

## EXAMEN DES CANDIDATURES

La fiche technique « Présentation des candidatures » décrit les étapes antérieures au dépôt des candidatures intéressant tant les acheteurs (quelles conditions de participation utiliser, etc.) que les opérateurs économiques (qui peut présenter sa candidature, quelles sont les interdictions de soumissionner, ce que doit contenir le dossier de candidature, les modalités pratiques de présentation de la candidature, le recours aux bases de données ou aux espaces de stockage numériques et le programme « Dites-le nous une fois », etc.).

Elle détaille la phase d'examen, par l'acheteur, des candidatures déposées par les opérateurs économiques pour les marchés publics passés en application du décret n° 2016-360 du 25 mars 2016 relatif aux marchés publics ou du décret n° 2016-361 du 25 mars 2016 relatif aux marchés publics de défense ou de sécurité.

Cette phase d'examen des candidatures se déroule, en principe, avant la phase d'examen des offres. Par exception à cette règle, l'article 68 du décret n° 2016-360 du 25 mars 2016 relatif aux marchés publics permet à l'acheteur, en appel d'offres ouvert et pour les seuls marchés publics qui ne sont pas des marchés publics de défense ou de sécurité, d'examiner les offres avant les candidatures. Lorsqu'il recourt à cette faculté, l'acheteur doit procéder à l'examen des candidatures de façon impartiale et transparente, de la même manière qu'il l'aurait fait en amont de la procédure et sans que son appréciation soit impactée par l'analyse des offres préalablement menée.

Les dispositions de l'ordonnance n° 2015-899, du décret n° 2016-360 et du décret n° 2016-361 font obligation à l'acheteur de contrôler :

- que les candidatures ont été reçues dans les délais prescrits ;
- que les candidats satisfont aux conditions de participation<sup>1</sup> indiquées dans l'avis d'appel à la concurrence ou dans l'invitation à confirmer l'intérêt ou, en l'absence d'un tel avis ou d'une telle invitation, dans les documents de la consultation ;
- et que les candidats ne font pas l'objet d'une interdiction de soumissionner.

Ces contrôles s'effectuent à des moments et selon des modalités qui peuvent être différents selon qu'il s'agit d'un marché public de défense ou de sécurité ou non et selon la procédure suivie, notamment si l'acheteur a décidé de fixer un nombre maximum de candidat admis à participer à la suite de la procédure.

### 1. La vérification de la réception des candidatures

#### **1.1. Les candidatures reçues hors délai**

Le point 4.1 de la fiche « Présentation des candidatures » présente les délais minimaux que l'acheteur doit respecter pour déterminer la date limite de réception des candidatures (accompagnées ou non des offres) ainsi que le mode de calcul de ces délais.

Sous peine que leur candidature (et le cas échéant leur offre) ne soit rejetée, les opérateurs économiques doivent donc impérativement la transmettre avant la date et l'heure limites fixées par l'acheteur dans les documents de la consultation. Quel que soit le mode de transmission, l'heure d'arrivée du document est seule prise en compte, à l'exclusion de l'heure d'envoi.

Toute offre ou candidature reçue hors délai est éliminée<sup>2</sup>. Ce retard ne peut en aucun cas être régularisé<sup>3</sup>.

<sup>1</sup> Ces conditions sont, en application de l'Art. 51 de l'ordonnance n° 2015-899, l'aptitude à exercer l'activité professionnelle, la capacité économique et financière ou les capacités techniques et professionnelles nécessaires à l'exécution du marché public.

<sup>2</sup> Art. 43 IV du décret n° 2016-360 et Art. 35 IV du décret n° 2016-361. Attention, voir toutefois le point 2.3.4. ci-dessous pour l'hypothèse où une copie de sauvegarde a été reçue dans les délais.

<sup>3</sup> Si l'Art. 59 I du décret n° 2016-360 et l'Art. 56 I du décret n° 2016-361 précisent qu'est irrégulière l'offre « qui ne respecte pas les exigences formulées dans les documents de la consultation », les IV de l'Art. 43 du décret n° 2016-360 et de l'Art. 35 du décret n° 2016-361 précisent que les candidatures et les offres tardives sont éliminées et ne les qualifient pas d'offre irrégulière. En effet, le principe d'égalité de traitement des candidats s'oppose, en toute hypothèse, à la régularisation d'une candidature ou d'une offre tardive.

Il appartient aux candidats de s'assurer du bon acheminement de leur dossier, en veillant à ne pas attendre l'extrême limite du délai fixé par l'acheteur pour transmettre leur candidature.

En cas de transmission électronique, le profil d'acheteur<sup>4</sup> doit enregistrer l'heure et la date d'arrivée des « plis ». C'est l'enregistrement de la date et de l'heure de réception sur le profil acheteur qui fait foi, sans que d'autres éléments puissent être pris en compte. Les « plis », dont le téléchargement a commencé avant la date et l'heure limite mais s'est achevé hors délai peuvent être acceptés par la plateforme, mais l'acheteur est tenu de les rejeter. En effet, un tel envoi électronique doit être considéré comme transmis hors délai, quelle que soit la procédure. Il appartient aux opérateurs économiques de prendre leurs dispositions pour anticiper une éventuelle difficulté technique.

En cas de transmission « papier », les candidats doivent assumer les risques inhérents au délai d'acheminement postal ou de transport. Ainsi, une grève postale ne constitue pas forcément un aléa justifiant la remise des plis hors délai<sup>5</sup>. Toutefois, si l'acheteur estime que, par son ampleur, un tel incident est susceptible de constituer un obstacle significatif à la remise des candidatures ou des offres, il lui appartient de prolonger les délais initialement impartis aux candidats.

### **1.2. Que faire lorsque plusieurs candidatures sont transmises par un même opérateur dans le délai fixé pour leur réception ?**

Le I de l'article 57 du décret n° 2016-360 et le I de l'article 51 du décret n° 2016-361 prévoient que « *Le soumissionnaire transmet son offre en une seule fois. Si plusieurs offres sont successivement transmises par un même soumissionnaire, seule est ouverte la dernière offre reçue par l'acheteur dans le délai fixé pour la remise des offres.* ».

Ce principe devrait s'appliquer également en cas de transmissions successives de candidatures d'un même candidat.

Ainsi, en cas d'envoi successif, seule est ouverte la dernière candidature reçue dans le délai fixé pour leur remise, quel que soit le mode de transmission.

## **2. La vérification des conditions de participation**

Est ici présenté le déroulé des vérifications des conditions de participation dans des conditions normales. Puis sont évoqués avant d'aborder les cas spécifiques sur lesquels l'attention des acheteurs est attirée, ainsi que les éventuels incidents dans le déroulé des opérations de vérification (dossier incomplet, nécessité d'obtenir des explications sur des documents de preuve, etc.).

### **2.1. La vérification des conditions de participation dans des conditions normales**

Les règles sont différentes selon qu'il s'agit d'un marché public de défense ou de sécurité ou non.

#### **2.1.1. La vérification des conditions de participation dans les marchés publics autres que de défense ou de sécurité**

Dans les marchés publics autres que de défense ou de sécurité, les procédures formalisées s'organisent en procédures restreintes ou ouvertes<sup>6</sup>.

Les procédures ouvertes sont les procédures dans lesquelles tout opérateur économique intéressé peut présenter une offre. Cela ne signifie pas que toutes les offres seront à examiner : l'élimination des candidats est possible en procédure ouverte.

<sup>4</sup> Art. 31 du décret n° 2016-360 et Art. 26 du décret n° 2016-361.

<sup>5</sup> Rép. min. N°13215, JO Sénat du 29 avril 2010, p. 1050 ; Rép. min. n° 77941, JOAN du 13 juillet 2010, p. 7879.

<sup>6</sup> Attention, les directives « marchés publics » utilisent les termes de « procédures restreintes » et de « procédures ouvertes » dans une acception différentes : dans ces textes, la procédure restreinte correspond à l'appel d'offre restreint en droit français, la procédure ouverte correspondant à l'appel d'offres ouverts.

Les procédures restreintes sont les procédures dans lesquelles seuls les opérateurs économiques sélectionnés sur la base de leur candidature sont admis à présenter une offre.

Parmi les procédures formalisées prévues par le décret n° 2016-360, seul l'appel d'offres ouvert est une procédure ouverte. Les procédures adaptées prévues par le décret n° 2016-360 peuvent être, au choix de l'acheteur, des procédures ouvertes ou des procédures restreintes.

### **2.1.1.1. La vérification des conditions de participation en cas de procédure ouverte du décret n° 2016-360 (marchés publics autres que de défense ou de sécurité)**

En application du 1° du II de l'article 55 du décret n° 2016-360, cette vérification doit s'effectuer au plus tard avant l'attribution du marché public. Traditionnellement, la vérification des candidatures se fait avant l'analyse des offres, ce qui peut s'avérer utile si l'acheteur est face à un nombre important de candidat. Désormais, il est toutefois possible, en procédure ouverte, d'inverser l'ordre d'examen des candidatures et des offres, ce qui est alléger les charges pesant sur les opérateurs économiques et les acheteurs<sup>7</sup>.

#### ► Lorsqu'il n'y a pas d'inversion des phases d'analyse des candidatures et des offres

- *L'acheteur peut procéder à une première analyse sur la base des informations fournies par les candidats*

En application du 1° du II de l'article 55 du décret n° 2016-360, cette première analyse peut être effectuée à tout moment de la procédure.

A ce stade, des candidatures peuvent déjà être déclarées irrecevables et être éliminées :

- l'acheteur doit éliminer les candidats dont le dossier de candidature est incomplet, s'il ne met pas en œuvre la faculté d'en demander la régularisation<sup>8</sup> ;
- si l'acheteur a fixé des niveaux minimaux de capacités et qu'il les a préalablement publiés, il doit éliminer les candidats qui fournissent des informations démontrant qu'ils n'atteignent pas ces niveaux minimaux. Ceux-ci doivent être liés et proportionnés à l'objet du marché ou à ses conditions d'exécution<sup>9</sup> ;
- s'il n'a pas fixé de niveaux minimaux de capacité<sup>10</sup>, il ne peut éliminer que les candidats ne disposant manifestement pas des capacités suffisantes pour exécuter le marché public, c'est-à-dire ceux dont les capacités sont, à l'évidence, et sans qu'il soit besoin d'un examen approfondi du dossier de candidature, insuffisantes pour assurer l'exécution des prestations faisant l'objet du marché<sup>11</sup>.

Cette première analyse peut être menée de manière concomitante à la vérification des candidatures.

- *L'acheteur procède ensuite à la vérification des candidatures restantes*

Il s'agit cette fois de vérifier la véracité des informations transmises.

Pour ce faire, l'acheteur peut exiger la production des renseignements et documents figurant sur une liste établie par arrêté du ministre chargé de l'économie<sup>12</sup>. L'égalité de traitement entre les candidats impose que le délai octroyé par l'acheteur pour fournir les documents justificatifs et preuves soit identique pour tous les candidats. Ce délai doit être raisonnable.

<sup>7</sup> Comme on le verra, en effet, les vérifications ne s'opéreront alors qu'à l'égard du titulaire pressenti.

<sup>8</sup> Voir point 2.3.1. de la présente fiche technique.

<sup>9</sup> Cf. article 44 I du décret du 25 mars 2016 relatif aux marchés publics.

<sup>10</sup> L'acheteur n'est pas tenu de préciser dans les avis d'appel à concurrence des niveaux minimaux de capacités : CE, 8 août 2008, *Région Bourgogne*, n° 307143.

<sup>11</sup> CE, 20 mai 2009, *Commune de Fort-de-France*, n° 311379.

<sup>12</sup> Art. 50 du décret n° 2016-360 et arrêté du 29 mars 2016 fixant la liste des renseignements et des documents pouvant être demandés aux candidats aux marchés publics.

Toutefois, les candidats ne sont pas tenus de fournir<sup>13</sup> :

- 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 ou d'un espace de stockage numérique, à condition 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<sup>14</sup> ;
- les documents justificatifs et moyens de preuve qui leur ont déjà été transmis dans le cadre d'une précédente consultation et qui demeurent valables si l'acheteur l'a prévu dans l'avis d'appel à la concurrence ou dans un autre document de la consultation. Lorsqu'une consultation est engagée ou un avis d'appel à la concurrence envoyé à la publication à compter du 1<sup>er</sup> avril 2017 pour les centrales d'achats et du 1<sup>er</sup> octobre 2018 pour les autres acheteurs, dans le cadre des procédures formalisées, les candidats ne sont pas tenus de fournir les documents justificatifs et moyens de preuve qui ont déjà été transmis au service acheteur concerné lors d'une précédente consultation et qui demeurent valables, même si celui-ci ne l'a pas expressément prévu<sup>15</sup> ;
- lorsque le marché public est identifié « marché public simplifié » (MPS), les documents justificatifs et moyens de preuve qui sont disponibles par ce biais.

En application du IV de l'article 55 du décret n° 2016-360, et exception faite de ces trois cas, si le candidat ne fournit pas dans le délai imparti les documents justificatifs ou moyens de preuve demandés, sa candidature est déclarée irrecevable et le candidat est éliminé.

#### ► En cas d'inversion des phases d'analyse des candidatures et des offres

L'article 68 du décret n° 2016-360 permet à l'acheteur, en appel d'offres ouvert, d'examiner les offres avant les candidatures. Lorsqu'il recourt à cette faculté, l'acheteur doit procéder à l'examen des candidatures de façon impartiale et transparente, de la même manière qu'il l'aurait fait en amont de la procédure et sans que son appréciation soit impactée par l'analyse des offres préalablement menée.

Rien n'interdit à l'acheteur, en procédure adaptée sans limitation du nombre de candidats admis à poursuivre la procédure, de prévoir une telle inversion des phases d'analyse des candidatures et des offres, dans les mêmes conditions.

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. En application du 1° du II de l'article 55 du décret n° 2016-360, cette vérification s'effectue au plus tard avant l'attribution du marché public.

Dans ce cas, en application du IV de l'article 55 du décret n° 2016-360, si l'opérateur économique concerné ne satisfait pas aux conditions de participations fixées, ne peut produire dans le délai imparti les documents justificatifs, les moyens de preuves, les compléments ou les explications demandées, sa candidature est déclarée irrecevable et son offre est éliminée. Le soumissionnaire dont l'offre a été classée immédiatement après la sienne est alors sollicité pour produire les documents nécessaires. Cette procédure est, le cas échéant, reproduite tant qu'il subsiste des offres qui n'ont pas été écartées au motif qu'elles sont inappropriées, irrégulières ou inacceptables.

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. Toutefois, pour des raisons d'allègement des charges pesant sur les opérateurs économiques, il est conseillé de ne mettre en œuvre cette faculté que s'il existe un doute sérieux sur le fait que titulaire pressenti réponde bien aux conditions de participation fixées.

<sup>13</sup> Sur ces trois dispositifs, voir le point 3 de la fiche « Présentation des candidatures ».

<sup>14</sup> Art. 53 I du décret n° 2016-360.

<sup>15</sup> Art. 53 I du décret n° 2016-360.

### 2.1.1.2. La vérification des conditions de participation en cas de procédure restreinte du décret n° 2016-360 (marchés publics autres que de défense ou de sécurité)

#### ► La sélection des candidats en procédure restreinte sur la base des conditions de participation

En procédure restreinte, l'acheteur sélectionne les candidats qui seront invités à participer à la suite de la procédure. Cette sélection peut s'opérer selon trois modes différents.

##### ■ *L'acheteur peut fixer des niveaux minimaux de capacités*

Ceux-ci doivent être liés et proportionnés à l'objet du marché public ou à ses conditions d'exécution et avoir été préalablement portés à la connaissance des candidats (ils figurent obligatoirement dans l'avis d'appel à la concurrence ou dans l'invitation à confirmer l'intérêt ou, en l'absence d'un tel avis ou d'une telle invitation, dans les documents de la consultation)<sup>16</sup>.

Dans ce cas, l'acheteur doit éliminer les candidats qui fournissent des informations démontrant qu'ils n'atteignent pas ces niveaux minimaux.

##### ■ *L'acheteur peut prévoir la réduction du nombre de candidats*

Cette réduction s'opère sur la base de critères objectifs et non-discriminatoires qui doivent être mentionnés dans l'avis d'appel à la concurrence ou dans l'invitation à confirmer l'intérêt.

