

10 - COMMENT SÉLECTIONNER LES CANDIDATS ?

L'examen de la recevabilité des candidatures est obligatoire en procédure formalisée, comme en procédure adaptée (art. LP 235-1).

10.1. QUI PEUT SE PORTER CANDIDAT ?

Il résulte du principe de la liberté d'accès à la commande publique que tout opérateur économique peut se porter candidat à l'attribution d'un marché public, à l'exception, toutefois, des opérateurs économiques placés sous l'effet d'une interdiction de soumissionner.

10.1.1. Le principe de la liberté d'accès à la commande publique

Tout opérateur économique peut se porter candidat.

10.1.1.1. Participation à la préparation d'un marché

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 public⁷².

Ainsi, 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, en revanche, à l'acheteur public 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. 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 public doit supprimer la différence de situation des entreprises en communiquant ces informations à tous les candidats.

10.1.1.2. Participation d'entreprises liées entre elles

Un acheteur public ne peut interdire, par principe, à des entreprises entre lesquelles il existe un rapport de contrôle ou qui sont liées entre elles, de soumissionner concurremment à l'attribution d'un même marché. Il doit apprécier, au cas d'espèce, si le rapport de contrôle en cause a exercé une influence sur le contenu respectif des offres déposées par les entreprises, de nature à justifier que ces entreprises soient écartées de la procédure⁷³.

10.1.2. Les interdictions de soumissionner

Les interdictions de soumissionner peuvent résulter de condamnations pénales, de la situation personnelle de l'entreprise ou de la violation de ses obligations fiscales et sociales.

L'article LP 233-1 du code précise la liste des interdictions susmentionnée.

10.1.2.1. Les condamnations pénales

Dans les hypothèses où la loi le prévoit, le juge peut prononcer une interdiction de soumissionner à l'attribution de marchés publics (*articles L. 131-34 et L. 131-39 5° du code pénal dans sa version applicable en Polynésie française*).

Par ailleurs, ne peuvent soumissionner à un marché public :

- les personnes qui ont fait l'objet, depuis moins de cinq ans, d'une condamnation définitive pour l'une des infractions prévues, au code pénal dans sa rédaction en vigueur en Polynésie française, par :

⁷² CJUE, 3 mars 2005, *Fabricom SA*, aff. C-21/03 et C-34/03 ; CE, 29 juillet 1998, *Sté Génicorp*, n° 177952.

⁷³ CJUE, 19 mai 2009, *Assitur Srl c. Camera di Commercio, Industria, Artigianato e Agricoltura di Milano*, aff. C-538/07.

- l'article 222-38 (manipulation, dissimulation, blanchiment de capitaux liés au trafic de stupéfiants) ;
 - l'article 222-40 (importation, exportation, trafic, offre, cession de stupéfiants) ;
 - l'article 225-1 (discrimination) ;
 - l'article 226-13 (atteinte au secret professionnel) ;
 - les articles 313-1 à 313-3 (escroquerie) ;
 - les articles 314-1 à 314-3 (abus de confiance) ;
 - les articles 324-1 à 324-6 (blanchiment) ;
 - les articles 413-9 à 413-12 (atteinte au secret de la défense nationale) ;
 - les articles 421-1 à 421-2-3 ou par le deuxième alinéa de l'article 421-5 (direction, organisation ou participation à une organisation ou à un acte terroriste) ;
 - l'article 433-1 ou par le second alinéa de l'article 433-2 (corruption active et trafic d'influence) ;
 - le huitième alinéa de l'article 434-9 ou par le second alinéa de l'article 434-9-1 (entrave à l'exercice de la justice) ;
 - les articles 435-3, 435-4, 435-9 ou 435-10 (corruption active et trafic d'influence de fonctionnaires de l'Union européenne, des États-membres, d'États étrangers ou d'organisations internationales publiques) ;
 - les articles 441-1 à 441-7 ou par l'article 441-9 (faux et usage de faux) ;
 - l'article 445-1 (corruption passive et active des personnes n'exerçant pas une fonction publique) ;
 - ou par l'article 450-1 (association de malfaiteurs).
- les personnes qui ont fait l'objet, depuis moins de cinq ans, d'une condamnation définitive pour l'une des infractions prévues aux articles L. 2339-2 à L. 2339-4 (fabrication ou commerce de matériels, armes ou munitions et de leurs éléments essentiels) ou L. 2339-11-1 à L. 2339-11-3 du code de la défense nationale (conditions d'importation, d'exportations ou de transferts de matériels de guerre, d'armes ou de munitions), ou par l'article L. 317-8 du code de la sécurité intérieure (transport de matériels de guerre, d'armes ou de munitions) ;
- les personnes qui ont fait l'objet, depuis moins de cinq ans, d'une condamnation inscrite au bulletin n° 2 du casier judiciaire pour les infractions mentionnées, dans le code du travail de la Polynésie française :
- à l'article LP 1132-1 (égalité professionnelle entre les femmes et les hommes) ;
 - aux articles LP 5611-2 et LP 5611-7 (travail dissimulé) ;
 - à l'article LP 5612-1 (marchandage) ;
 - ou aux articles LP 5321-7 (emploi d'étranger sans titre de travail),

