

# FACILITER L'ACCES DES PME A LA COMMANDE PUBLIQUE



**DIRECTION REGIONALE DES FINANCES PUBLIQUES  
DE HAUTE NORMANDIE ET DU DEPARTEMENT DE LA SEINE-MARITIME**



## **EDITORIAL DU DIRECTEUR**

Dans un contexte de difficultés croissantes de trésorerie rencontrées par les entreprises, en particulier les PME, j'ai souhaité, en liaison avec le Préfet de Haute-Normandie, que soit réalisé un vademecum recensant les bonnes pratiques en matière de marchés publics qui, à réglementation constante, facilitent l'accès des PME à la commande publique.

Ce vademecum est le fruit d'une concertation menée avec les principaux acteurs de l'Etat en matière de marchés publics (pôle concurrence de la DIRECCTE, service dépense de la DRFiP, contrôle budgétaire régional de la DRFiP), les principaux ordonnateurs de l'Etat (DREAL, DDTM), et les représentants des secteurs professionnels (organismes consulaires, fédération des travaux publics, CGPME).

Il a vocation à être diffusé aux ordonnateurs de l'Etat, mais aussi pourquoi pas dans un second temps aux collectivités territoriales.

**Michel Le Clainche**

Directeur Régional des Finances Publiques

■	<b>EDITORIAL DU DIRECTEUR</b>	<b>1</b>
■	<b>1 – FACILITER LE SOUMISSIONNEMENT</b>	<b>3</b>
■	1.1- LA PUBLICITÉ DES APPELS D’OFFRE	3
■	1.2- L’ALLOTISSEMENT	4
■	1.3. LES GROUPEMENTS MOMENTANÉS D’ENTREPRISES	5
■	1.4. LES ENTREPRISES NOUVELLEMENT CRÉÉES	6
■	1.5. LES ENTREPRISES AYANT FOURNI UN DOSSIER INCOMPLET	7
■	1.6. LES CRITÈRES DE CHOIX	8
■	1.7- LES OFFRES ANORMALEMENT BASSES	9
■	<b>2 – FACILITER LA TRESORERIE DES ENTREPRISES</b>	<b>10</b>
■	2.1 – LE RECOURS AUX AVANCES	10
■	2.2. LE DÉLAI GLOBAL DE PAIEMENT	11
■	2.3. LE RECOURS AU PAIEMENT DIRECT DES SOUS-TRAITANTS	12
■	2.4- LA RESTITUTION DES RETENUES DE GARANTIE ET LE RECOURS AUX CAUTIONS BANCAIRES	13

## 1 – FACILITER LE SOUMISSIONNEMENT

### 1.1- la Publicité des appels d'offre

#### □ **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 justifient.

#### □ **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 la plate-forme MPE 276 ([www.mpe276.com](http://www.mpe276.com)) et la plate-forme PLACE des achats de l'Etat ([www.marches-publics.gouv.fr](http://www.marches-publics.gouv.fr)) est vivement encouragé, sachant qu'il contribue 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/guides](http://www.economie.gouv.fr/files/directions_services/daj/marches_publics/conseil_acheteurs/guides))

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.

## **1.2- 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, qui a conduit à annuler une procédure de marché public au motif que celui-ci ne comportait pas de lot séparé, 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, financières, organisationnels. Ainsi l'arrêt du Conseil d'Etat du 9/12/2009, 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.

#### **□ 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, en s'appuyant sur une liste de documents figurant dans l'arrêté du 28/08/2006. Or, les entreprises nouvellement constituées ne disposent pas toujours de références propres.

Pour répondre à cette difficulté la décision du Conseil d'Etat du 9/05/2012, 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, 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, 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, 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, commune de Poindimié par exemple).

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<sup>er</sup> mars 2012).

### **□ 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.

## **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 porter jusqu'à 30% du marché, ou 60% si l'entreprise constitue une garantie.

#### **□ 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 global de paiement**

### **□ Principe :**

En application des décrets du 28 avril 2008 et du 29 mars 2013, le délai global de paiement est fixé, en l'absence de délai prévu au contrat, à 30 jours pour les marchés publics (article 98 du code des marchés publics), mais aussi à compter du 16 mars 2013, pour l'ensemble des contrats de la commande publique (marchés relevant de l'ordonnance du 6 juin 2005, délégations de service public, contrats de partenariat et délégations de service public), et l'objectif est d'arriver à 20 jours en 2017.

A titre d'illustration, pour l'année 2012, le délai global de paiement des dépenses de l'Etat s'établit en Seine-Maritime à 12 jours toutes dépenses confondues, et à 19 jours pour la commande publique.

Afin de renforcer le respect du délai global de paiement, la loi 2013-100 du 28/01/2013 et le décret n°2013-269 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 euros, 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 global fixé par décret.

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).

### **2.3. 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, soit directement au sous-traitant en cas de paiement direct (pour les créances 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 est conseillé, sachant qu'il favorise l'accès des PME à la commande publique et qu'il 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 intéressant pour le sous-traitant si le délai a été fixé contractuellement en deçà du délai global fixé par décret.

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

### **□ Principe :**

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

Ces garanties doivent être remboursées 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 que, 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.

### **□ Bonnes pratiques proposées :**

Rappeler que les retenues de garantie doivent être remboursées dans un délai maximum un mois maximum après l'expiration du délai de garantie, afin de ne pas pénaliser la trésorerie des entreprises.

Par ailleurs, encourager le recours aux cautions bancaires, qui mobilisent moins de trésorerie que les retenues de garantie.