



Outils pour faciliter l'accès des TPE et PME aux marchés publics

Guide de bonnes pratiques

Guide élaboré par l'atelier de réflexion PME et commande publique

Décembre 2012



TABLE DES MATIERES

| | |
|---|-----------|
| PREAMBULE | 5 |
| FICHE N° 1 LES ORIENTATIONS DE LA POLITIQUE ACHATS DES ACHETEURS PUBLICS..... | 7 |
| FICHE N° 2 L'ANALYSE DU BESOIN | 9 |
| FICHE N° 3 MODE DE DÉVOLUION - ALLOTISSEMENT | 17 |
| FICHE N° 4 PERMETTRE L'ACCÈS DES PME AUX MARCHÉS GLOBALISÉS | 21 |
| FICHE N° 5 GROUPEMENT MOMENTANÉ D'ENTREPRISES (OU GROUPEMENT D'OPÉRATEURS ÉCONOMIQUES)..... | 23 |
| FICHE N° 6 AUTORISER LES VARIANTES | 27 |
| FICHE N° 7 LA VARIATION DU PRIX DANS LES MARCHÉS PUBLICS | 29 |
| FICHE N° 8 LES CRITÈRES D'ATTRIBUTION DES MARCHÉS SELON L'ARTICLE 53 DU CMP | 35 |
| FICHE N° 9 LA CONFIDENTIALITÉ DES OFFRES | 39 |
| FICHE N° 10 L'INDEMNISATION POUR LA REMISE DE PRESTATIONS À L'APPUI DES OFFRES..... | 41 |
| FICHE N° 11 L'EXAMEN DE LA CANDIDATURE DES NOUVELLES ENTREPRISES OU DES NOUVEAUX ENTRANTS EN MARCHÉS PUBLICS. | 43 |
| FICHE N° 12 LA DIFFUSION D'UNE TRAME DE MÉMOIRE TECHNIQUE | 45 |
| ANNEXE 1 AIDE À LA RÉDACTION D'UN MÉMOIRE TECHNIQUE | 47 |
| ANNEXE 2 : EXEMPLES D'ÉLÉMENTS POUVANT ENTRER DANS LE CONTENU D'UN MÉMOIRE TECHNIQUE | 53 |
| FICHE N° 13 LES ASSURANCES DANS LES MARCHÉS PUBLICS DE TRAVAUX..... | 55 |
| FICHE N° 14 RÈGLES ET BONNES PRATIQUES DE LA SOUS-TRAITANCE DANS LES MARCHÉS PUBLICS..... | 59 |
| ANNEXE | 65 |

PREAMBULE

DIRECTION GENERALE DE LA COMPETITIVITE,
DE L'INDUSTRIE ET DES SERVICES

DIRECTION DES AFFAIRES
JURIDIQUES

Le premier guide élaboré par l'atelier de réflexion PME et commande publique, qui avait pour principal objectif d'accompagner la mise en œuvre de la réforme du code des marchés publics est paru en février 2008, quelques mois seulement avant une crise économique sans précédent.

Nous sommes depuis, encore davantage, aux côtés des entreprises, pour les aider à exister dans cette crise. Dans les actions que nous sommes, chacun, amenés à conduire, nous veillons à créer ou maintenir un environnement et des conditions favorables à leur survie et à leur développement, en particulier pour les plus petites d'entre elles, PME et TPE.

C'est la volonté de susciter et de développer auprès des acheteurs ce « réflexe PME », qui a motivé les travaux de refonte de ce guide, qui prend le titre « Outil pour faciliter l'accès des TPE et PME aux marchés publics ».

Restituer et mutualiser les bonnes pratiques en matière d'achat public, pour susciter la concurrence la plus large possible, identifier, pour les corriger, les comportements d'achat susceptible de constituer des freins à l'accès des PME et TPE à la commande publique, telles ont été les orientations du travail collaboratif mené par les membres de l'atelier.

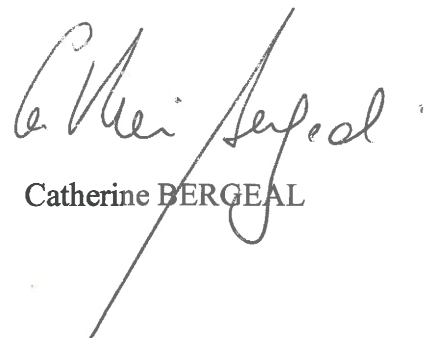
L'un des axes de la professionnalisation des acheteurs publics passe par la prise de conscience que l'acte d'achat est structurant pour son environnement économique. L'acheteur a tout à gagner à identifier, connaître et utiliser les outils à sa disposition, pour susciter l'intérêt du plus grand nombre d'opérateurs économiques possible. Ce guide a vocation à l'y aider.

Le monde de l'achat public et celui de l'entreprise ne sont pas deux univers étanches qui ne se rencontrent que le temps d'une procédure. Le dialogue est enrichissant, salutaire, nécessaire. Ce guide est le fruit de ce dialogue, nourri, constructif, parfois vif, mais plus que jamais indispensable entre les acheteurs et les entreprises.

Que tous les membres de l'atelier soient ici remerciés pour l'implication, l'enthousiasme et l'intelligence qu'ils ont mis dans ce travail.



