



Comment rendre plus attractifs les marchés publics pour les PME ?

**Recommandations
de la CCI Paris Ile-de-France**

**Rapport présenté par Isabelle LAJEUNIE
au nom de la Commission Commerce
et adopté à l'Assemblée générale du 5 octobre 2017**



Comment rendre plus attractifs les marchés publics pour les PME ?

Recommandations de la CCI Paris Ile-de-France

**Rapport présenté par Isabelle LAJEUNIE
au nom de la Commission Commerce
et adopté à l'Assemblée générale du 5 octobre 2017**

*Avec la collaboration de Dominique Moreno, Direction générale adjointe chargée
de la Vie institutionnelle et des Études*

Sommaire

SYNTHESE DES PRINCIPALES RECOMMANDATIONS	4
INTRODUCTION	5
CHAPITRE 1 DES AVANCÉES PERTINENTES EN FAVEUR DES PME	6
CHAPITRE 2 DES ÉCUEILS DIFFICILES A LEVER DANS L'IMMÉDIAT	7
1 - COMMENT APPRÉHENDER LA QUESTION DÉLICATE DE L'ATTRIBUTION OBLIGATOIRE D'UNE PART DE MARCHÉS PUBLICS AUX PME ?	7
2 - TENTER LE RECOURS À L'EXPÉRIMENTATION ?	7
CHAPITRE 3 DES VOIES DE PROGRÈS À PROMOUVOIR : RECOMMANDATIONS DE LA CCI PARIS ILE-DE-FRANCE	9
1 - SUR LES PROCÉDURES DE PASSATION	9
1.1 - DÉVELOPPER LE SOURÇAGE	9
1.2 - PRIVILÉGIER LA RESPONSABILITÉ CONJOINTE DES GROUPEMENTS D'ENTREPRISES	9
1.3 - SUPPRIMER L'OBLIGATION DE RESPONSABILITÉ SOLIDAIRE EN CAS DE RECOURS AUX CAPACITÉS D'AUTRES ACTEURS	10
1.4 - UTILISER DAVANTAGE LA PROCÉDURE DES « PETITS LOTS »	10
1.5 - PRÉVOIR LA RÉGULARISATION DES OFFRES	10
1.6 - DÉFINIR DES CRITÈRES PERMETTANT UNE RÉPONSE PERTINENTE DES PME	10
1.7 - VALORISER LA PRÉSENTATION DE VARIANTES	11
1.8 - SIMPLIFIER ET SÉCURISER LE PARTENARIAT D'INNOVATION	11
2 - SUR L'EXÉCUTION DU MARCHÉ	12
2.1 - ACTIONNER DIVERS OUTILS FINANCIERS FAVORABLES AUX PME	12
2.2 - CORRIGER DES DISPOSITIONS ET PRATIQUES PÉNALISANT FINANCIÈREMENT LES PME	12
2.3 - INTRODUIRE DES CLAUSES DE RÈGLEMENT AMIABLE DES DIFFÉRENDS D'EXÉCUTION	12

Synthèse des principales recommandations

Favoriser l'accès des PME à la commande publique est un enjeu important, ce secteur représentant environ 30% du PIB de l'Union européenne. En France, après un certain recul, il connaît en 2017 une augmentation significative de 25% en termes d'achats publics. Après le vaste mouvement de réforme amorcé en 2015 par transposition des Directives européennes, le droit de la commande publique s'oriente vers une vision managériale des contrats publics avec la recherche constante de marges de progression.

Si les avancées sont incontestables, des écueils délicats restent à lever pour parfaire un dispositif pleinement attractif pour les PME. Ces améliorations supposent parfois des modifications réglementaires mais, pour la plupart, la mise en œuvre de bonnes pratiques rapidement opérationnelles seraient suffisantes et pourraient même être étendues au plan européen. Les recommandations émises par la CCI Paris Ile-de-France concernent tant un accès renforcé aux marchés que la réalisation optimale des contrats ainsi attribués.