L'avis ou l'invitation doit mentionner également le nombre minimum de candidats que l'acheteur prévoit d'inviter. Pour qu'il y ait effectivement réduction du nombre de candidats admis à participer à la suite de la procédure, l'acheteur doit indiquer le nombre maximum de candidats qu'il prévoit d'inviter à participer à la suite de la procédure. Pour les pouvoirs adjudicateurs, en application de la directive européenne 2014/24/UE, ce nombre maximal est, au moins, de cinq en appel d'offres restreint et de trois en procédure concurrentielle avec négociation et dialogue compétitif<sup>17</sup>. Pour les entités adjudicatrices, en procédure restreinte, et pour tous les acheteurs en procédure adaptée, les textes n'imposent pas un minimum à ce nombre maximal. Toutefois, ce nombre doit être fixé de manière à garantir une mise en concurrence effective.

Ainsi, la réduction du nombre de candidats se distingue de l'élimination présentée ci-dessus. Dans le cadre de l'élimination des candidatures, l'acheteur se contente de renoncer aux candidatures dont les capacités sont jugées insuffisantes. Dans le cadre de la réduction, l'acheteur ne retient, après classement, que les meilleurs candidats parmi ceux qui se sont présentés.

En procédure adaptée comme en procédure formalisée, l'information appropriée des candidats n'implique pas que l'acheteur indique les conditions de mise en œuvre des critères de sélection des candidatures, sauf dans l'hypothèse où ces conditions, si elles avaient été initialement connues, auraient été de nature à susciter d'autres candidatures ou à retenir d'autres candidats<sup>18</sup>.

##### ■ *L'acheteur peut mêler les deux modes de sélection présentés ci-dessus*

Dans ce cas, il procède à l'élimination des candidats qui ne remplissent pas les niveaux minimum de condition de participation qu'il a définis et il réduit ensuite du nombre de candidats selon les règles ci-dessus rappelées.

Dans ce cadre, l'acheteur ne retient, après classement, que les meilleurs candidats parmi ceux qui satisfont aux niveaux minimum de condition de participation requis.

Les niveaux minimum et les critères de réduction des candidatures peuvent porter sur des éléments distincts. Par exemple, l'acheteur peut fixer un chiffre d'affaire minimal et des critères de sélection qui porteront sur les capacités techniques et professionnelles uniquement.

<sup>16</sup> Art. 44 I du décret n° 2016-360.

<sup>17</sup> Art. 47 du décret n° 2016-360.

<sup>18</sup> CE, 24 février 2010, *Communauté de communes de l'Enclave des Papes*, n° 333569 et CE, 10 avril 2015, *Chambre de commerce et d'industrie territoriale d'Ajaccio et de Corse-du-Sud*, n° 387128.

► Le moment auquel il faut procéder à la vérification des conditions de participation en procédure restreinte

Le II de l'article 55 du décret n° 2016-360 prévoit 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 ;
- toutefois, lorsque l'acheteur limite le nombre de candidats admis à poursuivre la procédure, cette vérification intervient au plus tard avant l'envoi de l'invitation à soumissionner ou à participer au dialogue.

En conséquence, 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.

Ainsi, 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.

Si l'acheteur a fixé un nombre maximum de candidat admis à participer à la suite de la procédure, cette vérification intervient au plus tard avant l'envoi de l'invitation prévue à l'article 56 du décret n° 2016-360. Cette règle particulière s'explique par la nécessité de s'assurer qu'aucun des candidats admis à participer à la suite de la procédure s'avère, au final, ne pas présenter les conditions de participation qu'il avait annoncées. Dans un tel cas, cet opérateur économique prendrait la place d'un candidat qui aurait pu satisfaire aux conditions de participation annoncées et qui a été éliminé ; la procédure serait alors viciée.

► Le déroulé de la vérification

- *L'acheteur peut procéder à une première analyse sur la base des informations fournies par les candidats*

A ce stade, des candidatures peuvent déjà être déclarées irrecevables et être éliminées :

- l'acheteur élimine les candidats dont le dossier de candidature est incomplet, s'il ne met pas en œuvre la faculté d'en demander la régularisation<sup>19</sup> ;
- l'acheteur doit éliminer les candidats qui fournissent des informations démontrant qu'ils n'atteignent pas les niveaux minimaux fixés ;
- s'il n'a pas fixé de niveaux minimaux de capacité<sup>20</sup>, il ne peut éliminer que les candidats ne disposant manifestement pas des capacités suffisantes pour exécuter le marché public, c'est-à-dire ceux dont les capacités sont, à l'évidence, et sans qu'il soit besoin d'un examen approfondi du dossier de candidature, insuffisantes pour assurer l'exécution des prestations faisant l'objet du marché<sup>21</sup>.

Cette première analyse peut être menée de manière concomitante à la vérification des candidatures.

- *L'acheteur procède ensuite à la vérification des candidatures des candidats restants*

Il s'agit cette fois de vérifier la véracité des informations transmises.

Pour ce faire, l'acheteur peut exiger la production des renseignements et documents figurant sur une liste établie par arrêté du ministre chargé de l'économie<sup>22</sup>. L'égalité de traitement entre les candidats impose que le délai octroyé par l'acheteur pour fournir les documents justificatifs et preuves soit identique pour tous les candidats. Ce délai doit être raisonnable.

Toutefois, les candidats ne sont pas tenus de fournir<sup>23</sup> :

<sup>19</sup> Voir point 2 de la présente fiche technique.

<sup>20</sup> L'acheteur n'est pas tenu de préciser dans les avis d'appel à concurrence des niveaux minimaux de capacités : CE, 8 août 2008, *Région Bourgogne*, n° 307143.

<sup>21</sup> CE, 20 mai 2009, *Commune de Fort-de-France*, n° 311379.

<sup>22</sup> Art. 50 du décret n° 2016-360 et *arrêté du 29 mars 2016* fixant la liste des renseignements et des documents pouvant être demandés aux candidats aux marchés publics.

<sup>23</sup> Sur ces trois dispositifs, voir le point 3 de la fiche « Présentation des candidatures ».



- 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 ou d'un espace de stockage numérique, à condition 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<sup>24</sup> ;
- les documents justificatifs et moyens de preuve qui leur ont déjà été transmis dans le cadre d'une précédente consultation et qui demeurent valables si l'acheteur l'a prévu dans l'avis d'appel à la concurrence ou dans un autre document de la consultation. Lorsqu'une consultation est engagée ou un avis d'appel à la concurrence envoyé à la publication à compter du 1<sup>er</sup> avril 2017 pour les centrales d'achats et du 1<sup>er</sup> octobre 2018 pour les autres acheteurs, dans le cadre des procédures formalisées, les candidats ne sont pas tenus de fournir les documents justificatifs et moyens de preuve qui ont déjà été transmis au service acheteur concerné lors d'une précédente consultation et qui demeurent valables, même si celui-ci ne l'a pas expressément prévu<sup>25</sup> ;
- lorsque le marché public est identifié « marché public simplifié » (MPS), les documents justificatifs et moyens de preuve qui sont disponibles par ce biais.

En application du IV de l'article 55 du décret n° 2016-360, et exception faite de ces trois cas, si le candidat ne fournit pas dans le délai imparti les documents justificatifs ou moyens de preuve demandés, sa candidature est déclarée irrecevable et le candidat est éliminé.

- *S'il a prévu une réduction du nombre de candidats, l'acheteur procède alors au classement des candidats restants*

L'acheteur rejette alors les candidatures des opérateurs économiques qui sont classés en-dessous du nombre maximal de candidats admis à participer à la suite de la procédure.

#### 2.1.2. La vérification des conditions de participation dans les marchés publics de défense ou de sécurité

L'une des particularités des marchés publics de défense ou de sécurité réside dans le fait que l'analyse des conditions de participation se fonde sur la base d'informations et documents de preuve fournis par le candidat et qui accompagnent sa candidature. En effet, la directive 2009/81/CE ne prévoit pas la généralisation des déclarations sur l'honneur. À l'exception des documents de preuve relatifs aux interdictions de soumissionner, tous les documents de preuve et renseignements exigés, y compris sur la base de l'article 37 du décret n° 2016-361, doivent être fournis avec la candidature.

De plus, le décret n° 2016-361 ne prévoit que des procédures formalisées restreintes. Les procédures adaptées peuvent être, au choix de l'acheteur, des procédures ouvertes ou des procédures restreintes.

##### **2.1.2.1. La vérification des conditions de participation en cas de procédure restreinte du décret n° 2016-361 (marchés publics de défense ou de sécurité)**

###### ► La sélection des candidats en procédure restreinte sur la base des conditions de participation

En procédure restreinte, l'acheteur sélectionne les candidats qui seront invités à participer à la suite de la procédure. Cette sélection peut s'opérer selon trois modes différents.

<sup>24</sup> Art. 53 I du décret n° 2016-360.

<sup>25</sup> Art. 53 I du décret n° 2016-360.

■ *L'acheteur peut fixer des niveaux minimaux de capacités*

Ceux-ci doivent être liés et proportionnés à l'objet du marché public ou à ses conditions d'exécution et avoir été préalablement portés à la connaissance des candidats (ils figurent obligatoirement dans l'avis d'appel à la concurrence ou, en l'absence d'un tel avis, dans les documents de la consultation)<sup>26</sup>.

Dans ce cas, l'acheteur doit éliminer les candidats qui n'atteignent pas ces niveaux minimaux.

■ *L'acheteur peut prévoir la réduction du nombre de candidats*

Cette réduction s'opère sur la base de critères objectifs et non-discriminatoires qui doivent être mentionnés dans l'avis d'appel à la concurrence ou, en l'absence d'un tel avis, dans les documents de la consultation.

L'avis ou les documents de la consultation doivent mentionner également le nombre minimum de candidats que l'acheteur prévoit d'inviter. Pour qu'il y ait effectivement réduction du nombre de candidats admis à participer à la suite de la procédure, l'acheteur doit indiquer le nombre maximum de candidat qu'il prévoit d'inviter à participer à la suite de la procédure. En procédure formalisée, ce nombre maximal est, au moins, de trois<sup>27</sup>. En procédure adaptée, en application de la directive européenne 2009/81/CE, il n'existe pas de nombre minimal imposé par les textes. Toutefois, ce nombre doit être fixé de manière à garantir une mise en concurrence effective.

Ainsi, la réduction du nombre de candidats se distingue de l'élimination présentée ci-dessus. Dans le cadre de l'élimination des candidatures, l'acheteur se contente de renoncer aux candidatures dont les capacités sont jugées insuffisantes. Dans le cadre de la réduction, l'acheteur ne retient, après classement, que les meilleurs candidats parmi ceux qui se sont présentés.

En procédure adaptée comme en procédure formalisée, l'information appropriée des candidats n'implique pas que l'acheteur indique les conditions de mise en œuvre des critères de sélection des candidatures, sauf dans l'hypothèse où ces conditions, si elles avaient été initialement connues, auraient été de nature à susciter d'autres candidatures ou à retenir d'autres candidats<sup>28</sup>.

■ *L'acheteur peut mêler les deux modes de sélection présentés ci-dessus*

Dans ce cas, il procède à l'élimination des candidats qui ne remplissent pas les niveaux minimum de condition de participation qu'il a définis et il réduit ensuite du nombre de candidats selon les règles ci-dessus rappelées.

Dans ce cadre, l'acheteur ne retient, après classement, que les meilleurs candidats parmi ceux qui satisfont aux niveaux minimum de condition de participation requis.

Les niveaux minimum et les critères de réduction des candidatures peuvent porter sur des éléments distincts. Par exemple, l'acheteur peut fixer un chiffre d'affaire minimal et des critères de sélection qui porteront sur les capacités techniques et professionnelles uniquement.

► Le déroulé de la vérification

■ *L'acheteur peut procéder à une première analyse sur la base des informations fournies par les candidats*

A ce stade, des candidatures peuvent déjà être déclarées irrecevables et être éliminées :

- l'acheteur élimine les candidats dont le dossier de candidature est incomplet, s'il ne met pas en œuvre la faculté d'en demander la régularisation<sup>29</sup> ;
- l'acheteur doit éliminer les candidats qui fournissent des informations démontrant qu'ils n'atteignent pas les niveaux minimaux fixés ;

<sup>26</sup> Art. 36 I du décret n° 2016-361.

<sup>27</sup> Art. 39 du décret n° 2016-361.

<sup>28</sup> CE, 24 février 2010, *Communauté de communes de l'Enclave des Papes*, n° 333569 et CE, 10 avril 2015, *Chambre de commerce et d'industrie territoriale d'Ajaccio et de Corse-du-Sud*, n° 387128.

<sup>29</sup> Voir point 2 de la présente fiche technique.



- s'il n'a pas fixé de niveaux minimaux de capacité<sup>30</sup>, il ne peut éliminer que les candidats ne disposant manifestement pas des capacités suffisantes pour exécuter le marché public, c'est-à-dire ceux dont les capacités sont, à l'évidence, et sans qu'il soit besoin d'un examen approfondi du dossier de candidature, insuffisantes pour assurer l'exécution des prestations faisant l'objet du marché<sup>31</sup>.

Cette première analyse peut être menée de manière concomitante à la vérification des candidatures.

■ *L'acheteur procède ensuite à la vérification des candidatures des candidats restants*

Il s'agit cette fois de vérifier la véracité des informations transmises.

L'article 48 du décret n° 2016-361 prévoit que « *l'acheteur procède à la vérification des informations qui figurent dans la candidature, y compris en ce qui concerne les opérateurs économiques sur les capacités desquels le candidat s'appuie, au plus tard avant l'envoi de l'invitation mentionnée à l'article 50* ».

Pour ce faire, l'acheteur se fonde sur les renseignements et documents dont il a exigé la production au stade de la candidature. Il a pu ainsi demander les documents qui figurent sur la liste établie par arrêté du ministre chargé de l'économie<sup>32</sup>. Toutefois, il convient de souligner qu'en marchés publics de défense ou de sécurité, la liste en question n'est pas limitative<sup>33</sup>.

Cependant, les candidats ne sont pas tenus de fournir<sup>34</sup> :

- si les documents de la consultation le prévoient, 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 ou d'un espace de stockage numérique, à condition 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<sup>35</sup> ;
- si les documents de la consultation le prévoient, les documents justificatifs et moyens de preuve qui leur ont déjà été transmis dans le cadre d'une précédente consultation et qui demeurent valables si l'acheteur l'a prévu dans l'avis d'appel à la concurrence ou dans un autre document de la consultation<sup>36</sup> ;
- lorsque le marché public est identifié « marché public simplifié » (MPS), les documents justificatifs et moyens de preuve qui sont disponibles par ce biais.

En application de l'article 48 du décret n° 2016-361, et exception faite de ces trois cas, si le candidat n'a pas fourni les documents justificatifs ou moyens de preuve demandés à l'appui de sa candidature, celle-ci est déclarée irrecevable et le candidat est éliminé, sauf à mettre en œuvre la faculté de régularisation prévue par ce même article<sup>37</sup>.

■ *S'il a prévu une réduction du nombre de candidats, l'acheteur procède alors au classement des candidats restants*

L'acheteur rejette alors les candidatures des opérateurs économiques qui sont classés en dessous du nombre maximal de candidats admis à participer à la suite de la procédure.

<sup>30</sup> L'acheteur n'est pas tenu de préciser dans les avis d'appel à concurrence des niveaux minimaux de capacités : CE, 8 août 2008, *Région Bourgogne*, n° 307143, dont la solution de principe est transposable aux marchés publics de défense ou de sécurité.

<sup>31</sup> CE, 20 mai 2009, *Commune de Fort-de-France*, n° 311379.

<sup>32</sup> Art. 42 du décret n° 2016-361 et **arrêté du 29 mars 2016** fixant la liste des renseignements et des documents pouvant être demandés aux candidats aux marchés publics.

<sup>33</sup> En effet, l'Art. 42 du décret n° 2016-361 précise que « *Pour vérifier que les candidats satisfont aux conditions de participation à la procédure, l'acheteur peut notamment exiger la production des renseignements et documents figurant sur une liste établie par arrêté du ministre chargé de l'économie* ».

<sup>34</sup> Sur ces trois dispositifs, voir le point 3 de la fiche « Présentation des candidatures ».