Pascal FAURE



Catherine BERGEAL

FICHE N° 1

Les orientations de la politique Achats des Acheteurs publics

Les pouvoirs adjudicateurs de l'État et de ses établissements publics administratifs, des collectivités territoriales et de leurs établissements publics locaux, des établissements publics de santé (hôpitaux ...), et l'Union des Groupements d'Achat Public (centrale d'achats à laquelle ils peuvent s'adresser), sont tenus, dans le cadre de leurs achats de travaux, de fournitures et de services, de respecter le code des marchés publics. Ce code est fondé sur les principes constitutionnels de liberté d'accès à la commande publique, d'égalité de traitement des candidats et de transparence des procédures.

Les politiques publiques, que mettent en œuvre les acheteurs publics, concernent, en priorité, **l'accès des PME à la commande publique** et doivent, à ce titre, être incluses dans les stratégies d'achat.

En outre, les activités des acheteurs publics peuvent judicieusement être encadrées par des chartes de déontologie ou de bonnes pratiques permettant d'accompagner les acheteurs dans leur métier et d'identifier les risques liés à leur fonction afin de les prémunir contre les comportements répréhensibles.

Les acheteurs publics acquièrent une connaissance du tissu économique relatif aux marchés sur lesquels ils travaillent, et ce tant sur la nature des acteurs opérant sur le marché, que sur l'état de l'offre. Cette connaissance doit conduire les acheteurs à élaborer des contrats adaptés aux spécificités et à l'état technologique de l'offre.

En amont des consultations, les acheteurs publics s'engagent à développer une information à destination des entreprises afin d'offrir la plus grande visibilité possible sur leurs besoins et leurs méthodes de contractualisation et stimuler la concurrence. La désignation d'interlocuteurs dédiés pour les entreprises et la mise en place d'une communication pérenne sur le sujet permettent de faciliter l'accès aux marchés publics pour les entreprises.

Le profil d'acheteur ou le site internet peut être utilisé, à cet effet, par l'adjonction de rubriques sur les projets d'équipements, la politique d'achat du pouvoir adjudicateur, l'organigramme des services acheteurs.

Les acheteurs ont le souci de l'amélioration continue de leur dispositif contractuel et, notamment, des relations qu'ils développent avec leurs fournisseurs. Les pratiques de dialogue lors de l'exécution des contrats et le recours prioritaire à la médiation, en cas de difficultés, font partie des engagements pris par les acheteurs publics. De telles pratiques doivent être encouragées.

Les acheteurs recherchent **un niveau de professionnalisation, par exemple lors de l'établissement du mémoire technique**, leur permettant d'être efficaces, d'optimiser le coût d'acquisition pour l'administration, tout en tenant compte des contraintes pesant sur les entreprises.

Enfin, toutes les personnes publiques parties prenantes du présent guide (Service des achats de l'Etat, Union des Groupements d'Achat Public, ministères concernés, établissements publics, collectivités territoriales...) s'engagent à créer des synergies, des lieux de rencontres et d'échanges, le cas échéant dématérialisés, ouverts aux organisations professionnelles, afin de favoriser la diffusion des bonnes pratiques.

FICHE N° 2

L'analyse du besoin

I.- OBJECTIF

L'achat est destiné à satisfaire un besoin. La définition précise du besoin, étape imposée par le code des marchés publics¹, est un préalable indispensable, quels que soient le montant du marché, sa nature, la récurrence de l'achat, ou la procédure suivie (MAPA ou procédure formalisée : même les achats sur simple devis sont concernés).

De la bonne analyse du besoin vont découler toutes les autres étapes de l'achat. L'évaluation du besoin permet :

- de déterminer la nature de l'achat, les quantités ;
- de déterminer les spécifications techniques ;
- de rédiger le cahier des charges ;
- de définir les critères de sélection ;
- d'estimer le prix des prestations ;
- de déterminer la procédure d'acquisition ;
- de choisir la forme la plus adaptée de la publicité.

Il peut être essentiel, selon la nature des achats, de consulter, au préalable, les utilisateurs finaux. L'acheteur reformule, ensuite, la demande des services opérationnels, pour construire le marché. Par exemple :

- le besoin : offrir aux résidents de la commune une structure d'accueil pour les jeunes enfants
- l'objet des marchés :
 - marché de construction d'un bâtiment
 - marché d'acquisition de matériel de puériculture, et d'équipements adaptés
 - marché d'entretien...

Cet exemple illustre la différence entre un besoin et la manière dont il est concrétisé à travers les objets de plusieurs marchés qui concourent à sa satisfaction. Le besoin n'est pas en l'espèce de construire une crèche, mais de permettre l'accueil des jeunes enfants de la commune.

Le défaut d'évaluation du besoin a toujours d'importantes répercussions, et, en premier lieu, l'inadéquation de la prestation, l'insatisfaction de l'utilisateur final, le renchérissement des

¹ art 5 I du CMP : « La nature et l'étendue des besoins à satisfaire sont déterminées avec précision avant tout appel à la concurrence ou toute négociation non précédée d'un appel à la concurrence en prenant en compte des objectifs de développement durable. »

prestations, les risques contentieux...

Indispensable au pilotage efficace de l'achat, l'analyse du besoin doit être menée avec sérieux et méthode.

II.- METHODE

L'analyse du besoin comprend trois étapes :

- le recensement et la classification des besoins (besoins nés d'une obligation réglementaire de faire, besoins permanents, récurrents, occasionnels, urgents...), qui permet d'établir une programmation des achats ;
- l'expression du besoin, qui permet de déterminer les grandes lignes du ou des marchés (volume, qualité, fréquence ou périodicité, capacité) ;
- l'analyse technico-commerciale, qui permet de connaître l'environnement économique et l'offre existante sur le segment d'achat, notamment pour arrêter le cahier des charges technique.

