

FACILITER L'ACCES DES PME A LA COMMANDE PUBLIQUE

Dans un contexte économique difficile, l'accès à la commande publique constitue un enjeu de première importance pour les petites et moyennes entreprises (PME).

Ce mémento vise à référencer l'ensemble des bonnes pratiques qui, tout en respectant les dispositions réglementaires du code des marchés publics, facilitent l'accès des PME à la commande publique et soulagent leur trésorerie.

Pour plus de clarté et de lisibilité, il a été divisé en deux parties : la première énumère les bonnes pratiques qui permettent de faciliter la candidature des PME aux marchés publics pour éviter que leur taille trop réduite ou leur spécialisation ne soit un frein en matière d'achat public ; la seconde partie référence l'ensemble des procédures permises par le code des marchés publics afin d'améliorer leur trésorerie.

Ce mémento a vocation à être diffusé à l'ensemble des services ordonnateurs de l'Etat et des collectivités locales, ainsi que leurs établissements publics soumis aux dispositions du code des marchés publics.

<u>1 – FACILITER LE SOUMISSIONNEMENT</u>	4
1.1. LA PUBLICITÉ DES APPELS D’OFFRES	4
1.2. L’ALLOTISSEMENT	5
1.3. LES GROUPEMENTS MOMENTANÉS D’ENTREPRISES	6
1.4. LES ENTREPRISES NOUVELLEMENT CRÉÉES	7
1.5. LES ENTREPRISES AYANT FOURNI UN DOSSIER INCOMPLET	9
1.6. LES CRITÈRES DE CHOIX	10
1.7. LES OFFRES ANORMALEMENT BASSES	11
1.8. LE CALENDRIER DE L’ATTESTATION DE RÉGULARITÉ FISCALE ET SOCIALE	12
 <u>2 – FACILITER LA TRESORERIE DES ENTREPRISES</u>	 13
2.1. LE RECOURS AUX AVANCES	13
2.2. LE DÉLAI GLOBAL DE PAIEMENT	14
2.3. LE RECOURS AU PAIEMENT DIRECT DES SOUS-TRAITANTS	15
2.4. LA RESTITUTION DES RETENUES DE GARANTIE ET LE RECOURS AUX CAUTIONS BANCAIRES	16

1.1- la Publicité des appels d'offres

❑ Principe :

En application de l'article 40 du code des marchés publics, la publicité est obligatoire pour les marchés de travaux, de fournitures et de services supérieurs à 15 000 €.

Toutefois, l'article 28-3 du code des marchés publics prévoit que les marchés inférieurs à 15 000 € peuvent être passés sans publicité ni mise en concurrence préalables, si les circonstances le justifient¹.

❑ Bonnes pratiques proposées :

Il est rappelé aux ordonnateurs qu'il est possible de procéder à des mises en concurrence simplifiées pour les marchés inférieurs à 15 000 €, étant entendu que la publicité, qui facilite l'accès de toutes les entreprises aux marchés publics, reste la règle. L'absence de publicité et de mise en concurrence doit donc rester exceptionnelle.

Par ailleurs, le recours à la dématérialisation des offres, notamment par les plates-formes locales et la plate-forme PLACE des achats de l'Etat (www.marches-publics.gouv.fr) est vivement encouragé, sachant qu'il contribue en particulier à améliorer la publicité.

A ce titre, un guide pratique « dématérialisation des marchés publics » a été publié en décembre 2012 par la direction des affaires juridiques du ministère de l'économie (http://www.economie.gouv.fr/files/directions_services/daj/marches_publics/conseil_acheteurs/guid es).

Enfin, il est rappelé que les délais de réception des offres sont des délais minimaux ; il appartient à la personne responsable du marché de fixer des délais suffisants tenant compte notamment de l'importance des études à réaliser par les candidats.