☐ Sur la passation des marchés

- Développer le sourcing et organiser des séances de « speed dating entreprises » ;
- Privilégier la responsabilité conjointe des groupements d'entreprises ;
- Utiliser davantage la procédure des « petits lots » ;
- Prévoir la régularisation des offres ;
- Définir des critères permettant une réponse pertinente des PME ;
- Valoriser la présentation de variantes ;
- Simplifier et sécuriser le partenariat d'innovation.

☐ Sur l'exécution des marchés

- Actionner divers outils financiers favorables aux PME :
 - Systématiser les avances de 5% ;
- Corriger des dispositions et pratiques pénalisant financièrement les PME :
 - Imposer au maître d'ouvrage l'obligation d'indemniser le titulaire du marché des préjudices subis en cas de modification unilatérale du délai contractuel d'exécution du fait de difficultés rencontrées dans la réalisation du marché ne relevant ni de son fait ni de sa faute ;
 - Interdire formellement les ordres de service à « zéro euro » portant sur des travaux supplémentaires ;
- Introduire des clauses de règlement amiable des différends d'exécution.

Introduction

Favoriser l'accès des PME à la commande publique est une préoccupation forte et récurrente de la CCI Paris-Ile-de-France (CCIR). L'enjeu est important puisque ces contrats représentent environ 30% du PIB de l'Union européenne. En France, si ce secteur a subi un recul depuis 2012, le premier semestre 2017 marque une augmentation de 25% des achats publics, hausse particulièrement frappante pour les marchés des collectivités territoriales, sachant que cette embellie reste fragile et mérite d'être confortée à plus long terme.

Sur le fondement des Directives de 2014¹, un vaste mouvement de réforme a eu lieu en France au titre de leur transposition, notamment à travers l'ordonnance n°2015-899 du 23 juillet 2015 et le décret n°2016-360 du 25 mars 2016, l'ensemble de ce package étant entré en vigueur le 1er avril 2016. Quelques écueils notables ont ensuite été corrigés par la loi Sapin 2 n°2016-1691 du 9 décembre 2016 et son décret d'application n°2017-516 du 10 avril 2017. La CCI Paris Ile-de-France s'est prononcée en amont de chacun de ces textes européens² et nationaux³ en accompagnant sa démarche de fortes actions de lobbying. Ses efforts ont porté leurs fruits puisque la place des PME n'a eu de cesse de se renforcer.

Avant d'aller plus dans le détail du fond des réformes, c'est leur esprit même qui doit être souligné. Le droit de la commande publique vit actuellement un véritable changement de paradigme. D'un droit procédural et « tatillon » à l'extrême - certes pour une bonne cause, l'égalité de traitement entre les candidats -, il s'oriente vers une vision managériale des contrats publics avec la recherche constante de marges de progression. Les pouvoirs adjudicateurs ne doivent plus être axés uniquement sur la vérification de processus juridiques (70% de leur temps) mais vers la mise au

point de marchés performants et compétitifs ouverts à l'innovation et avec une large part donnée à la négociation. En d'autres termes, la commande publique fait « sa révolution », d'autant plus qu'à compter du 1er octobre 2018, le « tout numérique » vaudra à chaque étape, de la candidature à l'attribution du marché et à son exécution⁴.

Si les avancées sont incontestables suite à ce « package » de réformes, des écueils délicats restent à lever pour parfaire un dispositif pleinement attractif pour les PME. C'est pourquoi, sans attendre, des voies de progrès sont à préconiser. Certaines supposent certes des modifications réglementaires mais, pour la plupart, la mise en œuvre de bonnes pratiques rapidement opérationnelles seraient suffisantes et pourraient même être étendues au plan européen. Les recommandations émises par la CCI Paris Ile-de-France concernent tant un accès renforcé aux marchés que la réalisation optimale des contrats ainsi attribués.

¹ N°2014/24 sur les marchés publics et n°2014/23 sur les concessions

² Rapport du 23 février 2012, « Proposition de directive sur la modernisation de la politique de l'Union européenne en matière de marchés publics ».