ainsi que celles qui ont fait l'objet d'une condamnation pour des infractions équivalentes prévues par la législation en vigueur sur un autre territoire français.

10.1.2.2. Le non-respect de la réglementation sur l'emploi de travailleurs handicapés

Les opérateurs économiques assujettis à l'obligation d'emploi des travailleurs handicapés définie à l'article LP 5312-4 du code du travail de la Polynésie française doivent être à jour de leurs obligations (déclaration visée à l'article LP 5312-7 ou, si elles en sont redevables, au versement de la participation visée à l'article LP 5312-22) sur l'année précédant celle pendant laquelle la consultation est lancée.

Il en va de même pour les personnes assujetties à des obligations équivalentes par la législation en vigueur dans un autre territoire français.

10.1.2.3. La violation des obligations sociales et fiscales.

Dès le stade de la candidature, les attestations et certificats officiels sont exigibles (cf. article A 233-5).

Un candidat qui ne peut produire qu'une déclaration sur l'honneur pour attester qu'il est à jour de ses obligations sociales et fiscales ne peut être admis à candidater à l'attribution du marché.



La régularité de la situation des candidats au regard de leurs obligations sociales et fiscales doit être constatée par les organismes et administrations chargés de collecter les différentes taxes, impositions et contributions sociales.

Or, l'entreprise qui n'a pas souscrit les déclarations lui incombant en matière fiscale et sociale ou n'a pas acquitté les impôts et cotisations exigibles ne pourra pas se faire remettre d'attestation de régularité. Elle sera alors dans l'incapacité de satisfaire aux conditions de l'article LP 233-3 du code des marchés publics.

Toutefois, sont considérées en situation régulière les personnes qui, au 31 décembre de l'année précédant celle au cours de laquelle a eu lieu le lancement de la consultation, n'avaient pas acquitté les divers produits devenus exigibles à cette date, ni constitué de garanties, mais qui, avant la date du lancement de la consultation, ont, en l'absence de toute mesure d'exécution du comptable ou de l'organisme chargé du recouvrement :

- acquitté lesdits produits,
- ou constitué des garanties jugées suffisantes par le comptable
- ou conclu un accord contraignant avec l'organisme chargé du recouvrement.

Si tel est le cas, il n'est pas possible de rejeter le candidat concerné.

10.1.2.4. Les entreprises en difficulté

Les états de liquidation judiciaire ou de faillite personnelle sont prononcés par le tribunal mixte de commerce, en application des articles L.622-1 et L.625-1 à L.625-8 du code de commerce dans sa rédaction applicable en Polynésie française. Ils entraînent automatiquement l'exclusion de la participation des entreprises concernées à la procédure de marché public. Il en va de même pour toute soumission à une procédure équivalente en vigueur dans un autre territoire français ou régie par un droit étranger.

L'admission au redressement judiciaire, prévu à l'article L. 621-1 du code de commerce applicable en Polynésie française, est prononcée par un juge. En application de l'article A 233-6 du code, l'acheteur doit vérifier, sur la base des justificatifs fournis par le candidat (attestation du juge commissaire en période d'observation et copie du ou des jugements concernés), que ce dernier a été habilité à poursuivre son activité pendant la durée prévisible d'exécution du marché. Si tel est le cas, il n'est pas possible de rejeter le candidat concerné.

