

ALERTE JANVIER 2018

Comment rendre plus attractifs les marchés publics pour les PME? Recommandations de la CCI Paris Ile-de-France

http://www.cci-paris-idf.fr/sites/default/files/etudes/pdf/documents/rapport_marches_publics.pdf

Selon la CCI P, « 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 » (p. 3).

Avancées réalisées par la réforme de 2015

Le droit des marchés publics n'est pas centré sur les PME, « 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 » (p. 3).

Selon la CCIP, la récente réforme comporte quelques avancées favorables aux PME :

Le maintien d'un seuil de dispense de formalités à 25000 euros HT (...)

La préservation des marchés à procédures adaptées (MAPA) en dessous des seuils des procédures formalisées, 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 225000 euros) leur donne une emprise majeure » (p. 5)

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;

A signaler également « 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 des « prix de gros » (p. 6).

Enfin, 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 doit également être signalée.

Pour autant, la CCIP considère que la situation des PME peut encore être améliorée par les pratiques des acheteurs.

Synthèse des principales recommandations

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 sourçage 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 » (p. 4).

Si certaines recommandations ne surprendront pas (elles sont classiques ou marquées au coin du bon sens), d'autres, plus originales méritent qu'on s'y attarde.

Mettre en place une procédure de sourçage

Selon la CCIP, « les échanges antérieurs ne doivent pas ultérieurement fausser la concurrence lors de la procédure de passation ou susciter des soupçons de délit de favoritisme » (p. 14), ce qui la conduit à suggérer que plusieurs précautions soient prises.

- « un document unique doit servir de référence pour contacter les entreprises, sorte de « mini-cahier des charges » énonçant les grandes caractéristiques du marché » (p. 15)
- « 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 » (Idem).

Bien entendu « 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 » (Idem).

Privilégier la responsabilité conjointe des groupements d'entreprise

La CCIP revient sur la tendance des acheteurs publics à imposer la constitution, ou la transformation des groupements d'entreprise en groupement solidaires.

Or, « cette obligation a été un frein significatif dans l'accès des PME à la commande publique » (p. 9). On apprendra donc que c'est « sur demande insistante des professionnels, (que) 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 (et surtout qu') 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 » (Idem).

Abroger la possibilité d'imposer la solidarité en cas de recours aux capacités d'autres opérateurs

Comme on le sait, l'article 48 du décret de 2016 traite du cas où l'entreprise candidate a recours aux capacités d'autres acteurs, par contre on a peu remarqué que la même disposition « permet à l'acheteur public d'exiger une responsabilité solidaire si elle est nécessaire à la bonne exécution du marché » (p. 10).

La CCIP relève qu'« 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 » (Idem), et conclut à l'abrogation de cette règle. On ne peut qu'approuver une dérive qui ne peut que conduire à l'impossibilité pour les PME d'accéder à la commande publique. En effet la possibilité de bénéficier du concours technique (humain, ou matériel) d'autres opérateurs, généralement de même taille que le candidat ne doit pas être confondu avec le groupement. Deux opérateurs économiques peuvent parfaitement accepter de se prêter assistance pour l'exécution d'un marché, sans vouloir pour autant s'engager dans un contrat de groupement ou de sous-traitance. Ce qui n'exclut d'ailleurs pas qu'un contrat soit passé entre eux à cette occasion, mais sans qu'il comporte toutes les obligations de ceux qui précèdent.

Bien entendu, on comprend l'inquiétude de certains acheteurs publics qui ne disposent que de faibles recours en cas de défaillance, car le contrat ayant un effet relatif, il ne saurait, sauf clause contraire, produire effet à son égard. Une réflexion devrait d'ailleurs être menée sur ce point, elle consisterait à créer une obligation pour l'opérateur qui met à disposition ses moyens de respecter celle-ci, non pas en passant par la solidarité, mais par un mécanisme plus léger, ne serait-ce que par la possibilité pour l'administration d'invoquer le contrat passé entre les deux PME. Une notification de celui-ci complétée par l'adjonction de l'engagement « de second rang » de la MPE qui apporte son concours à l'égard de l'acheteur pourrait suffire à tranquilliser les esprits. La nature du concours pourrait également être précisée dans cette convention.

Encourager les « petits lots »

L'article 22 du décret de 2016, 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 80000 euros (fournitures et services) ou 1 million d'euros (travaux), leur montant cumulé ne pouvant dépasser 20% de la valeur globale de l'ensemble des lots. Pour la CCI P « 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 » (p. 10).

Vieilles recettes éprouvées

La CCIP signale la possibilité désormais d'user des « 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...) » (p. 11).