³ Rapport du 6 mars 2014, « Pour un management performant de l'exécution des marchés publics » ; rapport du 29 janvier 2015, « Pour un code de la commande publique favorable aux PME et à l'innovation ».

⁴ Prise de position de la CCI Paris Ile-de-France du 28 avril 2016, « Dématérialisation de la commande publique. Quelle stratégie adopter ? ».

DES AVANCÉES PERTINENTES EN FAVEUR DES PME

Issues des réformes de 2016/2017, elles sont nombreuses et ont été promues et/ou soutenues par la CCI Paris Ile-de-France. On citera en particulier :

- ❑ Le maintien d'un seuil de dispense de formalités à 25 000 euros HT⁵ permettant de passer un marché sans publicité ou mise en concurrence préalable, à charge pour le pouvoir adjudicateur de respecter les principes suivants : choix d'une offre pertinente, bon usage des deniers publics, absence de conventionnement avec le même opérateur en cas de pluralités d'offres susceptibles de répondre aux besoins ;
- ❑ La préservation des marchés à procédures adaptés (MAPA) en dessous des seuils des procédures formalisées⁶, qui devrait ouvrir aux parties un large spectre de discussions, la négociation étant dans l'ADN de ces MAPA, sachant qu'il représentent une large part de la commande publique, la quasi-totalité dans le secteur du bâtiment où le seuil élevé des procédures formalisées (5 225 000 euros) leur donne une emprise majeure ;
- ❑ La création d'une procédure concurrentielle avec négociation dans les procédures formalisées, grande novation des réformes (il était auparavant interdit de négocier avec les entreprises, sauf exception) ;
- ❑ L'obligation d'allotissement érigée en principe, sauf cas limitatifs de dérogations dûment justifiées ;
- ❑ La suppression du système des offres variables, très désavantageux pour les PME car permettant de contourner l'allotissement en présentant des offres variant selon le nombre

de lots susceptibles d'être remportés, seules de grandes entreprises pouvant alors proposer de tels « prix de gros » ;

- ❑ Dans les marchés de partenariat, l'obligation pour l'entreprise titulaire de confier directement ou indirectement (sous-traitance) une part minimale de 10% de leur exécution à des PME, cette part étant prise en compte dans les critères d'attribution du contrat⁷ ...

⁵ 90 000 euros HT pour les livres non scolaires, disposition en faveur des librairies indépendantes

⁶ Marchés de travaux : 5 225 000 euros HT

Marchés de fournitures et de services :

- 135 000 euros HT (Etat et ses établissements publics) ;
- 209 000 euros HT (collectivités territoriales et établissements publics de santé) ;
- 418 000 euros HT (opérateurs publics de réseaux).

⁷ Ord. 23 juillet 2015, art. 87 et D. 25 mars 2016, art. 163

1 - COMMENT APPRÉHENDER LA QUESTION DÉLICATE DE L'ATTRIBUTION OBLIGATOIRE D'UNE PART DE MARCHÉS PUBLICS AUX PME ?

La commande publique est régie par des principes fondamentaux consacrés depuis longtemps et constamment confortés tant au niveau européen⁸ qu'au niveau national⁹ : liberté d'accès, égalité de traitement des candidats, transparence des procédures et non-discrimination. L'article 18 de la Directive de 2014 confirme bien que « *La concurrence est considérée comme artificiellement limitée lorsqu'un marché est conçu dans l'intention de favoriser ou de défavoriser indûment certains opérateurs économiques* ». Sur le plan international, l'UE est liée par l'Accord sur les marchés publics de l'OMC dont les entreprises des pays signataires doivent pouvoir candidater dans les mêmes conditions que celles de l'UE.