10.2. LE DOSSIER DE CANDIDATURE

10.2.1. Présentation du dossier de candidature

La présentation du dossier de candidature n'est soumise à aucun formalisme particulier. En appel d'offres ouvert, il n'est plus exigé que les opérateurs économiques présentent les pièces à l'appui de leur candidature dans une enveloppe distincte de celle contenant les pièces relatives à leur offre.

Toutefois, en procédure formalisée comme en procédure adaptée, l'acheteur doit, toujours, examiner les candidatures avant les offres. La suppression de la double enveloppe n'a pas mis fin, en effet, à l'obligation pour l'acheteur public de distinguer la phase de sélection des candidatures de la phase de sélection des offres⁷⁴. Ces deux opérations distinctes, peuvent, cependant, avoir lieu le même jour ou au cours de la même réunion de la commission d'appel d'offres en procédure formalisée.

10.2.2. Le contenu du dossier de candidature

Les pièces composant le dossier de candidature sont exigées des candidats dans un délai minimum. Ce délai est précisé par le code pour les procédures formalisées. Dans le cas des procédures adaptées, il doit être proportionné aux niveaux d'exigence et de précision demandés. Il est, en effet, indispensable de laisser aux candidats un délai suffisant pour préparer leur dossier de candidature.

⁷⁴ CE, 4 mars 2011, Région Réunion, n° 344197 et CE, 29 avril 2011, Garde des Sceaux, ministre de la justice et des libertés, n° 344617.

10.2.2.1. Les attestations de non-exclusion des marchés publics

Les candidats à un marché public doivent attester sur l'honneur qu'ils ne sont pas dans une situation leur interdisant de soumissionner à l'attribution d'un marché public.

La production de cette attestation est une condition d'admission de la candidature.

L'attestation sur l'honneur n'a pas de forme déterminée, la forme de ce document est donc libre. A la date d'édition du présent guide, il n'existe pas de formulaire type. Dans l'attente de l'élaboration de ces documents qui resteront en tout état de cause facultatifs, la déclaration à produire par le candidat devrait reprendre l'énumération des interdictions prévues à l'article LP 233-1 et attester ne pas tomber sous le coup de l'une d'entre elles. Elle pourrait être rédigée ainsi qu'il suit : « *Je déclare sur l'honneur ne relever d'aucun des cas d'exclusions mentionnés à l'article LP 233-1* » suivie de l'énumération des interdictions de soumissionner.

L'établissement d'une déclaration sur l'honneur, dispense le candidat de fournir des documents justificatifs hormis pour les attestations fiscales et sociales dont la production demeure exigée (cf. 11.2.2.2).

L'attestation sur l'honneur ne peut être une photocopie, elle doit être datée et signée. A défaut, l'acheteur est tenu de rejeter la candidature⁷⁵.

En revanche, les attestations et certificats officiels peuvent être fournis sous forme de photocopie. S'agissant des communes et de leurs établissements publics, celles-ci ne peuvent plus, depuis 2001⁷⁶, exiger en principe la fourniture des originaux ou des certifications conformes.

S'agissant de la Polynésie française et de ses établissements publics, il est préconisé, en vue de simplifier les démarches des candidats, l'acceptation des photocopies simples des documents originaux des attestations fiscales et sociales exigibles dès lors qu'elles sont lisibles.

10.2.2.2. Les attestations fiscales et sociales

Les candidats doivent toujours justifier de la régularité de leur situation fiscale et sociale au stade de la présentation de leur candidature. A cette fin, ils sont tenus de produire les attestations et certificats délivrés par les organismes compétents.

Les attestations et certificats à produire ainsi que les organismes compétents pour les délivrer sont définies aux 3° et 4° de l'article A 233-5.

Ces certificats et attestations prendront comme date de référence pour apprécier le respect des obligations aussi bien fiscales que sociales « *le 31 décembre de l'année précédant le lancement de la consultation* », le lancement de la consultation débutant avec l'envoi de l'avis d'appel public à la concurrence. Le régime mensuel de délivrance de l'attestation CPS établissant la situation de l'entreprise à l'égard du paiement de ses cotisations sociales pour la candidature des entreprises disparaît en conséquence.

