

ACCES DES PME INNOVANTES AUX MARCHES PUBLICS



Comité | RICHELIEU
Association Française des PME de Haute Technologie

RAPPORT REDIGE A LA DEMANDE DE
MONSIEUR RENAUD DUTREIL,
MINISTRE DES PETITES ET MOYENNES ENTREPRISES,
DU COMMERCE, DE L'ARTISANAT
ET DES PROFESSIONS LIBERALES

14 MARS 2007



Comité | **RICHELIEU**
Association Française des PME de Haute Technologie

ACCES DES PME INNOVANTES AUX MARCHES PUBLICS

14 mars 2007

Ce rapport a été rédigé en réponse à une lettre, figurant en annexe, adressée le 3 janvier 2007 par le ministre des Petites et Moyennes Entreprises, du Commerce, de l'Artisanat et des Professions Libérales au président du Comité Richelieu. Son objectif est de formuler des recommandations visant à ouvrir davantage la commande publique aux PME innovantes.

Le contenu de ce rapport n'engage que le Comité Richelieu. Sa partie juridique a été rédigée par Marc Fornacciari, ancien membre du conseil d'Etat. Après une carrière dans l'industrie, il a rejoint le département de droit public des affaires du cabinet Jeantet . C'est un spécialiste des PPP, des montages contractuels complexes et du droit des marchés publics. Qu'il soit ici vivement remercié.



RESUME

Après avoir rappelé le contexte économique justifiant l'importance de se concentrer sur le cas particulier des PME innovantes, ce document présente les freins qui limitent l'accès de cette catégorie d'entreprises à la commande publique. Concernant la nécessaire définition de PME innovante, nous suggérons une approche simple, par exemple basée sur un ratio minimum de part des dépenses affectées à la R&D.

Les obstacles juridiques qui s'opposent à une ouverture plus grande de la commande publique aux PME sont ensuite identifiés. Cette analyse permet de réaffirmer le caractère primordial des négociations en cours visant à obtenir une exemption des PME européennes du champ de l'Accord sur les Marchés Publics (AMP). En effet, seule une telle évolution peut permettre d'agir sur le plan des marchés directs d'un montant supérieur aux seuils et donc de placer les PME innovantes dans la dynamique de croissance recherchée.

On s'est ensuite efforcé de raisonner « à droit constant », c'est à dire à réfléchir aux mesures qui pourraient être prises sans modifier les règles de droit international, notamment communautaires, qui commandent la matière. Plusieurs axes pouvant déboucher à court terme ont ainsi pu être définis :

1. Donner, pour tous les petits marchés publics, la priorité aux PME innovantes à offres égales
2. Réserver aux PME innovantes une partie des petits marchés publics de certains grands acheteurs
3. Donner, pour tous les marchés de R&D exclus du code, la priorité aux PME innovantes à offres égales
4. Réserver aux PME innovantes une partie des marchés de R&D de certains grands acheteurs
5. Permettre aux acheteurs publics d'imposer une part de sous-traitance à des PME innovantes
6. Faire de la part de la sous-traitance confiée aux PME innovantes un critère de choix des offres
7. Donner aux acheteurs publics un objectif d'augmentation de la part des PME innovantes dans la commande publique

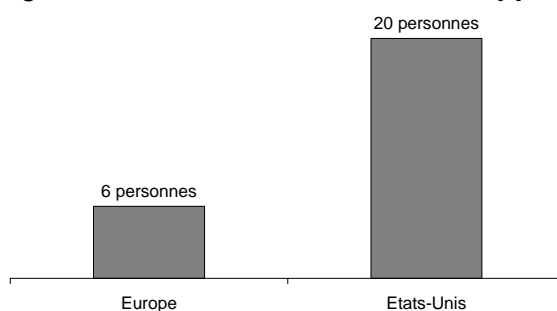
Au sujet de cette dernière proposition, rappelons les propos d'Eugène Foley, Directeur de la Small Business Administration, en 1965 : « ce qui donne des résultats, c'est de fixer des objectifs et des priorités *right at the top* ». C'est bien une telle impulsion qui contribuera à faire évoluer les comportements de terrain vers une plus grande acceptation de la PME innovante se traduisant par une meilleure utilisation des possibilités offertes aux acheteurs.



1^{ERE} PARTIE : CONTEXTE

CROISSANCE DES PME A FORT POTENTIEL : UN ENJEU STRATEGIQUE

Les PME européennes végètent dans un **état de sous-développement chronique**.



