



Les restrictions à la liberté d'accès à la commande publique

La liberté d'accès à la commande publique posée par l'article 1 du Code des marchés publics est un principe fondamental du droit des marchés publics. Quels que soient leurs tailles et leurs statuts, les entreprises doivent pouvoir accéder librement à la commande publique, sous réserve qu'elles ne se trouvent pas dans une situation d'exclusion de la commande publique. Pourtant, le pouvoir adjudicateur dispose de quelques rares outils lui permettant de sélectionner ou plutôt d'orienter les candidatures, malgré cette liberté d'accès à la commande publique. Le pouvoir adjudicateur peut ainsi limiter le nombre de lots pouvant être attribués à une seule et même entreprise (I), interdire la multiplication des candidatures d'un même opérateur économique en tant que cotraitant (II) ou même refuser au coup par coup l'accès à la commande publique d'une entreprise en tant que sous-traitant (III).

I. La restriction d'attribution des lots

L'allotissement est une obligation posée à l'article 10 du Code des marchés public pour favoriser les petites et moyennes entreprises (PME). Pourtant, rien n'empêche une grande entreprise de remporter tous les lots. Aussi, le pouvoir adjudicateur peut empêcher cela et favoriser réellement les PME en restreignant l'attribution des lots.

La jurisprudence (TA Lyon, 24 juin 1999, *Préfet du Rhône c/ Ville de Lyon*), comme la doctrine ainsi que les formulaires officiels d'avis d'appel public à la concurrence (voir rubrique 13 du formulaire national obligatoire d'avis d'appel public à la concurrence et rubrique II-1-8 du formulaire européen d'avis de marché) permettent expressément à l'acheteur de limiter le nombre de lots attribués à un même candidat. Le Conseil d'État, par son arrêt du 20 février 2013, *Société Laboratoire Biomnis*, définit les contours de cette latitude offerte au pouvoir adjudicateur. Il y affirme que « le pouvoir adjudicateur qui recourt à l'allotissement peut décider, afin de mieux assurer la satisfaction de ses besoins en s'adressant à une pluralité de cocontractants ou de favoriser l'émergence d'une plus grande concurrence, de limiter le nombre de lots qui pourra être attribué à chaque candidat, dès lors que ce nombre est indiqué dans les documents de la consultation ; que, dans l'hypothèse où le pouvoir adjudicateur autorise la présentation d'une candidature pour un nombre de lots supérieur à celui pouvant être attribué à un même candidat, les documents de la consultation doivent en outre indiquer les modalités d'attribution des lots, en les fondant sur des critères ou règles objectifs et non discriminatoires ».

La direction des Affaires juridiques du ministère de l'Économie, dans sa fiche sur le sujet, indique néanmoins que « dans la mesure où elle constitue une restriction à la liberté d'accès à la commande publique et où elle peut conduire à ne pas attribuer un lot au candidat ayant présenté l'offre économiquement la plus avantageuse, la limitation du nombre de lots susceptibles d'être attribués à un même candidat doit être justifiée par des motifs sérieux, liés à l'objet ou aux conditions d'exécution du marché. »

II. Les interdictions de candidatures multiples

Dans le droit fil de la liberté d'accès à la commande publique, est affirmé par l'alinéa 1^{er} de l'article 51 du code le principe de la liberté de groupement des entreprises dans le cadre des marchés publics, qu'ils soient

passés selon une procédure formalisée ou adaptée.

Le principe de libre entreprise concilié avec celui de la liberté de groupement ne permettent donc pas aux acheteurs publics d'interdire l'accès des groupements d'entreprises aux marchés publics ou d'exiger que les candidats se présentent groupés. Pour autant cette liberté n'est pas absolue, l'article 51, alinéa VI, indiquant que « l'avis d'appel public à la concurrence ou le règlement de la consultation peut interdire aux candidats de présenter pour le marché ou certains de ses lots plusieurs offres en agissant à la fois :

1° en qualité de candidats individuels et de membres d'un ou plusieurs groupements ;

2° en qualité de membres de plusieurs groupements. »

Cela permet notamment d'éviter dans une consultation où une spécialité est nécessaire pour pouvoir candidater, par exemple la scénographie pour un marché de maîtrise d'œuvre, de retrouver le même spécialiste dans toutes les candidatures. Cela permet une réelle pluralité d'offres mais peut présenter un risque sur le nombre de candidatures, lorsque la spécialité est rare.