10.2.2.3. Les renseignements permettant de vérifier les garanties professionnelles, techniques et financières du candidat

a) Le caractère limitatif des documents susceptibles d'être exigés des candidats :

La vérification des capacités professionnelles, techniques et financières des candidats s'effectue au vu des documents ou renseignements demandés, à cet effet, dans les avis d'appel public à la concurrence ou, en l'absence d'un tel avis, dans le règlement de consultation (article A 233-3).

La nature des renseignements et documents susceptibles d'être exigés des candidats dans l'AAPC ou les documents de la consultation est toutefois limitée.

Il ne peut être exigé des candidats que les pièces mentionnées par les articles A 233-1 et A 233-2 du code. Les renseignements qui ne figurent pas dans ces articles ne peuvent être exigés.

⁷⁵ CE 13 novembre 2002, Commune du Mans, req. 245534)

⁷⁶ Décret n° 2001-899 du 1^{er} octobre 2001 portant abrogation des dispositions réglementaires relatives à la certification conforme des copies de documents délivrés par les autorités administratives (dont les dispositions sont désormais reprises à l'article R 113-10 du code des relations entre le public et l'administration).

A titre d'exemple, la détention d'autorisations en matière environnementale dès le stade de la candidature⁷⁷ quand bien même l'exécution du marché suppose l'obtention de ces autorisations a été jugée irrégulière. La production des autorisations requises peut toutefois être exigée au stade de la sélection des offres dès lors qu'elle permet d'apprécier le critère « valeur technique » analysé au regard du mémoire technique imposant la production des agréments⁷⁸.

Si l'acheteur ne peut exiger plus de documents ou renseignements que ceux exigés aux articles précités, l'acheteur est en revanche libre de fixer des exigences moins importantes au titre des capacités professionnelles, techniques et financières.

Ainsi, la circonstance que l'article A 233-2 prévoit que l'acheteur puisse exiger la présentation de la liste des travaux exécutés par les candidats au cours des cinq dernières années ne fait pas obstacle à ce qu'il limite les références demandées aux candidats à des travaux exécutés durant une période plus courte que les cinq dernières années, dès lors que la même période, déterminée en rapport avec l'objet du marché, est fixée pour tous les candidats⁷⁹.

Cependant, la faculté offerte à l'acheteur public de choisir les documents ou renseignements permettant d'évaluer les capacités professionnelles, techniques et financières des candidats, ne peut pas conduire à ne demander aucun document ou renseignement pour l'une ou l'autre des trois capacités. Chacune de ces trois catégories de capacités doit être évaluée⁸⁰.

En tout état de cause, le fait pour un candidat de joindre, spontanément, un document additionnel à son dossier de candidature n'est pas en revanche de nature à justifier le rejet de sa candidature⁸¹.

La mise à disposition prochaine des formulaires contenant les rubriques permettant de fournir l'ensemble des renseignements pouvant être demandés par les acheteurs devraient simplifier les démarches des candidats et faciliter l'homogénéité dans la présentation des dossiers de candidature.

b) Des renseignements et documents dont la production doit être objectivement rendue nécessaire par rapport à l'objet du marché et la nature des prestations à réaliser

L'acheteur public ne peut exiger des candidats que des renseignements objectivement nécessaires à l'objet du marché et la nature des prestations à réaliser, permettant d'évaluer leurs expériences, leurs capacités professionnelles, techniques et financières (art. LP 233-2 troisième alinéa), ainsi que des documents relatifs aux pouvoirs des personnes habilitées à les engager.

Il en est de même dans les procédures adaptées, y compris pour les achats prévus à l'article LP 321-2. Le respect de cette règle est particulièrement important; il en va de l'allègement des charges administratives et de la légalité de la procédure. Ainsi, exiger des candidats la production d'extraits de bilan pour les trois derniers exercices est disproportionné, lorsque le marché a une durée d'exécution, période de garantie incluse, de trois mois.

Les justifications demandées doivent donc être adaptées en fonction des caractéristiques du marché.