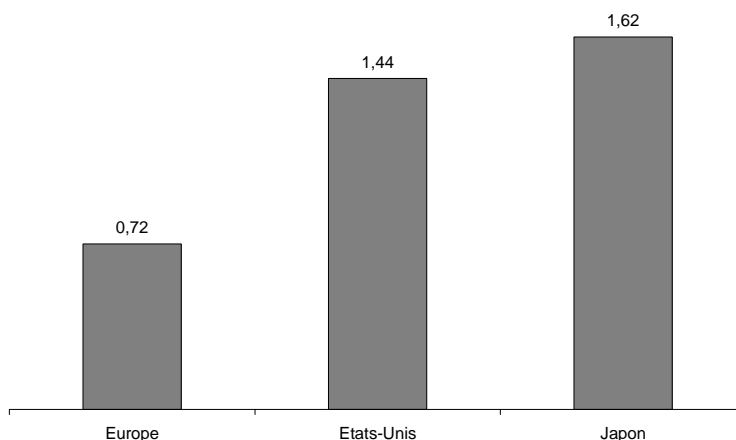
Effectif moyen, Commission européenne, 2004

Depuis 1980, elles ont été 7 fois moins nombreuses que leurs homologues américaines à devenir des leaders mondiaux¹.

Alors que 40% des 100 premières entreprises américaines ont été créées après 1976, c'est le cas de 10% d'entre elles seulement en France.

Cette situation a des conséquences sur l'ensemble de notre économie. Nos mauvaises performances en matière d'innovation, de croissance et d'emploi s'expliquent par **un tissu de leaders mondiaux trop clairsemé**.

L'économie européenne compte deux fois moins de très grandes entreprises, à population constante, que les Etats-Unis ou le Japon² :



Nombre de très grandes entreprises par million d'habitants

¹ Etude sur les 1000 plus grandes entreprises mondiales, Conseil d'Analyse Economique, 2003

² Etude sur les 1000 plus grands acteurs privés mondiaux en R&D, Department of Trade and Industry britannique, 2005



A nouveaux marchés, nouvelles entreprises. Faute de déverrouiller la situation de ses PME, l'Europe est écartée de tous les domaines nouveaux, porteurs de croissance et d'emploi.



Le 15 octobre 2006, Eric Le Boucher écrit dans Le Monde : « *le problème n'est pas le capitalisme, mais le capitalisme corporatiste du continent européen, qui défend les positions acquises et bloque cette évolution vers la société de réalisation personnelle. Notre pessimisme est renvoyé à lui-même* ».

Les PME innovantes, même si elles arrivent à démarrer leur croissance grâce aux primo-adopteurs, se trouvent ensuite bloquées sous un redoutable **plafond de verre**. C'est le fonctionnement même de la loi du marché en Europe qui est en cause. Parce qu'il ne suffit pas d'être le meilleur, parce que, pour être choisi, il faut aussi être gros et ancien, les PME subissent une **discrimination négative** qui les empêche de se développer et d'apporter leurs talents à la société :

- Les **banquiers** « ne prêtent qu'aux riches »
- Les **investisseurs** privilégient les LBO au véritable « capital-risque »¹
- Les **chercheurs** préfèrent transférer leurs connaissances à des grandes entreprises reconnues qu'à des PME dont ils craignent qu'elles n'aient pas la capacité de les valoriser convenablement²
- Les **jeunes diplômés** préfèrent se tourner vers des entreprises reconnues³
- Mais, pire que tout, les **clients**, eux aussi, préfèrent diminuer leur risque en achetant à des entreprises reconnues : « *Personne n'a jamais été licencié pour avoir acheté chez IBM* »⁴

¹ L'écart est de un à dix entre le venture et le LBO (montants levés par les fonds)

² En 2004, les PME représentaient moins de 5 % des relations avec les entreprises des laboratoires des télécommunications

³ Moins de 5% des jeunes diplômés de l'Ecole polytechnique qui se destinent aux entreprises font le choix d'une PME

⁴ En 2003, seuls 5 % des achats de la DGA étaient réalisés auprès de PME



2^{EME} PARTIE : SITUATION ACTUELLE

LES MARCHES PUBLICS : UN CAS PARTICULIER FONDAMENTAL

Alors que l'on ne disposait jusqu'à récemment que de peu de statistiques fiables sur le niveau de participation des PME aux marchés publics, il est maintenant possible, grâce à l'Observatoire Economique de l'Achat Public (OEAP), de disposer d'éléments précis. Ainsi, 19 % du montant des marchés publics d'Etat recensés en 2005 ont été attribués à des PME (au sens de la définition communautaire). Des travaux sont actuellement menés pour affiner ces résultats afin de connaître le niveau de participation des PME innovantes.

