

L'absence de références similaires peut-elle justifier le rejet de la candidature ?

A propos de l'auteur



Mme Sophie Lapisardi

avocat spécialisé en droit public cabinet Lapisardi

Afin de s'assurer des capacités des candidats, les acheteurs publics demandent en général à ce que les opérateurs économiques fournissent, dans le cadre de leur candidature, des références similaires c'est-à-dire des références de prestations relatives à l'exécution de marchés publics de même nature. Est-il pour autant possible de rejeter une candidature au motif que le candidat ne justifie pas de références similaires ? C'est la question à laquelle a répondu le juge des référés du tribunal administratif de Dijon.

Dans cette affaire, la commune de Saint-Loup-de-Geanges avait lancé une procédure adaptée en vue de la passation d'un marché portant sur la construction d'une maison de santé de 400 m². Le règlement de la consultation imposait aux candidats de présenter des références similaires à l'objet du marché et d'avoir une expérience dans l'exécution de marchés de même nature. Pour justifier de ses références dans le cadre du lot 2, « gros-œuvre », la société Zirda Construction, présentait, à l'appui de sa candidature, des références concernant la réalisation de plusieurs maisons individuelles mais également des références en matière de travaux de démolition, de gros œuvre, de rénovation de bâtiments publics et même d'un hôtel. Or, la commune avait rejeté sa candidature au seul motif qu'aucune référence similaire à l'objet du marché n'avait été présentée.

1. Il n'est pas possible de rejeter une candidature au seul motif qu'elle ne présente pas de références similaires

Si les acheteurs publics doivent vérifier l'aptitude des candidats à exercer l'activité professionnelle, ainsi que leurs capacités économique et financière ou techniques et professionnelles, les conditions et exigences demandées ne doivent pas être excessives. Ils doivent veiller à ce que les conditions fixées pour participer au marché soient liées et proportionnées à l'objet du marché ([article 51 de l'ordonnance n° 2015-899 du 23 juillet 2015 relative aux marchés publics](#)).

A ce titre, les acheteurs publics peuvent exiger que les opérateurs économiques « disposent d'un niveau d'expérience suffisant, démontré par des références adéquates provenant de marchés publics

exécutés antérieurement. Toutefois, l'absence de références relatives à l'exécution de marchés publics de même nature ne peut justifier, à elle seule, l'élimination d'un candidat » (article 44 du décret n° 2016-360 du 25 mars 2016 relatif aux marchés publics). Cette disposition est analogue à celle qui existait auparavant à l'article 52 du code des marchés publics et a notamment pour objectif de favoriser l'accès des PME à la commande publique mais également de permettre à des entreprises nouvellement créées de pouvoir candidater.

Dès lors, le fait pour un acheteur de rejeter une candidature au seul motif qu'il ne présente pas de références similaires est illégal et constitue donc un manquement à ses obligations de publicité et de mise en concurrence. Le Conseil d'Etat l'avait déjà rappelé sous l'empire de l'ancien code des marchés publics : « le pouvoir adjudicateur ne peut se borner à constater, pour apprécier si une candidature est recevable, que le candidat ne produit pas de références portant sur des marchés analogues » (CE, 17 juin 2015, « société Philip Frères », n° 388596).

Aussi, la commune ne pouvait pas, pour ce seul motif, rejeter la candidature. Mais le juge des référés va plus loin : dans le cadre de son contrôle de l'erreur manifeste d'appréciation, il considère en outre que l'entreprise présentait bien des références similaires. En effet, le marché portait sur un ouvrage dont la volumétrie était simple, ouvrage qui n'était pas « foncièrement différent d'un pavillon, de maisons jumelées comme celles réalisées par la requérante ». Le juge ajoute même qu'il ne résulte pas des pièces du dossier que « les travaux de rénovation ou de réhabilitation de bâtiments publics appelleraient une technicité moindre que celle mise en œuvre pour une construction neuve ».

2. L'acheteur public doit procéder à une « analyse approfondie » des capacités du candidat

Le juge des référés sanctionne également la commune pour ne pas avoir procédé à une « analyse approfondie » des capacités professionnelles techniques et financières de la société. Or, seule l'insuffisance de ces capacités aurait permis de rejeter la candidature. A cet égard, il est intéressant de noter que dans le cadre de la procédure contentieuse, la commune invoquait l'insuffisance des capacités financières et professionnelles de la société (disparités importantes de chiffre d'affaires et d'effectifs en fonction des exercices comptables). Or, comme le souligne le juge, ce motif n'apparaissait ni dans le PV de la commission d'appels d'offres, ni dans la lettre de rejet de candidature et était donc vain. Au contraire, si la commune avait procédé à une réelle analyse des capacités et indiqué dans le PV d'analyse des offres les motifs conduisant à conclure que le candidat ne présentait pas toutes les capacités requises (sous réserve que ces motifs soient justifiés), le rejet de la candidature aurait été parfaitement justifié (voir en ce sens CE, 17 juin 2015, « société Philip Frères », n° 388596).

En somme : candidat, à vos références ! Acheteurs, à vos analyses !