<sup>35</sup> Art. 45 du décret n° 2016-361.

<sup>36</sup> Art. 45 du décret n° 2016-361.

<sup>37</sup> Voir point 2 de la présente fiche technique.

### 2.1.2.2. La vérification des conditions de participation en cas de procédure adaptée ouverte du décret n° 2016-361 (marchés publics de défense ou de sécurité)

#### ► L'acheteur peut procéder à une première analyse sur la base des informations fournies par les candidats

A ce stade, il peut déjà éliminer des candidats :

- il élimine les candidats dont le dossier de candidature est incomplet, s'il ne met pas en œuvre la faculté d'en demander la régularisation<sup>38</sup> ;
- si l'acheteur a fixé des niveaux minimaux de capacités et qu'il les a préalablement publiés, il doit éliminer les candidats qui fournissent des informations démontrant qu'ils n'atteignent pas ces niveaux minimaux. Ceux-ci doivent être liés et proportionnés à l'objet du marché ou à ses conditions d'exécution<sup>39</sup> ;
- s'il n'a pas fixé de niveaux minimaux de capacité<sup>40</sup>, il ne peut éliminer que les candidats ne disposant manifestement pas des capacités suffisantes pour exécuter le marché public, c'est-à-dire ceux dont les capacités sont, à l'évidence, et sans qu'il soit besoin d'un examen approfondi du dossier de candidature, insuffisantes pour assurer l'exécution des prestations faisant l'objet du marché<sup>41</sup>.

#### ► L'acheteur procède ensuite à la vérification des candidatures restantes

Il s'agit cette fois de vérifier la véracité des informations transmises.

Puisqu'il n'y a alors pas d'invitation des candidats sélectionnés, la vérification doit être opérée au plus tard avant l'attribution du marché public.

Pour ce faire, l'acheteur se fonde sur les renseignements et documents dont il a exigé la production au stade de la candidature. Il a pu ainsi demander les documents qui figurent sur la liste établie par arrêté du ministre chargé de l'économie<sup>42</sup>. Toutefois, il convient de souligner qu'en marchés publics de défense ou de sécurité, la liste en question n'est pas limitative<sup>43</sup>.

Cependant, les candidats ne sont pas tenus de fournir<sup>44</sup> :

- si les documents de la consultation le prévoient, 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 ou d'un espace de stockage numérique, à condition 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<sup>45</sup> ;
- si les documents de la consultation le prévoient, les documents justificatifs et moyens de preuve qui leur ont déjà été transmis dans le cadre d'une précédente consultation et qui demeurent valables si l'acheteur l'a prévu dans l'avis d'appel à la concurrence ou dans un autre document de la consultation<sup>46</sup> ;
- lorsque le marché public est identifié « marché public simplifié » (MPS), les documents justificatifs et moyens de preuve qui sont disponibles par ce biais.

<sup>38</sup> Voir point 2 de la présente fiche technique.

<sup>39</sup> Art. 36 I du décret n° 2016-361.

<sup>40</sup> L'acheteur n'est pas tenu de préciser dans les avis d'appel à concurrence des niveaux minimaux de capacités : CE, 8 août 2008, *Région Bourgogne*, préc., dont la solution de principe est transposable aux marchés publics de défense ou de sécurité.

<sup>41</sup> CE, 20 mai 2009, *Commune de Fort-de-France*, préc., dont la solution de principe est transposable aux marchés publics de défense ou de sécurité.

<sup>42</sup> Art. 42 du décret n° 2016-361 et arrêté du 29 mars 2016 fixant la liste des renseignements et des documents pouvant être demandés aux candidats aux marchés publics.

<sup>43</sup> En effet, l'Art. 42 du décret n° 2016-361 précise que « Pour vérifier que les candidats satisfont aux conditions de participation à la procédure, l'acheteur peut notamment exiger la production des renseignements et documents figurant sur une liste établie par arrêté du ministre chargé de l'économie ».

<sup>44</sup> Sur ces trois dispositifs, voir le point 3 de la fiche « Présentation des candidatures ».

<sup>45</sup> Art. 45 du décret n° 2016-361.

<sup>46</sup> Art. 45 du décret n° 2016-361.

En application de l'article 48 du décret n° 2016-361, et exception faite de ces trois cas, si le candidat n'a pas fourni les documents justificatifs ou moyens de preuve demandés à l'appui de sa candidature, celle-ci est déclarée irrecevable et le candidat est éliminé, sauf à mettre en œuvre la faculté de régularisation prévue par ce même article<sup>47</sup>.

► L'acheteur peut décider d'inverser les phases d'analyse des candidatures et des offres

Rien n'interdit à l'acheteur, en procédure adaptée sans limitation du nombre de candidats admis à poursuivre la procédure, de s'inspirer du dispositif prévu à l'article 68 du décret n° 2016-360<sup>48</sup>. Lorsqu'il recourt à cette faculté, l'acheteur doit procéder à l'examen des candidatures de façon impartiale et transparente, de la même manière qu'il l'aurait fait en amont de la procédure et sans que son appréciation soit impactée par l'analyse des offres préalablement menée.

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. En application du 1° du II de l'article 55 du décret n° 2016-360, cette vérification s'effectue au plus tard avant l'attribution du marché public.

Dans ce cas, en application du IV de l'article 55 du décret n° 2016-360, si l'opérateur économique concerné ne satisfait pas aux conditions de participations fixées, ne peut produire dans le délai imparti les documents justificatifs, les moyens de preuves, les compléments ou les explications demandées, sa candidature est déclarée irrecevable et son offre est éliminée. Le soumissionnaire dont l'offre a été classée immédiatement après la sienne est alors sollicité pour produire les documents nécessaires. Cette procédure est, le cas échéant, reproduite tant qu'il subsiste des offres qui n'ont pas été écartées au motif qu'elles sont inappropriées, irrégulières ou inacceptables.

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 classée en deuxième position. Toutefois, pour des raisons d'allègement des charges pesant sur les opérateurs économiques, il est conseillé de ne mettre en œuvre cette faculté que s'il existe un doute sérieux sur le fait que titulaire pressenti réponde bien aux conditions de participation fixées.

## **2.2. Les cas particuliers relatifs au contrôle des conditions de participation**

### **2.2.1. Les obligations en matière d'assurance**

L'article 44 III du décret n° 2016-360 et l'article 36 III du décret n° 2016-361 classent le niveau approprié d'assurance dans la catégorie des capacités économiques et financières.

L'article 14 de la loi n° 2014-790 du 10 juillet 2014 visant à lutter contre la concurrence sociale déloyale a introduit une disposition spécifique aux marchés publics, qui complète le deuxième alinéa de l'article L. 241-1 du code des assurances : « *Tout candidat à l'obtention d'un marché public doit être en mesure de justifier qu'il a souscrit un contrat d'assurance le couvrant pour cette responsabilité.* »

Cette disposition vise à lutter contre la concurrence déloyale causée par des entreprises, françaises ou étrangères, qui ne respectent pas leur obligation de souscrire un contrat d'assurance les couvrant pour la responsabilité décennale. Elle s'impose désormais dans le cadre de l'attribution d'un marché public ayant pour objet la construction d'un ouvrage ou des travaux de construction.

Tant l'exposé des motifs de la proposition de loi que l'amendement parlementaire dont est issue cette disposition sont clairs : « *Afin de lutter contre cette concurrence déloyale causée aux entreprises dûment assurées, il est nécessaire d'imposer au candidat auquel il est envisagé d'attribuer le marché la production à ce stade d'une attestation d'assurance décennale.* ». La preuve de la souscription d'un contrat d'assurance

<sup>47</sup> Voir point 2.3.2. de la présente fiche technique.

<sup>48</sup> Il est rappelé qu'en marchés publics de défense ou de sécurité, il n'est pas possible de recourir à un appel d'offres ouvert lorsque la valeur estimée du besoin est égale ou supérieure aux seuils européens mentionnés à l'article 42 de l'ordonnance du 23 juillet 2015 (Art. 21 du décret n° 2016-361).

couvrant la responsabilité décennale ne peut être exigée que du seul candidat dont l'offre a été retenue. Elle ne saurait être demandée à l'ensemble des candidats, dès le stade du dépôt des candidatures ou au stade de leur vérification.

Le [deuxième alinéa de l'article L. 243-2 du code des assurances](#) précise que la justification d'une couverture « garantie décennale » prend la forme d'une attestation d'assurance. Cette attestation doit comporter des mentions minimales, qui sont fixées par un arrêté du ministre chargé de l'économie<sup>49</sup>. Jusqu'à l'entrée en vigueur de cet arrêté, les mentions prévues à [l'article R. 243-2 du code des assurances](#) doivent figurer dans l'attestation d'assurance décennale.

Il ressort des [débats parlementaires sur cette disposition](#) que le candidat auquel il est envisagé d'attribuer un marché public est tenu de produire une attestation d'assurance décennale, en complément et selon les mêmes modalités que la production des pièces, attestations et certificats exigés du candidat attributaire pressenti. S'il ne peut produire cette pièce dans le délai imparti par l'acheteur, son offre est rejetée et le candidat est éliminé.

## 2.2.2. Les opérateurs économiques sur lesquels le candidat s'appuie pour présenter sa candidature

### 2.2.2.1. Le cas général

L'article 48 II du décret n° 2016-360 et l'article 40 II du décret n° 2016-361 disposent qu'un opérateur économique peut avoir recours aux capacités d'autres opérateurs économiques, quelle que soit la nature des liens qui l'unissent à ces opérateurs. Il s'agit d'une configuration différente de celle du groupement d'opérateurs économiques<sup>50</sup>. Ainsi, par exemple, un candidat pourrait justifier qu'il disposera d'une grue nécessaire aux travaux, grue qui lui sera prêtée par une entreprise tierce ne faisant pas elle-même acte de candidature avec le candidat concerné. De même, une filiale pourrait s'appuyer sur les garanties financières accordées par la maison-mère pour justifier de sa capacité économique à exécuter le marché public.

Les candidats sont libres de choisir la nature juridique des liens qu'ils entendent établir avec les entités dont ils font valoir les capacités aux fins de l'exécution d'un marché public déterminé ainsi que le mode de preuve de l'existence de ces liens<sup>51</sup>.

Ainsi, toute entreprise, petite ou moyenne, peut s'appuyer sur les moyens d'une entreprise tierce si, par exemple, elle fait partie du même groupe de société ou si elle démontre qu'elle pourra bénéficier de capacités de sous-traitants. Les liens juridiques de toute nature entre les sociétés sont pris en compte, pour permettre à une société d'invoquer les capacités d'autres entreprises.

Elle doit alors établir qu'elle dispose effectivement des moyens extérieurs dont elle se prévaut<sup>52</sup>. Les preuves apportées<sup>53</sup> doivent prendre la forme d'une obligation juridiquement contraignante, afin de garantir que les moyens et compétences de l'entreprise tierce seront effectivement à la disposition de l'entreprise titulaire.

Le nombre d'entreprises dont les capacités peuvent être invoquées à l'appui d'une candidature n'est pas limité, sauf situation « exceptionnelle » où l'acheteur pourrait exiger que le niveau minimal de capacité soit atteint par un opérateur unique ou par un nombre limité d'opérateurs, à condition que cette exigence soit liée et proportionnée à l'objet du marché public<sup>54</sup>.

Lorsqu'un opérateur économique a recours aux capacités d'autres opérateurs économiques, l'acheteur peut exiger que les opérateurs économiques concernés soient solidairement responsables dans la mesure où

<sup>49</sup> [Arrêté du 5 janvier 2016](#) fixant un modèle d'attestation d'assurance comprenant des mentions minimales prévu par l'article L. 243-2 du code des assurances, applicable aux attestations émises après le 1er juillet 2016 et visant des opérations de construction dont la date d'ouverture de chantier est postérieure au 1<sup>er</sup> juillet 2016.

<sup>50</sup> Sur ce cas, voir le point 2.2.3. de la présente fiche technique.

<sup>51</sup> CJUE, 14 janvier 2016, [Ostas celnieks SIA contre Talsu novada pašvaldība, Iepirkumu uzraudzības birojs](#), Aff. C-234/14.

<sup>52</sup> CJUE, 10 octobre 2013, [Swm Costruzioni 2 SpA, Mannocchi Luigino DI contre Provincia di Fermo](#), Aff. C-94/12, points 29 et 33 ; CJUE, 2 décembre 1999, [Holst Italia SpA / Comune di Cagliari](#), Aff. C-176/98, point 29.

<sup>53</sup> Qui, en marché public de défense ou de sécurité, accompagnent nécessairement le dossier de candidature alors qu'elles ne sont pas à produire à ce stade mais à la demande de l'acheteur en cas de marché public autre que de défense ou de sécurité.

<sup>54</sup> CJUE, 10 octobre 2013, précité, Aff. C-94/12, point 35.

cela est nécessaire à la bonne exécution du marché public. Dans ce cas, l'acheteur justifie cette exigence dans les documents de la consultation<sup>55</sup>.

C'est ainsi qu'un candidat, individuel ou groupement d'opérateurs économiques, peut invoquer les habilitations à exercer une activité économique ou les capacités d'un sous-traitant, voire, en marché public de défense ou de sécurité d'un sous-contractant, à l'appui de sa candidature.

#### **2.2.2.2. Le recours à un sous-traitant au stade de la candidature dans les marchés publics du décret n° 2016-360 (marchés publics autres que de défense ou de sécurité)**

Le 1° de l'article 134 du décret n° 2016-360 prévoit que, lorsque la demande de sous-traitance intervient au moment du dépôt de l'offre ou de la proposition, le candidat fournit à l'acheteur une déclaration mentionnant : « e) *Le cas échéant, les capacités du sous-traitant sur lesquelles le candidat s'appuie* ».

Dans une telle hypothèse, l'appréciation de la capacité du candidat, individuel ou groupement d'opérateurs économiques, s'apprécie globalement, en tenant compte des capacités du sous-traitant concerné. Les règles de vérification des conditions de participation qui s'appliquent au candidat s'appliquent également à la vérification de celles du sous-traitant. Toutefois, les demandes de documents justificatifs et de preuves faites par l'acheteur sont adressées au candidat concerné qui est l'interlocuteur unique de cet acheteur. Ce candidat sera chargé d'obtenir les éléments nécessaires auprès du sous-traitant proposé<sup>56</sup>.

#### **2.2.2.3. Le recours à un sous-contractant dans les marchés publics du décret n° 2016-361 (marchés publics de défense ou de sécurité)**

Le I de l'article 122 du décret n° 2016-361 prévoit que, lorsque la demande de sous-traitance intervient au moment du dépôt de l'offre ou de la proposition, le candidat fournit à l'acheteur une déclaration mentionnant « 3° *Le lieu d'exécution des prestations sous-traitées* » et « 6° *les capacités du sous-traitant sur lesquelles le candidat s'appuie* »<sup>57</sup>.

De même, le 1° du I de l'article 130 de ce décret précise que, dans le cas où la demande de sous-contrat intervient au moment du dépôt de l'offre ou de la proposition, le candidat fournit à l'acheteur une déclaration mentionnant : « c) *Le lieu d'exécution des prestations sous-contractées* » et « d) *Les capacités techniques, professionnelles et financières du sous-contractant* ».

Dans une telle hypothèse, l'appréciation de la capacité du candidat, individuel ou groupement d'opérateurs économiques, s'apprécie globalement, en tenant compte des capacités du sous-traitant concerné. Les règles de vérification des conditions de participation qui s'appliquent au candidat s'appliquent également à la vérification de celles du sous-traitant. Toutefois, les demandes de compléments de documents justificatifs et de preuve ainsi que les demandes de compléments et d'explications sur ces documents sont adressées par l'acheteur au candidat concerné. Ce candidat sera chargé d'obtenir les éléments nécessaires auprès du sous-traitant proposé.

Lorsque l'acheteur rejette un sous-contractant, y compris ayant la qualité de sous-traitant, il fournit au soumissionnaire une justification écrite indiquant les motifs de ce rejet.

<sup>55</sup> Art. 48 II du décret du 25 mars 2016 et Art. 40 II du décret n° 2016-361.

<sup>56</sup> Il s'entend que les dispositions relatives à l'impossibilité de demander des documents de preuves ou attestations disponibles gratuitement en ligne et, à terme, des documents déjà fournis dans le cadre d'une procédure précédente et toujours valables bénéficient également au sous-traitant.