1° ETAPE : RECENSEMENT ET CLASSIFICATION DES BESOINS

Le besoin peut être lié au fonctionnement de la structure (achat de fournitures de bureau) ou permettre d'assurer l'une de ses missions (les transports scolaires). Il peut être permanent, récurrent ou ponctuel, continu ou non. Il convient d'être attentif aux besoins qui relèvent d'une obligation réglementaire de faire, ou d'une définition imposée par des éléments extérieurs aux services de l'acheteur : la méconnaissance d'une réglementation entraîne la responsabilité de la collectivité.

1.- Identifier les besoins contraints

a) Le respect de la réglementation.

L'acheteur doit respecter les obligations légales et réglementaires qui imposent des normes minimales. Il peut s'agir de normes dans le domaine de la sécurité (ascenseurs), de l'accessibilité (voirie urbaine, bâtiments accueillant du public ou sites internet), du développement durable (température de chauffage...)...

La réglementation peut évoluer. L'acheteur doit donc organiser une veille continue non seulement dans le domaine des achats dont il a la charge, mais aussi sur le droit et la jurisprudence touchant la commande publique.

En effet, l'omission au stade de la définition des besoins de spécifications ou normes imposées risque de donner lieu à des modifications en cours d'exécution du contrat, nécessairement coûteuses, voire de remettre en cause le contrat lui-même.

b) L'urgence

Le code des marchés publics permet de recourir à des procédures simplifiées et spécifiques, selon la nature de l'urgence (urgence simple ou impérieuse). L'usage de ces facultés a été précisé par la jurisprudence (*pour en savoir plus, voir la fiche technique de la DAJ consacrée à [l'urgence dans les marchés publics](#)*).

2.- Prévoir et définir les autres besoins

Définir le besoin permet de programmer les achats et opérations (nature de l'achat, quantités, budget associé, procédure, calendrier). Cette programmation permet de déterminer, par rapport aux notions d'opérations et de besoins homogènes, le recours ou non à une procédure formalisée.

Pour les besoins continus ou récurrents, l'acheteur pourra recourir à une analyse des états de consommation, afin de déterminer les besoins fonctionnels des services, les quantités et la fréquence des achats à prévoir (exemples : marchés de restauration, prestations de nettoyage, fournitures de bureau). Afin que ces achats répétitifs ne s'installent pas dans une routine préjudiciable à la prise en compte des évolutions techniques et au maintien de la concurrence, un réexamen régulier de ces marchés est conseillé.

Les marchés à bons de commande peuvent être adaptés pour les achats correspondant à des besoins continus ou récurrents, lorsque les quantités, volumes ou la survenance du besoin ne peuvent être précisément prévus. Attention toutefois ! : l'absence d'indication d'un minimum ou d'un maximum dans les marchés à bons de commande n'est pas sans conséquence négative sur la réponse du candidat, qui devra arrêter son offre dans l'ignorance des volumes d'achat qui lui aurait permis d'affiner sa proposition.

Pour les besoins nouveaux, ponctuels ou les achats non standards, outre la connaissance du secteur économique par la documentation technique, les salons, l'acheteur pourra utilement trouver des informations (y compris sur les pratiques d'autres structures) dans les documents de marchés pour des achats similaires publiés sur les plateformes dématérialisées d'autres acheteurs.

Il existe des besoins qui sont connus dans leur principe, mais dont l'exacte expression n'est pas possible ou très difficile. Il est généralement impossible de prévoir leur date de survenance et, corrélativement, leur définition ne peut intervenir que lors de leur survenance (par exemple, pour les marchés de services juridiques).

Le recours à l'accord-cadre peut alors s'avérer adapté. Il ne dispense cependant pas de préciser la quantité ou l'étendue globale du besoin qui sera couvert par l'accord cadre.

2° ETAPE : EXPRESSION PRECISE DU BESOIN

1.- Les questions à se poser

- *A quelle FONCTION, à quel USAGE est destiné la prestation, le matériel, la fourniture ?*

A ce stade, la réponse ne doit plus être limitée, ni à l'énonciation des attentes à satisfaire des usagers et utilisateurs, ni à l'expression du besoin de manière générale. Il s'agit de la fonction ou de l'usage identifié par l'acheteur public comme permettant la satisfaction du besoin, tel que traduit par le pouvoir adjudicateur.

ex :

- pour la demande d'un lieu accueil des jeunes enfants qui a été traduit par le besoin de construction d'une crèche, la réponse du pouvoir adjudicateur doit permettre de préciser, le nombre d'enfants à accueillir, la nécessité d'un lieu de repos, les conditions horaires de réception, les conditions de production ou de distribution des repas ...

- *Quel est le LIEU d'utilisation ou de réalisation?*

Cette information peut induire des éléments de l'expression précise du besoin, telle la mise en œuvre de techniques particulières ou d'un matériel adapté.

ex :

- construction sur une zone possible de carrières nécessitant des fondations particulières,
- utilisation en extérieur de matériel informatique obligeant à des protections contre les chocs et intempéries.

- *Quelle est la FREQUENCE d'utilisation ?*

La réponse affecte les spécifications techniques des matériels, fournitures et services mais aussi les conditions contractuelles de leur possession.

ex : pour répondre au besoin de déneigement hors zone de montagne, la location saisonnière de matériel roulant de déneigement moyennant un loyer fonction du kilométrage utilisé peut être envisagée comme alternative à l'achat.

- *Quelle est la PERIODE d'utilisation ?*

Dépassez l'appréciation au regard de la situation actuelle et envisagez le besoin à moyen terme. Prévoyez la continuité dans le temps et son évolution technologique.

