

Marchés publics Niveaux minimaux de capacité : une faculté tant attendue

Le Conseil d'Etat a mis fin au sentiment d'insécurité des maîtres d'ouvrage en précisant que la fixation, dans les avis d'appel public à la concurrence, des niveaux minimaux de capacités professionnelles, techniques et financières des candidats n'était pas obligatoire. La réforme du Code des marchés publics devrait entériner cette interprétation jurisprudentielle. Néanmoins, la question de l'appréciation des candidatures en cas d'absence de niveau minimum reste posée.

Par Olivier CARON et Alexandre LABETOULE, avocats associés, cabinet CLL Avocats

14 novembre 2008



©
DESSIN - 139262.HR.jpg
MARCHÉS PUBLICS

Conseil d'Etat (CE)- Décision du 15/06/2007 N° 299

Depuis l'entrée en vigueur du Code des marchés publics (CMP) de 2006, la problématique relative aux niveaux minimaux de capacité a agité la doctrine et divisé les tribunaux administratifs. Simple en apparence, la question se posait en ces termes : le pouvoir adjudicateur est-il tenu de préciser des niveaux minimums de capacités professionnelles, techniques et financières des candidats ?

Par une série d'arrêts du 8 août dernier, le Conseil d'Etat a tranché la controverse en y apportant une réponse négative (« Commune de Nanterre », n° 309 136 : Rec. CE, tables ; « Centre hospitalier Edmond-Garcin », n° 309652 : Rec. CE, tables. – « Région de Bourgogne », n° 307143 : Rec. CE, tables. – confirmé à nouveau récemment, CE, Sect., 3 octobre 2008, « Smirgeomes », n° 305420 : Rec. CE).

L'article 45-I du CMP dispose que « (...) les niveaux minimaux de capacité demandés sont précisés dans l'avis d'appel public à la concurrence ou, en l'absence d'un tel avis, dans les documents de la consultation ». De même, l'article 52-I précise que « les candidatures (...) sont examinées au regard des niveaux de capacités ». Cette formulation induit un caractère obligatoire. En d'autres termes, le pouvoir adjudicateur serait tenu, pour les procédures formalisées, d'indiquer dans l'avis d'appel public à la concurrence les niveaux de capacités professionnelles, techniques et financières minimaux exigés des candidats. Conformément à la lettre des textes, de nombreux tribunaux ont ainsi annulé les procédures de passation où les niveaux minimaux de capacité ne figuraient pas dans l'avis d'appel public à la concurrence.

Interprétation contraignante écartée

Cette solution s'inscrivait dans le droit fil de la décision « Communauté urbaine de Lyon » rendue par le Conseil d'Etat le 26 mars 2008 (n° 303 779 ; Rec. CE tables). Dans cette affaire relative à une procédure de passation lancée sous l'empire du CMP de 2004 – qui ne faisait pas référence aux niveaux minimaux de capacité –, la Haute juridiction a considéré que le pouvoir adjudicateur était tenu de contrôler les garanties professionnelles, techniques et financières des candidats à l'attribution d'un marché public. Il en a déduit que les avis d'appel public à concurrence – ou le règlement de consultation dans les cas de procédures dispensées de l'envoi de tels avis – devaient nécessairement prévoir un des documents ou renseignements exigés à l'appui des candidatures, afin de permettre au pouvoir adjudicateur de procéder au contrôle des garanties requises des candidats. Or, les dispositions de l'article 45 du CMP – alors applicable – demeurant peu ou prou inchangées sur ce point en 2006, la solution ainsi retenue aurait dû, en toute rigueur, conduire le Conseil d'Etat à étendre cette obligation à la fixation de niveaux minimaux de capacité, afin de prendre en compte l'évolution du texte. C'est d'ailleurs ce raisonnement qu'avait logiquement suivi le juge des référés du tribunal administratif de Lyon – celui-là même qui se trouvait à l'origine de la solution validée par le Conseil d'Etat dans sa décision Communauté urbaine de Lyon précitée –, et ce, dès 2007, en censurant une procédure qui ne prévoyait pas de niveau minimum (TA Lyon, ord. 3 octobre 2007, « Société Citec Environnement », n° 070 667).

Certes, il était permis d'objecter que les directives communautaires envisageaient l'exigence de niveaux minimaux de capacité comme une simple faculté (directive classique, art. 44.2). Toutefois, cet argument n'était pas à lui seul dirimant. En effet, la transposition en droit national des règles d'origine communautaire peut être plus rigoureuse sans être irrégulière dès lors qu'elle vise à la transparence des procédures (1).