<sup>57</sup> Pour rappel, le 2° de l'article 123 et du I de l'article 131 de ce décret n° 2016-361 précisent que, s'il ne présente pas les capacités telles que celles exigées des candidats au marché public principal et qui sont objectivement rendues nécessaires par l'objet du sous-traité et la nature des prestations à réaliser, le sous-contractant ou sous-traitant peut être rejeté. Ces capacités peuvent s'apprécier notamment au regard de la sécurité des informations, de la sécurité des approvisionnements ou de l'aptitude à exécuter le marché public, à faire face à d'éventuelles augmentations des besoins par suite d'une crise ou à assurer la maintenance, la modernisation ou les adaptations des fournitures faisant l'objet du marché public lorsque l'implantation géographique de l'outillage, du matériel, de l'équipement technique, du personnel, du savoir-faire et des sources d'approvisionnement dont il dispose se trouve hors du territoire de l'Union européenne.



### 2.2.3. Les groupements d'opérateurs économiques

#### 2.2.3.1. **Le mandataire et la preuve de sa capacité à représenter les autres membres du groupement**

L'article 45 du décret n° 2016-360 et l'article 38 du décret n° 2016-361 disposent que « *les candidatures et les offres sont présentées soit par l'ensemble des membres du groupement, soit par un mandataire qui justifie des habilitations nécessaires pour représenter les autres membres du groupement.* »

Pour que la candidature d'un groupement d'opérateurs économiques soit recevable, l'acheteur doit s'assurer, si elle est présentée par un mandataire, que celui-ci a bien été habilité par les autres membres du groupement et le champ de cette habilitation.

Les textes n'imposent plus que les candidatures soient obligatoirement signées. Par conséquent, l'acte de candidature ainsi que les déclarations, habilitations et autres documents qui y sont, le cas échéant, joints ne sont pas obligatoirement signés au stade de la candidature, ni davantage au stade de la remise des offres. Le mandataire peut alors produire les habilitations non signées à ce stade.

La production d'une habilitation signée justifiant la capacité du mandataire à représenter les autres membres du groupement est, au plus tard, requise :

- en procédure ouverte, au stade de l'attribution du marché public, en vue de sa signature ;
- en procédure restreinte :
  - o lorsque l'acheteur n'a pas fixé de nombre maximum de candidat admis à participer à la suite de la procédure, au stade de l'attribution du marché public, en vue de sa signature ;
  - o lorsque l'acheteur a fixé un nombre maximum de candidat admis à participer à la suite de la procédure, au plus tard avant l'envoi de l'invitation des candidats sélectionnés.

Par ailleurs, en cas de candidature groupée, il est recommandé de renseigner un seul formulaire-type DC1. Chaque membre du groupement peut, toutefois, remplir un formulaire DC1 : le dossier de candidature sera alors constitué d'autant de formulaires DC1 que de membres du groupement. Dans ce cas, il appartient à chacun des membres de renseigner, de manière identique, les rubriques qui concernent le groupement dans son ensemble, notamment celle relative à la désignation du mandataire.

#### 2.2.3.2. **L'appréciation des conditions de participation d'un groupement d'opérateurs économiques**

Les V de l'article 44 du décret n° 2016-360 et de l'article 36 du décret n° 2016-361 précisent que « *l'appréciation des capacités d'un groupement d'opérateurs économiques est globale. Il n'est pas exigé que chaque membre du groupement ait la totalité des capacités requises pour exécuter le marché public.* »

Toutefois, l'article 45 du décret n° 2016-360 et l'article 38 du décret n° 2016-361 disposent que « *pour les marchés publics de services ou de travaux et les marchés publics de fournitures nécessitant des travaux de pose ou d'installation ou comportant des prestations de service, l'acheteur peut 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 l'acheteur a fait usage de cette faculté, il doit vérifier que ces tâches essentielles sont bien confiées au membre du groupement qui répond aux conditions qu'il a fixées. Ainsi, par exemple, il lui appartiendra de vérifier que l'installation des éléments électriques « courant faible », qu'il aurait identifiée comme une tâche essentielle du marché public de travaux, est, au sein du groupement d'opérateurs économiques, confiée au membre qui dispose de l'habilitation technique « travaux électrique –courant faible ».

La production des preuves nécessaires est, au plus tard, requise :

- en procédure ouverte, au stade de l'attribution du marché public, en vue de sa signature ;
- en procédure restreinte :
  - o lorsque l'acheteur n'a pas fixé de nombre maximum de candidat admis à participer à la suite de la procédure, au stade de l'attribution du marché public, en vue de sa signature ;



- lorsque l'acheteur a fixé un nombre maximum de candidat admis à participer à la suite de la procédure, au plus tard avant l'envoi de l'invitation des candidats sélectionnés.

### **2.2.3.3. Les restrictions possibles à la candidature d'un groupement d'opérateurs économiques**

Les I de l'article 45 du décret n° 2016-360 et de l'article 38 du décret n° 2016-361 précisent que l'acheteur ne peut exiger que le groupement d'opérateur économiques ait une forme juridique déterminée.

Les V de ces mêmes articles autorisent l'acheteur à interdire aux candidats de se présenter, pour le marché public ou certains de ses lots, en agissant à la fois en qualité de candidats individuels et de membres d'un ou plusieurs groupements ou en qualité de membres de plusieurs groupements.

S'il a prévu une telle restriction, qui doit être justifiée et proportionnée au regard de l'objet du marché public ou de ses conditions d'exécution, l'acheteur procédera également à la vérification de la composition des différents groupements candidats.

### **2.2.4. Les entreprises de création récente**

#### **2.2.4.1. L'absence de références relatives à l'exécution de marchés publics de même nature**

Afin de ne pas pénaliser les entreprises nouvellement créées et les petites et moyennes entreprises, les IV des articles 44 IV du décret n° 2016-360 et 36 du décret n° 2016-361 précisent que l'absence de références relatives à l'exécution de marchés de même nature ne peut justifier, à elle seule, l'élimination d'un candidat.

Ces dispositions ne dispensent pas l'acheteur de procéder à l'examen des capacités de ces entreprises, sur la base des renseignements fournis.

#### **2.2.4.2. L'impossibilité de fournir certains documents ou certaines informations**

Les entreprises de création récente peuvent ne pas disposer de certaines pièces dont aurait besoin l'acheteur pour se prononcer sur la satisfaction des conditions de participation des candidats<sup>58</sup>. C'est notamment le cas du chiffre d'affaires réalisé au cours des trois derniers exercices disponibles, ou des bilans ou extraits de bilans concernant les trois dernières années.

L'acheteur ne peut rejeter la candidature d'une société de création récente pour le seul motif qu'elle n'a pas fourni des pièces demandées alors qu'elle ne dispose pas de ces pièces. Le candidat concerné doit néanmoins apporter tous les éléments de nature à justifier de sa capacité à exécuter le marché public<sup>59</sup>

Il est important que, facteurs d'innovation et de croissance économique, les sociétés créées récemment puissent accéder aux marchés publics. Il existe, pour cela, plusieurs outils.

- Une société créée récemment peut, pour justifier de ses capacités financières, demander que soient également prises en compte les capacités financières d'autres opérateurs économiques, quelle que soit la nature juridique des liens qui existent entre elle et ces opérateurs (sous-traitant, filiale, société mère, entreprise tierce...). La société candidate doit alors justifier des capacités financières des opérateurs sur lesquels elle compte s'appuyer, en produisant les renseignements ou documents exigés par l'acheteur, et apporter la preuve qu'elle en disposera pour toute l'exécution du marché (cf. point 2.2.1.).
- Les acheteurs doivent autoriser les candidats qui ne sont pas en mesure de produire les pièces exigées à justifier de leurs capacités financières par d'autres moyens. En effet, l'article 2 de l'arrêté du 29 mars 2016 fixant la liste des renseignements et des documents pouvant être demandés aux candidats aux marchés publics prévoit que « *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*

<sup>58</sup> Voir également le point 1.1.1. de la fiche technique « Présentation des candidatures ».

<sup>59</sup> CAA Versailles, 11 juin 2015, [Office de coordination des transports pour la santé](#), n° 13VE02791.

*autorisé à prouver sa capacité économique et financière par tout autre moyen considéré comme approprié par l'acheteur.*<sup>60</sup>.

L'acceptation de documents équivalents permet à l'acheteur de faire jouer la concurrence, tout en s'assurant de la solidité financière de son futur cocontractant.

#### 2.2.5. La représentation de plusieurs candidats par une même personne

L'article 48 du décret n° 2016-360 dispose qu' « *une même personne ne peut représenter plus d'un candidat pour un même marché public* ».

En vertu de cette règle, une même personne physique ne peut présenter plusieurs candidatures.

Lorsque plusieurs candidats sont représentés par une même personne, il n'appartient pas à l'acheteur de sélectionner, parmi ces différentes offres, celle qui sera examinée et, le cas échéant, retenue, et celles qui seront écartées. Dès lors, l'acheteur doit rejeter toutes les offres qui ne respectent pas la règle édictée par les dispositions précitées quel que soit leur ordre d'arrivée. De telles offres sont en effet irrégulières et ne peuvent qu'être éliminées de la consultation<sup>61</sup>.

#### 2.2.6. Les candidatures correspondant à plusieurs lots en cas de marché public alloti

Dans le respect du III de l'article 44 du décret n° 2016-360, en cas de marché public alloti, l'acheteur peut exiger un chiffre d'affaires annuel minimal pour un groupe de lots qui soit différent du chiffre d'affaires minimal exigé lot par lot, dans l'éventualité où un même titulaire se verrait attribuer plusieurs lots. Dans les marchés publics autres que de défense ou de sécurité, cette exigence n'est possible que si ces lots sont à exécuter en même temps<sup>62</sup>. Dans tous les cas, une telle exigence doit figurer dans l'avis d'appel à la concurrence ou, en l'absence d'un tel avis, dans les documents de la consultation. De plus, conformément au I de cet article 44, cette exigence doit être liée et proportionnée à l'objet du marché public ou à ses conditions d'exécution.

Le silence de l'article 36 du décret n° 2016-361 n'interdit pas à l'acheteur d'exiger un chiffre d'affaires annuel minimal pour un groupe de lots qui soit différent du chiffre d'affaires minimal exigé lot par lot, dans l'éventualité où un même titulaire se verrait attribuer plusieurs lots d'un marché public de défense ou de sécurité, à condition que cette condition de participation soit liée et proportionnée à l'objet du marché public ou à ses conditions d'exécution.

De même, le silence des décrets n° 2016-360 et n° 2016-361 ne fait pas obstacle à ce qu'un acheteur prévoie des conditions de participation relatives aux capacités techniques et professionnelles variables dans l'éventualité où un même titulaire se verrait attribuer plusieurs lots, à condition que cela soit lié et proportionné à l'objet du marché public ou à ses conditions d'exécution.

Le fait que les décrets soient muets sur ces points s'explique par le fait que seules les exigences en termes de chiffres d'affaires dans le cadre des marchés publics soumis au décret n° 2016-360 sont limitées par un seuil. Cela rendait nécessaire, conformément aux directives européennes 2014/24/UE et 2014/25/UE de préciser comment calculer ce seuil en cas de marché public alloti dans l'éventualité où un même titulaire se verrait attribuer plusieurs lots.

Ainsi, par exemple, pour un marché public de télésurveillance et intervention sur place concernant deux bâtiments, l'acheteur peut prévoir, parce que l'exécution des deux lots est concomitante et que les conditions d'exécution le justifient, que le candidat qui postulerait pour les deux lots devra disposer de deux équipes d'intervention au lieu d'une seule dans l'hypothèse où il serait attributaire pressenti pour ces deux lots. L'acheteur prendra alors garde à demander aux soumissionnaires d'indiquer, dans leur offre, leur ordre de préférence entre les deux lots, s'ils n'ont pas la capacité de les exécuter en même temps.

L'attention des acheteurs est attirée sur le fait que l'attribution de plusieurs lots à un même soumissionnaire ne signifie pas nécessairement que les capacités exigées de ce soumissionnaire soient plus importantes que celles exigées lot par lot. Ainsi, par exemple, dans le cadre d'un marché public de transport scolaire, les

<sup>60</sup> Voir également CE, 10 mai 2006, *Société Bronzo*, n° 281976.

<sup>61</sup> Réponse ministérielle n° 16889, JO Sénat du 19 mai 2005, p 1427.

<sup>62</sup> Art. 44 du décret n° 2016-360, exigence qui n'a pas d'équivalent dans le décret n° 2016-361.

horaires des différentes lignes et les itinéraires correspondants peuvent s'articuler de telle manière qu'un même autobus puisse être utilisé pour l'exécution de deux lots différents.

En procédure ouverte avec inversion des phases d'analyse des candidatures et des offres, si l'opérateur pressenti titulaire ne dispose pas d'un chiffre d'affaires suffisant, l'acheteur écarte ce candidat du ou des lots concernés dans le respect des règles fixées par les documents de la consultation (par exemple, en lui attribuant des lots selon un ordre de priorité déterminé).

#### 2.2.7. Les listes officielles ou certificats délivrés par des organismes de certification

Un opérateur économique inscrit sur une liste officielle d'opérateurs agréés d'un État membre de l'Union européenne ou muni d'un certificat délivré par un organisme de certification répondant aux normes en matière de certification peut présenter à un pouvoir adjudicateur, à l'occasion d'un marché public soumis au décret n° 2016-360<sup>63</sup>, à tout acheteur dans l'hypothèse d'un marché public de défense ou de sécurité<sup>64</sup>, un certificat d'inscription délivré par l'autorité compétente ou un certificat délivré par l'organisme de certification compétent, à la condition que cet opérateur soit établi dans l'État membre qui a dressé la liste officielle.

Ces certificats indiquent les références qui lui ont permis d'être inscrits sur la liste officielle ou d'obtenir la certification, ainsi que la classification sur cette liste.

L'inscription certifiée par les organismes compétents sur des listes officielles ou le certificat délivré par l'organisme de certification constitue une présomption d'aptitude en ce qui concerne les conditions de participation couvertes par la liste officielle ou le certificat.

Ces certificats ne sont pas remis en cause sans justification en ce qui concerne les conditions de participation.

#### 2.2.9. Les candidats étrangers

Pour rappel, l'article 2 de l'ordonnance n° 2015-899 prévoit des restrictions d'accès aux marchés publics.

Ces restrictions concernent :

- pour les marchés publics autres que de défense ou de sécurité, les opérateurs économiques, travaux, fournitures ou services issus d'États qui ne sont pas parties à l'Accord sur les marchés publics conclu dans le cadre de l'Organisation mondiale du commerce ou à un autre accord international équivalent auquel l'Union européenne est partie, ainsi que, dans la limite de ces accords, les opérateurs économiques, travaux, fournitures ou services issus d'États qui sont parties à de tels accords ;
- pour les marchés publics de défense ou de sécurité, tous les opérateurs économiques qui ne sont pas ressortissants d'un État membre de l'Union européenne ou de l'Espace économique européen. Pour ces opérateurs économiques particuliers, le décret n° 2016-361 comporte des dispositions relatives à l'autorisation exceptionnelle de participer à une procédure de passation d'un tel marché public.

Le II de l'article 51 de l'ordonnance n° 2015-899 prévoit un cas spécifique relatif aux conditions de participation pour les marchés publics de défense ou de sécurité : « II. – Pour les marchés publics de défense ou de sécurité, les acheteurs peuvent ne pas accepter un opérateur économique qui, au regard notamment de l'implantation géographique hors du territoire de l'Union européenne de l'outillage, du matériel, de l'équipement technique, du personnel, du savoir-faire et des sources d'approvisionnement dont il dispose, ne présente pas les capacités techniques pour exécuter le marché public, pour faire face à d'éventuelles augmentations des besoins par suite d'une crise ou pour assurer la maintenance, la modernisation ou les adaptations des fournitures faisant l'objet du marché public ». On notera que cette disposition a également un impact sur les conditions de participation des sous-traitants et des sous-contractants dans le cadre des marchés publics de défense ou de sécurité<sup>65</sup>.

<sup>63</sup> Art. 54 du décret n° 2016-360.

<sup>64</sup> Art. 46 du décret n° 2016-361.