- *Quelle QUANTITE prévoir ?*

Déterminez la quantité précise, soit pour le secteur donné, soit en approche globale multi-secteurs. Les besoins peuvent-ils être déterminés en totalité ou non, font-ils l'objet d'un marché à bons de commande ? Assurez-vous de la programmation.

- *Quel DELAI de réalisation ?*

Déterminez si les prestations doivent être achevées avant une échéance impérative (rentrée scolaire, période de vacances, période de coupure de la circulation, salon professionnel...). Attention ! : la date d'achèvement du marché est une mention indispensable de la définition des besoins : une commune manque à ses obligations de publicité et de mise en concurrence, en laissant la durée d'engagement à l'appréciation des candidats (CE, 1er juin 2011, Commune de Saint-Benoît, n° 345649).

- *Quel est le NIVEAU DE QUALITE à prévoir ?*

Déterminez les caractéristiques techniques requises, pour obtenir le niveau de qualité souhaité. Il est possible de se référer à des normes, ou de formuler le niveau de qualité sous forme de performances à atteindre ou d'exigences fonctionnelles. Attention ! : les spécifications techniques ne doivent, en aucun cas, porter atteinte à l'égalité de traitement des candidats.

- *Quelles sont les NORMES ET REGLEMENTATIONS existantes en la matière?*

Recherchez les normes applicables sur le segment d'achat.

- *Y a-t-il un niveau de SECURITE particulier ?*

Certains matériels sont dangereux dans leur utilisation; cernez bien, dans ce cas, les processus de sécurité et les normes à reporter ou définir dans le cahier des charges.

Au moyen des réponses à ces différentes questions et toute autre pertinente, l'acheteur doit constituer les éléments de son cahier des charges exprimés, notamment, en termes de fonctionnalités.

Cette phase doit lui permettre d'identifier le niveau de qualité technique de la prestation en évitant deux écueils : la sous-qualité (prépondérance du prix) et la sur-qualité (prescriptions techniques excessives non justifiées par rapport aux besoins réels). Il est important de rappeler que, dans ces cas, les coûts induits augmenteront sans raison et la concurrence se trouvera restreinte inutilement.

2.- Intégrer les éléments d'achats durables, de coût global et les spécifications techniques

L'acheteur doit répondre aux obligations du code des marchés publics pour exprimer ses besoins en termes d'achats durables (article 5) et de spécifications techniques (article 6).

Il peut se référer utilement aux précisions apportées par l'arrêté modifié du 28 août 2006 relatif aux spécifications techniques des marchés et des accords cadres.

Les groupes d'études des marchés (GEM) élaborent à l'attention des acheteurs des guides d'achat dans des domaines variés qui renseignent sur les spécifications techniques à rechercher sur le segment d'achat en question. Ils sont consultables sur les pages OEAP du site marchés publics (<http://www.economie.gouv.fr/daj/observatoire-economique-lachat-public>).

Economiquement, il est essentiel d'avoir une logique de coût global, afin de rechercher la meilleure proposition, en tenant compte du coût d'acquisition mais aussi des coûts d'utilisation et d'élimination, ainsi que des aspects environnementaux.

L'Analyse du Cycle de Vie² (ACV) est désormais un élément à prendre en compte au même titre que le coût global. Le code des marchés publics met désormais en avant le critère de coûts de fonctionnement tout au long du cycle de vie. L'éco conception, qui est une démarche active d'optimisation environnementale prenant en compte l'ACV, est donc une démarche à intégrer.

3.- Rédiger le cahier des charges

Quelle que soit la forme du marché et les obligations de publicité et de mise en concurrence, le cahier des charges synthétise les étapes et phases précédentes et détermine, avec précision, la nature et l'étendue des besoins.

Il ne doit pas se contenter, même dans les procédures non formalisées, de définir une prestation par son terme générique sans spécifications techniques. Les spécifications techniques, même succinctes, doivent être décrites, y compris dans les procédures adaptées.

ex : ne satisfait pas l'obligation de détermination du besoin³

- la fourniture « PC pour travaux de bureautique classique », qui n'est pas complétée des éléments techniques propres à ce besoin, tels que les capacités du processeur, les points de connexion des périphériques, les logiciels souhaités ...
- la prestation « nettoyage de locaux professionnels » si elle n'est pas complétée par des indications sur le type de locaux, de surfaces, les fréquences de passage, le cas échéant des précisions sur les produits souhaités (nocivité, produits biologiques...)

Les spécifications techniques exigées sont formulées :

- soit, par des références à des normes ou à d'autres documents équivalents accessibles aux candidats,
- soit, en termes de performances ou d'exigences fonctionnelles⁴.

² " cycle de vie : l'ensemble des états consécutifs et/ou liés entre eux, comprenant notamment la production, le transport , l'utilisation et la maintenance , qui existent pendant la durée d'un produit, de travaux ou de la fourniture d'un service, de l'acquisition des matières premières ou de la production des ressources jusqu'à l'élimination, la liquidation et la finalisation".

³ Sauf recours à un accord-cadre dont le marché subséquent apporte les compléments nécessaires

⁴ Voir article 6 du code des marchés publics.

La rédaction du cahier des charges permet à l'acheteur de déterminer les éléments ou facteurs techniques critiques de son achat. Il peut s'agir de la qualité des produits, du mode opératoire, du principe de mise en œuvre, du process qualité, des délais, etc. Ils seront la base des critères de sélection portés à la connaissance des candidats.

3° ETAPE : L'ANALYSE TECHNICO-COMMERCIALE

1.- Connaître le marché

L'étude du marché économique est un acte important, que l'acheteur doit effectuer en permanence. Il doit être en mesure d'apprécier le réel niveau de concurrence et d'adapter sa stratégie, en fonction des différentes typologies rencontrées (par exemple devant un monopole ou un oligopole).