A titre d'exemple, ont été jugées excessives :

- l'exigence posée par un AAPC que les candidats justifient d'un chiffre d'affaire annuel au moins égal au montant de l'ensemble des lots d'un marché ayant une durée d'exécution de 4 années⁸² ;
- la détention du titre de géomètre expert pour des travaux de levés topographiques et fonciers, le souci de la qualité et de l'efficacité invoqués par l'administration ne suffisant pas à justifier l'exigence de cette qualification pour les travaux objet du marché⁸³.

10.3. QUE SE PASSE-T-IL SI LE DOCUMENT DU CANDIDAT EST INCOMPLET ?

⁷⁷ CE 21 novembre 2007 Département de l'Orne, req. n° 291411

⁷⁸ CE 7 novembre 2014, Syndicat départemental de traitement des déchets ménagers de l'Aisne.

⁷⁹ CE, 4 nov. 2005, n° 280406, Cne Bourges

⁸⁰ CE, 26 mars 2008, *Cité urbaine de Lyon*, n° 303779 ; CE, 29 avril 2011, *Garde des Sceaux, ministre de la justice et des libertés*, n° 344617.

⁸¹ CE 8 août 2008, req. n° 312370 Ville de Marseille

⁸² CE, 17 novembre 2006, Agence nationale pour l'emploi, req. n° 290712

⁸³ CE 30 juin 2004 Ministre de l'équipement, des transports, du logement, du tourisme et de la mer, req. 261919

En application de l'article LP 235-1, avant l'examen des candidatures, en procédure formalisée comme en procédure adaptée, les acheteurs peuvent demander aux candidats de compléter le contenu de leur dossier, en cas d'oubli ou de production incomplète d'une pièce réclamée afférente à leur candidature (capacités techniques, professionnelles et financières) et à leur capacité juridique. Il s'agit d'une faculté. Le code n'impose pas à l'acheteur public de demander aux candidats les pièces manquantes. S'il ne demande pas de régularisation, les candidats dont le dossier n'est pas complet ne sont pas admis à présenter une offre.

S'il utilise cette faculté, l'acheteur public procède à une demande de régularisation, qu'il adresse aux candidats concernés. Le principe d'égalité de traitement des candidats commande que l'acheteur permette à tous les candidats dont le dossier est incomplet de compléter leur dossier dans un délai raisonnable et identique pour tous qui ne saurait toutefois être supérieur à sept jours⁸⁴.

L'acheteur doit également informer les « autres candidats » dont le dossier est complet de la mise en œuvre de cette demande de régularisation. Ces derniers « ont la possibilité de compléter leur candidature dans le même délai ». Il ne saurait s'agir de rendre complète une candidature qui l'est déjà mais simplement de laisser un délai supplémentaire (le même pour tous) aux entreprises qui souhaitent, bien que leur candidature soit complète, ajouter éventuellement d'autres documents dans leur dossier⁸⁵.

Aussi, tous les candidats doivent-ils être avisés de ce qu'une demande de régularisation a été faite y compris concernant les candidats dont le dossier de candidature est complet.

En aucun cas, ce délai ne peut être mis à profit par les candidats pour **compléter ou régulariser leur offre**, ainsi que le mentionne explicitement le deuxième alinéa du I de l'article LP 235-1. A titre d'exemple, les candidats ne pourraient être invités à compléter leur offre par le mémoire technique manquant⁸⁶.

10.4. L'EXAMEN DES CANDIDATURES

10.4.1. L'admission des candidatures

Les dispositions du code des marchés publics font obligation à l'acheteur public de contrôler, en procédure formalisée comme en procédure adaptée⁸⁷, les garanties professionnelles, techniques et financières des candidats à l'attribution d'un marché public. Cette vérification s'effectue au vu des documents ou renseignements demandés à cet effet dans les avis d'appel public à la concurrence ou, en l'absence d'un tel avis, dans le règlement de consultation (voir point 10.2.2).

Le code prévoit deux processus de choix des candidatures :

- L'acheteur public peut recourir à une procédure ouverte, dans laquelle tout candidat remet simultanément son dossier de candidature et son offre. Elle est bien adaptée aux achats courants, pour lesquels il est utile de susciter la concurrence la plus large, en retenant tous les candidats susceptibles d'exécuter les prestations ;
- L'acheteur public peut recourir à une procédure restreinte, qui se déroule en deux étapes successives où seuls les candidats sélectionnés sont invités à remettre une offre. Elle permet à l'acheteur public de limiter le nombre d'offres à examiner. L'acheteur public pourra ainsi se concentrer sur les offres émanant des opérateurs économiques offrant les meilleures garanties de capacités à exécuter les prestations faisant l'objet du marché, ce qui rendra plus facile la comparaison des offres.

