



# La candidature d'un groupement d'entreprises : ce qu'il faut savoir !

Les marchés des administrations se caractérisent par une taille importante, une certaine complexité et une grande exigence de la part de l'acheteur, généralement en position de force. Afin de pouvoir répondre aux appels d'offres et autres consultations de marchés publics, le législateur a prévu que la candidature à un marché public puisse se faire par l'association de plusieurs entreprises. Le groupement d'entreprises, permet, en particulier, aux petites et moyennes entreprises, qui ne disposent pas à elles seules de la capacité à exécuter le marché, d'accéder plus facilement à la commande publique. En effet, comme l'indique l'article 44, al. V, du décret 2016-360 relatif aux marchés publics : « 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. »

Le groupement d'entreprises n'est pas une spécificité des marchés publics. Dans le monde des affaires, joint venture et autres consortium permettent aux entreprises de s'associer de façon durable ou transitoire. Les marchés publics ne s'aventurent pas dans la définition de ce lien entre entreprises mais établissent deux formes juridiques de groupement au regard de l'acheteur. Nous allons revenir sur ces deux formes classiques de candidature d'un groupement, puis mettre en évidence qu'elles ne se confondent pas avec la nature de l'association qui lie les entreprises du groupement. Enfin, nous aborderons les nouveautés issues de la réforme d'avril 2016 qui modifient le traitement des candidatures sous forme de groupements d'opérateurs économiques.

## I. Retour sur les deux formes juridiques de groupement admises par le droit des marchés publics

Le décret n° 2016-360 pose les règles de la candidature sous forme de « groupements d'opérateurs économiques » en son article 45. L'alinéa I commence par indiquer que : « Les groupements d'opérateurs économiques peuvent participer aux procédures de passation de marchés publics ».

Le décret ne parle pas de « groupement momentané d'entreprises » mais de groupement d'opérateurs économiques, expression totalement neutre sur la forme que prend l'association entre entreprises. Forme qui n'intéresse d'ailleurs pas l'acheteur public, celui-ci étant un tiers vis-à-vis de la convention que passent les entreprises entre elles. Seul importe au pouvoir adjudicateur les conséquences de cette association dans le cadre de l'exécution du marché. L'alinéa I de l'article 45 prévoit deux possibilités, le **groupement conjoint** et le **groupement solidaire**. Cependant, quelle que soit la forme adoptée, il y aura un mandataire chargé de l'interface avec l'acheteur et celui sera solidaire si le groupement ne l'est pas.

Dans le cadre du groupement conjoint, « chacun des opérateurs économiques membres du groupement s'engage à exécuter la ou les prestations qui sont susceptibles de lui être attribuées dans le marché public ».

Il s'en suit logiquement que « chaque membre du groupement perçoit directement les sommes se rapportant à l'exécution de ses propres prestations », comme l'explicitent les CCAG (CCAG-FCS, art. 12 ; CCAG-TIC, art. 12 ; CCAG-travaux, art. 13). Ce qui nécessite que l'acte d'engagement, ou la pièce en tenant lieu, mentionne le montant et la répartition détaillée des prestations que chacun des membres du groupement s'engage à

exécuter ainsi que le relevé d'identité bancaire de chaque membre. À noter que cette précision a été supprimée dans la nouvelle réglementation des marchés publics, sûrement en relation avec la suppression de la mention de l'acte d'engagement lui-même.

Dans le cadre du groupement solidaire, « chacun des opérateurs économiques membres du groupement est engagé financièrement pour la totalité du marché public. » À noter qu'est précisé, ici, que la solidarité est limitée à son aspect financier. En effet, la solidarité entre opérateur économique dont le corps d'état peut être différent ne peut aller jusqu'à une solidarité de faire. Cette solidarité oblige, en cas de défaillance de l'un des membres, à faire appel à un sous-traitant ou à se substituer au membre défaillant, sans pour autant qu'il n'y ait obligation en la matière.

De façon symétrique au groupement conjoint, les CCAG (aux mêmes articles que mentionné supra) considèrent qu' « En cas de groupement solidaire, le paiement est effectué sur un compte unique, géré par le mandataire du groupement. » Sauf qu'il est possible que l'acte d'engagement détaille les prestations par membre et que soient fournis les RIB de chacun des membres. Cette possibilité n'est envisagée, bizarrement, que par le CCAG-Travaux et le CCAG-TIC.