<sup>65</sup> Voir le point 2.2.2.3. de la présente fiche.

L'article 50 du décret n° 2016-360 et le VI de l'article 42 prévoient que l'acheteur peut exiger que les candidats joignent une traduction en français aux documents rédigés dans une autre langue qu'ils remettent en application de ces articles. Le point 2.3.2. ci-dessous présente la procédure à suivre.

L'article 52 du décret n° 2016-360 et l'article 44 du décret n° 2016-361 précisent enfin que, lorsqu'il demande à un candidat de fournir un certificat, une attestation ou tout autre document prouvant qu'une exigence a été satisfaite, l'acheteur accepte tout document équivalent d'un autre État membre de l'Union européenne. Il n'impose pas la fourniture de documents sous forme d'original, de copie certifiée conforme ou de traduction certifiée, sauf lorsque cela est justifié par une raison impérieuse d'intérêt général.

## 2.3. Les incidents dans le contrôle des conditions de participation

### 2.3.1. Les dossiers de candidature incomplets

Le point 2 de la fiche « Présentation des candidatures » présente ce que doit contenir le dossier de candidature<sup>66</sup>. L'acheteur doit en vérifier le caractère complet.

Le I de l'article 55 du décret n° 2016-360 et l'article 48 du décret n° 2016-361 disposent que « l'acheteur qui constate que des pièces ou informations dont la présentation était réclamée au titre de la candidature sont absentes ou incomplètes peut demander à tous les candidats concernés de compléter leur dossier de candidature dans un délai approprié et identique pour tous. ».

Avant et pendant l'examen des candidatures, en procédure formalisée comme en procédure adaptée, l'acheteur peut demander aux candidats de compléter le contenu de leur dossier, lorsque :

- manque l'attestation sur l'honneur relative aux interdictions de soumissionner ou une information réclamée pour les marchés publics autres que les marchés publics de défense ou de sécurité ;
- manque l'attestation sur l'honneur relative aux interdictions de soumissionner, une information ou une pièce réclamée pour les marchés publics de défense ou de sécurité ;
- manque la signature de la candidature lorsque l'acheteur a exigé sa signature dans les documents de la consultation<sup>67</sup>.

Les décrets n'imposent pas à l'acheteur de demander aux candidats de compléter leur dossier. S'il ne demande pas de régularisation, les candidats dont le dossier n'est pas complet ne sont pas admis à présenter une offre en procédure restreinte ou leur offre n'est pas examinée en procédure ouverte<sup>68</sup>.

S'il utilise cette faculté, l'acheteur adresse une demande de régularisation aux candidats concernés. Le principe d'égalité de traitement des candidats impose à l'acheteur de permettre à tous les candidats dont le dossier est incomplet de le compléter<sup>69</sup>.

La demande de régularisation doit indiquer les éléments du dossier de candidature manquant. Les candidats concernés ne peuvent apporter de compléments qu'au titre des éléments expressément demandés par l'acheteur. Celui-ci ne pourra donc tenir compte, dans le cadre de l'examen des candidatures, que des éléments transmis pouvant être regardés comme remédiant à une information ou un document incomplet ou absent. Par ailleurs, la régularisation de la candidature ne peut être mise à profit par les candidats pour compléter ou régulariser leur offre (par exemple, en complétant l'offre par la production d'un mémoire technique manquant<sup>70</sup>).

Les textes n'imposent plus d'avertir les candidats dont le dossier est complet de la mise en œuvre de cette demande de régularisation. En aucun cas, l'acheteur n'est tenu d'informer les candidats dont le dossier est complet de la teneur des compléments attendus d'un candidat dont le dossier est incomplet<sup>71</sup>.

<sup>66</sup> Pour mémoire, les règles relatives au contenu de la candidature diffèrent fortement entre les marchés publics de défense et de sécurité et les autres marchés publics.

<sup>67</sup> Pour des raisons d'allègement des charges et de simplification, il est conseillé de ne pas imposer la signature des candidatures au moment de leur dépôt.

<sup>68</sup> Sous réserve de la mise en œuvre de l'Art. 68 du décret n° 2016-360 (inversion des phases d'examen des candidatures et des offres en appel 'offres ouvert). Dans ce cas, leur offre est éliminée.

<sup>69</sup> CE, 4 mars 2011, *Région Réunion*, n° 344197.

<sup>70</sup> CE, 4 mars 2011, *Région Réunion*, précité.

<sup>71</sup> CAA Nancy, 11 décembre 2014, *Cabinet MMA Kestler collectivités assurances*, n° 13NC01839.

Si l'acheteur décide, toutefois, d'informer les candidats dont le dossier est complet de la mise en œuvre de cette faculté de régularisation, il lui est recommandé d'indiquer que leur dossier est complet mais qu'ils peuvent, dans le même délai qu'imparti aux candidats dont le dossier s'est avéré incomplet, apporter tout complément qui leur paraîtrait utile. Dans ce cas, il est conseillé de récapituler, pour chaque candidat, les documents ou informations qui ont été envoyés.

Le corollaire des règles exposées ci-dessus est qu'il y a lieu d'indiquer aux candidats dont le dossier était complet, mais que l'on a informés de la mise en œuvre de la procédure de régularisation d'un autre candidat en les invitant, s'ils le souhaitent, à apporter tout complément qui leur paraîtrait utile, de l'impossibilité de prendre en compte tout élément nouveau qui ne pourrait se rattacher à une information ou un document déjà transmis<sup>72</sup>.

Il est fortement recommandé aux acheteurs, afin d'alléger les charges pesant sur les opérateurs économiques participant, de ne procéder qu'à une seule demande de complément par candidat. L'acheteur prendra ainsi garde de vérifier si plusieurs informations ou documents demandés manquent et de n'adresser qu'une seule demande au candidat concerné, et non une demande par information ou document manquant.

L'égalité de traitement entre les candidats impose que le délai octroyé par l'acheteur pour compléter le dossier de candidature soit identique pour tous les candidats<sup>73</sup>. Ce délai doit être raisonnable<sup>74</sup>. Les textes ne fixent plus de délai maximum<sup>75</sup> mais indiquent qu'il doit être approprié et identique pour tous les candidats.

A l'expiration du délai, si le candidat n'a pas produit les documents ou renseignements demandés, sa candidature doit être rejetée<sup>76</sup>. Il n'est pas possible, sous peine de rompre l'égalité de traitement entre les candidats, de procéder à une deuxième demande de régularisation auprès des candidats n'ayant pas répondu dans le délai prescrit.

### 2.3.2. Le besoin de complément ou d'explication sur les documents justificatifs ou preuves

Contrairement au cas évoqué au point 2.3.1., il s'agit ici d'obtenir des éclaircissements ou compléments sur des documents justificatifs ou preuves déjà obtenus par l'acheteur.

Ce dernier peut se trouver dans une situation où il a besoin d'obtenir des compléments ou des explications sur les documents justificatifs ou les preuves fournis ou obtenus, pour pouvoir les analyser. Tel peut être le cas si le document en question est rédigé dans une langue étrangère.

Dans ce cas, le III de l'article 55 du décret n° 2016-360 et l'article 48 du décret n° 2016-361 lui permettent de demander au candidat concerné les compléments ou explications nécessaires. L'égalité de traitement entre les candidats impose que le délai octroyé par l'acheteur soit identique pour tous les candidats. Ce délai doit être raisonnable.

L'acheteur n'a pas l'obligation d'avertir les autres candidats de la mise en œuvre de cette demande de complément ou d'explication.

En application du IV de l'article 55 du décret n° 2016-360 et de l'article 48 du décret n° 2016-361, si le candidat concerné ne fournit pas dans le délai imparti les compléments ou explications demandés, sa candidature est déclarée irrecevable et le candidat est éliminé.

<sup>72</sup> D'où l'intérêt de rappeler, pour chaque candidat concerné, les documents ou informations qu'il a envoyés.

<sup>73</sup> Ceux auxquels des compléments sont demandés comme ceux dont les dossiers sont complets mais que l'on informe de la mise en œuvre de la faculté de régularisation et que l'on invite à compléter leur dossier.

<sup>74</sup> Art. 55 du décret n° 2016-360 et Art. 48 du décret n° 2016-361.

<sup>75</sup> L'Art. 52 du code des marchés publics fixait un délai maximum de 10 jours. Un tel délai peut, en règle générale, être considéré comme raisonnable. Toutefois, en cas de complexité, il peut s'avérer nécessaire de le prolonger.

<sup>76</sup> CE, 3 octobre 2012, *Conseil général des Hauts-de-Seine*, n° 359921.



### 2.3.3. L'hypothèse où le nombre de candidatures est inférieur au nombre minimum ou maximum prévu par l'acheteur

#### **2.3.3.1. Dans les marchés publics autres que de défense ou de sécurité**

L'article 47 du décret n° 2016-360 précise que, lorsque l'acheteur a décidé de réduire le nombre de candidats, il doit indiquer l'avis d'appel à la concurrence ou dans l'invitation à confirmer l'intérêt, le nombre minimum de candidats qu'il prévoit d'inviter et, le cas échéant, leur nombre maximum. On a vu que, pour qu'il y ait effectivement une réduction du nombre de candidats, il convient d'indiquer le nombre maximum de candidats qui seront invités à participer à la suite de la procédure.

Ce même article précise que « *lorsque le nombre de candidats satisfaisant aux critères de sélection est inférieur au nombre minimum, le pouvoir adjudicateur peut poursuivre la procédure avec les candidats ayant les capacités requises* ».

Il s'entend que cette règle vaut également pour les entités adjudicatrices et dans l'hypothèse où le nombre de candidats satisfaisant aux critères de sélection est inférieur au nombre maximum que l'acheteur avait prévu d'inviter à participer à la suite de la procédure.

L'acheteur qui considérerait que le nombre de candidats restant est insuffisant pour assurer une concurrence effective peut déclarer la procédure sans suite, dans les conditions de l'article 98 du décret n° 2016-360<sup>77</sup>.

#### **2.3.3.2. Dans les marchés publics de défense ou de sécurité**

L'article 39 du décret n° 2016-361 précise que, lorsque l'acheteur a décidé de réduire le nombre de candidats, il doit indiquer l'avis d'appel à la concurrence ou dans l'invitation à confirmer l'intérêt, le nombre minimum de candidats qu'il prévoit d'inviter et, le cas échéant, leur nombre maximum. On a vu que, pour qu'il y ait effectivement une réduction du nombre de candidats, il convient d'indiquer le nombre maximum de candidats qui seront invités à participer à la suite de la procédure.

L'article 49 de ce même décret dispose que « *Lorsque le nombre de candidats satisfaisant aux critères de sélection et aux niveaux minimaux de capacité est inférieur au nombre minimal prévu à l'article 39, l'acheteur peut poursuivre la procédure avec le ou les candidats ayant les capacités requises.*

« *Lorsque l'acheteur estime que le nombre de candidats appropriés est trop restreint pour assurer une véritable concurrence, il peut suspendre la procédure et publier à nouveau l'avis d'appel à la concurrence en fixant un nouveau délai pour l'introduction des demandes de participation.*

« *Dans ce cas, les candidats sélectionnés à la suite de la première publication et ceux sélectionnés à la suite de la deuxième publication sont invités conformément à l'article 50. Cette option ne porte pas atteinte à la faculté de l'acheteur d'annuler la procédure d'achat en cours et de lancer une nouvelle procédure.* »

Dans cette dernière hypothèse, l'acheteur déclare la procédure sans suite, dans les conditions de l'article 87 du décret n° 2016-361.

### 2.3.4. La nécessité, en cas de procédure dématérialisée, d'avoir recours à la copie de sauvegarde

Le III de l'article 41 du décret n° 2016-360 et le III de l'article 33 du décret n° 2016-361 disposent que « *Les candidats et soumissionnaires qui transmettent leurs documents par voie électronique peuvent adresser à l'acheteur, sur support papier ou sur support physique électronique, une copie de sauvegarde de ces documents établie selon des modalités fixées par arrêté du ministre chargé de l'économie.* »

La copie de sauvegarde est ouverte dans les cas prévus par l'article 7 de l'arrêté du 14 décembre 2009 relatif à la dématérialisation des procédures de passation des marchés publics :

- lorsque, dans les candidatures et les offres transmises par voie électronique, un programme informatique malveillant (ou « virus ») est détecté par l'acheteur ;

<sup>77</sup> Pour plus de précisions, voir la fiche technique « Abandon de la procédure ».



- lorsqu'une candidature ou une offre a été transmise par voie électronique, mais n'est pas parvenue à l'acheteur dans les délais de dépôt des candidatures et des offres (par exemple : aléas de transmission), alors que la copie de sauvegarde est, elle, parvenue dans les délais ;
- lorsqu'une candidature ou une offre a été transmise par voie électronique, mais n'a pas pu être ouverte par l'acheteur.

Lorsque l'acheteur ouvre la copie de sauvegarde, le document reçu par voie électronique ne doit pas être utilisé : la copie de sauvegarde se substitue au document reçu par voie électronique. Elle devient la candidature – ou l'offre – et se substitue en totalité au document arrivé hors délai ou qui n'a pu être ouvert.

### **3. La vérification des interdictions de soumissionner**

Conformément à l'article 55 du décret n° 2016-360 et à l'article 48 du décret n° 2016-361, si un candidat ou un soumissionnaire se trouve dans un cas d'interdiction de soumissionner ou ne peut produire dans le délai imparti les documents justificatifs, les moyens de preuve, les compléments ou explications requis par l'acheteur, sa candidature est déclarée irrecevable et le candidat est éliminé.

Le candidat ou le soumissionnaire dont l'offre a été classée immédiatement après la sienne est sollicité pour produire les documents nécessaires.

#### **3.1. Le moment auquel la vérification des interdictions de soumissionner doit être opérée**

##### **3.1.1. Dans les marchés publics soumis au décret n° 2016-360 (marchés publics autres que de défense ou de sécurité)**

Pour les marchés publics autres que de défense ou de sécurité, le II de l'article 55 du décret n° 2016-360 prévoit que :

- l'acheteur ne peut 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 ;
- toutefois, 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 conséquence, en procédure restreinte, le moment auquel il convient de procéder à la vérification des interdictions de soumissionner 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.

Ainsi, 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.

Si l'acheteur a fixé un nombre maximum de candidat admis à participer à la suite de la procédure, cette vérification intervient au plus tard avant l'envoi de l'invitation prévue à l'article 56 du décret n° 2016-360. Cette règle particulière s'explique par la nécessité de s'assurer qu'aucun des candidats admis à participer à la suite de la procédure s'avère, au final, être dans un cas d'interdiction de soumissionner. Dans un tel cas, cet opérateur économique a pris la place d'un candidat qui n'était pas dans un cas d'interdiction de soumissionner et qui a été éliminé ; la procédure serait alors viciée.

##### **3.1.2. Dans les marchés publics de défense ou de sécurité**

L'article 48 du décret n° 2016-361 prévoit que « *l'acheteur procède à la vérification des informations qui figurent dans la candidature, y compris en ce qui concerne les opérateurs économiques sur les capacités desquels le candidat s'appuie, au plus tard avant l'envoi de l'invitation mentionnée à l'article 50* ».

Dans l'hypothèse d'une procédure ouverte, cette vérification doit être opérée au plus tard avant l'attribution du marché public.

### 3.2. Les moyens de preuve d'absence d'interdiction de soumissionner

L'article 51 du décret n° 2016-360 et l'article 43 du décret n° 2016-361 définissent les moyens de preuve attestant que le candidat ne se trouve pas dans un cas d'interdiction de soumissionner<sup>78</sup>. A défaut d'une transmission des documents prévus à ces articles dans le délai imparti par l'acheteur, sa candidature sera déclarée irrecevable et rejetée ainsi que son offre.

Il convient de noter que les dispositions relatives aux dossiers de candidatures incomplets et aux besoins d'obtenir des compléments ou des explications présentées aux points 2.3.1. et 2.3.2. ainsi que les éléments relatifs à la traduction des documents du point 2.2.8. de la présente fiche s'appliquent à la vérification de l'absence d'interdiction de soumissionner.