Ce faible niveau de participation est doublement dommageable :

1. L'achat public français représente un marché de plus de 120 milliards d'euros annuels. Un accès équitable des PME à ces marchés revêt donc une grande importance pour le développement des meilleures de ces entreprises, bien plus stimulé par des marchés que par des aides.
2. Un ré-équilibre des conditions de concurrence est également nécessaire pour maintenir et renforcer la compétitivité de l'achat public lui-même :

*La philosophie du gouvernement est que la concurrence devrait être équitable entre les entreprises cherchant à gagner des contrats. Actuellement les pratiques du secteur public pénalisent les PME car elles manquent de visibilité sur les besoins et les systèmes de sélection les désavantagent injustement. A cause de la pénalisation des PME, le secteur public est contraint de se priver de fournisseurs efficaces, compétitifs et innovants.*¹

FREINS

La taille et l'âge entraînent des discriminations, indépendantes de la qualité de l'offre de l'entreprise, qui expliquent ces faibles résultats. Ces discriminations sont valables dans tous les domaines mais sont intensifiées dans les secteurs innovants.

Discrimination 1 : Accès à l'information

*L'achat public de produits ou services innovants nécessite des interactions entre les acheteurs et les fournisseurs potentiels bien plus importantes que dans le cas de prestations standards*².

La problématique n'est pas ici de mieux informer les PME des appels d'offre émis mais de les aider à faire connaître leurs compétences innovantes aux acheteurs et prescripteurs publics AVANT la procédure d'appel d'offre. En pratique, une expression de besoin correcte doit être effectuée sur la base d'une connaissance de l'offre existante. Ce processus est fortement consommateur en temps, ce qui amène les acheteurs publics à dialoguer d'une manière privilégiée avec leurs fournisseurs habituels.

¹ Rapport du gouvernement britannique (SBS) sur les marchés publics (2005)

² Etude « innovation et marchés publics » réalisée pour la Commission européenne (2005)

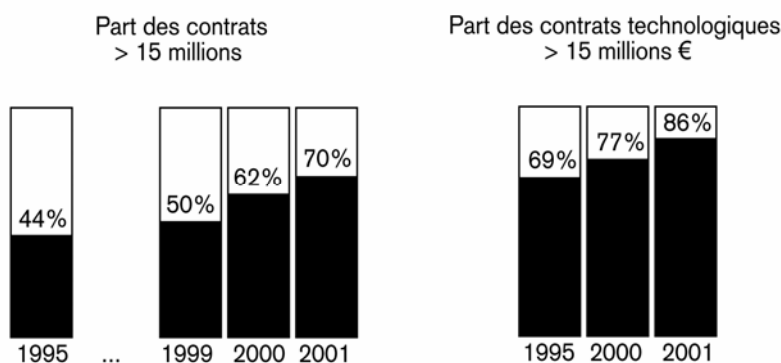


Les journées de présentation de PME aux grands compte privés ou publics organisées dans le cadre du Pacte PME peuvent répondre en grande partie à cette première discrimination. Les grands comptes publics suivants y participent déjà : CEA, CNES, DGA, EDF, La Poste, Ministère de l'Intérieur et de l'Aménagement du Territoire, Ministère de Economie, des Finances et de l'Industrie, Ministère des Transports, de l'Equipement, du Tourisme et de la Mer, RATP et SNCF.

Discrimination 2 : Globalisation de l'achat public

Dans tous les domaines, les acheteurs sont amenés à réduire le nombre de leurs fournisseurs et leur confier des marchés plus importants afin de diminuer leurs coûts d'acquisition. Dans les secteurs à forte intensité technologique de la défense, de la santé, des transports, de l'énergie et de l'espace, cette tendance est renforcée par la nécessité de mettre en œuvre de grands programmes de plus en plus complexes.

A titre d'illustration, le graphique en page suivante montre l'évolution dans les achats du ministère français de la Défense du poids des marchés d'un montant supérieur à 15 millions d'euros, donc inaccessibles aux PME.



Les PME sont donc au mieux reléguées au rang de sous-traitantes et voient ainsi leurs marges laminées. De plus, les maîtres d'œuvre de ces grands programmes sont bien souvent en situation de quasi-monopole (dans l'exemple ci-dessus, 85 % des contrats technologiques sont attribués sans mise en concurrence ; situation opposée pour les contrats non technologiques), ce qui ne les incite pas à faire appel aux solutions innovantes de PME qui sont susceptibles de remettre en cause leur propre organisation industrielle.