Le Conseil d'Etat, dans la droite ligne de la jurisprudence de la Cour de justice de l'UE, a eu l'occasion de les appliquer lors d'un contentieux noué à propos de l'article 60 de l'ancien code des marchés publics de 2006¹⁰ qui habilitait les pouvoirs adjudicateurs à fixer un nombre minimum de PME admis à présenter une offre. Dans son arrêt du 9 juillet 2007¹¹, il a censuré cette disposition qui conduisait nécessairement à faire de la taille des entreprises un critère de sélection des candidatures, critère qui n'était pas toujours lié à l'objet du marché, revêtait un caractère discriminatoire et méconnaissait le principe d'égal accès à la commande publique. En revanche, selon le même arrêt, autoriser l'acheteur public à demander la part de marché sous-traitée à des PME constituait une mesure d'information sur la sous-traitance et n'avait pas pour effet de retenir les conditions de cette sous-traitance comme un critère de sélection des offres pour l'attribution du marché.

Par ailleurs, rien à espérer du côté de la « clause Molière », sujette à trop de polémiques. D'un côté, elle est considérée par l'Administration comme une méthode discriminante¹² : « *imposer de façon systématique la maîtrise de la langue française pour l'exécution d'un marché public constitue une violation du principe de non-discrimination qui gouverne la passation desdits contrats, qu'une telle obligation figure dans une délibération ou dans les clauses contractuelles* ». De l'autre, une ordonnance du Tribunal administratif de Nantes du 7 juillet 2017¹³ a reconnu le caractère non discriminatoire de cette clause car s'appliquant à toutes les entreprises soumissionnaires quelle que soit la nationalité de leurs personnels présents sur le chantier.

Même cantonnée à une simple modalité de réalisation prescrivant à une entreprise candidate d'employer du personnel comprenant le français, sans pour autant l'ériger en critère d'attribution, la « clause Molière » reste risquée sur le plan juridique.

2 - TENTER LE RECOURS À L'EXPÉRIMENTATION ?

Le dispositif expérimental instauré par l'article 73 de la loi n°2017-256 du 28 février 2017 sur l'Outre-Mer ne mériterait-il pas d'être étendu en métropole par un test sur quelques régions dont l'Ile-de-France ?

Il vise, certes dans le contexte particulier et contraint de l'Outre-Mer, à faire émerger de nouveaux opérateurs locaux susceptibles d'exercer pleinement leur libre accès à la commande publique. Il est ainsi possible aux acheteurs publics de réserver jusqu'à un tiers de leurs marchés aux PME locales, à condition que cette réserve n'excède pas 15% du montant annuel des marchés du secteur économique concerné conclus par l'acheteur public considéré au cours des trois dernières années.

⁸ Directive n°2014/24 précitée, art. 18

⁹ Ord. 23 juillet 2015, art. 1 et 2

¹⁰ Décret de codification du 1^{er} août 2006

¹¹ Req. n°297711, Syndicat des entreprises générales de France

¹² Instruction du gouvernement aux préfets du 27 avril 2017 (n°1710251J) relative aux délibérations et actes des collectivités territoriales imposant l'usage du français dans les conditions d'exécution des marchés publics.

¹³ Req. n°1704447, Préfète de la Région Pays de la Loire, Préfète de la Loire-Atlantique

L'extension de cette expérimentation exigerait, en tout état de cause, l'aval de la Commission européenne, au regard de l'Accord OMC, ce qui est loin d'être acquis...

Pour résumer, réserver une part de marchés publics à des PME nationales implique de renégocier l'Accord OMC et de réviser la Directive, soit une « mission quasi impossible » à court terme, même si à moyen terme, pourrait être mis à profit le mouvement actuel d'ouverture, via des accords bilatéraux, de leur commande publique par divers pays tiers à l'Union, comme le Japon et le Mexique, en faveur des entreprises étrangères.

En tout état de cause, une question sensible demeure : comment définir le « bon quota », sachant que dans certains secteurs comme le bâtiment, la part de marchés publics dévolue aux PME est très élevée, bien au-delà de 15%.

Aussi, selon la CCI Paris Ile-de-France, convient-il plutôt d'envisager d'autres leviers en faveur des PME, pas nécessairement en en créant de nouveaux mais en optimisant ceux existants.