10.4.1.1. L'élimination des candidatures en procédure ouverte

Lorsque des pièces sont exigées dans le règlement de la consultation à l'appui des candidatures, l'acheteur public est tenu de rejeter les candidats qui ne les produisent pas, sauf à demander un complément de transmission (voir point 10.3).

⁸⁴ CE, 4 mars 2011, *Région Réunion*, n° 344197.

⁸⁵ V. en ce sens, Droit des marchés publics, le moniteur T. II, fasc. III.410.1 p.9 n° 4.

⁸⁶ CE, 4 mars 2011, *Région Réunion*, n° 344197.

⁸⁷ CE, 29 avril 2011, *Garde des Sceaux, ministre de la justice et des libertés*, n° 344617.

Après vérification du caractère complet du dossier des candidatures, l'acheteur doit procéder à l'examen et, le cas échéant, à l'élimination des candidatures.

Les modalités de cet examen et du rejet des candidatures seront distinctes selon que l'acheteur a choisi de recourir ou non à des niveaux minimaux de capacité pour l'admission des candidatures.

La possibilité pour l'acheteur public de fixer des niveaux minimaux de capacité est prévue par l'article LP 233-2. Ils correspondent aux exigences de capacités professionnelles, techniques et financières minimales que l'acheteur estime indispensables pour l'exécution du marché, compte tenu de son objet.

Ces niveaux minimaux, à l'instar des capacités dont il est demandé de justifier, doivent être liés et proportionnés à l'objet du marché (cf. b du point 10.2.2.2).

Si l'acheteur public a fixé des niveaux minimaux de capacités et qu'il les a préalablement publiés dans l'avis d'appel public à la concurrence ou dans les documents de la consultation, il doit éliminer les candidats qui n'atteignent pas ces niveaux minimaux.

S'il n'a pas fixé de niveaux minimaux de capacités, il ne peut éliminer que les candidats ne disposant manifestement pas des capacités suffisantes pour exécuter le marché, c'est-à-dire ceux dont les capacités sont, à l'évidence, 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.

10.4.1.2. L'élimination des candidatures en procédure restreinte

La sélection des candidatures est pratiquée dans le cadre des procédures restreintes, pour lesquelles l'acheteur a décidé de limiter le nombre de candidats admis à présenter une offre. Cette sélection s'effectue sur la base de critères non-discriminatoires et liés à l'objet du marché, qui doivent être mentionnés dans l'avis d'appel public à la concurrence ou dans le règlement de la consultation, y compris en procédure adaptée. Dans ce dernier cas, l'information appropriée des candidats n'implique pas que l'acheteur indique les conditions de mise en œuvre des critères de sélection des candidatures.

Ainsi, la sélection des candidatures se distingue de l'élimination présentée ci-dessus :

- dans le cadre de la sélection, l'acheteur ne retient, après classement, que les meilleurs candidats parmi ceux qui ont les niveaux de capacités requis.
- dans le cadre de l'élimination des candidatures, l'acheteur se contente de renoncer à celles dont les capacités sont jugées insuffisantes.

Il est possible, en procédure restreinte, de procéder à la fois à l'élimination, puis à la sélection des candidatures, dès lors que les éventuels niveaux minimaux et les critères de sélection ont été publiés dans l'avis d'appel public à la concurrence ou, dans le règlement de la consultation.

10.4.2. Les capacités nécessaires à l'exécution du marché

Les critères de sélection des candidatures sont de deux sortes : les capacités techniques et professionnelles, et les capacités financières. Ces critères doivent être pertinents, proportionnés et justifiés par l'objet du marché.

10.4.2.1. Les capacités techniques

Les capacités techniques sont les moyens matériels (notamment l'outillage) et humains (effectifs), dont dispose le candidat. Elles sont appréciées quantitativement et qualitativement. Il est possible, par exemple, de demander aux candidats :

- des certificats établissant des livraisons ou des prestations de services effectuées par le candidat, au profit d'un acheteur public ou d'un acheteur privé ;
- des certificats de bonne exécution pour les travaux ;
- une description de l'équipement technique.

