheteur ne procède qu'à l'analyse de la candidature du seul titulaire pressenti ».

Il n'en reste pas moins que le juge administratif n'a pas tranché la question et que son interprétation pourrait être différente bien qu'alors peu compréhensible au regard de l'intention claire du jurislatureur.

En outre, tout aussi délicate est la question de la possibilité d'analyser les candidatures après les offres, en procédure restreinte (procédure adaptée restreinte, appel d'offres restreint, procédure concurrentielle avec négociation ou dialogue compétitif).

Il a été indiqué ci-avant que, logiquement, seule la procédure ouverte est concernée par ce dispositif.

Pour autant, le texte n'évoque pas directement les procédures restreintes, mais plutôt les procédures dans lesquelles l'acheteur limite le nombre de candidats admis à soumissionner.

De ces dispositions, la DAJ affirme qu'« en procédure restreinte, le moment auquel il convient de procéder à la vérification des conditions de participation diffère selon que l'acheteur a, ou non, déterminé un nombre maximum de candidats qui seront admis à participer à la suite de la procédure » et que « s'il n'a pas fixé de nombre maximum de candidat admis à participer à la suite de la procédure, la vérification est effectuée à tout moment de la procédure et au plus tard avant l'attribution du marché public ». Outre le fait qu'une procédure restreinte, sans limitation du nombre de candidat, perd une grande partie de son intérêt, il n'en demeure pas moins que, juridiquement, la limitation du nombre de candidats n'est pas obligatoire lorsque le pouvoir adjudicateur décide que seuls les candidats sélectionnés par l'acheteur seront autorisés à soumissionner.

Néanmoins, l'essence même d'une procédure restreinte, en application de l'article 66 du décret, consiste à n'autoriser que les candidats sélectionnés à soumissionner. Pour résumer, seuls les candidats dont la candidature aura été validée, pourront remettre une offre.

Il est donc difficile de comprendre la nuance apportée par la DAJ distinguant les procédures restreintes avec ou sans limitation du nombre de candidat, puisqu'en procédure restreinte, il n'y a pas d'offre sans sélection préalable de candidature.

Soit la rédaction du 3° de l'article 55-II comporte une erreur de plume malheureuse, que la DAJ a reprise, soit cette rédaction est volontaire et consisterait, comme certains semblent désormais le soutenir, qu'il serait possible, en procédure restreinte sans limitation du nombre de candidat, de procéder à un examen d'éléments substantiels de candidatures avant les offres (les qualifications ou le chiffre d'affaires par exemple), et le reste après les offres.

Enfin, reste également en suspend la question du moment précis durant lequel la candidature doit être analysée et les éventuelles demandes de régularisation effectuées.

En effet, si les dispositions de l'article 55 du décret précisent que la vérification des conditions de participation « peut être effectuée à tout moment de la procédure et au plus tard avant l'attribution du marché public », il existe une incertitude quant au moment précis, notamment avant ou après la commission d'appel d'offres, où il convient d'analyser la candidature du titulaire pressenti et lui demander les compléments éventuels.

Une première thèse pourrait considérer qu'à l'instar de l'ancien article 46 du Code des marchés publics, la vérification est effectuée avant l'attribution définitive au titulaire « pressenti ». Cela peut se concevoir assez facilement lorsque la qualité de la candidature bénéficie d'une présomption forte de ne poser aucune difficulté (cas du concessionnaire automobile, d'une major du BTP, et pourquoi pas d'un cabinet d'avocats ayant pignon sur rue plus que site sur internet...).

Une deuxième thèse consisterait à soutenir que pour les acheteurs publics soumis à l'obligation d'intervention d'une commission d'appel d'offres, cette vérification devrait se faire avant le choix de l'offre ; sauf évidemment lorsque l'intervention de la CAO n'est évidemment pas requise. Pour les collectivités territoriales et leurs établissements en particulier, dans la mesure où, en application de l'article L. 1414-2 du CGCT, pour les marchés publics dont la valeur estimée hors taxe est égale ou supérieure aux seuils européens, « le titulaire est choisi par une commission d'appel d'offres », il semble que la candidature doive être analysée, et éventuellement régularisée, avant la commission d'appel d'offres. Puisqu'en effet, si la commission d'appel d'offres attribue dans la plupart des cas le marché, la vérification des conditions de participation devrait en conséquence être effectuée avant que cette dernière se prononce.