DES VOIES DE PROGRÈS À PROMOUVOIR :

RECOMMANDATIONS DE LA CCI PARIS ILE-DE-FRANCE

1 - SUR LES PROCÉDURES DE PASSATION

1.1 - DÉVELOPPER LE SOURÇAGE

Avancée des réformes s'inscrivant dans une démarche anticipatrice et prospective, le sourçage (ou *sourcing*) n'a pas encore livré toutes ses potentialités même s'il est de plus en plus utilisé par l'Etat ou les collectivités territoriales (Ville de Paris, Nantes Métropole...).

Régi par les articles 40 de la Directive, 48 de l'ordonnance et 5 du décret, il autorise officiellement¹⁴ les acheteurs publics à procéder, en amont des procédures de passation, à des consultations, à la réalisation d'étude de marché, à la sollicitation d'avis de candidats potentiels. Ils peuvent ainsi anticiper au plus près la définition de leurs besoins et le contenu du contrat à venir.

RECOMMANDATIONS

Mais attention, ces échanges antérieurs ne doivent pas ultérieurement fausser la concurrence lors de la procédure de passation ou susciter des soupçons de délit de favoritisme. C'est pourquoi, **plusieurs précautions sont requises :**

- ✓ Un document unique doit servir de référence pour contacter les entreprises, sorte de « mini-cahier des charges » énonçant les grandes caractéristiques du marché¹⁵
- ✓ le sourçage doit être mené par un organe collégial ;
- ✓ un procès-verbal est à rédiger et à diffuser aux soumissionnaires, les concurrents « sourcés » devant ensuite répondre à toutes les questions de l'ensemble des nouveaux soumissionnaires.

Cela étant, ces mêmes entreprises « sourcées » ne peuvent être exclues d'emblée du processus de

passation que dans le seul cas où elles ont eu accès à des informations susceptibles de créer une distorsion de concurrence avec les autres et qu'il ne peut être remédié à une telle situation.

Plus concrètement, il serait opportun de mettre à profit des expériences menées dans d'autres pays européens comme l'organisation de « **speed dating entreprises** » (Pays-Bas). La CCI Paris Ile-de-France œuvre déjà en ce sens : d'une part, via l'organisation de formations des PME à la commande publique en s'appuyant notamment sur des financements européens (jusqu'à 50%) et, d'autre part, via la création de plateforme de rapprochement entre maîtres d'ouvrage et PME, comme CCI Business Grand Paris, ce qui permet aux entreprises d'anticiper leurs investissements.

1.2 - PRIVILÉGIER LA RESPONSABILITÉ CONJOINTE DES GROUPEMENTS D'ENTREPRISES

Les acheteurs publics ont eu souvent tendance, pour leur propre sécurité juridique et financière, à imposer, dès la consultation ou, pire encore, après l'attribution du contrat, le caractère solidaire du groupement, « l'un payant pour tous les autres » et non pas selon sa seule part au manquement comme cela est la règle dans un groupement conjoint. Cette obligation a été un frein significatif dans l'accès des PME à la commande publique, chacune étant financièrement engagée pour toutes.

Sur demande insistante des professionnels, l'article 45 du décret de 2016 prévoit que l'acheteur public ne peut exiger lors des procédures de passation que le groupement ait une forme juridique déterminée. Après l'attribution, il ne peut émettre une telle exigence que si elle est nécessaire à la bonne exécution du marché et s'il l'a justifiée dans le règlement de consultation.

RECOMMANDATION

Si sur le plan réglementaire, le système est bordé, en pratique, la vigilance est de mise. Les groupements conjoints doivent être la ligne de conduite.

¹⁴ Avant les réformes, de telles pratiques s'étaient développées mais de manière officieuse

¹⁵ De tels documents existent déjà sous l'appellation de « request for information » (RFI)

1.3 - SUPPRIMER L'OBLIGATION DE RESPONSABILITÉ SOLIDAIRE EN CAS DE RECOURS AUX CAPACITÉS D'AUTRES ACTEURS

Dans le prolongement du point précédent, un écueil notable subsiste. L'article 48 du décret de 2016 traite du cas où l'entreprise candidate a recours aux capacités d'autres acteurs et permet à l'acheteur public d'exiger une responsabilité solidaire si elle est nécessaire à la bonne exécution du marché.

