

Beauvais, 22 JUIL. 2015

Préfecture
Secrétariat Général
Direction des Relations
avec les Collectivités Locales
Bureau du Contrôle de la Légalité
Affaire suivie par M. Bernard Miramende
Tél. : 03 44 06 12 59
Fax : 03 44 06 12 56
Courriel : bernard.miramende@oise.gouv.fr

Le Préfet de l'Oise

à

Monsieur le Président du Conseil Départemental de l'Oise
Mesdames et Messieurs les Maires
Mesdames et Messieurs les Présidents des établissements publics de coopération intercommunale
Monsieur le Président du Service d'incendie et de secours (pour information)
Messieurs les Sous-préfets
Madame le Directeur départemental des finances publiques
Monsieur le Directeur départemental de la protection des populations

Objet : Mesures tendant à favoriser l'accès des très petites entreprises (TPE) et moyennes entreprises (PME) à la commande publique

Dans le prolongement de ma circulaire du 17 novembre 2014 qui vous informait de modifications et mesures de simplifications se rapportant à la commande publique, il m'est apparu utile d'appeler votre attention sur l'accès des TPE et PME à la commande publique.

En effet, celles-ci sont souvent découragées de soumissionner à un contrat public de par la complexité des dossiers qui sont demandés à l'appui d'une offre et des conditions de mise en concurrence tant sur le plan de la candidature que sur celui de la formulation de l'offre. De ce fait, l'acheteur public se prive potentiellement de la capacité et de la souplesse de toute une partie de petites entreprises y compris locales.

Pour autant, faciliter l'accès des TPE et des PME à la commande publique ne signifie pas les favoriser, car l'achat public repose sur une double exigence de transparence et de responsabilité. Mais cela implique a minima de ne pas les pénaliser, et peut aller jusqu'à utiliser de la manière la plus pertinente possible certains dispositifs prévus par le Code des Marchés Publics (CMP) en pleine sécurité juridique.

Ce faisant l'acte d'achat doit être le fruit d'une réflexion globale tant dans la préparation de l'achat que dans les mesures de mise en concurrence et publicité mises en œuvre.

1 La préparation de l'achat :

L'acte d'achat qu'il soit de services, de fournitures ou bien de travaux oblige à définir son besoin ainsi qu'à acquérir une connaissance du secteur économique susceptible d'apporter une réponse au besoin préalablement défini.



11) Définition du besoin :

Cette définition suppose de mener une réflexion dans le cadre strict de ses propres compétences. Cela suppose d'avoir une connaissance fine des attentes des usagers et des projets portés par le secteur privé dans son périmètre de compétence, éléments extérieurs qui sont susceptibles d'impacter son propre besoin.

Par exemple, lors de la construction d'une école pour remplacer un bâtiment vétuste et inadapté, omettre d'intégrer l'instruction d'une demande de lotissement de 20 parcelles par ses propres services conduit à s'exposer à la passation d'un avenant pour étendre les capacités d'accueil de l'école, très risqué pour l'élu en fin de marché.

L'article 5 du code des marchés publics (CMP) oblige également la puissance publique à intégrer des objectifs de développement durable, cela peut porter sur les exigences techniques mais également sur les critères de choix. Ainsi, toujours pour ce qui concerne la construction d'une école une réflexion peut être menée sur son impact environnemental mais également sur le coût du bâtiment à l'entretien.

Une bonne définition du besoin se traduit nécessairement dans le cahier des charges qui sera ainsi plus précis sur les objectifs et permet aux entreprises de comprendre exactement ce que l'on attend d'elle.

12) La connaissance du marché :

Les acheteurs publics oublient souvent que la passation d'un marché revient à solliciter les entreprises d'un secteur économique.

J'ai pu constater que certaines consultations n'étaient pas toujours conçues pour permettre à l'ensemble des entreprises susceptibles de répondre, de présenter une offre conforme aux besoins exprimés.

Il peut être utile dans ce cas de se poser certaines questions :

- l'offre est elle nationale, régionale ou locale ?
- quelles sont les pratiques des fournisseurs ?
- comment s'organise la concurrence dans le secteur que l'on souhaite solliciter ? (nombre d'entreprise, agressivité commerciale)
- quelles sont les tendances d'un marché ?
- la solution que je préconise est-elle la seule envisageable pour parvenir au résultat escompté ?

Il y a donc un travail prospectif préalable, lors de salons professionnels ou sur des sites internet, de contact avec les entreprises qui devra être mené afin d'une part, d'établir le cahier des charges et d'autre part, de comprendre quels seront les critères qui pourront être mis en œuvre.

13) Recourir largement à l'allotissement

Faciliter l'accès des PME à la commande publique, c'est d'abord leur permettre de candidater. Il faut donc lancer des consultations adaptées à la taille des entreprises. L'allotissement, obligatoire selon l'article 10 du CMP, répond à cette exigence : outre des lots techniques, il est conseillé de créer des lots géographiques qui permettent aux entreprises locales de se porter candidates lorsque la segmentation régionale ou nationale n'est pas pertinente.