¹ Il est noté que des marchés peuvent également être passés sans publicité préalable et sans mise en concurrence dans le cadre des dispositions des articles 30 et 35-II du code des marchés publics ;

1.2- L'allotissement

□ Principe :

L'article 10 du code des marchés publics prévoit que l'allotissement est la règle, sauf si l'objet du marché ne permet pas l'identification de prestations distinctes.

Ce principe a été rappelé récemment par un arrêt du Conseil d'Etat du 3 décembre 2012, n°360333, Sybert, qui a conduit à annuler une procédure de marché public au motif que celui-ci ne comportait pas de lots séparés, alors même qu'aucune des conditions permettant de déroger au principe d'allotissement n'était remplie.

Le recours au marché global est toutefois autorisé de manière dérogatoire, si la dévolution en lots séparés est rendue difficile par des motifs économiques, techniques, financiers, organisationnels. Ainsi l'arrêt du Conseil d'Etat du 9 décembre 2009, n°328803, département de l'Eure, indique que le recours au marché unique est justifié s'il permet au pouvoir adjudicateur de réaliser une économie budgétaire.

Cependant, les marchés globalisés sont limités aux contrats de conception-réalisation (article 37 du code des marchés publics), ainsi qu'aux contrats globaux sur performance (article 73 du code des marchés publics).

□ Bonnes pratiques proposées :

Il est rappelé aux ordonnateurs que l'allotissement, qui permet l'accès à la commande publique des entreprises qui ne disposent pas en interne de l'ensemble des compétences requises par un marché, doit être privilégié.

Il est également recommandé d'éviter de regrouper dans un même lot des prestations différentes, afin de ne pas pénaliser les entreprises spécialisées.

1.3 - Les Groupements momentanés d'entreprises

□ Principe :

L'article 51 du code des marchés publics prévoit la possibilité de créer un groupement momentané d'entreprises (GME), qui permet à celles-ci de s'organiser pour réaliser un marché auquel elles n'auraient pas soumissionné si elles avaient été seules.

Le groupement peut être conjoint ou solidaire, sachant qu'en cas de groupement solidaire chaque entreprise est solidairement engagée et peut être amenée à pallier la défaillance de l'un de ses partenaires, alors qu'en cas de groupement conjoint chaque opérateur économique est engagé uniquement sur les prestations qu'il réalise.

Dans les deux formes de groupement, l'une des entreprises membres est désignée comme mandataire, afin de représenter l'ensemble des autres membres vis-à-vis du pouvoir adjudicateur et de coordonner leurs prestations.

□ Bonnes pratiques proposées :

Sachant que les PME n'ont pas forcément l'habitude de se grouper et de désigner un pilote, il serait intéressant de développer la communication sur les GME, qui permettent aux entreprises de soumissionner même si elles ne disposent pas en interne de toutes les compétences requises, tout en préservant leurs droits dans la mesure où elles sont co-traitantes.

Par ailleurs, il peut être intéressant de ne pas exiger systématiquement la forme solidaire du groupement (dans lequel chaque membre est engagé financièrement pour la totalité du marché), et de privilégier le groupement conjoint (article 51 du code des marchés publics).

1.4 - Les entreprises nouvellement créées

❑ Principe :

Les articles 45 et 52 du code des marchés publics prévoient l'examen de la capacité professionnelle, technique et financière des candidats, en s'appuyant notamment sur la référence à de précédents marchés et l'arrêté du 28/08/2006 fixant la liste des renseignements et des documents pouvant être demandés aux candidats aux marchés passés par les pouvoirs adjudicateurs. Or, les entreprises nouvellement constituées ne disposent pas toujours de références propres.

Pour répondre à cette difficulté la décision du Conseil d'Etat du 9 mai 2012, n°356455, commune de Saint Benoît, a renforcé l'accès des entreprises nouvelles à la commande publique, en posant le principe que si l'exigence de production de pièces restreint l'accès des entreprises nouvelles au marché, celles-ci peuvent prouver leur capacité technique et financière par tout autre moyen que ceux exigés.

En outre, l'arrêt du Conseil d'Etat du 10 février 1997, n°169309, Société Révillon, précise que les qualifications ne peuvent être sollicitées qu'avec la mention « ou références équivalentes ».