Discrimination 3 : Risque

59 % des PME innovantes françaises estiment avoir perdu des contrats faute d'avoir pu présenter à leur client des garanties suffisantes (cautions ou garanties de bonne fin)¹.

Cette discrimination est elle aussi plus importante dans les domaines innovants. L'incorporation d'une solution innovante est intrinsèquement porteuse de risque pour l'acheteur qui a donc tendance à préférer une entreprise établie à une autre, plus jeune et plus petite. Cette réaction est résumée par un adage bien connu des PME innovantes : « *personne n'a jamais été licencié pour avoir acheté chez IBM* ».

¹ Enquête réalisée par le Comité Richelieu en juin 2006



CAS PARTICULIER DE LA R&D

Les marchés de R&D jouent un rôle important. En 2002, la Délégation Générale pour l'Armement, la Direction des Programmes Aéronautiques Civils et le Centre National d'Etudes Spatiales ont attribué un montant total de 2086 millions d'euros à des entreprises pour des travaux de R&D. A ce montant devrait encore s'ajouter celui des achats de R&D effectués par des établissements publics. Pendant ce temps, le montant des aides s'élevait lui à 412 millions d'euros¹, soit un rapport de 1 à 5.

De nombreux travaux ont souligné le rôle important de la commande publique en matière de R&D et d'innovation. En Grande Bretagne, un récent rapport² qualifie l'achat public américain de R&D de « plus grand fonds de capital risque au monde ».

En France, après un rapport rédigé en 2003 par l'Ingénieur Général des Mines Philippe Hirtzman, un rapport du député Yves Fromion déclarait en 2005 : « afin de mieux faire participer les PME innovantes à la recherche de défense en France, l'accès aussi bien direct qu'indirect aux marchés doit être encouragé significativement ».

La Commission européenne quant à elle a également souligné l'importance des marchés publics pour l'innovation, mais sans y associer de dimension PME particulière³.

Dans ce contexte, il est intéressant de noter l'existence du programme norvégien IFU-OFU qui permet à l'Etat d'apporter des aides publiques à des PME innovantes en abondant le budget apporté par une agence publique ou une grande entreprise. Ce dispositif permet d'inciter les acheteurs publics à travailler avec des PME dans la perspective soit de leur acheter un produit, soit d'en faciliter l'intégration dans un programme plus vaste. Un tel dispositif est actuellement à l'étude chez OSEO.

¹ Ministère de la Recherche, note d'information 06-03

² David Connell, Secrets of the world's largest seed capital fund : how the United States Government uses its SBIR programme and Procurement budgets to support small technology funds »

³ Pre-commercial procurement of Innovation, a missing link in the European Innovation cycle, mars 2006



3^{EME} PARTIE : PROPOSITIONS

LE DROIT APPLICABLE

La commande publique est régie par des textes de différents niveaux. On distinguera, dans l'ordre :

- l'accord plurilatéral sur les marchés publics signé dans le cadre de l'OMC du 15 avril 1994 (AMP) ;
- le droit communautaire, en particulier les directives du 31 mars 2004 2004/17 et 2004/18 ;
- enfin, au niveau national, notamment, le code des marchés publics du 1er août 2006.

1. L'accord sur les marchés publics (AMP)

Il faut souligner que l'AMP n'a pas en lui-même d'effet juridique direct, mais qu'il doit être intégré dans l'ordre interne par les Etats signataires. Il a donc été intégré au droit communautaire notamment par les directives 2004/17 et 2004/18 du 30 mars 2004, ce qui explique d'ailleurs que les seuils d'application des directives, et, par ricochet, certains seuils du code des marchés publics français, soient périodiquement modifiés¹. Les seuils de l'AMP sont exprimés en DTS et sont identiques à ceux des directives communautaires sur les marchés publics.

L'accord comprend des règles et des obligations générales relatives tant à des principes et des objectifs qu'à des règles concernant son champ d'application élargi ou encore la procédure de passation. Les règles de l'Accord reposent sur le principe de non-discrimination.

L'accord ne s'applique qu'aux marchés mentionnés dans ses annexes.

L'article III de l'AMP dispose que :

« en ce qui concerne toutes les lois, tous les règlements, ainsi que toutes les procédures et pratiques concernant les marchés publics visés par le présent accord, chaque partie accordera immédiatement et sans condition, aux produits et services des autres parties et à leurs fournisseurs qui offrent ces produits ou services, un traitement qui ne sera pas moins favorable :

« a) que celui accordé aux produits, aux services et aux fournisseurs nationaux, ni

« b) que celui accordé aux produits et services de toute autre partie et à leurs fournisseurs ».