Le découpage d'un marché en lots peut s'avérer particulièrement intéressant au regard de l'article 27 III du CMP sur la notion de petits lots¹, qui permet de les extraire d'un appel d'offres pour les passer en « procédure adaptée » avec notamment la possibilité de négocier si on a pris le soin de le prévoir dans le règlement de consultation.

Ainsi, l'allotissement permet aux petites entreprises d'accéder directement à la commande publique et de bénéficier des délais de paiement réduits applicables. Il est à noter que la nouvelle directive européenne² prévoit toujours l'allotissement comme un principe de référence, lequel est d'ailleurs étendu aux acheteurs soumis à l'ordonnance de 2005³.

14) Prévoir des clauses contractuelles claires et adaptées aux marchés et aux besoins :

141) Augmenter le taux de l'avance

La trésorerie des entreprises est fragile en période de crise : sans la possibilité de percevoir une avance conséquente, beaucoup de TPE/PME n'osent pas candidater à des marchés de crainte de se retrouver en difficulté financière. Or, si le CMP prévoit un système d'avance obligatoire pour les marchés dépassant 50 000 € HT et deux mois de délai d'exécution, il reste optionnel pour les autres marchés.

Pour rendre un marché plus attractif aux petites entreprises, il peut être intéressant de **prévoir contractuellement la possibilité d'une avance lorsque cela n'est pas obligatoire et/ou d'en augmenter le taux.**

Dans le souci de se garantir au regard de l'engagement de crédits publics, certains services adjudicateurs demandent aux titulaires d'un marché de cautionner l'intégralité du marché. Si cette démarche est prévue par le CMP, en revanche, concernant les avances, cette caution ne revêt pas un caractère obligatoire dans la mesure où elle est inférieure à 30 % du montant du marché : cette exigence coûteuse est de nature à créer une barrière financière.

142) Simplifier les clauses administratives

La complexité de certains cahiers des clauses administratives particulières (CCAP) peut rebuter les entreprises ne disposant pas en interne des ressources juridiques pour en étudier toutes les subtilités : il est préférable de **limiter la rédaction des CCAP aux dispositions propres au marché** et de renvoyer au cahier des clauses administratives générales (CCAG) de référence pour les autres dispositions.

Les CCAG contiennent des dispositions relatives aux pénalités qui ont été négociées avec les représentants des entreprises : il est conseillé de s'y référer, toute modification vers un système de pénalités plus coercitif devant être justifiée par l'enjeu du contrat, car il peut, sous couvert d'une fausse protection du pouvoir adjudicateur, constituer une véritable barrière à l'entrée très dissuasive.

Bien évidemment, vous aurez pris soin de prendre connaissance du contenu des CCAG, car de nombreux acheteurs se contentent d'adapter un exemple trouvé sur internet sans en comprendre le mécanisme et d'en reproduire ainsi les écueils.

2) La passation du marché

21) Développer l'information relative aux consultations

La publicité d'un marché permet d'ouvrir plus largement la concurrence : les obligations en la matière sont inscrites dans l'article 40 du CMP.

¹ Les petits lots répondent à deux conditions : être inférieurs à 80 000 € HT (1 000 000 € HT pour les travaux) et leur montant cumulé ne doit pas excéder 20 % de la valeur totale du marché.

² Directive 2014/24 du Parlement européen et du Conseil du 26 février 2014 sur la passation des marchés publics et abrogeant la directive 2004/18/CE

³ Ordonnance n° 2005-649 du 6 juin 2005 relative aux marchés passés par certaines personnes publiques ou privées non soumises au CMP

L'acheteur doit veiller à rédiger une **annonce claire et suffisamment détaillée** afin de permettre aux candidats de prendre la pleine mesure du besoin, et à la diffuser via le support le mieux adapté, ce qui peut comprendre un journal spécialisé correspondant au secteur économique concerné.

Pour ce qui concerne les TPE/PME « locales », un système d'avis de pré-information peut leur permettre d'anticiper et de s'organiser en vue de constituer des groupements pour les marchés complexes ou de grande importance.

À l'inverse, pour les marchés de faible montant, qui ne sont pas soumis à une obligation de mise en concurrence, il peut être utile de publier en début d'année dans un journal d'annonces local les domaines sur lesquels de tels marchés pourront être passés afin de susciter des candidatures nouvelles qui viendront alimenter vos viviers de fournisseurs potentiels.

22) Le prix n'est pas le seul critère :

La plupart des consultations qu'il m'est donné de contrôler mettent l'accent sur le prix. Or, en agissant ainsi on s'expose à se voir proposer des offres à des prix très attractifs qui auront été mal évaluées et sont susceptibles de générer de nombreux avenants. De même, lors de l'exécution, des malfaçons peuvent être constatées. Il est donc souhaitable de **ne pas affecter un coefficient trop élevé au critère prix**.

