

Lettre d'actualité sur les marchés publics n° 24

Le code des marchés publics et les PME¹

Le futur code n'est pas encore formellement en retard puisqu'il doit sortir pour la fin janvier 2006, mais son élaboration accuse un mois de retard par rapport aux prévisions. En effet, novembre devait être globalement consacré à une deuxième diffusion du document de travail sur le site de Bercy, pour avis de tout un chacun se sentant concerné, puis décembre au Conseil d'Etat pour avis au gouvernement. Eventuelles ultimes corrections, puis circuit des signatures interministérielles et elles sont nombreuses...

Pourquoi ce retard relatif ? Il a fallu pour garder autant que possible la numérotation ancienne revoir l'organisation de l'ensemble entre « pouvoirs adjudicateurs » (nouveau nom donné à la personne responsable des marchés) et « entités adjudicatrices » concernées par la directive sur les industries de réseau eau, énergie, transport, services postaux. Mais surtout le gouvernement a essayé de faire plus et mieux pour les PME et c'est l'objet de la présente lettre que d'en commenter les futures mesures.

¹ -« Sont considérées comme des petites et moyennes entreprises (selon l'article 89 de l'actuel code des marchés publics), les entreprises dont l'effectif ne dépasse pas 250 employés et dont le chiffre d'affaires ne dépasse pas en moyenne, sur les trois dernières années, 40 000 000 €. Ne sont pas considérées comme des PME les entreprises dont le capital social est détenu à hauteur de plus de 33% par une entreprise n'ayant pas le caractère d'une PME au sens du présent code »-.

1. Les mesures générales en faveur des PME.

Tout d'abord la situation des PME en France est loin d'être catastrophique puisque leur participation, pour autant que les chiffres soient fiables, semble légèrement supérieure à ce qui se passe dans le reste de l'Europe. Selon le dernier recensement économique sur les marchés de 1998², les PME bénéficieraient au moins de 30 % des marchés de l'Etat et de 57 % des marchés des collectivités territoriales. (Souvent sous-traitantes d'un titulaire de marché public, les PME sont plus rarement directement titulaires du marché). Ce n'est cependant pas une raison pour ne rien faire. Les PME constituent le tissu industriel français dominant, et surtout elles représentent les chances les plus grandes d'amélioration de la situation générale de l'emploi. Accessoirement, leur poids électoral n'est pas nul...

On a d'abord regardé ce qui se faisait à l'extérieur et notamment aux Etats-Unis, avec la Small Business Administration née du Small Business Act en 1953. On a même beaucoup admiré ce modèle qui a pour mission « d'aider et de conseiller les petites entreprises, de protéger leurs intérêts, de préserver la libre concurrence entre les entreprises et de renforcer l'économie du pays ». La Small Business Administration prête et offre une garantie de prêts et de capital-risque de plus de 45 milliards de dollars, ce qui fait d'elle probablement le premier bailleur de fonds pour les petites entreprises. Mais tout n'est pas si rose et Sandrine GORRERI, dans un article intitulé « SBA : un modèle bien mal en point », cite un article de Venture Capitalism³ qui met en relief les pertes du programme et sa fermeture envisagée...

La France a de son côté un organisme qui répond aux préoccupations de financement, c'est l'OSEO qui regroupe l'ancien CEPME, la Sofaris et l'ANVAR. Le gouvernement va doubler les dotations du groupe OSEAO ANVAR qui devraient passer à 120 millions d'euros et OSEO Sofaris à 200 millions d'euros.

² Cité par l'étude « PME et marchés publics », in Regards sur les PME n° 5, page 27.

³ Sandrine GORRERI ; « SBA : un modèle bien mal en point », in Société Civile n° 50, septembre 2005 ; Venture Capitalisme WSJ, 13/04/05.

2. Les mesures en faveur des PME et l'actuel code des marchés publics

Des mesures existent déjà, et si elles ne sont pas marquées expressément du sceau des PME, elles les visent au premier chef.

Par exemple :

- les marchés passés en procédure adaptée jusqu'à 150 000 € HT pour l'Etat et jusqu'à 230 000 € HT pour les collectivités territoriales, si les pouvoirs adjudicateurs n'ont pas compliqué localement des procédures devant rester simples par nature ;
- les attestations sur l'honneur, la possibilité ouverte par le code article 52 de corriger ou de produire des pièces incomplètes ou absentes ;
- l'article 45 du code⁴ avec le contrôle strict par la jurisprudence administrative des pièces demandées aux candidats. (Il semble qu'une plus grande latitude soit laissée à l'acheteur dans le futur code ce qui est un grand risque pris par les pouvoirs publics. C'est par ailleurs contradictoire avec une politique des PME...).
- Le développement de la négociation notamment dans les procédures adaptées est aussi un moyen de meilleure compréhension entre acheteurs et candidats au marché ;
- l'article 27 qui prévoit la possibilité de procédures adaptées dans la limite de 20 % du montant total du marché pour les lots de fournitures et services inférieurs à 80 000 € HT et de travaux inférieurs à 1 000 000 € HT.