Le comportement de l'acheteur peut contribuer à structurer la concurrence sur un secteur. Pour tenter de dynamiser la concurrence il doit réfléchir aux points forts et faibles de la réponse commerciale et envisager le mode de dévolution. L'allotissement, conformément à l'article 10 du code des marchés publics, doit toujours être envisagé, afin de susciter la plus large concurrence. Il n'en va autrement que si le marché peut rentrer dans le champ d'application des articles 37 ou 73 du CMP, ou lorsque l'une des exceptions à l'allotissement énoncées à l'article 10 peut être retenue (voir les fiches n° 3 et 4 du présent guide).

L'acheteur doit toujours envisager les prix planchers et plafonds pratiqués par les entreprises sur le niveau de qualité arrêté. En fonction des types de marchés, il peut ainsi évaluer le montant approximatif de l'achat qui lui permet d'apprécier les offres des opérateurs.

Le code des marchés publics n'oblige pas l'acheteur à rendre publique l'enveloppe allouée au marché. L'opérateur économique pourrait, en effet, aligner sa réponse sur l'estimation, au détriment du prix réel du marché. L'opportunité de communiquer sur l'enveloppe disponible s'apprécie donc au cas par cas.

Etablir un processus de veille des prix sur les achats économiquement importants est essentiel (par exemple, suivre les variations de prix des produits à forte évolution internationale entrant dans la composition de matériel, ou sujets à variations permanentes). Cela permet de rédiger des clauses pertinentes de révision de prix.

2.- Etudier la capacité de réponse des opérateurs économiques

Le milieu commercial peut-il répondre au besoin exprimé ?

Combien de fournisseurs sont en mesure de distribuer le matériel ?

Combien d'entreprises peuvent assurer les prestations ?

Les éléments techniques retenus sont-ils partagés par un nombre important d'opérateurs ?

Est-ce la bonne période pour lancer la consultation ?

Quel niveau de capacités exiger des candidats ?

En réponse à cette dernière question, l'article 45 du code des marchés publics précise qu'il ne peut être exigé que des niveaux minimaux de capacités liés et proportionnés à l'objet du marché. Un arrêté⁵ fixe la liste des renseignements et des documents pouvant être demandés aux candidats. Cette liste est limitative.

⁵ Arrêté du 28 août 2006 – JO n°199 du 29 août 2006, p.12766.

La cible des **fournisseurs doit être la plus large possible**, afin de favoriser au mieux la concurrence. Cette décision est importante, car elle induit l'ouverture ou la restriction du champ de concurrence. A terme, elle peut, en fonction du comportement répétitif de l'acheteur, fermer la concurrence et lier la collectivité à un monopole ou un oligopole.

Les principes évoqués ci-dessus doivent permettre à tout acheteur de définir le besoin réel et de traduire les éléments essentiels, qu'ils soient techniques, réglementaires, qualitatifs et commerciaux dans le dossier de consultation.

FICHE N° 3

Mode de dévolution - allotissement

I. - OBJECTIF

« L'article 10 du code des marchés publics érige l'allotissement en principe pour susciter la plus large concurrence entre les entreprises et leur permettre, quelle que soit leur taille, d'accéder à la commande publique. Tous les marchés doivent être passés en lots séparés, lorsque leur objet permet l'identification de prestations distinctes.

L'allotissement est particulièrement approprié lorsque l'importance des travaux, fournitures ou services à réaliser risque de dépasser les capacités techniques ou financières d'une seule entreprise. Il est particulièrement favorable aux petites et moyennes entreprises. »⁶

Ainsi, l'allotissement permet l'accès direct des PME et TPE à la commande publique.

II. - CONTENU

1.- L'allotissement comme mode de dévolution de principe

Le pouvoir adjudicateur allote le marché, dès lors que des prestations distinctes peuvent être identifiées. Pour l'identification de ces prestations, il peut s'aider de la nomenclature CPV.

L'article 10 autorise cependant l'acheteur à recourir à un marché global, si le fait d'allotir entraîne des difficultés. Les conditions qu'il fixe sont d'ordre :

- technique : si l'acheteur n'est pas en mesure d'assurer lui-même les missions d'organisation, de pilotage et de coordination ou si l'allotissement risque de rendre techniquement difficile l'exécution des prestations,

ou

- économique : lorsque l'allotissement est susceptible de restreindre la concurrence,

ou

- financier : si l'allotissement est de nature à renchérir de manière significative le coût de la prestation.

L'acheteur, en cas de contentieux, doit être à même de prouver que les conditions de recours au marché global sont remplies. Le contrôle du juge se limite à celui de l'erreur manifeste d'appréciation⁷. Le choix du mode de dévolution n'a pas à être préalablement motivé (CE Commune d'Ajaccio 21 mai 2010)⁸.

⁶ Circulaire du 14 février 2012 relative au guide de bonnes pratiques en matière de marchés publics, Journal Officiel n° 0039 du 15 février 2012 page 2 600.

⁷ c'est-à-dire une erreur grossière dans l'appréciation des faits qui ont motivé sa décision (CE, Commune d'Ajaccio n°333 737 du 21 mai 2010).