Aussi, en appel d'offres ouvert (ou en procédure adaptée si une commission ad hoc a pour mission d'attribuer le marché), si la CAO attribue le marché, il faudra par sécurité demander, avant le choix de celle-ci, les pièces de la candidature et les analyser, pour le candidat classé en premier, mais également par sécurité potentiellement pour les candidats classés deuxième voire troisième (dans l'hypothèse où le 1er ne serait pas recevable).

C'est d'ailleurs pour cette raison, il faut le penser, que la DAJ précise dans sa fiche que « l'acheteur peut décider, en cas de doute, de procéder à la vérification des conditions de participation du titulaire pressenti en même temps qu'à celle du soumissionnaire dont l'offre est classée en deuxième position ».

La troisième thèse est fondée sur la philosophie même de la réforme sur certains points, à savoir de la consécration de la souplesse selon les choix de l'acheteur dans un souci d'efficacité. Sans s'enfermer dans la première ou la deuxième hypothèse, il appartiendrait à l'acheteur de déterminer le moment opportun pour procéder à cette vérification, compte tenu des circonstances de fait et de droit. En appel d'offres faisant intervenir une CAO, il pourrait donc être décidé que lorsqu'une offre d'un major du BTP est classée en première position, ce serait somme toute assez inutile de procéder aux vérifications des candidatures des suivants dans le classement,

voire même pour certains, de tous par souci d'égalité (le même qui a conduit à devoir pendant des années à demander des compléments de candidatures à des candidats dont la candidature était déjà complète).

Mais il pourrait être également décidé que cette vérification se fasse bien avant la décision de la CAO compte tenu des doutes pouvant être émis dans le cadre d'une première approche, et justement pour éviter de classer des offres en réalité inclassables faute de recevabilité en raison d'une insuffisance de garanties techniques et professionnelles.

Autant de questionnements faisant que si la possibilité d'analyser la candidature du seul attributaire pressenti après l'analyse des offres permet un véritable allègement de la procédure de passation, elle suscite parallèlement des interrogations et interprétations diverses dont une partie n'est pas encore tranchée par le juge administratif. La force de cette réforme est plutôt d'avoir libéré certains carcans réglementaires pour donner plus de ressources à l'acheteur pour s'adapter aux diverses hypothèses d'achat, et donc plus de souplesse et de performance. Le choix même de cette nouvelle opportunité est à déterminer en fonction des catégories d'achats et du tissu économique local ; ce choix pourrait également être différent selon le caractère obligatoire ou non de l'intervention d'une CAO ou au regard du résultat de l'analyse des offres et du classement faisant ressortir un titulaire pressenti dont les garanties de recevabilité de candidature semblent déjà acquise.

Donner un cadre, c'est avant tout donner un sens, même si plusieurs chemins peuvent être empruntés selon le choix pertinent de l'acheteur toujours désireux d'une commande publique plus efficace.

(1) Décret n° 92-1310 du 15 décembre 1992 relatif à la simplification du code des marchés publics.

(2) J. Maïa, Directeur des affaires juridiques des ministères économiques et financiers.

(3) T. Rouveyran et E. Jeanneau, « La sélection des candidatures », Contrats publics - Le Moniteur , n° 165, mai 2016. (4) CMP, art. 52.

(5) Loi Sapin II n° 2016-1691 du 9 décembre 2016, art. 39-II-3°.

(6) Voir en ce sens : TA Bastia 24 août 2016, SARL Autocars Cortenais, req. n° 1600918 ; TA Toulouse 5 août 2016, Société Grand Sud Navette, req. n° 1603203 ; TA Grenoble, 20 septembre 2016, Société Jean Perraud et Fils, req. n° 1604801.

(7) P. Desroches, point de vue - L'analyse des offres avant les candidatures : pas si simple ! Le Moniteur. fr , 17 mai 2016.

(8) www.economie.gouv.fr/daj/examen-candidatures-2016.

Références

Décret n° 2016-360 du 25 mars 2016, art. 55

Décret n° 2016-360 du 25 mars 2016, art. 68

Mots clés

Sélection des candidats - Vérification des candidatures - Conditions de participation -
Interdiction de soumissionner