#### 3.2.1. L'extrait du casier judiciaire

##### **3.2.1.1. Pour les marchés publics autres que de défense ou de sécurité pour lesquels pour lesquels une consultation est engagée ou un avis d'appel à la concurrence est envoyé à la publication postérieurement à la publication de la loi dite « Sapin II »**

**Attention**, pour certains marchés publics autres que de défense ou de sécurité le 3° du II de l'article 39 de la loi relative à la transparence, à la lutte contre la corruption et à la modernisation de la vie économique dite « Sapin II » a modifié l'article 45 de l'ordonnance n° 2015-899.

Désormais, le dernier alinéa de cet article 45 précise que « *L'acheteur accepte, comme preuve suffisante attestant que le candidat ne se trouve pas dans un cas d'interdiction de soumissionner mentionné aux 1° et aux a et c du 4° du présent article, une déclaration sur l'honneur* ».

Le IV de l'article 39 de la loi « Sapin II » précise que :

*« Les II et III du présent article sont applicables aux marchés publics pour lesquels une consultation est engagée ou un avis d'appel à la concurrence est envoyé à la publication postérieurement à la publication de la présente loi.*

*« Ils ne s'appliquent pas aux marchés passés sur le fondement d'un accord-cadre ou dans le cadre d'un système d'acquisition dynamique lorsque la procédure en vue de la passation de cet accord-cadre ou de la mise en place de ce système d'acquisition dynamique a été engagée avant cette date ».*

Il convient de souligner que cet article 39 de la « loi Sapin II » ne modifie pas l'article 46 de l'ordonnance n° 2015-899 relatif aux interdictions de soumissionner obligatoires propres aux marchés publics de défense ou de sécurité.

##### **3.2.1.2. Pour les marchés publics autres que de défense ou de sécurité pour lesquels pour lesquels une consultation est engagée ou un avis d'appel à la concurrence est envoyé à la publication avant l'entrée en vigueur de la loi « Sapin II » et pour les marchés publics de défense ou de sécurité**

À titre liminaire, il est rappelé que l'obligation de vérifier que les attributaires des marchés publics ne font pas l'objet d'une interdiction de soumissionner existait déjà avant l'entrée en vigueur de l'ordonnance n° 2015-899 et ses décrets d'application. La seule nouveauté réside dans le fait que les nouvelles directives européennes « marchés publics » ont étendu certains cas d'interdiction de soumissionner dans l'hypothèse où le candidat est une personne morale : la condamnation définitive pour l'une de ces infractions ou pour recel d'une de ces infractions d'un membre de l'organe de gestion, d'administration, de direction ou de surveillance ou d'une personne physique qui détient un pouvoir de représentation, de décision ou de contrôle d'une personne morale entraîne l'exclusion de la procédure de passation des marchés publics de cette personne morale, tant que cette personne physique exerce ces fonctions.

<sup>78</sup> Pour plus d'information sur les interdictions de soumissionner, voir les fiches techniques « Présentation des candidatures » et « Les interdictions de soumissionner « obligatoires » prévues dans la réglementation de la commande publique ».

Cette nouvelle obligation est transposée au 1° de l'article 45 de l'ordonnance n°2015-899 du 23 juillet 2015 relative aux marchés publics. Dans la mesure où aucun élément ne permettait de traiter différemment les personnes condamnées pour ces faits (par exemple pour financement du terrorisme ou atteinte aux droits de propriété intellectuelle) selon qu'elles postulent à l'attribution d'un marché public d'un montant supérieur aux seuils d'application des directives ou qu'elles postulent à l'attribution d'un marché public passé en procédure adaptée ou à un marché public négocié sans publicité ni mise en concurrence, pour respecter le principe constitutionnel d'égalité de traitement, l'ensemble des interdictions de soumissionner et l'obligation de vérification s'appliquent à tous les marchés publics soumis à l'ordonnance n° 2015-899.

**Attention**, en aucun cas l'acheteur n'est autorisé à aller au-delà des vérifications prévues par les textes. Ainsi, l'acheteur qui solliciterait la production des extraits de casier judiciaire de l'expert-comptable de l'entreprise, d'un commissaire aux comptes, du personnel du service comptable, par exemple, outrepasserait ses droits et entacherait la procédure d'irrégularité. L'attention des acheteurs est particulièrement attirée sur le fait que les termes « *d'une personne physique qui détient un pouvoir de représentation, de décision ou de contrôle d'une personne morale* », repris des directives européennes, doivent être interprétés strictement. Il n'est toutefois pas possible d'établir une liste limitative des personnes concernées, tout dépendant du candidat en cause et notamment de sa structure capitalistique et sociétale.

Pour attester qu'il ne se trouve pas dans un cas d'interdiction de soumissionner mentionné au 1° et aux a et c du 4° de l'article 45 de l'ordonnance n° 2015-899 ou au 1°<sup>79</sup> de l'article 46 de la même ordonnance, un extrait du casier judiciaire, ou document équivalent, doit être obtenu.

### 3.2.1.2.1. Dans l'hypothèse d'un candidat établi en France

L'extrait du casier judiciaire qu'il convient d'obtenir est le « bulletin n° 2 ou B2 ». En effet, le bulletin n° 1 n'est délivré qu'aux autorités judiciaires<sup>80</sup>. En conséquence, les acheteurs ne peuvent jamais demander aux candidats de fournir l'extrait B1 du casier judiciaire.

En application de l'article 53 du décret n° 2016-360 du 25 mars 2016, « *les candidats ne sont pas 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 ou d'un espace de stockage numérique, à condition 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.* ».

L'article 45 du décret n° 2016-361 prévoit quant à lui que « *les documents de la consultation peuvent prévoir que les candidats ne seront pas 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 ou d'un espace de stockage numérique, à condition 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.* ».

Même s'il ne s'agit pas d'une obligation dans le cadre des marchés publics de défense ou de sécurité, il est fortement recommandé aux acheteurs qui passeraient ce type de marchés publics de prévoir ces possibilités dans les documents de la consultation afin d'alléger les charges pesant sur les opérateurs économiques.

Le ministère de la justice met à disposition un site internet qui permet, à partir d'un formulaire en ligne, d'obtenir le bulletin n°2 du casier judiciaire. Ce site internet répond aux conditions précitées de l'article 53 du décret n° 2016-360. Cet article 53 permet donc de reporter sur l'acheteur la charge de la production de l'extrait de casier judiciaire.

Pour obtenir un ou plusieurs codes d'accès à ce site, les administrations doivent faire une demande d'habilitation en précisant obligatoirement :

<sup>79</sup> Attention, l'interdiction de soumissionner mentionnée au 2° de l'Art. 46 de l'ordonnance n° 2015-899 présente des particularités qui sont abordées dans le point 3.2.6 de la présente fiche. Il peut s'avérer toutefois que l'existence d'une telle condamnation ressorte de l'extrait du casier judiciaire.

<sup>80</sup> Art. 774 du code de procédure pénale.

- l'intitulé précis de l'administration ou de l'organisme demandeur ;
- son adresse postale exacte ;
- la liste complète des motifs pour lesquels les bulletins seront demandés ;
- l'autorité signataire autorisée à engager la responsabilité du service,

et l'adresser soit par courrier électronique à : [cjn2@justice.gouv.fr](mailto:cjn2@justice.gouv.fr), soit par courrier postal à l'adresse suivante : Casier judiciaire national – Internet B2 – 44317 NANTES CEDEX 3.

Pour que l'acheteur soit en mesure de réaliser cette démarche, le candidat devra en particulier lui avoir fourni les noms des membres de l'organe de gestion, d'administration, de direction ou de surveillance ou les personnes physiques qui détiennent un pouvoir de représentation, de décision ou de contrôle d'une personne morale.

L'extrait B2 contient des informations relatives :

1°) aux condamnations qui, du fait de leur seul prononcé par un jugement définitif, en application des obligations prévues par les directives européennes « marchés publics » (transposées au 1° de l'article 45 de l'ordonnance n° 2015-899), rendent obligatoire l'exclusion de l'opérateur économique concerné. Le non-respect d'une telle exclusion est une violation de la loi ;

2°) aux peines d'exclusion des marchés publics prononcées par un jugement définitif. La méconnaissance de cette peine est constitutive d'une violation de la force de la chose jugée et, à ce titre, constitue un excès de pouvoir<sup>81</sup> et un moyen d'ordre public qui doit être soulevé d'office par le juge.

En conséquence, le fait d'attribuer un marché public à un opérateur économique qui entrerait dans l'un des cas d'exclusion prévus par le 1° ou les a) ou c) du 4° de l'article 45 de l'ordonnance n°2015-899 constitue une violation de la loi et, dans certains cas, une atteinte à l'autorité de la chose jugée. Un tel marché public serait susceptible d'annulation et l'acheteur concerné commettrait une faute susceptible d'engager sa responsabilité. En effet, le non-respect d'une peine d'exclusion des marchés publics est une faute civile ayant un effet sur les marchés publics conclus<sup>82</sup>. De plus, le non-respect d'une peine d'exclusion est susceptible, dans certains cas, d'engager la responsabilité pénale<sup>83</sup>.

Toutefois, il convient de souligner qu'en application du code de procédure pénale, l'accès au B2 est limité :

- Le B2 de personnes physiques n'est délivré, en application du 1° de l'article 776 du code de procédure pénale, qu'« *aux préfets et aux administrations publiques de l'État<sup>84</sup> saisis (...) de soumissions pour des adjudications de travaux ou de marchés publics* », ainsi que, dans les mêmes conditions, en application du 8° de l'article R. 79 du même code, « *aux collectivités publiques locales, à la SNCF, à SNCF Réseau, et à SNCF Mobilités, à Électricité de France et Gaz de France, à la Banque de France* » ;
- Le B2 des personnes morales n'est délivré, en application du 1° de l'article 776-1 du code de procédure pénale, qu'« *aux préfets, aux administrations de l'État et aux collectivités locales saisis de propositions ou de soumissions pour des adjudications de travaux ou de marchés publics* ».

En découlent trois conséquences :

- seuls ces acheteurs ont accès aux B2 ;

<sup>81</sup> CE, 15 octobre 1999, *Sté Bourguignonne de Surveillance/OMI*, n° 187512.

<sup>82</sup> L'offre est frappée de nullité absolue en raison de l'incapacité du candidat (en ce sens, Ph. DELEBECQUE, *Les sanctions de l'article 131-39, 3°, 5°, 6° et 7°, Rev. sociétés* 1993, pp. 352 à 355, n° 11 à 15, spéc. n° 12). Il est possible de prononcer la résiliation du marché public conclu pour faute du cocontractant, sans possibilité d'indemnisation.

<sup>83</sup> Art. 434-41 du code pénal pour les personnes physiques, Art. 434-43 et 434-47 dudit code pour les personnes morales, ce qui peut entraîner, notamment, pour les personnes physiques, l'interdiction des droits civiques et entraîner l'inéligibilité du contrevenant, pour les personnes morales, pour une durée de cinq ans, l'interdiction d'exercer une ou plusieurs activités professionnelles ou sociales, le placement sous surveillance judiciaire, la fermeture d'établissement, l'exclusion des marchés publics, l'interdiction de faire appel public à l'épargne, l'interdiction d'émettre des chèques, la confiscation, assorti éventuellement de l'affichage ou la diffusion de la décision prononcée.

<sup>84</sup> Cette expression est à entendre au sens large (ministères, établissements publics de l'État, autorités administratives indépendantes et personnes morales *sui generis* rattachées à l'État).

- alors même que l'article 45 du décret n° 2016-361 ne le prévoit pas, dans l'hypothèse d'un marché public de défense ou de sécurité, il appartient à l'acheteur de procéder lui-même aux vérifications en cause ;
- les acheteurs ne peuvent jamais demander aux candidats de fournir les extraits B2 du casier judiciaire.

Les acheteurs qui, en application des dispositions précitées du code de procédure pénale, n'ont pas accès aux ou à l'un des B2 nécessaires, se trouvent face à une formalité impossible à ce jour. Un acheteur qui se trouverait dans une telle hypothèse doit seulement demander au candidat de solliciter lui-même la délivrance d'un bulletin n° 3, pour lui en communiquer ensuite la copie. Il s'agit de la seule hypothèse où un acheteur est susceptible de solliciter du candidat la production du B3.

Or, le bulletin n° 3, qui ne concerne que les personnes physiques, ne comporte pas l'indication de toutes les condamnations mentionnées à l'article 45 de l'ordonnance n° 2015-899<sup>85</sup>. Ces acheteurs ne commettent pas de faute s'ils se contentent, pour les cas où le B2 ou le B3 ne peut être obtenu, des déclarations sur l'honneur remises par les candidats.

Enfin, il convient de noter que les informations figurant sur le B2 correspondent à des condamnations définitives qui n'ont pas fait l'objet d'un sursis, d'un ajournement du prononcé de la peine ou d'un relèvement de peine. En conséquence, les dérogations prévues au dernier alinéa du 4° l'article 45 de l'ordonnance n° 2015-899 ne peuvent jouer et il n'est pas possible de faire jouer la dérogation prévue par l'article 47 de l'ordonnance n° 2015-899 si une condamnation mentionné au 1° et aux a et c du 4° de l'article 45 de l'ordonnance n° 2015-899 ou aux 1° et 2° de l'article 46 de la même ordonnance figure sur cet extrait.

### **3.2.1.2.2. Dans l'hypothèse d'un candidat établi à l'étranger**

En application de l'article 53 du décret n° 2016-360 du 25 mars 2016, « *les candidats ne sont pas 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 ou d'un espace de stockage numérique, à condition 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.* ». L'article 45 du décret n° 2016-361 ne fait de cette règle qu'une faculté (voir plus haut).

Pour que l'acheteur soit en mesure de réaliser cette démarche, le candidat devra en particulier lui avoir fourni les noms des membres de l'organe de gestion, d'administration, de direction ou de surveillance ou les personnes physiques qui détiennent un pouvoir de représentation, de décision ou de contrôle d'une personne morale, le moyen d'identifier la personne morale concernée et l'adresse internet auprès duquel les certificats peuvent être obtenus.

S'il n'existe pas de système électronique de mise à disposition d'informations administré par un organisme officiel ou d'un espace de stockage numérique répondant aux conditions ci-dessus énoncées dans l'État de résidence du candidat concerné, l'acheteur sollicite la production des moyens de preuve auprès du candidat.

Les I de l'article 51 du décret n° 2016-360 et de l'article 42 du décret n° 2016-361 disposent que le candidat établi à l'étranger produit un extrait du registre pertinent ou, à défaut, un document équivalent délivré par l'autorité judiciaire ou administrative compétente de son pays d'origine ou d'établissement, attestant de l'absence de cas d'exclusion.

Les V de ces mêmes articles précisent que, lorsque les autorités compétentes du pays d'origine ou d'établissement du candidat ne délivrent pas les documents justificatifs équivalents à ceux mentionnés au I à IV de ces articles, ou lorsque ceux-ci ne mentionnent pas tous les cas d'interdiction de soumissionner, ils peuvent être remplacés par une déclaration sous serment ou, dans les pays où une telle procédure n'existe pas, par une déclaration solennelle faite par l'intéressé devant une autorité judiciaire ou administrative, un notaire ou un organisme professionnel qualifié de son pays d'origine ou d'établissement

Enfin, que ces moyens de preuve, déclaration sous serment ou déclaration solennelle soient fournis par le candidat ou obtenu directement par l'acheteur, celui-ci est en droit d'en demander une traduction en

<sup>85</sup> Art. 777 3° du code de procédure pénale : n'y figurent, pendant leur durée, que les interdictions, déchéances et incapacités prononcées sans sursis, en application des Art. 131-6 à 131-11 du code pénal.



français<sup>86</sup>, en application des VI de l'article 51 du décret n° 2016-360 et de l'article 43 du décret n° 2016-361.

### 3.2.2. Les attestations et certificats fiscaux et sociaux

#### 3.2.1.1. Dans l'hypothèse d'un candidat établi en France

Pour attester qu'il ne se trouve pas dans un cas d'interdiction de soumissionner mentionné au 2° de l'article 45 de l'ordonnance du 23 juillet 2015, le candidat produit les certificats délivrés par les administrations et organismes compétents, dont la liste est fixée par l'[arrêté du 25 mai 2016 fixant la liste des impôts, taxes, contributions ou cotisations sociales donnant lieu à la délivrance de certificats pour l'attribution de marchés publics et de contrats de concession](#).