Cette restriction à la liberté d'accès à la candidature vise la cotraitance, puisque le membre d'un groupement est un cotraitant, et est issue de la pratique professionnelle consacrée par la jurisprudence puis intégrée par le code.

III. Les restrictions « au coup par coup » du recours à la sous-traitance

L'article 112 du Code des marchés publics dispose que « le titulaire d'un marché public de travaux, d'un marché public de services ou d'un marché industriel peut sous-traiter l'exécution de certaines parties de son marché à condition d'avoir obtenu du pouvoir adjudicateur l'acceptation de chaque sous-traitant et l'agrément de ses conditions de paiement ».

Cet article, quasi « copier-coller » de l'article 3 de la loi du 31 décembre 1975 relative à la sous-traitance ne semble pas autoriser le refus *a priori* de la sous-traitance, sans toutefois l'interdire formellement. Seulement prévoit-il « l'acceptation du sous-traitant », ce qui autorise le refus motivé, au coup par coup, de chacun d'entre eux.

L'acceptation prévue à l'article 112 du CMP permet selon l'instruction N° 12-012-M0 du 30 mai 2012 sur la sous-traitance « de protéger les intérêts de la collectivité en permettant au pouvoir adjudicateur de connaître le sous-traitant auquel le titulaire envisage de confier une partie de l'exécution du marché et de le refuser, le cas échéant, si son intervention est de nature à nuire à une bonne exécution du marché. Elle est aussi l'occasion de vérifier que les prestations que le titulaire envisage de sous-traiter peuvent effectivement faire l'objet d'un contrat de sous-traitance ».

C'est pourquoi on ne peut parler de droit inconditionnel à la sous-traitance, dans la mesure où l'article 3 de la loi du 31 décembre 1975 comme l'article 112 du CMP permettent aussi au maître de l'ouvrage de ne pas accepter un sous-traitant, à condition, bien sûr, que le refus soit argumenté.

Cependant, dans quelle mesure le pouvoir adjudicateur peut-il restreindre le recours à la sous-traitance de façon générale dans son règlement de consultation ou dans l'avis d'appel public à la concurrence? On peut penser que le caractère d'*intuitu personæ*, très marqué dans certains marchés publics, puisse autoriser une restriction ou une interdiction dès l'avis d'appel public à la concurrence. Cela sera d'autant plus justifié dans les domaines des professions réglementées comme l'architecture, la coordination en matière de sécurité et de protection de la santé ou le contrôle technique.

Il est cependant conseillé de rester prudent et d'autoriser la sous-traitance sous réserve de la possession par le sous-traitant des agréments techniques nécessaires à l'exercice de la profession réglementée, comme le prévoit d'ailleurs l'article 5 du décret n° 99-443 du 28 mai 1999 sur le contrôle technique.

La Cour de justice des Communautés européennes, par une décision du 18 mars 2004 (*Siemens AG*

Osterreich, ARGE Telekom et Partner et Hauptverband des Österreichischen Sozialversicherungsträger, n° C-314/01), a jugé que le droit communautaire « ne s'oppose pas à une interdiction ou à une restriction du recours à la sous-traitance pour l'exécution de parties essentielles du marché lorsque précisément le pouvoir adjudicateur n'a pas été en mesure de vérifier les capacités techniques et économiques des sous-traitants lors de l'examen des offres et de la sélection du soumissionnaire le mieux-disant ».

Si les principes fondamentaux de la commande publique doivent être respectés, des aménagements restent possibles pour assurer l'efficacité des achats.

Sources :

- CE, 20 février 2013, *Société Laboratoire Biomnis*, n° 363656
- « Un lot = un marché » – Fiche pratique de la direction des Affaires juridiques, ministère de l'Économie
- Instruction N° 12-012-M0 du 30 mai 2012 sur la sous-traitance
- CJCE, 18 mars 2004, *Siemens et ARGE Telekom*, n° C-314-01
- Modèles européens obligatoires pour la publicité des marchés – site SIMAP
- Modèle d'avis d'appel public à la concurrence – site de la DAJ