Or, il s'agit d'une « surtransposition » de la Directive qui limitait cette faculté aux hypothèses où ces autres acteurs apportaient leur soutien au titre des seuls critères liés à la capacité économique et financière.

RECOMMANDATION

L'article 48 du décret doit être abrogé.

1.4 - UTILISER DAVANTAGE LA PROCÉDURE DES « PETITS LOTS »

Prévue à l'article 22 du décret de 2016, ce processus tend à éviter que les PME soient écartées des marchés les plus importants supérieurs aux seuils des procédures formalisées. En cas d'allotissement, il autorise la mise en œuvre d'une procédure adaptée pour les « petits lots » inclus dans ces marchés, à savoir ceux en dessous des seuils de 80 000 euros (fournitures et services) ou 1 million d'euros (travaux), avec un butoir : le montant cumulé de ces « petits lots » ne peut dépasser 20% de la valeur globale de l'ensemble des lots.

Schématiquement, ces 20% peuvent être attribués à des PME selon une procédure adaptée qui les affranchit du lourd process de l'appel d'offres.

RECOMMANDATION

Cette possibilité ouverte par l'article 22 n'est pas encore suffisamment utilisée par les acheteurs publics, il conviendrait de les sensibiliser à son intérêt pour les PME et à l'allègement de procédure qu'elle entraîne aussi pour eux.

1.5 - PRÉVOIR LA RÉGULARISATION DES OFFRES

L'article 59 du décret a ouvert opportunément cette voie, utile pour des PME qui ne ne sont pas encore

aguerries aux méandres de la commande publique et qui peuvent commettre des « erreurs de jeunesse ».

Quelle que soit la procédure de passation, l'acheteur public a désormais la faculté d'autoriser les soumissionnaires à régulariser leurs offres, à condition qu'elles ne soient pas anormalement basses et que cela n'ait pas pour effet de modifier leurs caractéristiques substantielles.

RECOMMANDATION

Il est indispensable de sensibiliser les acheteurs publics à cette faculté de régularisation afin de sécuriser les PME.

1.6 - DÉFINIR DES CRITÈRES PERMETTANT UNE RÉPONSE PERTINENTE DES PME

Conformément à l'article 62 du décret, le choix de l'attributaire du marché peut s'opérer selon deux approches :

- Soit un critère unique qui peut être :
 - Le prix à condition que le marché ait pour seul objet l'achat de services ou de fournitures standardisés dont la qualité est insusceptible de variation d'un opérateur à l'autre, ce qui signifie qu'en marchés de travaux, il n'est plus possible de choisir l'entreprise sur la seule base du prix ;
 - le coût global (prix d'acquisition, cycle de vie, consommation énergétique, recyclage, impact environnemental...);
- Soit une pluralité de critères non discriminatoires et liés à l'objet du marché et à ses conditions d'exécution (prix, coût, aspects qualitatifs, environnementaux, sociaux...).

Dans les procédures formalisées, la pondération des critères est obligatoire (exprimée par un coefficient, sous forme d'une fourchette avec un écart maximum approprié) ; en cas d'impossibilité pour raisons objectives, ils sont hiérarchisés par ordre décroissant d'importance.

RECOMMANDATIONS

D'une part, les critères liés au développement durable, au caractère innovant et au cycle de vie des produits peuvent permettre aux PME de faire valoir leur savoir-faire et leur valeur ajoutée (circuits courts, bilan carbone, gestion des déchets...).

D'autre part, lorsque la **négociation** est autorisée, il est essentiel **qu'elle puisse porter sur l'ensemble des critères et non pas sur le seul prix**, ce qui désavantage les PME. Cela est d'autant plus important que pour les marchés de travaux la négociation concerne la quasi-totalité des contrats puisque les MAPA sont autorisées jusqu'à un montant de 5 225 000 euros.