Il est rappelé que les obligations prévues aux articles L. 5212-1 et suivants du code du travail concernant l'emploi des travailleurs handicapés sont des obligations fiscales et sociales.

Tout candidat auquel il est envisagé d'attribuer un marché public doit en effet prouver qu'il a satisfait à ses obligations fiscales et sociales. À cet effet, il lui appartient de fournir à l'acheteur les pièces exigées par la réglementation en vigueur. Si le candidat retenu est établi dans un État autre que la France, il doit produire un certificat délivré par les administrations et organismes du pays d'origine ou d'établissement.

Pour faciliter les démarches des opérateurs économiques, la DGFIP et le réseau des URSSAF proposent les services en ligne suivants :

- les entreprises soumises à l'impôt sur les sociétés et assujetties à la TVA peuvent obtenir, de manière dématérialisée, l'[attestation de régularité fiscale](#) depuis leur compte fiscal professionnel, accessible depuis le site <http://www.impots.gouv.fr/>.
- toutes les entreprises peuvent également obtenir, de manière dématérialisée, le [certificat social](#) délivré par le réseau des URSSAF à partir de leur espace sécurisé sur le site <https://mon.urssaf.fr/>. En fonction de sa situation sociale, l'entreprise doit compléter son dossier, en se procurant les autres certificats sociaux nécessaires, auprès des organismes compétents.

Les certificats ou attestations dématérialisés délivrés par la DGFIP ou le réseau des URSSAF sont valables un an. Ils peuvent être sauvegardés, consultés et imprimés, autant de fois que nécessaire par l'entreprise.

**Attention**, le NOTI 2, formulaire auparavant délivré par les services de la DGFIP, et qui se substituait aux attestations et certificats fiscaux et sociaux, est supprimé. Les progrès de la dématérialisation des attestations fiscales et sociales ainsi que les facilités offertes en la matière par le dispositif MPS ne justifiaient plus son maintien.

De plus, l'attention des acheteurs est attirée sur le fait qu'il n'est plus délivré d'attestations annuelles. En effet, en application des nouvelles directives, la vérification de la régularité au regard des obligations fiscales et sociales doit s'effectuer à la date de vérification et non plus au 31 décembre de l'année précédant le lancement de la consultation.

Il peut être particulièrement difficile, pour un acheteur, de déterminer le régime auquel est soumis le candidat au regard de ses obligations fiscales<sup>87</sup>. Aussi, l'attention des acheteurs est particulièrement appelée sur la simplification apportée par le dispositif « marchés publics simplifiés » (MPS) de ce point de vue. En effet, c'est le système qui collecte lui-même les données nécessaires et l'acheteur n'a pas à se poser la question de la suffisance des informations fiscales fournies par le candidat.

#### 3.2.1.2. Dans l'hypothèse d'un candidat établi à l'étranger

<sup>86</sup> Voir points 2.3.2. et 2.2.8. de la présente fiche.

<sup>87</sup> Ainsi, les taxes et impôts dont le candidat est redevable peuvent, par exemple, varier en fonction de son secteur d'activité.



En application de l'article 53 du décret n° 2016-360 du 25 mars 2016, « *les candidats ne sont pas 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 ou d'un espace de stockage numérique, à condition 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.* ». L'article 45 du décret n° 2016-361 ne fait de cette règle qu'une faculté (voir plus haut).

Pour que l'acheteur soit en mesure de réaliser cette démarche, le candidat devra en particulier lui avoir fourni les noms des membres de l'organe de gestion, d'administration, de direction ou de surveillance ou les personnes physiques qui détiennent un pouvoir de représentation, de décision ou de contrôle d'une personne morale, le moyen d'identifier la personne morale concernée et l'adresse internet auprès duquel les certificats peuvent être obtenus.

S'il n'existe pas de système électronique de mise à disposition d'informations administré par un organisme officiel ou d'un espace de stockage numérique répondant aux conditions ci-dessus énoncées dans l'État de résidence du candidat concerné, l'acheteur sollicite la production des moyens de preuve auprès du candidat.

Les V de l'article 51 du décret n° 2016-360 et de l'article 42 du décret n° 2016-361 disposent que, lorsque les autorités compétentes du pays d'origine ou d'établissement du candidat ne délivrent pas les documents justificatifs équivalents à ceux mentionnés au I à IV de ces articles, ils peuvent être remplacés par une déclaration sous serment ou, dans les pays où une telle procédure n'existe pas, par une déclaration solennelle faite par l'intéressé devant une autorité judiciaire ou administrative, un notaire ou un organisme professionnel qualifié de son pays d'origine ou d'établissement

Enfin, que ces moyens de preuve, déclaration sous serment ou déclaration solennelle soient fournis par le candidat ou obtenus directement par l'acheteur, celui-ci est en droit d'en demander une traduction en français<sup>88</sup>, en application des VI de l'article 51 du décret n° 2016-360 et de l'article 43 du décret n° 2016-361.

### **3.2.1.3. La dérogation à l'interdiction de soumissionner pour non régularité au regard des obligations fiscales et sociales**

Le dernier alinéa du 2° de l'article 45 de l'ordonnance n° 2015-899 prévoit que l'exclusion pour défaut de déclarations incombant à l'opérateur économique en matière fiscale ou sociale ou d'acquittement des impôts, taxes, contributions ou cotisations sociales exigibles n'est pas applicable aux personnes qui, avant la date à laquelle l'acheteur se prononce sur la recevabilité de leur candidature, ont, en l'absence de toute mesure d'exécution du comptable ou de l'organisme chargé du recouvrement, acquitté lesdits impôts, taxes, contributions et cotisations ou constitué des garanties jugées suffisantes par le comptable ou l'organisme chargé du recouvrement, ou, à défaut, conclu un accord contraignant avec les organismes chargés du recouvrement en vue de payer les impôts, taxes, contributions ou cotisations, ainsi que les éventuels intérêts échus, pénalités ou amendes, à condition qu'elles respectent cet accord.

### **3.2.3. L'extrait du registre pertinent**

Pour attester qu'il ne se trouve pas dans un cas d'interdiction de soumissionner mentionné au 3° de l'article 45 de l'ordonnance du 23 juillet 2015, le candidat produit un extrait du registre pertinent, tel qu'un extrait K, un extrait Kbis<sup>89</sup>, un extrait D1<sup>90</sup> ou, à défaut, un document équivalent délivré par l'autorité judiciaire ou administrative compétente du pays d'origine ou d'établissement du candidat, attestant de l'absence de cas d'exclusion.

Lorsque le candidat est en redressement judiciaire, le candidat produit la copie du ou des jugements prononcés. L'acheteur devra vérifier que le candidat a bien été autorisé à poursuivre son activité pendant la

<sup>88</sup> Voir points 2.3.2. et 2.2.8. de la présente fiche.

<sup>89</sup> Pour plus d'informations sur comment se procurer un extrait K ou Kbis : <https://www.service-public.fr/professionnels-entreprises/vosdroits/F21000>.

<sup>90</sup> Pour plus d'informations sur comment se procurer un extrait D1 : <https://www.service-public.fr/professionnels-entreprises/vosdroits/F23887>.

durée prévisible d'exécution du marché public. À défaut, la candidature sera déclarée irrecevable et le candidat sera éliminé.

Les V et VI de l'article 51 du décret n° 2016-360 et de l'article 43 du décret n° 2016-361 s'appliquent en ce qui concerne les candidats établis à l'étranger.

#### 3.2.4. Le cas spécifique des obligations issues du droit du travail

Les III de l'article 51 du décret n° 2016-360 et de l'article 43 du décret n° 2016-361 prévoient que « *le cas échéant, le candidat produit en outre les pièces prévues aux articles R. 1263-12, D. 8222-5 ou D. 8222-7 ou D. 8254-2 à D. 8254-5 du code du travail* ».

Il ne s'agit pas de la vérification d'un cas d'interdiction de soumissionner mais d'un rappel des opérations de vérification imposées par le code du travail qui s'imposent, dans certaines hypothèses, avant la signature du marché public.

Ces vérifications ne s'effectuent qu'auprès du titulaire pressenti<sup>91</sup>.

#### 3.2.5. Les listes officielles ou certificats délivrés par des organismes de certification

Un opérateur économique inscrit sur une liste officielle d'opérateurs agréés d'un État membre de l'Union européenne ou muni d'un certificat délivré par un organisme de certification répondant aux normes en matière de certification peut présenter à un pouvoir adjudicateur, à l'occasion d'un marché public soumis au décret n° 2016-360<sup>92</sup>, à tout acheteur dans l'hypothèse d'un marché public de défense ou de sécurité<sup>93</sup>, un certificat d'inscription délivré par l'autorité compétente ou un certificat délivré par l'organisme de certification compétent, à la condition que cet opérateur soit établi dans l'État membre qui a dressé la liste officielle.

Ces certificats indiquent les références qui lui ont permis d'être inscrits sur la liste officielle ou d'obtenir la certification, ainsi que la classification sur cette liste.

L'inscription certifiée par les organismes compétents sur des listes officielles ou le certificat délivré par l'organisme de certification constitue une présomption d'aptitude en ce qui concerne les interdictions de soumissionner couvertes par la liste officielle ou le certificat.

En revanche, quand bien même la régularité au regard des obligations fiscales et sociales du candidat serait couverte par la liste, un certificat supplémentaire peut être exigé de l'opérateur économique lors de l'attribution d'un marché public, au titre de la mise à jour.

#### 3.2.6. Les autres cas d'interdiction de soumissionner « obligatoires »

##### **3.2.6.1. Les interdictions de soumissionner mentionnées au b) du 4° et au 5° de l'article 45 de l'ordonnance n° 2015-899**

Pour les interdictions de soumissionner mentionnées au b) du 4° et au 5° de l'article 45 de l'ordonnance n° 2015-899<sup>94</sup>, il n'existe aucun document de preuve disponible. Dans ces cas, l'acheteur doit se contenter des déclarations sur l'honneur des candidats.

<sup>91</sup> Pour plus d'informations sur ces obligations spécifiques de vérification, voir la fiche technique « L'achèvement de la procédure : conclusion du marché public et mesures de publicité ».

<sup>92</sup> Art. 54 du décret n° 2016-360.

<sup>93</sup> Art. 46 du décret n° 2016-361.

<sup>94</sup> Il s'agit des cas d'interdiction de soumissionner liés au non-respect des dispositions du code du travail relatives à l'égalité hommes-femmes et des hypothèses où un Préfet aurait pris une décision d'exclusion des contrats administratifs en application du code du travail. Attention, cette dernière interdiction de soumissionner ne concerne pas les marchés publics qui relèveraient de la compétence du juge judiciaire.

### 3.2.6.2. L'interdiction de soumissionner mentionnée au 2° de l'article 46 de l'ordonnance n° 2015-899

L'interdiction de soumissionner mentionnées au 2° de l'article 46 de l'ordonnance n° 2015-899, propre aux marchés publics de défense ou de sécurité, présente plusieurs particularités :

- cette interdiction concerne des hypothèses dans lesquelles la responsabilité civile du candidat, pour méconnaissance de ses engagements en matière de sécurité d'approvisionnement ou en matière de sécurité de l'information, a été engagée en application d'une décision de justice définitive. Par définition, une telle interdiction de soumissionner ne figure pas sur l'extrait du casier judiciaire. Sauf à ce qu'elle se double d'une condamnation pénale<sup>95</sup>, l'acheteur ne pourra en avoir connaissance par ce biais. Il en résulte que l'acheteur doit, dans la plupart des cas, se contenter de la déclaration sur l'honneur ;
- l'exclusion ne vaut que si la décision de justice définitive a été prononcée depuis moins de cinq ans. Toutefois, si elle se double d'une condamnation pénale, le candidat concerné peut être exclu sur la base de cette condamnation pénale, tant que la condamnation figure sur l'extrait du casier judiciaire et qu'elle correspond à un autre cas d'interdiction de soumissionner ;
- l'existence de la décision de justice définitive mettant en cause la responsabilité civile du candidat pour ces faits n'entraîne pas automatiquement exclusion du candidat. En effet, l'acheteur doit l'autoriser à démontrer, par tout moyen, qu'il a entièrement exécuté la décision de justice en cause (par exemple en versant la totalité des dommages et intérêts au versement desquels il a été condamné) et qu'il a pris des mesures qui démontrent que son professionnalisme ne peut plus être remis en cause (par exemple par la mise en place de mesures de contrôle et d'audit interne propres à éviter de nouvelles difficultés). Dans l'hypothèse où cette démonstration est faite, l'opérateur économique concerné ne peut être exclu.

### 3.2.6.3. L'interdiction de soumissionner mentionnée au 3° de l'article 46 de l'ordonnance n° 2015-899

L'interdiction de soumissionner mentionnées au 3° de l'article 46 de l'ordonnance n° 2015-899, propre également aux marchés publics de défense ou de sécurité, correspond à un schéma différent de celui des autres interdictions de soumissionner « obligatoire ».

En effet, c'est l'acheteur qui par tout moyen, établit que le candidat ne possède pas la fiabilité nécessaire pour éviter des atteintes à la sécurité de l'État et, en conséquence, exclut le candidat concerné. Ce dernier ne fait que déclarer sur l'honneur qu'il n'est pas dans un tel cas d'interdiction de soumissionner. La charge de la preuve repose alors sur l'acheteur.

### 3.2.7. La dérogation aux cas d'interdiction de soumissionner « obligatoires » pour motif d'intérêt général

L'article 47 de l'ordonnance n° 2015-899 précise que l'acheteur peut, à titre exceptionnel, autoriser un opérateur économique qui serait dans un cas d'interdiction de soumissionner prévu aux articles 45 et 46 à participer à la procédure de passation du marché public, si les conditions suivantes sont réunies :

- que cela soit justifié par des raisons impérieuses d'intérêt général ;
- que le marché public en cause ne puisse être confié qu'à ce seul opérateur économique
- et qu'un jugement définitif d'une juridiction d'un État membre de l'Union européenne n'exclut pas expressément l'opérateur concerné des marchés public.

Si une condamnation mentionné au 1° et aux a et c du 4° de l'article 45 de l'ordonnance n° 2015-899 ou au 1° de l'article 46 de la même ordonnance figure sur l'extrait B2, cette dérogation ne peut jamais jouer. La mise en œuvre de ce dispositif est donc extrêmement limitée.

<sup>95</sup> Tel pourrait être le cas si le candidat a été condamné sur la base de l'Art. 413-10 du code pénal.

### 3.2.8. Les interdictions de soumissionner « facultatives »

À la différence des interdictions de soumissionner de l'article 45, les interdictions de soumissionner « facultatives » énumérées à l'article 48 de l'ordonnance résultent de faits constatés par l'acheteur lui-même. Dans ces cas d'interdiction, la décision d'exclusion du candidat concerné dépend des éléments d'appréciation à la disposition de l'acheteur, et notamment du caractère suffisant des preuves qu'il détient.

**Attention**, le qualificatif de « facultatives », repris des directives européennes, ne signifie pas que l'acheteur a ou non le choix de prévoir ces interdictions de soumissionner. Il signifie seulement qu'un opérateur économique qui serait dans un tel cas d'interdiction de soumissionner n'est pas automatiquement exclu de la procédure.

Ce n'est que si les éléments apportés par l'opérateur économique dans le cadre de la procédure contradictoire mise en œuvre par l'acheteur, ne permettent pas d'établir que sa fiabilité ou son professionnalisme ou encore que sa participation à la procédure de passation du marché public ne porte pas atteinte à l'égalité de traitement, que son exclusion pourra être prononcée<sup>96</sup>.

En toute hypothèse, si l'acheteur constate, à l'issue de la procédure contradictoire, que l'une des causes d'exclusion de l'article 48 est remplie, il lui appartient d'apprécier si les éléments dont il dispose justifient bien d'écarter l'opérateur économique concerné.

Cinq causes d'exclusion « facultatives » sont ainsi énumérées par l'article 48.

#### **3.2.8.1. La mauvaise exécution par le candidat, au cours des trois dernières années, d'un précédent marché dont il était titulaire (article 48 I 1° de l'ordonnance n° 2015-899)**

Le 1° du I de l'article 48 consacre la jurisprudence issue de la décision du Conseil d'État du 10 juin 2009, Région Lorraine<sup>97</sup>. Ainsi, l'acheteur peut écarter, au stade de l'examen des capacités des candidats, la candidature d'un opérateur économique, titulaire d'un marché public ou d'un contrat de concession antérieur, qui au cours des trois dernières années, a dû verser des dommages-intérêts ou a été sanctionné par une résiliation ou une sanction comparable en raison d'un manquement grave ou persistant à ses obligations contractuelles.