⁸ De la jurisprudence est intervenue sur le sujet du recours au marché global (CE Ste Schiocchet 10 mai 2006 n°288435, avantage technique et financier, CE commune de Fort de France, 20 mai 2009, n°311379, avantage technique et financier, CE département de l'Eure, 9 décembre 2009, n° 328803, avantage financier. CE Opac Habitat Marseille, 18 juin 2010, n°335611, cohérence des prestations, et a contrario CAA Lyon 6 octobre 2011 Syndicat national des entreprises de second œuvre, n° 10LY01121. Pour plus d'information, cf le point 7 de la circulaire du 14 février 2012 relative au Guide de bonnes pratiques en matière de marchés publics.

Les marchés de sécurité et de défense ne sont pas soumis à l'article 10. L'article 189 du code des marchés publics prévoit, pour ces marchés, le libre choix entre allotissement et marché unique.

2.- Accès des TPE et PME aux marchés allotis : règles et bonnes pratiques

a) Une définition des besoins au plus près de la prestation attendue

L'acheteur définit le nombre, la consistance et l'étendue des lots⁹. A cet effet, il doit conduire une analyse économique du secteur d'activité lui permettant d'identifier les capacités et la structure de l'offre des entreprises, analyse sur laquelle il appuiera la constitution des lots afin de susciter la concurrence.

Un lot qui regrouperait des prestations sans rapport les unes avec les autres (par exemple la peinture et la plomberie) évincerait, de fait, les entreprises les plus spécialisées, qui seraient alors contraintes de s'adjoindre les capacités d'autres entreprises (cotraitance, sous-traitance), ce qui peut être de nature à restreindre l'accès à la commande publique.

Lorsque les prestations sont exécutées sur des sites géographiquement distincts, un allotissement géographique est susceptible d'ouvrir la concurrence à des entreprises qui n'auraient pas la capacité d'assurer l'exécution de la prestation sur l'ensemble des sites.

Dans tous les cas, une étude préalable sur le segment d'achat concerné, la structure du secteur économique ou les règles applicables à certaines professions pour les prestations demandées, permet de s'assurer d'une définition adéquate des lots.

Enfin, pour les marchés les plus importants, en procédure formalisée, l'acheteur peut définir des « petits lots » (moins de 80 000 euros HT pour les marchés de fournitures et services, moins de un million d'euros HT pour les marchés de travaux), qu'il passe alors en procédure adaptée¹⁰.

b) L'examen des offres lot par lot

La comparaison des offres s'effectue lot par lot, sans considération du nombre de lots auxquels l'entreprise candidate. Il incombe donc aux acheteurs de définir, lot par lot, des critères et sous-critères de sélection pertinents et opérationnels par rapport aux prestations attendues pour le lot. Une attention particulière est appelée sur les critères de sélection des candidatures, afin d'éviter qu'ils soient surdimensionnés par rapport aux capacités nécessaires pour l'exécution des prestations spécifiques du lot. L'attention des acheteurs est appelée sur la nécessité de traiter avec le même soin l'examen de chaque lot.

c) Présentation des offres

Les entreprises présentent des offres pour un, plusieurs ou la totalité des lots. Lorsqu'il a présenté pour chaque lot l'offre économiquement la plus avantageuse, un même candidat peut se voir attribuer tous les lots. L'article 10 du code des marchés publics interdit aux candidats de proposer une remise en fonction du nombre de lots attribués.

Le pouvoir adjudicateur peut interdire, dans l'avis d'appel public à la concurrence ou dans les documents de la consultation, à un même candidat de présenter une offre sur plusieurs lots. Une telle interdiction doit être justifiée et proportionnée au but poursuivi. Il peut en être ainsi, par exemple, pour préserver la sécurité des filières d'approvisionnement. Il est, en revanche, interdit d'exiger d'un candidat qu'il soumissionne à tous les lots.

Le code des marchés publics permet de ne signer qu'un seul acte d'engagement, lorsque plusieurs lots sont attribués à un même soumissionnaire. Il peut cependant être plus simple,

⁹ Le contrôle du juge se limite à l'erreur manifeste d'appréciation, cf note n°2

¹⁰ Pour pouvoir recourir à la procédure adaptée, le montant cumulé de ces lots ne doit pas dépasser 20% de la valeur totale du marché (article 27 III du code des marchés publics).

lorsque les lots ont des durées et des conditions d'exécution différentes, de signer un acte d'engagement par lot.

Lorsque le marché est passé sous forme globale, l'acheteur s'efforce de créer les conditions favorables à l'accès des PME et des TPE à la commande publique. (cf fiche n° 4 Permettre l'accès des PME aux marchés globalisés).

FICHE N° 4

Permettre l'accès des PME aux marchés globalisés

I. - OBJECTIF : Identifier les bonnes pratiques permettant l'accès des PME à ces marchés

« Il n'y a pas d'obligation d'allotissement dans un marché global, prévu à l'article 37 (marché de conception-réalisation) et à l'article 73 (contrat global sur performance) »¹¹. La dévolution du marché sous forme globalisée peut rendre plus difficile l'accès direct au marché pour les petites entreprises, parce que le marché peut excéder alors les capacités (techniques, financières,...) d'une seule entreprise.

De plus, certains contrats globaux (contrats des articles 37 et 73 du code des marchés publics) peuvent nécessiter une maîtrise d'œuvre intégrée, des juristes, des ingénieurs... Dans certains cas, cela peut freiner l'accès direct des TPE par la multiplicité des savoir-faire nécessaires, que seule une grande entreprise peut avoir en interne.

Face à ce contexte réglementaire renouvelé, il s'agit aussi d'identifier les difficultés d'accès des TPE et PME à ces marchés et les pistes d'actions possibles des acheteurs publics pour permettre aux TPE et PME de répondre aux consultations.