1.7 - VALORISER LA PRÉSENTATION DE VARIANTES

Selon l'article 58 du décret de 2016, dans les MAPA, les variantes sont autorisées sauf interdiction expresse dans les documents de consultation. Dans les procédures formalisées des pouvoirs adjudicateurs, le principe est inversé : elles sont prohibées sauf mention expresse dans l'avis d'appel à concurrence. En tout état de cause, il est possible aussi d'imposer la présentation de variantes, appelées alors « variantes obligatoires ».

Les variantes sont un excellent moyen pour les PME de mettre en avant leurs capacités créatives en émettant des propositions alternatives sur les composantes du marché (caractéristiques techniques, solutions innovantes, méthodologies, commercialisation, délais de réalisation, réduction des coûts...), lesquelles peuvent davantage répondre aux besoins des acheteurs publics.

RECOMMANDATIONS

Favoriser la présentation de variantes contribuant à l'attractivité de la commande publique pour les PME en incitant les acheteurs publics à les autoriser plus largement.

1.8 - SIMPLIFIER ET SÉCURISER LE PARTENARIAT D'INNOVATION

Ce contrat est source de potentialité pour les PME en ce qu'il permet aux acheteurs publics de mieux utiliser les marchés publics comme vecteur stratégique en faveur de l'innovation. Le but est d'atteindre, d'ici 2020, un objectif de 2% de la commande publique dévolue aux PME innovantes.

Aux termes de l'article 93 du décret de 2016, ce mode conventionnel suppose qu'il n'existe aucune solution disponible sur le marché susceptible de répondre aux besoins, ce qui implique une analyse préalable précise de la part du pouvoir adjudicateur. Le sourcing peut être ici très utile.

Pour favoriser l'émulation et la créativité, l'acheteur public peut décider, dès lors qu'il l'annonce dès le lancement de la procédure, de conclure un partenariat avec plusieurs entreprises, lequel sera alors composé de contrats individuels s'exécutant séparément, ce qui est un atout pour les PME.

Les offres sont négociées (sauf décision contraire du pouvoir adjudicateur qui peut fixer une attribution selon les offres initiales) quant au prix, aux aspects techniques ou à la répartition des droits de propriété intellectuelle, en phases successives le cas échéant. A l'issue de ces discussions, les candidats remettent une offre finale qui ne peut plus alors être négociée.

RECOMMANDATIONS

Pour donner leur chance aux PME, plusieurs conditions doivent être remplies :

- ✓ Une **bonne définition de l'objet du partenariat d'innovation avec un budget calé**, afin d'éviter tout dérapage ;
- ✓ Une **rédaction ouverte du cahier des charges** pour ne pas brider la créativité des entreprises, **tout en énonçant clairement les marges de performance attendues** ;
- ✓ L'engagement par l'acheteur public du **respect des droits de propriété intellectuelle à chaque étape de la négociation** ;
- ✓ L'identification au sein du pouvoir adjudicateur d'une **équipe de négociation formée à cet effet**.

2 - SUR L'EXÉCUTION DU MARCHÉ

2.1 - ACTIONNER DIVERS OUTILS FINANCIERS FAVORABLES AUX PME

- A. Les *avances*, avant commencement d'exécution, sont obligatoires à hauteur de 5% pour les marchés d'un montant supérieur à 50 000 euros et d'une durée dépassant deux mois. En dessous de ce seuil, elles sont facultatives.

RECOMMANDATION

Les PME étant fréquemment intéressées par des marchés inférieurs à 50 000 euros, il est essentiel, pour alléger leur charge de trésorerie, **d'inciter les acheteurs publics à acquitter une avance de 5%**.

En outre, quel que soit le montant du marché, il s'agit de **mettre réellement en œuvre la possibilité**, prévue à l'article 110 du décret de 2016, **de dépasser le pourcentage de 5% avec un butoir de 30%, sans exigence de garantie financière de remboursement**.

- B. Les *acomptes* sont versés, selon l'article 114 du décret de 2016, au fur et à mesure de l'exécution, tous les mois si le titulaire du contrat est une PME (tous les trois mois pour les autres).

RECOMMANDATION

Toutefois, pour les marchés de fournitures et de services, **l'entreprise doit en faire la demande, ce qui est un frein. Cette exigence devrait donc être abandonnée** par modification de l'article 114.