¹ En ce qui concernent les directives, les seuils l'ont été en dernier lieu par le Règlement (CE) n° 2083/2005 de la Commission du 19 décembre 2005.



Ce texte est ambigu :

- Il est en général interprété comme interdisant d'inclure comme condition d'attribution d'un marché des critères comme le respect de conditions sociales (participation à la réinsertion professionnelle, l'emploi de chômeurs de longue durée), car ces critères pourraient être considérés comme étant discriminatoire par rapport aux entreprises étrangères, qui ont plus de mal à les satisfaire. C'est la raison pour laquelle on considère généralement que l'institution de quotas de PME ou toute mesure tendant à faire du caractère de PME un critère d'attribution du marché est discriminatoire, car une PME est en général une entreprise locale. C'est également la raison pour laquelle les Etats Unis ont exclu de leur offre de couverture, lors de leur adhésion à l'AMP, le Small Business Act (SBA) du 30 juillet 1953 permettant notamment de réserver certains marchés aux PME ;
- Pourtant, il n'interdit pas formellement d'adopter une mesure de discrimination positive en faveur des PME dans la mesure où il serait avéré que cette mesure ne présente pas d'effet équivalent à une restriction aux échanges, c'est à dire qu'elle s'applique non seulement en droit mais aussi en fait à une certaine catégorie d'entreprise indépendamment de sa nationalité. Précisément, s'agissant des PME innovantes, dont certaines sont des acteurs du marché mondial, on pourrait démontrer que des mesures de discrimination positive ne constituent pas une application déguisée de la préférence nationale. La question de la définition de la PME innovante serait évidemment très importante si l'on voulait aller plus loin dans cette direction ;
- D'autre part, les commentateurs de l'AMP soulignent que, si l'AMP interdit de faire de l'appartenance à la catégorie PME ou de considérations sociales un critère d'attribution du marché, il est en revanche possible d'en faire un critère d'exécution du marché. En effet, dans ce cas, le fait d'exiger que des entreprises étrangères qui auraient obtenu le marché participent, au titre de conditions d'exécution du marché, à la réinsertion professionnelle ou à l'emploi de chômeurs de longue durée, ou qu'elles confient une certaine part de l'exécution du marché à des PME ne serait pas discriminatoire car ces conditions pourraient, en fait, être remplies par toute entreprise nationale ou étrangère.

A ce stade, nous tirons donc les conclusions suivantes :

- De façon générale, dans l'ensemble de cette étude, on partira de l'hypothèse que **des mesures en faveur des PME innovantes n'ont pas d'effet discriminatoire** dans la mesure où leur marché potentiel est mondial. Une mesure en faveur des PME innovantes n'est donc pas susceptible de constituer un obstacle aux échanges ou une discrimination en faveur des entreprises nationales. Tout dépend, évidemment, de la définition que l'on donnera des PME innovantes ;
- Dans cette mesure, l'AMP permet peut être **un certain nombre d'ouvertures**, qui dépendront de la définition des PME innovantes.
- En tout état de cause, **il n'est pas applicable aux marchés inférieurs aux seuils de l'accord.**



2. Le droit communautaire

2.1. Les principes généraux du Traité.

Selon une jurisprudence constante de la CJCE, **même en dessous des seuils d'application** des directives, les conditions de passation des marchés doivent respecter les principes du traité.

La Cour a ainsi jugé, que la passation de contrats non soumis aux directives devaient tout de même respecter « les règles fondamentales du traité en général et le principe de non-discrimination en raison de la nationalité en particulier, ce principe impliquant, notamment, une obligation de transparence qui permet au pouvoir adjudicateur de s'assurer que ledit principe est respecté. Cette obligation de transparence qui incombe au pouvoir adjudicateur consiste à garantir, en faveur de tout soumissionnaire potentiel, un degré de publicité adéquat permettant une ouverture du marché des services à la concurrence ainsi que le contrôle de l'impartialité des procédures d'adjudication. » (CJCE, 7 décembre 2000, Telaustria et Telefonadress, C-324/98 ; CJCE, 18 novembre 1999, Union Scandinavia et 3-S, C/275/98, point 31).

S'agissant en particulier du principe de **non-discrimination**, la CJCE a eu l'occasion de se prononcer sur l'introduction de critères non économiques d'attribution des marchés publics, par exemple l'exigence d'employer des chômeurs de longue durée¹. La Cour a certes admis l'emploi d'un tel critère, relatif à l'exécution du marché, mais seulement dans certaines limites puisqu'elle a souligné que « l'exigence d'employer des chômeurs de longue durée pourrait notamment enfreindre le principe de non-discrimination en raison de la nationalité consacré par l'article 7, paragraphe 2, du traité au cas où il s'avérerait qu'une telle condition ne pourrait être remplie que par les soumissionnaires nationaux ou bien qu'elle serait plus difficilement remplissable par des soumissionnaires provenant d'autres Etats membres ».