On retrouve cette distinction à l'article 127 du décret relatif aux marchés publics dans le cadre de la délivrance de l'exemplaire unique. Ainsi, l'article 127 prévoit que : « Dans le cas d'un marché public exécuté par un groupement conjoint, il est délivré à chaque entreprise un exemplaire unique ou un certificat de cessibilité limité au montant des prestations qui lui sont confiées. Dans le cas d'un marché public exécuté par un groupement solidaire, il est délivré un exemplaire unique ou un certificat de cessibilité au nom du groupement, dès lors que les prestations réalisées par les entreprises ne sont pas individualisées. Si les prestations sont individualisées, un exemplaire unique ou un certificat de cessibilité correspondant à la prestation qu'elle exécute est délivré à chaque entreprise. »

## II. Les formes d'associations possibles pour une candidature sous forme de groupement

La réglementation des marchés publics est indifférente à l'organisation mise en place par les entreprises dans le cadre de leur réponse sous forme de groupement, elle se caractérise cependant par l'**absence de personne morale**, car sinon il n'y a plus de candidature sous forme de groupement mais par une seule personne morale. Aussi, les associations d'entreprises comme le **groupement d'intérêt économique (GIE)**, régi par les articles L. 251-1 et suivants du Code de Commerce, ou même la constitution d'une **société par actions simplifiées** afin de répondre à une consultation « marché public » n'est pas une candidature sous forme de groupement au sens des marchés publics.

Le groupement d'opérateurs économiques suppose plusieurs personnes physiques ou morales qui candidatent ensemble et qui deviennent co-titulaires, **on parle aussi de co-traitance du marché**, en cas d'attribution du marché à un groupement.

Le **groupement momentané d'entreprise** est la forme de groupement la plus courante, elle donne lieu à une convention de groupement de pure droit privé qui règle les relations entre membres du groupement mais inopposable à l'acheteur public.

Le groupement momentané d'entreprise peut ne pas donner lieu à une convention entre les entreprises, et résulter de la simple signature de l'acte d'engagement par toutes les entreprises, cependant cela est risqué pour les membres du groupement et cela implique un groupement conjoint au regard des règles marchés publics.

Alternative à la convention de groupement momentané d'entreprises, les opérateurs économiques peuvent constituer une société en participation (SEP) ou société de fait. C'est un groupement sans personnalité morale (C. civ., art. 1871 et s.). Cette société qui n'est pas immatriculée au registre du commerce et des

sociétés n'est pas dotée de la personnalité morale. Les associés ne contractent, en principe, qu'en leur nom propre. Mais si les participants agissent au vu et au su des tiers en qualité d'associé, ce qui est difficilement évitable dans le cas d'une société constituée pour l'exécution d'un marché public, cela entraîne la responsabilité de tous les associés à l'égard des tiers, avec la solidarité dans le cas d'une société commerciale. Ce procédé implique soit la signature de l'engagement par tous les cocontractants, soit un mandat.

### **III. Les nouveautés réglementaires concernant les groupements d'opérateurs économiques**

Comme dans l'ancien code, l'acheteur ne peut imposer la forme juridique du groupement et à fortiori l'instrument juridique unissant les opérateurs économiques (D. n° 2016-360, art. 45-I) : « Pour la présentation d'une candidature ou d'une offre, l'acheteur ne peut exiger que le groupement d'opérateurs économiques ait une forme juridique déterminée. » Mais, il peut le faire au stade de l'attribution et exiger que le groupement retenu adopte une forme juridique déterminée après l'attribution du marché public. Sauf que contrairement à l'ancien code « dans la mesure où cela est nécessaire à sa bonne exécution. Dans ce cas, l'acheteur justifie cette exigence dans les documents de la consultation. » (D. n° 2016-360, art. 45-II).

Or beaucoup d'acheteurs sont bien en peine d'expliquer, au-delà d'une formule passe partout, pourquoi la solidarité est nécessaire à la « bonne exécution d'un marché ».

Plus facile d'utilisation est la nouveauté, bien venue, introduite par la réforme à l'alinéa VI de l'article 45 qui permet à l'acheteur d' « 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. »

Autre nouveauté introduite par l'article 50 de l'ordonnance n° 2015-899 relative aux marchés publics, l'acheteur est dans l'obligation de demander au mandataire d'un groupement, de proposer dans les dix jours un remplaçant, lorsqu'un membre du groupement serait sous le coup d'une interdiction de soumissionner facultative ou obligatoire qui rendrait la candidature du groupement irrecevable. Exception à l'interdiction de modifier la composition du groupement entre la date de remise des candidatures et la date de signature du marché public qui vient s'ajouter à celle qui le permet aussi en cas d'opération de restructuration de société rendant inopérant un de ses membres (D. n° 2016-360, art 45, al. IV).

#### **Sources :**

- Ord. n° 2015-899, art. **50**
- D. n° 2016-360, art **45, al. IV**
- CCAG-FCS, art. **12**
- CCAG-TIC, art. **12**
- CCAG-Travaux, art. **13**