2.2 - CORRIGER DES DISPOSITIONS ET PRATIQUES PÉNALISANT FINANCIÈREMENT LES PME

- A. En cas de *retard de chantier non causé par l'entreprise titulaire du marché*, depuis un arrêt du Conseil d'Etat du 5 juin 2013, Région de Haute Normandie¹⁶, l'entreprise ne peut plus se faire dédommager par le maître d'ouvrage, sauf à démontrer la faute caractérisée de celui-ci ou le bouleversement dans l'économie du contrat. Or, une telle faute est rare en pratique car les retards proviennent notamment d'erreur ou de difficultés dans la maîtrise d'œuvre, d'une autre entreprise qui dépose le bilan, de problèmes géologiques...

RECOMMANDATION

Il est indispensable de remettre en cause cette jurisprudence et de prévoir expressément dans

l'ordonnance de 2015 en imposant au maître d'ouvrage l'obligation d'indemniser le titulaire du marché des préjudices subis en cas de modification unilatérale du délai contractuel d'exécution du fait de difficultés rencontrées dans la réalisation du marché ne relevant ni de son fait ni de sa faute.

- B. Il est courant que l'entreprise soit confrontée à des *demandes de travaux supplémentaires dites à « zéro euro »*. Elle reçoit ainsi des ordres de service exigeant d'elle de tels travaux non valorisés. Or, selon l'article 3.8.3 du Cahier des clauses administratives générales (CGAG), le titulaire du marché doit se conformer aux ordres de service notifiés, que ceux-ci aient ou non fait l'objet d'observations de sa part.

RECOMMANDATION

Il s'agirait de modifier cet article 3.8.3 du CGAG pour **interdire formellement les ordres de service à « zéro euro » portant sur des travaux supplémentaires**.

2.3 - INTRODUIRE DES CLAUSES DE RÈGLEMENT AMIABLE DES DIFFÉRENDS D'EXÉCUTION

L'article 142 du décret de 2016 prévoit des dispositifs d'intensité différente :

- Le recours aux comités consultatifs de règlement des différends qui rendent un avis après avoir recherché des éléments de droit et de fait en vue d'une solution amiable et équitable ;
- Le Médiateur des entreprises qui agit comme tierce partie, sans pouvoir décisionnel, afin d'aider les parties en ayant exprimé la volonté à trouver un accord mutuellement acceptable. Gratuité et confidentialité sont les maîtres-mots de sa mission.

RECOMMANDATION

Pour éviter de longs et coûteux procès pour les PME, il est essentiel de veiller à insérer dans les marchés publics des clauses de recours au Médiateur des entreprises. Autre avantage, depuis l'article 5 de la loi du 18 novembre 2016 sur la modernisation de la justice du XXIème siècle¹⁷, les délais de recours et de prescription sont interrompus à compter du jour où les parties conviennent de recourir à la médiation ou, à défaut d'accord écrit, à compter de la première réunion avec le médiateur.

¹⁶ Req. n°352917

¹⁷ Art. L 213-6 du Code de justice administrative

<p>Registre de transparence de l'Union européenne N° 93699614732-82</p>	<p>Chambre de commerce et d'industrie de région Paris Ile-de-France 27, avenue de Friedland F - 75382 Paris Cedex 8 http://www.etudes.cci-paris-idf.fr</p>	<p>Contact experts Dominique Moreno tél. : +33 1 55 65 75 12</p>	<p>Contact presse Isabelle de Battisti tél. : +33 1 55 65 70 65 idebatisti@cci-paris-idf.fr</p>
<p>Vox Suivez-nous sur Twitter : @CCIParisIdf_Vox</p>			

Directeur de la publication : Etienne GUYOT
CCI Paris Ile-de-France
27 avenue de Friedland - 75382 Paris cedex 08
Rapports consultables ou téléchargeables sur le site :
www.cci-paris-idf.fr
Dépôt légal :
ISSN : 0995-4457 – Gratuit
ISBN :

