ASSEMBLÉE NATIONALE

12ème législature

appels d'offres ouverts

Question écrite n° 108575

Texte de la question

M. Yvan Lachaud attire l'attention de M. le ministre de l'économie, des finances et de l'industrie sur le fait que, dans une réponse faite à un député, il a été amené à préciser que : « une entreprise ne disposant pas à elle seule de l'ensemble des compétences exigées peut former un groupement momentané d'entreprises, conjoint ou solidaire, conformément à l'article 51 de ce code. Dans ce cas, les capacités de l'ensemble du groupement seront analysées. De plus, la jurisprudence de la Cour de justice des communautés européennes du 2 décembre 1999, Holst Italia Spa, affaire C-176/98, permet à un prestataire, pour établir qu'il satisfait aux conditions économiques, financières et techniques de participation à une procédure d'appel d'offres en vue de conclure un marché public de services, de faire état des capacités d'autres entités, quelle que soit la nature juridique des liens qu'il entretient avec elles, à condition qu'il soit en mesure de prouver qu'il a effectivement la disposition de moyens de ces entités nécessaires à l'exécution du marché ».(...) Ainsi, toujours selon sa réponse, un « candidat (à un marché public) peut être admis à faire valoir les capacités d'un sous-traitant, dès lors qu'il est en mesure d'apporter la preuve, lors du dépôt de son offre, qu'il a effectivement la disposition des moyens de ce sous-traitant nécessaires à l'exécution du marché. Les règles nationales relatives aux groupements ne doivent donc pas être interprétées comme faisant obstacle à la mise en oeuvre de la solution dégagée par la Cour de justice des communautés européennes ». Cette réponse trouve sa traduction à l'article 45 du code des marchés publics du 7 janvier 2004. En effet, il est précisé à cet article que « pour justifier de ses capacités professionnelles, techniques et financières, le candidat peut demander que soient également prises en compte les capacités professionnelles, techniques et financières d'un ou de plusieurs sous-traitants ». L'interrogation porte sur le fait que si l'article 32-h de la directive services n° 92/50, auquel la question du député faisait référence, prévoit explicitement qu'au stade de l'examen de la candidature d'une entreprise, « la capacité technique du prestataire de services peut être justifiée d'une ou de plusieurs des façons suivantes, selon la nature, la quantité et l'utilisation des services à fournir par(...) l'indication de la part du marché que le prestataire de services a éventuellement l'intention de sous-traiter », cette possibilité de tenir compte de la capacité d'un sous-traitant pour apprécier la capacité technique d'une entreprise candidate en ce qui concerne les services n'existe pas en matière de fournitures (article 20.1 de la directive 93/36) et travaux (article 24 de la directive 93/37). Il lui demande que soit précisé si la solution dégagée par la Cour de justice des Communautés européennes dans l'affaire précitée est applicable aux domaines des fournitures et travaux. Et si la possibilité pour un candidat de faire valoir les capacités d'un sous-traitant au moment de sa candidature offerte à l'article 45 du code des marchés publics ne concerne que les marchés de services.

Texte de la réponse

La directive 2004/18/CE relative à la coordination des procédures de passation des marchés publics de travaux, de fournitures et de services du 31 mars 2004 a remplacé la directive services n° 92/50. Son article 47-2 dispose qu'« un opérateur économique peut, le cas échéant et pour un marché déterminé, faire valoir les capacités d'autres entités, quelle que soit la nature juridique des liens existant entre lui-même et ces entités. Il doit, dans ce cas, prouver au pouvoir adjudicateur qu'il disposera des moyens nécessaires, par exemple, par la production

de l'engagement de ces entités à cet effet ». Par cette disposition, la directive intègre les termes de la jurisprudence de la Cour de justice des Communautés européennes du 2 décembre 1999, Holst Italia SpA. Le nouveau code des marchés publics issu du décret n° 2006-975 du 1er août 2006 transpose cette disposition à l'article 45-III : « Pour justifier de ses capacités professionnelles, techniques et financières, le candidat, même s'il s'agit d'un groupement, peut demander que soient également prises en compte les capacités professionnelles, techniques et financières d'autres opérateurs économiques, quelle que soit la nature juridique des liens existant entre cet opérateur et lui. Dans ce cas, il justifie des capacités de ce ou ces opérateurs économiques et apporte la preuve qu'il en disposera pour l'exécution du marché ». Ni la directive 2004/18, qui s'applique aussi bien aux marchés de travaux et aux marchés de services qu'aux marchés de fournitures, ni l'article 45 du code des marchés publics ne limitent le recours aux capacités d'autres opérateurs aux seuls marchés de services. Alors que le précédent code des marchés publics limitait le recours aux capacités de tiers aux situations de sous-traitance, et donc aux marchés pour lesquels la sous-traitance était autorisée, ce qui excluait les marchés de fournitures, le code des marchés publics, entré en vigueur en septembre 2006 n'évoque plus l'addition des capacités de sous-traitants mais d'« opérateurs économiques ». Il élargit de fait le champ des marchés concernés à tous les marchés publics, sans présumer par nature du lien juridique existant entre le candidat et l'opérateur économique auquel il fait appel (sous-traitant, filiale, cotraitant ou autre).

Données clés

Auteur : M. Yvan Lachaud
Circonscription : Gard (1re circonscription) - Union pour la Démocratie Française
Type de question : Question écrite
Numéro de la question : 108575
Rubrique : Marchés publics
Ministère interrogé : économie
Ministère attributaire : économie

Date(s) clée(s)

Question publiée le : 31 octobre 2006, page 11209
Réponse publiée le : 6 mars 2007, page 2421