On en revient donc aux considérations indiquées plus haut à propos de l'AMP : il ne faudrait pas qu'une discrimination en faveur des PME, même au niveau des conditions d'exécution du marché, aboutisse à une mesure d'effet équivalent à une restriction aux échanges, ainsi que la cour l'a jugé pour l'emploi des chômeurs de longue durée. Tel serait sans doute le cas d'une disposition visant, de façon générale les PME. Il est bien évident en effet que dans certains secteurs comme le BTP une telle mention pourrait conduire à une discrimination de fait à l'égard des entreprises communautaires non françaises, dans la mesure où, dans ce secteur, on pourrait soutenir que « PME » est synonyme d'entreprise locale donc nationale.

En revanche, il semble qu'une mesure ciblée en faveur des PME innovantes, à condition de bien les définir, pourrait échapper à cette critique.

¹ 20 septembre 1988 Beentjes.



Le droit communautaire impose en tout état de cause de respecter :

- le principe de non-discrimination entre les nationalités,
- l'égalité de traitement, qui implique notamment que les règles de mise en concurrence soient connues de tous les soumissionnaires potentiels et s'appliquent à tous de manière uniforme,
- la transparence : le pouvoir adjudicateur doit garantir un degré de publicité adéquat en faveur de tout soumissionnaire potentiel,
- la proportionnalité : toute mesure choisie doit être à la fois nécessaire et appropriée au regard du but recherché.

Ces principes, qui découlent du traité, s'imposent indépendamment des directives, et, en particulier, aux marchés qui n'y sont pas soumis parce qu'ils sont au-dessous des seuils.

2.2. Les directives sur les marchés publics

Les seuils d'application des directives sont actuellement les suivants :

- a) **137 000** EUR, pour les marchés publics de fournitures et de services passés par l'Etat (et les organismes qui en dépendent comme les établissements publics)
- b) **249 000** EUR pour les marchés publics de fournitures et de services passés par les collectivités locales
- c) **6 242 000** EUR pour les marchés publics de travaux

Le droit communautaire et le droit national (code des marchés publics) ont des finalités différentes. Le droit national protège essentiellement l'argent des contribuables en veillant à ce que les collectivités publiques achètent selon le meilleur rapport qualité/prix. Le droit communautaire a en revanche pour objectif de garantir la réalisation effective du marché intérieur, c'est à dire d'assurer la transparence pour les entreprises communautaires des marchés par nature nationaux de la commande publique.

Les directives sur les marchés publics (directives 2004/17 et 2004/18 du 31 mars 2004) prescrivent d'attribuer les marchés selon le critère de l'offre économiquement la plus avantageuse.

Mais les administrations souhaitent souvent que les critères d'attribution des marchés répondent à certains de leurs besoins « non économiques », par exemple obéissent à une logique sociale ou environnementale.

La cour de justice des communautés européennes a donc été amenée à préciser à quelles conditions ces critères « non économiques » pouvaient être pris en compte.

Les directives de 2004 reprennent les avancées les plus récentes de la jurisprudence de la Cour.



Ces principes dégagés par la Cour et repris par les directives peuvent être sommairement résumés comme suit : il est possible de prendre en compte des considérations comme le social ou l'environnement, mais uniquement si elles sont liées :

- soit à l'**objet du marché** (sous réserve alors qu'elles ne confèrent pas une liberté de choix illimitée au pouvoir adjudicateur, soient expressément mentionnés et respectent les principes fondamentaux du Traité, c'est-à-dire notamment le principe de non-discrimination),
- soit aux **conditions de son exécution**.

Le lien avec l'objet du marché...

Sur le premier point, le lien avec l'**objet du marché**, la cour de justice des communautés européennes (CJCE) a estimé que constituaient des critères liés à l'objet du marché et par conséquent pouvant être pris en compte pour l'attribution du marché :

- des critères ayant trait au niveau des émissions d'oxyde azotique et au niveau sonore des autobus, s'agissant d'un marché portant sur la prestation de services de transports urbains par autobus¹ ;
- un critère relatif à la quantité d'électricité d'origine renouvelable produite par un producteur d'électricité, s'agissant d'un marché de fourniture d'électricité² ;

En revanche, on a peine à imaginer un marché dont l'objet serait tel qu'il impliquerait que les PME soient favorisées.