II. - CONTENU

1.- Rappel : les contrats globaux particuliers :

a) Les contrats de conception-réalisation (article 37)

Le marché de conception réalisation est un marché de travaux dans lequel le maître d'ouvrage confie simultanément la conception (études) et la réalisation (exécution des travaux) d'un ouvrage à un groupement d'opérateurs économiques ou, pour les ouvrages d'infrastructures, à un seul opérateur.

Le recours à ce type de contrat est encadré pour les pouvoirs adjudicateurs soumis à la loi n° 85-704 du 12 juillet 1985, dite loi MOP. Il n'est possible que :

a) pour des motifs techniques liés à la destination ou à la mise en œuvre technique de l'ouvrage. Deux types d'opérations sont visés :

- les opérations dont la finalité majeure est une production dont le processus conditionne la conception, la réalisation et la mise en œuvre ;
- les opérations dont les caractéristiques intrinsèques (dimensions exceptionnelles, difficultés techniques particulières) appellent une mise en œuvre dépendant des moyens et de la technicité des entreprises.

b) justifié par un engagement contractuel sur un niveau d'amélioration de l'efficacité énergétique. Cela ne concerne que les opérations de travaux sur les bâtiments existants.

¹¹ Circulaire du 14 février 2012 relative au guide de bonnes pratiques en matière de marchés publics, Journal Officiel n° 0039 du 15 février 2012, point 7.1. page 2600

b) Contrats globaux sur performance (article 73)

L'article 73 du code des marchés autorise deux nouvelles formes de contrats globaux :

- les marchés de réalisation et d'exploitation ou de maintenance (REM) ;
- les marchés de conception, de réalisation et d'exploitation ou maintenance (CREM). Pour ces derniers, le recours à ce type de contrat n'est possible, pour les travaux soumis à la loi MOP, que pour la réalisation d'engagements de performance énergétique dans des bâtiments existants, ou bien pour les motifs d'ordre technique mentionnés à l'article 37 du code des marchés publics.

La performance n'est pas limitée à la seule performance énergétique. Il peut s'agir de performance définie en termes de niveau d'activité, de qualité de service, d'incidence écologique. Ces objectifs peuvent être cumulés.

2.- Les bonnes pratiques.

a) L'identification de prestations distinctes

La dévolution du marché sous forme globalisée n'empêche pas d'identifier des prestations distinctes. On parle alors de postes techniques (cas des marchés de travaux). L'identification de postes techniques peut être une information nécessaire pour les entreprises, qui peuvent alors s'organiser pour répondre à la consultation, en se groupant.

L'avantage pour les TPE et PME est qu'elles ont alors l'accès direct au marché. La pratique de la cotraitance tend à se développer, compte tenu de la tendance au regroupement des commandes dans les marchés publics.

S'agissant des marchés de la performance énergétique pour le secteur du bâtiment, la cotraitance permet d'améliorer la gestion des interfaces entre les corps de métiers.

Enfin, compte tenu du temps nécessaire pour formuler une offre en cotraitance, l'acheteur public doit intégrer ce paramètre, lorsqu'il fixe le délai de consultation.

b) Une information large et en amont du lancement des procédures

Pour les entreprises, trouver des partenaires, se grouper, contractualiser prend du temps.

Les délais minima de publicité ne permettent pas toujours aux entreprises d'être informées suffisamment tôt, pour pouvoir organiser une candidature commune, ceci d'autant plus que les délais de réception des offres peuvent être raccourcis lorsque l'acheteur publie un avis de pré-information.

Si l'acheteur anticipe, en communiquant le plus tôt et le plus largement possible sur les consultations à venir, il permet aux entreprises d'organiser leur réponse, de rechercher des partenaires ou, tout simplement, de prendre le temps de constituer leur dossier.

FICHE N° 5

Groupement momentané d'entreprises (ou groupement d'opérateurs économiques)

I. – OBJECTIF

Lorsque le périmètre du marché ou du lot ne permet pas à des opérateurs économiques de présenter une candidature isolée, ils ont cependant la possibilité d'unir leurs compétences et moyens au sein d'un groupement d'opérateurs économiques, dont la constitution est limitée à l'exécution du contrat pour lequel le groupement se porte candidat.

1. – Intérêt pour les acheteurs publics :

- promouvoir une concurrence plus large et susciter un plus grand nombre d'offres ;
- élargir l'accès des PME et TPE à la commande publique.

La mise en place d'un groupement et l'organisation de la collaboration entre les opérateurs économiques, en vue de présenter une offre, prend du temps. L'acheteur a intérêt, pour laisser aux opérateurs économiques le temps de préparer une réponse en groupement, à annoncer ses intentions d'achat de manière anticipée et suffisamment précise (information en amont, avis de préinformation), et, en conséquence, de prévoir pour la consultation un délai de réponse supérieur aux délais minimaux qu'impose la réglementation.

2. – Intérêt pour les opérateurs économiques

- permettre aux opérateurs économiques d'accéder à des marchés dépassant leurs seules capacités individuelles ;
- bénéficier, vis-à-vis de l'acheteur, du statut de cocontractant, et donc de cotitulaire du contrat ;
- permettre aux PME d'intervenir aux côtés d'autres entreprises dans une relation partenariale stable et égalitaire vis-à-vis du client public.

II. – CONTENU

1. - Qu'est-ce qu'un groupement d'opérateurs économiques ?

Définition : une réunion momentanée d'opérateurs économiques, qui n'est pas dotée de la personnalité morale, destinée à présenter une offre commune et réaliser un marché.

Statut : les opérateurs économiques sont dits « cotraitants » c'est-à-dire qu'ils sont tous titulaires du contrat, les dispositions de celui-ci leur étant directement applicables.