Par ailleurs, la jurisprudence encadre le nombre de pièces justificatives demandées. De fait, le pouvoir adjudicateur ne peut demander, en application de l'article 45 du code des marchés publics ou de l'article 17 du décret du 30 décembre 2005, que les documents figurant dans l'arrêté du 28/08/2006 (arrêt du Conseil d'Etat du 21 novembre 2007, n°291411, département de l'Orne).

En outre, les renseignements doivent être en rapport avec l'objet du marché. La jurisprudence confirme en effet que les renseignements doivent être appropriés à l'objet du marché et en rapport avec les critères visant à juger la « recevabilité » et la capacité des candidats (arrêt du Conseil d'Etat du 13 novembre 2002, n°245303, OPHLM Communauté urbaine du Mans).

Enfin, l'article 45 du code des marchés publics précise 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'autres opérateurs économiques, quelle que soit la nature des liens existant entre ces opérateurs et lui. Dans ce cas, il justifie des capacités de ces opérateurs économiques et apporte la preuve qu'il en disposera pour l'exécution du marché.

❑ Bonnes pratiques proposées :

Rappeler aux pouvoirs adjudicateurs :

- qu'il est possible d'examiner les capacités de l'entreprise, même en l'absence de références, sachant que celle-ci peut prouver sa capacité par tout document équivalent à ceux exigés par l'arrêté du 28/08/2006 ;
- qu'il est possible de prendre en compte la capacité d'autres opérateurs économiques liés à l'entreprise qui soumissionne ;
- que les pièces justificatives demandées ne doivent pas excéder ce qui est prévu à l'article 45 du code des marchés publics.

A cet effet, l'outil de rédaction des marchés ORME, qui sera disponible à l'automne 2013, permettra l'harmonisation des pièces justificatives demandées au niveau des marchés de l'Etat et en facilitera la lecture qu'en feront les entreprises

Ces mesures permettront à la fois de favoriser l'accès des nouvelles PME à la commande publique et d'optimiser la gestion des fonds publics en suscitant des offres économiquement avantageuses.

1.5 - Les entreprises ayant fourni un dossier incomplet

❑ Principe :

L'article 52 du code des marchés publics prévoit que, lors de l'examen des candidatures, 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 et à leur capacité juridique. Ces demandes complémentaires peuvent avoir lieu au stade des candidatures ou des offres.

❑ Bonne pratique proposée :

Rappeler ce principe aux pouvoirs adjudicateurs, afin d'éviter d'exclure des entreprises qui n'ont pas l'habitude de soumissionner.

1.6 - Les critères de choix

□ Principe :

L'article 53 du code des marchés publics prévoit que le pouvoir adjudicateur peut librement choisir les critères de sélection des offres, parmi plusieurs choix.

La règle prévoit qu'au moins deux critères soient retenus, parmi lesquels le prix n'est qu'un critère au sein de l'ensemble des critères possibles.

L'offre économiquement la plus avantageuse n'est donc pas assimilable au prix le plus bas, et l'acheteur doit être en mesure d'apprécier la performance globale du marché.

Toutefois il est possible de ne retenir qu'un critère, en raison de l'objet d'un marché, ce critère est alors obligatoirement le prix.

□ Bonne pratique proposée :

Afin d'éviter de fausser la concurrence, et donc pour faciliter l'accès des PME à la commande publique, il paraît utile de rappeler la nécessité de respecter la règle consistant en ce que deux critères au moins soient retenus, afin d'avoir une approche qualitative des besoins.

Par ailleurs, il est rappelé que ces critères doivent être publics, opérationnels, non discriminatoires et objectifs.

1.7 - Les offres anormalement basses

❑ Principe :

L'article 55 du code des marchés publics précise que, si une offre paraît anormalement basse, le pouvoir adjudicateur peut la rejeter par décision motivée, après avoir demandé par écrit les précisions qu'il juge utiles et vérifié les justifications fournies.