Les conditions d'exécution du marché

Sur le second point, les **conditions d'exécution du marché**, l'article 26 de la directive 2004/18 du 30 mars 2004 indique :

« Les pouvoirs adjudicateurs peuvent exiger des conditions particulières concernant l'exécution du marché pour autant qu'elles soient compatibles avec le droit communautaire et qu'elles soient indiquées dans l'avis de marché ou dans le cahier

¹ CJEG 17 décembre 2002, Concordia Bus Finland, points 55 et suivants.

² CJEG 4 décembre 2003 EVN AG et Wienstrom GmbH point 72 : « la réglementation communautaire en matière de marchés publics ne s'oppose pas à ce qu'un pouvoir adjudicateur retienne, dans le cadre de l'appréciation de l'offre économiquement la plus avantageuse pour l'attribution d'un marché de fourniture d'électricité, un critère d'attribution exigeant la fourniture d'électricité produite à partir de sources d'énergies renouvelables, affecté d'un coefficient de 45% (...) En revanche, cette réglementation s'oppose à un tel critère dans la mesure où :

- il n'est pas assorti d'exigences permettant un contrôle effectif de l'exactitude des informations contenues dans les offres,
- il exige que les soumissionnaires indiquent la quantité d'électricité produite à partir de sources d'énergies renouvelables qu'ils seront en mesure de fournir à une clientèle non définie et attribue le maximum de points au soumissionnaire qui indique la quantité la plus importante, étant précisé que seule est prise en compte la fraction dépassant la consommation prévisible dans le cadre de l'appel d'offres. »



des charges. Les conditions dans lesquelles un marché est exécuté peuvent notamment viser des considérations sociales et environnementales. »

Le considérant 33 explique de façon particulièrement claire dans quelles limites les conditions d'exécution du marché peuvent prendre en compte des critères « non économiques » :

« (33) Les conditions d'exécution d'un marché sont compatibles avec la présente directive pour autant qu'elles ne soient pas directement ou indirectement discriminatoires et qu'elles soient annoncées dans l'avis de marché ou dans le cahier des charges. Elles peuvent, notamment, avoir pour objet de favoriser la formation professionnelle sur chantier, l'emploi de personnes rencontrant des difficultés particulières d'insertion, de lutter contre le chômage ou de protéger l'environnement. À titre d'exemple, on peut citer, entre autres, les obligations - applicables à l'exécution du marché - de recruter des chômeurs de longue durée ou de mettre en oeuvre des actions de formation pour les chômeurs ou les jeunes, de respecter en substance les dispositions des conventions fondamentales de l'Organisation internationale du travail (OIT) dans l'hypothèse où celles-ci n'auraient pas été mises en oeuvre dans le droit national, de recruter un nombre de personnes handicapées qui irait au-delà de ce qui est exigé par la législation nationale. »

Ainsi, un critère comme le critère social peut être pris en compte au niveau des bénéficiaires directs du marché, c'est à dire de ses conditions d'exécution. Mais il serait illégal de prévoir que les entreprises candidates à l'appel d'offres répondent elles-mêmes à des critères sociaux.

Selon l'heureuse formule du commissaire du Gouvernement Denis Piveteau¹, cela veut dire que **les administrations peuvent imposer un certain nombre de ces critères aux offres elles-mêmes, mais pas aux offreurs**. Autrement dit, un critère ou une condition de participation à un marché public ne doit pas, de façon directe ou indirecte, conduire à écarter une catégorie d'offreur.

Application de ces principes au cas des entreprises innovantes

Par analogie, on peut en conclure qu'il serait légal, au regard du droit communautaire, de favoriser les petites et moyennes entreprises innovantes au niveau de l'exécution des marchés, par exemple en leur favorisant l'accès à la sous-traitance.

En effet, l'article 26 de la directive ne limite pas aux considérations sociales et environnementales les critères « non économiques » permettant de satisfaire les besoins des pouvoirs adjudicateurs, ainsi que le montre l'adverbe « notamment » employé par le texte (« Les pouvoirs adjudicateurs peuvent exiger des conditions particulières concernant l'exécution du marché pour autant qu'elles soient compatibles avec le droit communautaire et qu'elles soient indiquées dans l'avis de marché ou dans le cahier des charges. Les conditions dans lesquelles un marché est exécuté peuvent notamment viser des considérations sociales et environnementales. »)

¹ Conclusions dans CE 25 juillet 2001 Commune de Gravelines, BJCP N°19 p. 490.