⁴ Et arrêté du 28 août 2001 pris en application de l'article 45 du CMP.

- C'est aussi et surtout la possibilité de s'appuyer sur les capacités d'autres entreprises avec lesquelles on compte intervenir, que ce soit en groupement d'entreprises (cotraitance) ou avec des sous-traitants.
- C'est encore les dispositions relatives au règlement financier du marché : l'abaissement à 50 000 € HT du déclenchement de l'avance forfaitaire, la possibilité d'une avance facultative jusqu'à 60 % du montant du marché, la garantie de paiement par la généralisation du délai global de paiement à 45 jours ou à 50 jours pour les hôpitaux, (même s'il faut encore trop souvent réclamer ses intérêts moratoires malgré l'automatisme prévue par les textes)...

3. Les mesures en faveur des PME et le futur code des marchés publics

En installant le nouvel Observatoire économique de l'achat public et à l'occasion du futur code des marchés publics, le gouvernement affine sa politique d'amélioration de l'accès des PME aux marchés publics.

La première mesure, et elle n'est pas explicitée, c'est bien sûr la simplification des règles de la commande publique. Plus la petite entreprise aura l'impression de tomber dans un puits sans fond d'exigences diverses pour soumissionner, certificats, déclarations, attestations, bilans, références etc., plus elle s'abstiendra... De ce point de vue là, le futur code ne semble rien apporter de nouveau.

Les principales mesures envisagées à ce jour sont :

1. Un allotissement obligatoire, chaque fois que c'est possible.

Il s'agit de contrer les effets de la centralisation et de la massification prônées par ailleurs et organisées par le futur code, notamment avec les nouveaux accords-cadres et surtout le système d'acquisition dynamique. Par l'allotissement du marché, toutes les entreprises deviennent candidat potentiel, y compris les plus modestes. Sans doute

efficace au regard du but poursuivi, la mesure paraît de prime abord relativement radicale et son coût économique restera à calculer.

2. Un nombre minimal de PME parmi les candidatures à certains marchés.

L'acheteur pourra fixer un nombre minimal et maximal de candidats invités à présenter une offre, dont un nombre minimal de PME dans certaines procédures : restreintes, négociées, et sur dialogue compétitif. Ceci ne garantit pas l'attribution d'un quota de marché à une PME, mais incite celles-ci à répondre. L'élu local devrait apprécier. Attention aux abus...

3. L'encadrement du recours à des références à de précédents marchés.

L'absence de référence à de précédents marchés ne pourra pas être un critère éliminatoire de capacité technique ou professionnelle. Il s'agit de lutter contre l'exigence de références sur des prestations similaires exécutées lors de précédents marchés, qui freinent l'entrée de nouveaux venus dont notamment les PME.

Cette mesure devra faire l'objet de pédagogie, car laissée à la discrétion de l'acheteur, par définition, elle risque d'être simplement platonique, ou de recouvrir des situations déjà vécues, ce qui ne changera donc rien ...

4. Adapter les critères de capacité à l'objet du marché.

L'idée est ici de ne pas imposer des niveaux de capacité économique ou financière hors de proportion par rapport à l'objet du marché. Bonne mesure pour rappeler qu'il n'est pas nécessaire de trop se couvrir...

5. Rendre compte de la part des achats effectués auprès des PME

Chaque pouvoir adjudicateur devra rendre compte de la part des marchés passés avec des PME. Ceci nécessite donc d'identifier ces achats PME et aboutira à une meilleure

prise de conscience de leur part respective. C'est aussi donner au gouvernement des éléments de mesure statistique indispensables à l'évaluation de toute politique publique.

Ces dispositions seront vraisemblablement intégrées dans le futur code des marchés publics. Elles restreignent un peu les marges de manœuvre des acheteurs. Reste à vérifier ce qu'en dira le Conseil d'Etat dans les semaines à venir.

On se permettra d'ajouter immodestement que des mesures propres à lutter contre le **barrage linguistique** par une traduction gratuite d'un abstract des cahiers des charges des marchés publiés serait une contribution pratique importante et permettrait aux PME de s'attaquer aux marchés publics étrangers. (Il existe des logiciels de traduction automatique de plus en plus fiables surtout pour de petits résumés).

De même, **la généralisation de la manifestation d'intérêts du fournisseur**, par laquelle toute entreprise (quelque soit sa taille) intéressée par la commande publique serait informée automatiquement des consultations susceptibles de l'intéresser, serait une avancée remarquable que permettent maintenant les nouvelles technologies de l'information.

D'autres idées compléteront progressivement le tableau d'une commande publique de plus en plus instrumentalisée : environnement, considérations sociales, développement régional, politique en faveur des PME...

Bonne lecture !