Pour autant, il n'existe pas de définition de la notion d'offre anormalement basse dans le code des marchés publics.

De fait, cette notion est essentiellement définie par un faisceau d'indices, sous le contrôle du juge administratif (arrêt du Conseil d'Etat du 15 avril 1996, n°133171, commune de Poindimié).

Il en ressort que les pouvoirs adjudicateurs doivent apprécier la réalité économique des offres afin de différencier l'offre anormalement basse d'une offre concurrentielle, au vu des explications fournies par le candidat.

Parmi les éléments permettant de justifier le rejet d'une offre anormalement basse figurent les dispositions relatives aux conditions de travail en vigueur (arrêt du Conseil d'Etat du 1^{er} mars 2012, n°354159, Département de la Corse du Sud).

❑ Bonne pratique proposée :

Afin d'éviter une concurrence déloyale, il est rappelé aux pouvoirs adjudicateurs qu'il appartient à la commission d'appel d'offres de demander des précisions à l'entreprise lorsqu'une offre semble anormalement basse.

1.8 - Le calendrier de l'attestation de régularité fiscale et sociale

❑ Principe :

L'article 46 du code des marchés publics prévoit que tout candidat dont l'offre a été retenue doit prouver qu'il a satisfait à ses obligations fiscales et sociales.

❑ Bonne pratique proposée :

Rappeler aux pouvoirs adjudicateurs que l'attestation de régularité fiscale et sociale des entreprises soumissionnant aux marchés publics n'est exigible qu'à l'égard du candidat retenu auquel il est envisagé d'attribuer le marché, et non lors du dépôt de la candidature, stade auquel les candidats n'ont à produire aucune pièce relative à leur situation fiscale ou sociale.

2 – FACILITER LA TRESORERIE DES ENTREPRISES

2.1 – le recours aux avances

□ Principe :

L'article 87 du code des marchés publics prévoit qu'une avance doit être obligatoirement accordée lorsqu'un marché excède 50 000 € HT et que sa durée d'exécution est supérieure à 2 mois.

Par ailleurs, il prévoit que le montant minimum de l'avance est de 5 %, mais que l'ordonnateur peut décider de la porter jusqu'à 30% du marché, voire 60% si l'entreprise constitue une garantie à première demande.

□ Bonnes pratiques proposées :

Afin de faciliter l'accès à la commande publique des entreprises qui ont des difficultés de trésorerie, il convient de rappeler qu'il est possible de verser des avances supérieures à 5%, ainsi que de verser des avances pour des marchés d'un montant inférieur à 50 000 €.

Le recours aux avances comprises entre 5 et 30% doit si possible être privilégié, dans la mesure où il n'entraîne pas pour l'entreprise l'obligation de produire une caution bancaire.

2.2 - Le délai de paiement

□ Principe :

En application du décret n°2013-269 du 29 mars 2013² entré en vigueur depuis le 1^{er} mai 2013, le délai de paiement est fixé à 30 jours³ pour l'ensemble des contrats de la commande publique (marchés relevant du code des marchés publics, de l'ordonnance du 6 juin 2005, délégations de service public et contrats de partenariat), pour les créances dont le délai de paiement a commencé à courir à compter du 1^{er} mai 2013.

Afin de renforcer le respect du délai de paiement, la loi n°2013-100 du 28/01/2013⁴ et le décret n°2013-269 précité du 29/03/2013 ont institué, outre des intérêts moratoires majorés d'un point (taux BCE + 8 points), une indemnité forfaitaire pour frais de recouvrement, d'un montant de 40 €, qui sera due de plein droit en cas de retard de paiement.

□ Bonnes pratiques proposées :

Les pouvoirs adjudicateurs peuvent, en toute liberté, mener une politique de paiement plus dynamique en s'engageant contractuellement à honorer plus rapidement les factures de leurs fournisseurs.

Il est rappelé que les intérêts moratoires ainsi que l'indemnité forfaitaire pour frais de recouvrement doivent être liquidés et payés en cas de dépassement du délai.