L'acheteur public peut écarter la candidature d'une entreprise qui n'aurait pas exécuté correctement des marchés antérieurement conclus. Toutefois, il ne peut se fonder uniquement sur les seuls manquements allégués d'une entreprise dans l'exécution de précédents marchés, sans rechercher si d'autres éléments du

dossier de candidature de la société permettent à celles-ci de justifier de garanties techniques et financières suffisantes. Concrètement, cela signifie qu'il peut écarter une entreprise, si celle-ci ne présente comme référence unique que les marchés dont l'exécution avait été incorrecte.

10.4.2.2. Les capacités professionnelles

Les capacités professionnelles permettent de vérifier si le candidat possède les qualifications requises, c'est-à-dire « *la preuve d'un certain niveau de compétences professionnelles* ». La preuve de la capacité professionnelle peut être apportée par tout moyen, notamment par des références, des justifications professionnelles ou les attestations de qualification professionnelle de certains agents qualifiés. Les acheteurs doivent, toutefois, veiller à ce que ces justificatifs ne présentent pas un caractère discriminatoire, ce qui peut être le cas lorsqu'un organisme détient un monopole dans la délivrance de certificats. Il convient, dans ces hypothèses, d'accepter les documents équivalents.

Parmi ces justifications particulières figurent les certificats professionnels et les certificats de qualité (certificat attribué par un organisme certificateur ou attestant de l'existence d'un manuel de qualité et de procédures).

S'agissant des certificats professionnels, l'acheteur public doit préciser que la preuve de la capacité de l'entreprise peut être apportée par tout moyen, notamment par des certificats d'identité professionnelle, attestant de la compétence de l'opérateur économique à effectuer la prestation pour laquelle il se porte candidat. Les qualifications professionnelles sont établies par des organismes professionnels de qualification.

Il en va de même des certificats de qualité, pour lesquels l'acheteur public doit accepter d'autres preuves de mesures équivalentes de garantie de la qualité produites par les prestataires de services, si ceux-ci n'ont pas accès à ces certificats ou n'ont aucune possibilité de les obtenir dans les délais fixés. Dans les deux cas, l'obligation d'accepter les équivalences est satisfaite si l'acheteur public a déclaré accepter ces certificats, ainsi que « *d'autres justificatifs regardés comme équivalents* »⁸⁸ (voir également point 4.3.2).

Les références demandées doivent être liées et proportionnées à l'objet du marché : le candidat choisit celles qui lui semblent les plus appropriées. L'acheteur en vérifie la réalité, en respectant le secret des affaires. Mais « *l'absence de références relatives à l'exécution de précédents marchés de même nature ne peut justifier l'élimination d'un candidat* » (article LP 235-1-II) afin de ne pas pénaliser l'accès des entreprises nouvelles, à la commande publique.

10.4.2.3. Les capacités financières

Les capacités financières, qui ne peuvent revêtir qu'un caractère général, doivent permettre au candidat de mener à bien le marché.

Pour établir sa crédibilité financière, outre le chiffre d'affaires, le candidat peut se voir réclamer une attestation bancaire, ainsi que des bilans ou extraits de bilans pour les opérateurs économiques à l'égard desquels la publication des bilans est obligatoire en vertu de la réglementation applicable localement. Ces attestations doivent être fournies, sans qu'il soit possible de leur substituer un document équivalent sauf dans le cas où l'opérateur est dans l'impossibilité objective de les produire, ce qui peut être le cas des entreprises de création récente (point 10.4.3).

10.4.3. Faciliter l'accès des « petites » entreprises et des entreprises de création récente à la commande publique au stade de la sélection des candidatures

Le code polynésien des marchés publics introduit des dispositions destinées à ne pas pénaliser les entreprises nouvellement créées et les « petites entreprises ». Les acheteurs ne peuvent rejeter une entreprise récemment créée au motif qu'elles n'exercent pas leurs activités suffisamment longtemps. Elles doivent pouvoir accéder au marché public.

⁸⁸ CE 25 janvier 2006, Département de la Seine-Saint-Denis, n° 278115.