Cela implique pour l'acheteur de **procéder à une analyse sérieuse de la valeur technique**. Souvent, je constate que les acheteurs publics affectent une note identique à toutes les offres techniques. Ce faisant le critère de la valeur technique est neutralisé et seul le prix devient déterminant.

De même, d'autres critères peuvent être mise en œuvre comme le coût environnemental en favorisant des matériaux ayant une empreinte environnementale moins importante. Si le critère de la « préférence locale » est illégal, tant au regard des règles communautaires que du CMP, il faut résolument s'appuyer sur la notion de proximité lorsque l'objet du marché le justifie et si la présence d'une antenne locale est souhaitée.

Il est possible, également, de « viser local » avec la mise en place d'un critère de « performance » au regard de considérations environnementales, à utiliser toutefois avec précaution. Par exemple, dans un marché d'approvisionnement en produits frais pour la restauration scolaire ou collective, la prise en compte du circuit de fourniture ou de la fraîcheur (objective) du produit.

23) Déterminer des conditions de participation proportionnées à l'objet du marché :

Si l'acheteur public doit s'assurer que les candidats sont aptes à exécuter le contrat, il ne doit pas exiger des capacités, qualifications, labels ou normes non indispensables à la bonne exécution du marché afin de ne pas limiter de manière injustifiée l'accès à la commande publique. L'exigence capacitaire en termes de chiffre d'affaires a été réduite par le décret du 26 septembre 2014 (le chiffre d'affaires minimum ne peut excéder deux fois la valeur estimée du marché)

En cas d'absence de références (qui doivent de toute manière être substituables et non exclusives) l'acheteur doit savoir prendre en compte le parcours et les compétences du personnel de l'entreprise, son expérience dans les projets, travaux, prestations similaires, ainsi que les missions de sous-traitance effectuées par le candidat.

S'agissant de l'offre, la disponibilité et la proximité des moyens avec le chantier ou le lieu d'exécution de la prestation ainsi que dans le cadre d'opérations de maintien en condition opérationnelle des livrables est à prendre en compte.

24) Prévoir des délais de remise des plis suffisants :

Les délais imposés par le CMP pour certaines procédures sont des délais minima qu'il est possible d'allonger en fonction du contexte : les délais courts de remise des plis favorisent, en effet, les grosses structures qui disposent des services et du personnel nécessaires pour répondre aux différentes consultations. Compte-tenu de leur taille, les PME n'ont pas systématiquement cette capacité : il convient donc de s'assurer que les délais laissés aux entreprises sont suffisants, y compris pour les marchés à procédure adaptée où les délais

sont libres : il n'est alors pas recommandé de descendre sous le délai de 16 jours si l'on entend faire jouer de façon efficace la concurrence.

Une semaine supplémentaire n'occasionne pas de perte de temps, car les offres sont souvent mieux étudiées et plus faciles à analyser.

25) Intégrer, en tant que de besoin, des exigences sociales

Diverses dispositions du Code des marchés publics permettent au pouvoir adjudicateur d'intégrer des exigences sociales lors de l'achat : il est ainsi possible d'introduire une clause sociale d'exécution (art. 14 du CMP) ; de réserver certains marchés ou certains lots à des entreprises ou à des établissements et services d'aide par le travail (art. 15 du CMP) ; de retenir un critère social d'attribution des marchés ou d'accorder un droit de préférence, à égalité de prix ou à équivalence d'offres, à certaines structures (art. 53 CMP).

Potentiellement tous les marchés de travaux et de services peuvent être concernés par une clause sociale, mais elles sont plus aisées à définir et à mettre en œuvre dans les marchés concernant le bâtiment et les travaux publics, la collecte et le traitement des déchets, la restauration, les espaces verts, le nettoyage, etc.

* * * * *

Je vous invite, pour conclure, à demander à vos services en charge de la passation de marchés publics de poursuivre leurs efforts à chaque étape de la passation de vos marchés afin d'accorder aux TPE et aux PME la place privilégiée que la réglementation en vigueur est capable de leur offrir. La commande publique représente en effet un enjeu majeur pour l'économie régionale et l'emploi dans nos territoires.

Enfin, il est rappelé que compte tenu de la situation tendue de trésorerie des entreprises, les acheteurs publics doivent respecter les obligations réglementaires en termes de délais de paiement, dès lors que la prestation relative au marché a été réalisée conformément au cahier des charges étant entendu, qu'il revient au comptable de liquider les intérêts moratoires en cas de dépassement de ces délais de manière automatique.

Mes services restent à votre disposition pour toute précision que vous pourriez souhaiter.



Emmanuel BERTHIER