En outre, afin de fluidifier le traitement de factures et d'accélérer le paiement des dépenses de l'Etat, les entreprises sont incitées à transmettre les factures directement au service facturier de la Direction régionale des Finances publiques, lorsque ces factures concernent des administrations relevant du service facturier (directions régionale et départementale des finances publiques ; délégation départementale de l'action sociale des finances ; direction départementale de la cohésion sociale, direction régionale de la jeunesse, des sports et de la cohésion sociale ; direction départementale du travail ; direction régionale des entreprises, de la concurrence, de la consommation, du travail et de l'emploi ; direction régionale des affaires culturelles, délégation régionale aux droits des femmes et à l'égalité).

² Décret n°2013-269 du 29/03/13 relatif à la lutte contre les retards de paiement dans les contrats de la commande publique ;

³ Le délai de paiement varie en fonction de la catégorie de pouvoir adjudicateur ;

⁴ Loi n°2013-100 du 28/01/13 portant diverses dispositions d'adaptation de la législation au droit de l'Union européenne en matière économique et financière.

2.3 - Le recours au paiement direct des sous-traitants

❑ Principe :

Le recours à la sous-traitance est possible pour les marchés de travaux, marchés de services et marchés industriels.

Dans ce cas, le paiement se fait soit à l'entreprise titulaire (pour les créances inférieures à 600 € TTC), soit directement au sous-traitant en cas de paiement direct (pour les créances qui sont supérieures à 600 € TTC et si les conditions d'acceptation et d'agrément définies aux articles 112 à 117 du code des marchés publics sont satisfaites).

❑ Bonne pratique proposée

Le paiement direct aux sous-traitants doit être mis en œuvre conformément aux dispositions de la loi n°75-1334 du 31 décembre 1975 relative à la sous-traitance : il favorise l'accès des PME à la commande publique et permet d'accélérer le paiement. Par ailleurs, les sous-traitants n'ont à verser ni caution bancaire ni retenue de garantie.

En outre, le délai de paiement applicable au sous-traitant bénéficiant du paiement direct est identique à celui applicable au titulaire, ce qui est d'autant plus intéressant pour le sous-traitant que le délai a pu être fixé contractuellement en deçà du délai fixé par décret.

Rappeler également aux pouvoirs adjudicateurs que le sous-traitant de deuxième rang peut bénéficier d'une délégation de paiement prévue à l'article 1275 du code civil. Cette délégation donne la possibilité au maître d'ouvrage de payer directement le sous-traitant.

2.4 - La restitution des retenues de garantie et le recours aux cautions bancaires

❑ Principe :

Les marchés publics peuvent prévoir une retenue de garantie de 5% maximum du montant du marché. Le titulaire du marché peut remplacer cette retenue de garantie par une garantie à première demande ou, si l'ordonnateur ne s'y oppose pas, par une caution personnelle et solidaire.

La retenue de garantie doit être remboursée au plus tard un mois après l'expiration du délai de garantie (article 103 du code des marchés publics), c'est-à-dire un an et un mois après l'établissement du procès-verbal de réception des travaux.

En outre, si des réserves ont été notifiées au créancier pendant le délai de garantie, et si elles n'ont pas été levées avant l'expiration de ce délai, la retenue de garantie est remboursée dans un délai de trente jours après la date de leur levée.

Si la garantie à première demande (ou la caution personnelle et solidaire) n'est pas mise en jeu par le pouvoir adjudicateur, elle tombe d'elle-même à l'issue du délai de garantie. Si elle est mise en jeu, la garantie correspondante prend fin dès lors que les réserves sont levées.

❑ Bonnes pratiques proposées :

Rappeler que la retenue de garantie doit être remboursée dans un délai maximum d'un mois après l'expiration du délai de garantie, afin de ne pas pénaliser la trésorerie des entreprises.



Direction générale des Finances Publiques
139, rue de Bercy - 75572 PARIS CEDEX 12