Seules peuvent être prises en compte les sanctions qui ont été prononcées. Ainsi, une sanction pécuniaire pour retard qui, à l'issue de l'établissement du décompte général et définitif aurait été remise ne peut être prise en compte.

De plus, l'exclusion suppose que les sanctions démontrent effectivement un manquement grave ou persistant aux obligations contractuelles. Ainsi, un simple retard d'exécution de quelques jours ne semble pas susceptible de justifier la mise en œuvre de cette exclusion.

En tout état de cause, l'acheteur ne peut exclure cette candidature sans s'être assuré au préalable que l'opérateur concerné ne présente pas d'autres éléments permettant de pallier l'insuffisance passée de ses capacités et sans l'avoir mis à même de démontrer que son professionnalisme et sa fiabilité ne peuvent plus être remis en cause. Ainsi, par exemple, le candidat concerné pourrait s'appuyer sur des mesures internes de contrôle ou d'audit qui tendraient à démontrer qu'il a mis en œuvre des mesures organisationnelles propres à ce que de tels manquements importants ne devraient plus se produire à l'avenir.

<sup>96</sup> Le II de l'Art. 48 de l'ordonnance dispose en effet qu'« Un opérateur économique ne peut être exclu [sur le fondement d'une interdiction de soumissionner facultative] que s'il a été mis à même par l'acheteur d'établir, dans un délai raisonnable et par tout moyen, que son professionnalisme et sa fiabilité ne peuvent plus être remis en cause et, le cas échéant, que sa participation à la procédure de passation du marché public n'est pas susceptible de porter atteinte à l'égalité de traitement. ».

<sup>97</sup> CE, 10 juin 2009, *Région Lorraine*, n° 324153.

### **3.2.8.2. La tentative du candidat d'influencer la décision de l'acheteur ou d'obtenir de ce dernier des informations confidentielles susceptibles de lui conférer un avantage indu (article 48 I 2° de l'ordonnance n° 2015-899)**

Ce cas a été introduit par le point i) du 4 de l'article 57 de la directive relatif aux motifs d'exclusion qui prévoit que les acheteurs peuvent exclure l'opérateur économique ayant « *entrepris d'influencer indûment sur le processus décisionnel du pouvoir adjudicateur ou d'obtenir des informations confidentielles susceptibles de lui donner un avantage indu lors de la procédure de passation de marché* ».

L'acheteur ne peut enclencher la procédure contradictoire que s'il dispose d'éléments démontrant de manière suffisamment certaine que le ou les candidats concernés ont commis de telles tentatives. En cas de doute sur le caractère suffisant des éléments à sa disposition, il lui est recommandé de se contenter d'un simple signalement aux autorités compétentes. Ce signalement est important car il permettra à l'acheteur de ne pas se rendre complice des manœuvres des opérateurs économiques concernés.

Avant de procéder à son exclusion, l'acheteur devra offrir la possibilité, à l'opérateur économique concerné, de présenter des éléments de nature à démontrer sa fiabilité son professionnalisme et *in fine* son absence de tentative d'influencer l'acheteur.

### **3.2.8.3. La distorsion de concurrence liée à la candidature d'un opérateur ayant participé à la préparation du marché (article 48 I 3° de l'ordonnance n° 2015-899)**

Il n'est pas possible d'écarter, par principe, la candidature d'un opérateur économique ayant participé, sous quelque forme que ce soit, à la préparation d'un marché public. En effet, la participation d'une entreprise à la définition d'un projet ne constitue pas, en elle-même, un motif justifiant que cette entreprise soit écartée des consultations futures mettant en œuvre le projet qu'elle aura contribué à définir.

Il revient à l'acheteur d'apprécier, au cas par cas, si une telle entreprise possède un avantage concurrentiel sur les autres candidats et de prendre les mesures nécessaires pour prévenir tout risque d'atteinte au principe d'égalité de traitement des candidats<sup>98</sup>. La simple participation de l'opérateur économique au « *sourçage* » organisé par l'acheteur ne suffit en aucun cas pour considérer que le candidat se trouve dans une telle situation.

En particulier, lorsque la collaboration préalable d'une entreprise lui a permis de recueillir des informations susceptibles de l'avantager par rapport aux autres candidats, l'acheteur doit supprimer la différence de situation existant entre les entreprises en communiquant ces informations à tous les candidats afin que chacun dispose du même niveau d'information.

Ce n'est que dans le cas où l'acheteur ne pourrait remédier à cette dissymétrie dans le niveau d'information des candidats que la candidature de l'opérateur concerné pourrait être déclarée irrecevable<sup>99</sup>. Néanmoins, l'acheteur ne peut, dans cette hypothèse, écarté ce candidat sans lui laisser la possibilité de faire la preuve que, dans les circonstances de l'espèce, les informations acquises par lui ne faussent pas la concurrence<sup>100</sup>.

### **3.2.8.4. L'entente avec d'autres opérateurs économiques en vue de fausser la concurrence (article 48 I 4° de l'ordonnance n° 2015-899)**

Les ententes visées à l'article L. 420-1 du code de commerce ne sont prohibées que si elles ont un objet anticoncurrentiel ou s'il est prouvé qu'elles ont un effet anticoncurrentiel sensible sur le marché.

Les dispositions de l'article L. 420-1 du code de commerce prohibent les actions concertées, conventions, ententes expresses ou tacites ou coalitions, lorsqu'elles ont pour objet ou peuvent avoir pour effet

<sup>98</sup> CE, 29 juillet 1998, *Garde des Sceaux/Sté Genicorp*, n° 177952

<sup>99</sup> 3° du I de l'Art. 48 de l'ordonnance n°2015-899, Art. 5 du décret n° 2016-360 et Art. 3 du décret n° 2016-361.

<sup>100</sup> II de l'article 48 de l'ordonnance n° 2015-899 ; CJUE, 3 mars 2005, *Fabricom SA*, Aff. C-21/03 et C-34/03.



d'empêcher, de restreindre ou de fausser le jeu de la concurrence sur un marché, notamment lorsqu'elles tendent à :

- 1° Limiter l'accès au marché ou le libre exercice de la concurrence par d'autres entreprises ;
- 2° Faire obstacle à la fixation des prix par le libre jeu du marché en favorisant artificiellement leur hausse ou leur baisse ;
- 3° Limiter ou contrôler la production, les débouchés, les investissements ou le progrès technique ;
- 4° Répartir les marchés publics ou les sources d'approvisionnement.

L'entente illicite nécessite ainsi un concours de volonté entre entreprises ayant un objet anticoncurrentiel ou pour effet de restreindre le jeu de la concurrence.

La réunion des éléments constitutifs d'une entente est constatée par l'Autorité de la concurrence ou par la Commission européenne (entente dépassant l'échelle de la France). En dehors des faits explicitement condamnés par ces autorités, il est recommandé à l'acheteur, en cas de doute, de signaler la situation aux services compétents de la direction générale de la concurrence, de la consommation et de la répression des fraudes. Il peut également porter plainte officiellement auprès de l'Autorité de la concurrence.

L'acheteur est la première victime d'une entente. Son préjudice se traduit par un renchérissement du prix ou du coût du marché public ou par une réduction du nombre d'offres potentielles.

### **3.2.8.5. Le conflit d'intérêts de nature à faire naître un doute sur l'impartialité de la procédure d'attribution du marché public (article 48 I 5° de l'ordonnance n° 2015-899)**

L'acheteur est tenu de prévenir l'existence d'éventuels conflits d'intérêts dans la procédure d'attribution du marché public et de prendre les mesures appropriées pour y remédier<sup>101</sup>. Il s'agit de garantir l'impartialité du processus de décision dans l'hypothèse où il existerait un lien entre un personnel de l'acheteur ou un prestataire de service agissant en son nom et une entreprise candidate.

La situation de conflit d'intérêts est définie par l'article 48 I 5° comme étant celle dans laquelle une personne qui participe au déroulement de la procédure de passation du marché public ou est susceptible d'en influencer l'issue, a directement ou indirectement, un intérêt financier, économique ou tout autre intérêt personnel qui pourrait compromettre son impartialité ou son indépendance dans le cadre de la procédure de passation du marché public.

Pour établir s'il existe une situation de conflit d'intérêts de nature à faire naître un doute légitime sur l'impartialité de l'acheteur, le Conseil d'État tient compte<sup>102</sup> :

- de la nature, l'intensité et la durée des liens directs ou indirects entre la personne participant à la procédure d'attribution représentant le pouvoir adjudicateur et l'entreprise candidate, qu'ils soient actuels ou passés, financiers, économiques, personnels ou familiaux ;
- de l'influence que la personne représentant l'acheteur a été susceptible d'exercer sur l'issue de la procédure compte tenu de ses fonctions et de sa participation dans le processus de décision sur le choix du candidat.

Cette seconde condition permet de garantir l'impartialité de la procédure sans recourir à des solutions qui porteraient une atteinte excessive à la liberté d'accès à la commande publique<sup>103</sup>. Les mesures prises par l'acheteur doivent, en effet, être proportionnées et ne pas aller au-delà de ce qui est nécessaire pour se prémunir contre toute partialité de la procédure d'attribution. Ainsi, par exemple, ce n'est que si la personne

<sup>101</sup> CJUE, 12 mars 2015, *eVigilo Ltd*, C-538/13, point 43 ; CE, 14 octobre 2015, *Société Applicam et région Nord Pas-de-Calais*, n°391105.

<sup>102</sup> Décisions ayant conclu à la reconnaissance d'une situation de conflit d'intérêts : CE, 3 novembre 1997, *Préfet de la Marne*, n°148150 ; CE, 14 octobre 2015, *Société Applicam et région Nord Pas-de-Calais*, préc.

A l'inverse, décisions n'ayant pas conclu à la reconnaissance d'une situation de conflit d'intérêts : CE, 27 juillet 2001, *Société Degremont*, n°232820 ; CE, 24 juin 2011, *Ministre de l'écologie et sté Autostrade per l'Italia SPA*, n°347720 ; CE, 19 mars 2012, *SA groupe Partouche*, n°341562 ; CE, 9 mai 2012, *Commune de Saint-Maur des Fossés*, n°355756 ; CE, 22 octobre 2014, *Sté EBM Thermique*, n°382495.

<sup>103</sup> CE, 9 mai 2012, *Commune de Saint-Maur des Fossés*, préc.



en situation de conflit d'intérêts, représentant l'acheteur, ne pouvait être écartée du processus décisionnel, que l'acheteur pourrait envisager d'exclure, à l'issue de la procédure contradictoire, l'entreprise candidate en lien avec cette personne.

### 3.2.9. Les interdictions de soumissionner en cas de groupement d'opérateurs économiques ou d'appui sur les capacités d'un sous-traitant ou d'un sous-contractant

L'article 50 de l'ordonnance n° 2015-899 prévoit que : « I. - Lorsque le motif d'exclusion de la procédure de passation concerne un membre d'un groupement d'opérateurs économiques, l'acheteur exige son remplacement par une personne qui ne fait pas l'objet d'un motif d'exclusion dans un délai de dix jours à compter de la réception de cette demande par le mandataire du groupement, sous peine d'exclusion du groupement de la procédure.

II. - Les personnes à l'encontre desquelles il existe un motif d'exclusion ne peuvent être acceptées en tant que sous-traitant.

Lorsque le sous-traitant à l'encontre duquel il existe un motif d'exclusion est présenté au stade de la candidature, l'acheteur exige son remplacement par une personne qui ne fait pas l'objet d'un motif d'exclusion, dans un délai de dix jours à compter de la réception de cette demande par le candidat ou, en cas de groupement, par le mandataire du groupement, sous peine d'exclusion de la procédure ».

#### **3.2.9.1. En cas de groupement d'opérateurs économiques**

Le I de l'article 50 de l'ordonnance n° 2015-899 prévoit que, lorsque le motif d'exclusion de la procédure de passation concerne un membre d'un groupement d'opérateurs économiques, l'acheteur exige son remplacement par une personne qui ne fait pas l'objet d'un motif d'exclusion, sous peine d'exclusion du groupement de la procédure, dans un délai de dix jours à compter de la réception de cette demande par le mandataire du groupement.

#### **3.2.9.2. Lorsque le candidat s'appuie sur les capacités d'un sous-traitant ou d'un sous-contractant**

Le II de l'article 50 de l'ordonnance n° 2015-899 prévoit que les personnes à l'encontre desquelles il existe un motif d'exclusion ne peuvent être acceptées en tant que sous-traitant. Lorsque le sous-traitant à l'encontre duquel il existe un motif d'exclusion est présenté au stade de la candidature, l'acheteur exige son remplacement par une personne qui ne fait pas l'objet d'un motif d'exclusion, dans un délai de dix jours à compter de la réception de cette demande par le candidat ou, en cas de groupement, par le mandataire du groupement, sous peine d'exclusion de la procédure.

Pour les marchés publics autres que de défense ou de sécurité, le 1° de l'article 134 du décret n° 2016-360 précise que, lorsque la demande de sous-traitance intervient au moment du dépôt de l'offre ou de la proposition, le candidat remet à l'acheteur une déclaration du sous-traitant indiquant qu'il ne tombe pas sous le coup d'une interdiction de soumissionner. La vérification d'absence d'interdiction de soumissionner d'un tel sous-traitant intervient alors au même moment et selon les mêmes modalités que pour le candidat. Toutefois, les demandes de documents justificatifs et de preuves sont adressées par l'acheteur au candidat ou soumissionnaire.

Pour les marchés publics de défense ou de sécurité, les I de l'article 122 et de l'article 130 prévoient le même dispositif pour, respectivement, les sous-traitants et les sous-contractants qui ne présentent pas les caractéristiques de sous-traitants. La vérification d'absence d'interdiction de soumissionner d'un tel opérateur intervient au même moment et selon les mêmes modalités que pour le candidat. Toutefois, les demandes de compléments de documents justificatifs et de preuves ainsi que d'explication ou compléments sur ces mêmes documents sont adressées par l'acheteur au candidat ou soumissionnaire et,

lorsque l'acheteur rejette un sous-contractant, y compris ayant la qualité de sous-traitant, il fournit au candidat, soumissionnaire ou titulaire une justification écrite indiquant les motifs de ce rejet<sup>104</sup>.

#### **4. Conclusion**

Conformément à l'article 55 du décret n° 2016-360 et à l'article 48 du décret n° 2016-361, si un candidat ou un soumissionnaire se trouve dans un cas d'interdiction de soumissionner, ne satisfait pas aux conditions de participation fixées par l'acheteur ou ne peut produire dans le délai imparti les documents justificatifs, les moyens de preuve, les compléments ou explications requis par l'acheteur, sa candidature est déclarée irrecevable et le candidat est éliminé.

Le candidat ou le soumissionnaire dont l'offre a été classée immédiatement après la sienne est sollicité pour produire les documents nécessaires.

L'article 49 de l'ordonnance n° 2015-899 précise que lorsqu'un opérateur économique est, au cours de la procédure de passation ou de l'exécution du marché public, placé dans l'une des situations mentionnées aux articles 45, 46 et 48 ayant pour effet de l'exclure d'un marché public, l'acheteur peut résilier le marché public pour ce motif. Il appartient à l'opérateur économique concerné d'informer sans délai l'acheteur de ce changement de situation. Cette obligation est particulièrement importante dans l'hypothèse où le titulaire est placé en redressement judiciaire<sup>105</sup>.

Enfin, il convient de souligner que le contrôle des conditions de participation et d'absence d'interdiction de soumissionner prévus par les textes relatifs à la commande publique s'applique également aux sous-traitants et sous-contractants ne présentant pas les caractéristiques d'un sous-traitant qui sont présentés en cours d'exécution du marché public<sup>106</sup>.

---

<sup>104</sup> Art. 123 2° et Art. 131 II du décret n° 2016-361.

<sup>105</sup> Art. 49 II de l'ordonnance n° 2015-899 ; voir la fiche technique relative aux entreprises en difficulté.

<sup>106</sup> Voir la fiche technique relative à la sous-traitance.