De même, l'encouragement de la négociation ne surprendra pas, si ce n'est l'emploi malheureux du mot « critère », car c'est sur les clauses et non les critères qu'elle peut porter (p. 11). En réalité, la proposition vise à permettre un rapprochement du savoir faire et des capacités des entreprises du besoin de l'administration.

Quelques oublis

L'article 6 du décret du 25 mars 2016, n'autorise plus que les seuls cahiers des charges se référant à des normes ou se limitant à énoncer des fonctionnalités. Or, il y aurait lieu de sensibiliser les acheteurs à mettre fin aux spécifications techniques décrivant les moyens de la réalisation (briques, parpaings, etc...) et non la fonction du mur qu'il s'agit de bâtir. Si l'article 6 était véritablement appliqué, il ne serait plus besoin d'encourager les variantes, chaque opérateur économique pourrait exécuter le marché avec sa propre méthode dès lors qu'il s'est engagé à atteindre le résultat fonctionnel exprimé par l'administration (pour revenir à l'exemple du mur, ses fonctionnalités seront la portance, l'isolation phonique, thermique...).

De même, une réflexion pourrait être menée sur les accord-cadres (l'absence d'engagement sur un minimum de commandes, la massification de l'achat qu'ils encouragent).

S'il se trouvait quelque esprit grincheux pour être réservé sur la démarche de la CCI P, qui remarqueraient que tous les points de droit signalés par la CCI P ne sont pas réservés aux PME (spécialement, les partenariats d'innovation), on leur objectera que le thème du Small business act fait désormais office de chiffon rouge. Les marges des pouvoirs nationaux sont par conséquent faibles, le Rapport de la CCI P présente donc le mérite de renvoyer les acheteurs publics à leurs responsabilités, et peut être même à leurs sensibilités, propres.

Et puis, la censure n'a jamais empêché Molière, une clause peut en cacher une autre...

VEILLE

A l'Agence Française anticorruption

<https://www.economie.gouv.fr/afa>

Projet de recommandations sur la prévention des atteintes à la probité

L'Agence française anticorruption a soumis à consultation publique (achevée le 16 décembre 2017) relative un projet de recommandations sur la prévention et la détection des manquements au devoir de probité (corruption, trafic d'influence, concussion, prise illégale d'intérêt, détournement de fonds publics et favoritisme).

Les documents relatifs aux différentes étapes de la démarche sont tenus à la disposition des acheteurs sur son site, sous format Pdf :

- la présentation des recommandations
- l'élaboration d'une cartographie des risques
- la mise en place d'un code de conduite anticorruption
- la mise en place d'un dispositif d'alerte interne
- la procédure d'évaluation des tiers
- les procédures de contrôles comptables, outils de prévention et de détection de la corruption
- le dispositif de formation aux risques de corruption
- le dispositif de contrôle et d'évaluation interne
- l'engagement de l'instance dirigeante dans la prévention et la détection de faits de corruption
- les précisions à l'attention des acteurs publics
- les précisions à l'attention des acteurs disposant de faibles ressources

Au MEDEF

Dématérialisation et numérique dans les marchés publics

<http://www.medef.com/fr/content/dematérialisation-et-numérique-dans-les-marchés-publics>

La dématérialisation de la passation des marchés publics sera obligatoire pour tous les secteurs le 1^{er} octobre 2018, ceci explique que le MEDEF soit particulièrement intéressé par

les opportunités qu'offrent la dématérialisation des procédures de passation et d'exécution des contrats issus de la commande publique : amélioration en termes de coûts, de fiabilité et de rapidité des procédures. D'une taille conséquente (48 pages), le Guide entend « accompagner les entreprises dans cette démarche en leur indiquant ce qu'il est nécessaire de mettre en place ». Il aborde également des thèmes périphériques : facturation électronique, numérique et sécurité informatique.

On relèvera également une sélection de jurisprudences relatives à la dématérialisation. Même, s'il aurait été nécessaire de préciser que certaines des irrégularités sanctionnées, le seraient plus depuis l'arrêt SMIRGEOMES, et Tarn-et-Garonne (condition tenant à l'intérêt lésé), certaines sont peu connues, telle l'affaire suivante :

« un additif est mis en ligne sur le site d'un acheteur et modifie le DCE. Une entreprise conteste la procédure, prétendant n'avoir jamais reçu ce courriel d'information via la plateforme. Or le juge estime « qu'il n'est pas établi que son envoi [du courriel] ait été réitéré ou qu'un accusé de réception ait été demandé de manière à permettre de vérifier que les entreprises qui avaient précédemment retiré les documents de la consultation du marché en avaient pris connaissance » (TA Toulouse, 29 mars 2010, CBB Electricité-Climatisation, n° 1001105) ». La décision suggère en effet une parade aux mails qui ne reçoivent pas de confirmation de lecture. Il suffit de les réitérer...