Une solution empreinte de pragmatisme

Cependant, par un considérant de principe repris par trois décisions rendues le 8 août 2008, le Conseil d'Etat a imposé une autre lecture des textes. Selon la Haute juridiction « si ces dispositions [relatives au niveau minimum de capacité] font obligation au pouvoir adjudicateur de contrôler les garanties professionnelles, techniques et financières des candidats à l'attribution d'un marché public au vu des documents ou renseignements demandés à cet effet [...], le pouvoir adjudicateur n'est en revanche pas tenu de préciser dans les avis d'appel public à la concurrence des niveaux minimaux de capacités professionnelles, techniques et financières exigés des candidats » (CE, 8 août 2008, préc.). La solution rendue par le Conseil d'Etat, très attendue des praticiens, est empreinte de pragmatisme tout en étant conforme à une certaine logique juridique.

D'abord, elle correspond à la lettre et à l'esprit des directives communautaires selon lesquelles l'exigence de niveaux minimaux de capacité constitue une simple faculté. Ainsi, les rubriques III.2.2 (capacité économique et financière) et III.2.3 (capacité technique) du modèle d'avis de marché annexé au règlement (CE) n° 1564/2005 du 7 septembre 2005 assortissent de la mention « le cas échéant » l'intitulé relatif aux « Niveau (x) spécifique(s) minimal (aux) exigé(s) ». Certaines juridictions de fond n'ont pas manqué d'en tirer argument pour justifier une simple faculté d'information en la matière (p. ex. : TA Lille, ord. 26 mars 2007, « sté Shanks Nord » ; TA Paris, ord. 21 février 2008, « Sté Levaux », n° 0801875/6-5 ; TA Paris, ord. 21 février 2008, « Sté Levaux », n° 0802022/6-5).

Ensuite, cette solution permet d'assurer une continuité dans la jurisprudence du Conseil d'Etat nonobstant l'évolution des textes. Il avait été jugé en effet sous l'empire du CMP de 2004 qu'il était « loisible » (et donc facultatif) au pouvoir adjudicateur de fixer un niveau minimum de capacité pour participer à une procédure de mise en concurrence (CE, 17 novembre 2006, « ANPE », n° 290 712. – CE 15 juin 2007, « Ministre de la Défense », n° 299 391).

Un jeu d'équilibrisme

Enfin, le Conseil d'Etat a sans doute souhaité, comme il en a l'habitude (2), anticiper une prochaine évolution des textes. La directrice des affaires juridiques du ministère chargé de l'Economie, Catherine Bergeal, a laissé entendre en effet que le CMP serait réécrit à l'automne, notamment pour indiquer clairement que la fixation de niveaux minimaux constitue une simple faculté. Au demeurant, il semblerait que telle avait d'ailleurs été l'intention première des auteurs du Code, de sorte que sa rédaction actuelle tiendrait davantage à une erreur de plume qu'à la volonté avérée de se démarquer du droit communautaire (voir en ce sens réponses au « chat » organisé par Bercy, le 14 septembre 2006, sur la réforme du CMP de 2006).

Ayant certainement à l'esprit ces considérations, le Conseil d'Etat a ainsi évité de compliquer inutilement la compréhension par les acheteurs publics des règles applicables. D'un point de vue pratique, il n'était certainement pas souhaitable que l'exigence de niveaux minimaux de capacité soit déclarée par le juge comme une obligation, en août 2008, avant de redevenir une faculté, quelques mois plus tard, par la volonté du pouvoir réglementaire. Le discours aurait été pour le moins brouillé, l'exigence de niveaux minimaux de capacité constituant d'une manière générale une faculté, sauf entre 2006 et 2008. On peut seulement regretter que la modification du texte ne soit pas intervenue plus tôt afin d'éviter à la Haute juridiction d'entrer dans un jeu d'équilibrisme pour interpréter le CMP. Pour aboutir à cette solution opportune, le Conseil d'Etat a été conduit en effet, de par sa jurisprudence passée, à imposer au niveau des obligations de publicité une dichotomie entre, d'une part, l'indication des documents requis pour le contrôle des garanties (obligatoire) et, d'autre part, la précision des niveaux minimaux de capacité (facultative). Celle-ci est peu satisfaisante au regard de la rédaction des textes. Mais la tranquillité des acheteurs publics était sans doute à ce prix.