Conséquences : les membres du groupement s'engagent à réaliser les prestations correspondant à leur part de marché et à tenir les délais associés.

Forme et composition du groupement : le code des marchés publics prévoit deux formes de groupement, conjoint ou solidaire.

En groupement **conjoint**, chaque opérateur économique est engagé sur les prestations qu'il réalise. Une définition précise des prestations, individualisées par les entreprises, est recommandée, afin que l'acheteur puisse examiner l'engagement de chacun des membres du groupement.

En groupement **solidaire**, chaque entreprise est solidairement engagée et peut être amenée à pallier la défaillance de l'un de ses partenaires.

Dans les deux cas, un mandataire spécifique désigné par le groupement représente le groupement vis-à-vis de l'acheteur et coordonne le groupement pour l'exécution du marché. Dans le cas d'un groupement conjoint, le mandataire peut en outre être solidaire (voir point 3).

Modalités de présentation du groupement: Le groupement est constitué au stade des candidatures. Le formulaire DC1 peut servir de convention de mandat, cependant, il est conseillé aux membres du groupement d'établir un document spécifique, de type convention écrite, identifiant bien les responsabilités de chacune d'entre elles, les règles de fonctionnement du groupement, la mission détaillée du mandataire commun.

2. – Comment choisir la forme du groupement ?

L'acheteur ne peut jamais interdire aux opérateurs économiques de se présenter en groupement.

Il peut, cependant, imposer la forme du groupement, conjoint ou solidaire, dans la mesure où la bonne exécution du marché l'exige. Il doit alors le mentionner dans les documents de la consultation ou l'avis d'appel public à la concurrence.

Le groupement est libre de soumissionner sous la forme conjointe ou solidaire (la forme du groupement n'est pas un motif d'élimination de la consultation, et il n'est pas possible de modifier la forme du groupement entre la candidature et l'offre). Celui qui emporte le marché est alors contraint de prendre la forme imposée par l'acheteur.

Cependant, exiger la solidarité peut entraîner un surcoût qui peut se traduire par un renchérissement de l'offre, ou s'avérer dissuasif pour les opérateurs économiques: le risque est alors d'aboutir à restreindre la concurrence. De plus, passer d'un groupement conçu en groupement conjoint à un groupement solidaire entraîne un bouleversement des règles de fonctionnement du groupement. Cela peut être particulièrement pénalisant pour une PME.

Il est donc conseillé aux services acheteurs de procéder à une réflexion préalable, tenant compte de l'objet du marché, de la technicité et de la diversité des prestations demandées, avant d'imposer une forme pour le groupement.

Plutôt que d'imposer la solidarité, l'acheteur peut préférer un examen plus détaillé des capacités des candidats au regard de la part de la prestation qu'ils s'engagent à réaliser.

Les opérateurs économiques veilleront, dans la mesure du possible, à candidater d'emblée sous la forme de groupement requise par l'acheteur lorsqu'elle figure dans les documents de la consultation.

3. – Rôle et responsabilité du mandataire.

La désignation d'un mandataire est obligatoire. Choisi parmi les membres du groupement, le mandataire est chargé de faire le lien entre le groupement et l'acheteur. Il représente le groupement, est chargé, en fonction de son mandat, de remettre les offres, signer le marché, coordonner les prestations des membres du groupement, assurer la gestion administrative et financière du groupement. Il est destinataire de toutes les décisions prises par l'acheteur dans le cadre de l'exécution du marché (bons de commande, mise en demeure, décisions de réception).

Le mandataire peut de plus, dans les groupements conjoints, être solidaire de chaque membre du groupement pour l'exécution du contrat. L'acheteur public peut imposer cette particularité au groupement, mais cela a un coût.

Le mandataire peut être rémunéré. Cette rémunération peut prendre la forme d'un pourcentage prélevé sur le montant total de la prestation confiée au groupement.

Que se passe-t-il en cas de défaillance d'une entreprise ?

- Pour un groupement conjoint :
 - si le mandataire est solidaire (cf supra) : le mandataire réalise ou fait réaliser la prestation, au prix et dans les conditions prévues par le marché.
 - si le mandataire n'est pas solidaire : chacun étant responsable de sa prestation, l'acheteur devra passer par une autre entreprise pour faire exécuter la prestation relevant de la responsabilité de l'opérateur économique défaillant.

- Pour un groupement solidaire : le groupement exécute ou fait exécuter les prestations.

4. – Modalités de paiement.

La forme du groupement a une incidence sur les modalités de règlement du marché.

Si le groupement est conjoint, le règlement est effectué à chacun des cotraitants. Si le groupement est solidaire, si les prestations respectives des membres du groupement sont individualisables, au moins sous forme de pourcentage, le règlement peut être effectué sur des comptes distincts pour chacun des opérateurs considérés. Dans le cas contraire, le versement des sommes dues n'est possible que sur un compte unique, ou sur le compte du mandataire s'il a été habilité à ce titre par les membres du groupement.

Pour plus d'information concernant les modalités spécifiques d'assurance des groupements, voir la fiche n°13 *Les assurances dans les marchés publics de travaux*.

Coordonnées d'organismes en mesure de fournir des informations ou des conventions de groupements momentanés d'entreprises :

CAPEB : www.capeb.fr Tel : 01 53 60 50 00

FFB: www.ffbatiment.fr Tel: 01 40 69 51 00

FNTP: www.fnfp.fr Tel: 01 44 13 31 44

SNSO: www.second-oeuvre.com Tel: 01 46 22 18 65