Les sociétés récemment créés peuvent accéder aux marchés publics grâce à deux dispositifs prévus par le code :

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

En vertu de l'article LP 233-2, une société créée récemment peut, pour justifier de ses capacités financières, demander que soient également prises en compte les capacités financières, professionnelles et techniques d'autres opérateurs économiques, quelle que soit la nature juridique des liens qui existent entre elle et ces opérateurs. Il peut s'agir, par exemple, des moyens d'une entreprise tierce.

En effet, toute entreprise 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 soit en cas de sous-traitance, soit en cas de cotraitance, lorsqu'elle associe sa candidature à celles d'autres entreprises en créant par exemple un « groupement d'opérateurs » (art. LP 233-2 et LP 233-4).

Elle doit alors établir dans son dossier de candidature qu'elle dispose effectivement des moyens extérieurs dont elle se prévaut. Les preuves apportées 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.

Si une entreprise demande que soient prises en compte les capacités d'un sous-traitant, le fait pour une entreprise d'indiquer, dans une procédure ouverte, que la déclaration de sous-traitance figure dans l'offre, donne une telle garantie. L'acheteur public doit alors vérifier que ce sous-traitant possède les capacités complémentaires nécessaires et n'est pas sous le coup d'une interdiction d'accès à la commande publique

10.4.3.2. La possibilité pour l'opérateur économique dans l'incapacité de produire certaines pièces de justifier de ses capacités par tours moyens

En vertu de l'article LP 235-1-I, l'absence de références relatives à l'exécution de marchés de même nature ne peut justifier, à elle seule, l'élimination d'un candidat. Cette disposition ne dispense pas l'acheteur public de procéder à l'examen des capacités de ces entreprises sur la base des renseignements fournis. L'article LP 233-3 prévoit d'ailleurs que si « le candidat est objectivement dans l'impossibilité de produire, pour justifier de sa capacité financière, l'un des renseignements ou documents prévus par les dispositions des articles A 233-1 et A 233-2 et demandés par l'acheteur, il peut prouver sa capacité par tout autre document considéré comme équivalent par l'acheteur ».

Ainsi, 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. 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. Il doit permettre à celle-ci de justifier de ses capacités financières et de ses références professionnelles par tout autre moyen⁸⁹. Le candidat concerné doit néanmoins apporter tous les éléments de nature à justifier de sa capacité à exécuter le marché public⁹⁰.

Il peut ainsi être demandé aux candidats de fournir, en remplacement des bilans ou des extraits de bilans, une « déclaration appropriée de banque », dont la forme est laissée à la discrétion de l'établissement de crédit. C'est donc à la banque de déterminer le contenu et la nature des informations à porter à la connaissance de l'acheteur public pour lui permettre d'apprécier la solidité financière de l'entreprise candidate.

⁸⁹ CE 9 mai 2012 Commune de Saint-Benoît, req. n° 356455.

⁹⁰ CAA Versailles, 11 juin 2015, Office de coordination des transports pour la santé, n° 13VE02791

Il revient à la personne publique d'apprécier au cas par cas si les justificatifs fournis par les candidats sont suffisants. Le Conseil d'Etat a ainsi précisé qu'une « *attestation de « bonne tenue de compte »* » rédigée sur papier sans en-tête par le conseiller bancaire et indiquant seulement que les comptes bancaires de la société fonctionnaient normalement, qu'ils n'avaient fait l'objet d'aucun incident de paiement et que la société était à jour de ses engagements contractés auprès de l'établissement bancaire ne pouvaient suffire à établir la capacité de l'entreprise⁹¹.

De même « *est dépourvue de tout élément sur les capacités financières à réaliser les travaux* », la pièce établie par l'établissement bancaire d'une entreprise attestant **uniquement** du fait que la requérante ne fait pas l'objet d'un interdit bancaire, qu'aucun crédit n'a été contracté à ce jour et qu'elle détient un capital social de 100 000 FCFP⁹².

L'acceptation de documents équivalents permet ainsi à l'acheteur public de faire jouer la concurrence.

⁹¹ CE, 9 mai 2012, n° 356455, Cne Saint Benoît, Contrats et Marchés publics, n° 7, juillet 2012, comm. 211.

⁹² Ordonnance TAPF n° 1500187 du 31 mars 2015 précitée.