Une question en suspens

D'aucuns observent que la faculté de n'exiger aucun niveau minimum de capacité aurait pour conséquence d'empêcher les pouvoirs adjudicateurs d'écarter la candidature d'une entreprise, en dehors de l'application des dispositions du CMP relatives aux interdictions de soumissionner. Il est sérieusement permis d'en douter. Dans ses décisions rendues le 8 août 2008, le Conseil d'Etat consacre parallèlement l'obligation pour l'acheteur public de contrôler l'existence d'une capacité suffisante des entreprises. L'objet de la sélection des candidatures demeure donc d'éliminer les entreprises qui ne présentent pas les capacités nécessaires à la bonne exécution du marché. On peut dès lors raisonnablement penser que, même lorsqu'il ne précise pas d'exigence minimale de capacité, le pouvoir adjudicateur peut, comme par le passé, écarter les entreprises qui présenteraient des garanties insuffisantes. Selon cette approche, la fixation de niveaux de capacité serait justifiée lorsque le pouvoir adjudicateur entend opérer une sélection particulière des

candidatures, étant précisé que les capacités minimales réclamées devront toujours être liées et proportionnées à l'objet du marché envisagé. Quoi qu'il en soit, dans l'attente d'une décision du Conseil d'Etat tranchant expressément ce point, la question reste en suspens. Les arrêts du 8 août 2008 n'auraient alors fait que déplacer le débat – si matière à discussion il y a encore – du stade de la publicité à celui de la sélection des candidats.

Marchés à bons de commande traités comme des accords-cadres

Dans un arrêt « Commune de Nanterre » du 8 août 2008 (n° 309 136), le Conseil d'Etat a précisé que « les marchés à bons de commande au sens de l'article 77 du Code des marchés publics, (...) doivent être regardés comme des accords-cadres au sens de la directive ». Ainsi, les rubriques du modèle d'avis d'appel public à la concurrence fixé par le règlement (CE) n° 1564/2005 doivent être remplies en ce sens. Cela signifie que doivent être renseignées, d'une part, la rubrique II.1.4 relative aux accords cadres - dans laquelle le pouvoir adjudicateur doit indiquer s'il envisage de conclure un tel accord avec un opérateur unique ou avec des opérateurs multiples - et, d'autre part, la rubrique II.1.3 en précisant qu'il s'agit d'un accord-cadre, et non d'un marché public.

L'essentiel

Dans les procédures formalisées, le pouvoir adjudicateur doit contrôler les garanties professionnelles, techniques et financières au stade des candidatures à l'attribution d'un marché public.

En conséquence, il est tenu d'indiquer les documents ou renseignements demandés concernant chacune de ces garanties, dans les avis d'appel public à concurrence (AAPC) ou dans le règlement de consultation, dans les cas de procédures dispensées d'AAPC.

En revanche, le pouvoir adjudicateur n'a pas l'obligation de préciser dans les AAPC des niveaux minimaux de capacités professionnelles, techniques et financières exigés des candidats.

EN SAVOIR PLUS

Textes officiels : Articles 45-I et 52-I du CMP.

Article du « Moniteur » : « Les marchés à bons de commande : des accords-cadres », 7 nov. 2008, p. 90.

Ouvrages publiés aux éditions Le Moniteur : « Précis du droit des marchés publics », par Stéphane Braconnier, 2e édition 2007, 530 p. ; « Les marchés publics en 100 questions », par Jérôme Michon, 3e éd. 2008, 430 pages.

LIRE AUSSI... Les arrêts du Conseil d'Etat du 8 août 2008 ont été publiés dans le supplément « Textes officiels » du « Moniteur » du 22 août 2008.

(1) V. en ce sens, à propos de l'obligation de publier un avis de pré-information dès que le seuil communautaire était atteint, sous l'empire du CMP de 2001 : CE 19 novembre 2003, « Ville de Nîmes c./Société Dalkia France » ; Rec. CE, tables p. 859.

(2) V. p. ex. : CE Sect. 20 déc. 2000, « Ouatah », Rec. CE, p. 643 : à propos du renversement de la jurisprudence « Amoros » (CE Ass. 23 janv. 1970, Rec. CE, p. 51), selon laquelle le juge n'avait pas le pouvoir, en principe, d'ordonner le sursis à exécution d'une décision de rejet, peu avant l'entrée en vigueur du Code de justice administrative.