C'est d'ailleurs ce que fait la directive, mais pour l'ensemble des PME en prévoyant dans son considérant 32:

« Afin de favoriser l'accès des petites et moyennes entreprises aux marchés publics, il convient de prévoir des dispositions en matière de sous-traitance. »

et dans son article 25 relatif à la sous-traitance :

« Dans le cahier des charges, le pouvoir adjudicateur peut demander (...) au soumissionnaire d'indiquer, dans son offre, la part du marché qu'il a l'intention de sous-traiter à des tiers ainsi que les sous-traitants proposés. »¹.

3°Le droit interne

3.1. Les principes généraux de la commande publique

De même que le droit communautaire impose le respect de certains principes dérivés directement du Traité et donc s'appliquant indépendamment des directives, de même, en droit interne, la commande publique est soumise à certains principes généraux s'appliquant même sans textes.

En particulier, s'agissant de l'accès des PME à la commande publique, un certain nombre de principes ont été dégagés par le conseil d'Etat d'une part, par le conseil constitutionnel d'autre part.

PME et commande publique : la position du conseil d'Etat

Le Conseil d'Etat a eu l'occasion de censurer un certain nombre de dispositifs prévoyant l'inclusion de critères autres qu'économiques dans le choix des attributaires des marchés.

Il a ainsi annulé un appel d'offres qui prévoyait un critère additionnel de sélection relatif aux propositions faites par les soumissionnaires en matière de création d'emplois, d'insertion et de formation². En effet, comme le rappelait le commissaire du Gouvernement, il existe un *« principe tout à fait essentiel de la neutralité de la réglementation des marchés publics, c'est à dire l'idée selon laquelle la dépense publique qui s'effectue à l'occasion d'un marché ne doit pas être l'instrument d'autre chose que de la réalisation du meilleur achat au meilleur coût »*.

S'agissant spécifiquement de l'accès des PME à la commande publique, le conseil d'Etat a jugé illégale une circulaire ministérielle qui, estimant que "la procédure des appels d'offres restreints permet de rechercher une répartition équilibrée des marchés entre les petites, les moyennes et les grandes entreprises", donnait pour directive aux services de "faire prévaloir dans le choix des entreprises [appelées] à soumissionner une certaine relation entre la dimension des marchés à traiter et la taille des entreprises" et, par suite, sauf circonstances particulières, d'écarter la candidature d'entreprises dont le chiffre d'affaires est "trop élevé par rapport au montant des marchés", tout en veillant à ce que "cette limitation des candidatures pour les appels d'offres lancés pour les petits marchés ne conduise pas, dans

¹ Ces dispositions ont été reprises telles quelles à l'article 48 du nouveau code des marchés publics.

² Conclusions dans CE 25 juillet 2001 Commune de Gravelines.



les faits, à une situation d'absence de concurrence entre entreprises". En effet, a estimé le conseil d'Etat, « quel que soit l'intérêt général qui s'y attache, la répartition équilibrée des marchés entre les petites, les moyennes et les grandes entreprises n'est pas au nombre des objectifs que les dispositions du code des marchés publics visent à atteindre ; qu'en recommandant aux responsables des marchés d'écarter les candidatures de certaines entreprises au seul motif que leur chiffre d'affaires serait trop important au regard du montant des marchés, la directive ministérielle du 15 décembre 1977 a pour effet d'introduire une discrimination qui n'est pas en rapport avec l'objet de la réglementation des marchés publics, et de porter ainsi une atteinte injustifiée à l'égalité de traitement qui doit être assurée entre les entreprises candidates à la présentation d'une offre. » ¹

Ce faisant, le conseil d'Etat a donc développé une jurisprudence plus sévère, sur le fondement du code des marchés publics et des principes généraux de la commande publique, que ne l'est la jurisprudence de la CJCE sur le fondement des directives communautaires.

Mais la jurisprudence précitée du conseil d'Etat a été rendue au vu de l'ancien code des marchés publics et sera peut être appelée à changer avec le code de 2006 et l'évolution du droit communautaire, mais elle montre bien la divergence d'objectifs, signalée plus haut, entre la législation nationale de la commande publique et son pendant communautaire.

En tout état de cause, la position du conseil d'Etat, si elle devait se vérifier, pourrait être contournée par la loi. En effet, le juge de la loi, le conseil constitutionnel, paraît avoir une position plus flexible que le conseil d'Etat.

PME et commande publique : la position du conseil constitutionnel.

De façon générale, le droit public considère que le principe d'égalité implique de traiter différemment les personnes se trouvant dans une situation différente, sous réserve que cette discrimination réponde à un intérêt général et qu'elle soit en rapport avec l'objet du service.

S'agissant tout particulièrement de la commande publique, il avait été proposé, lors de l'adoption de la loi MURCEF, de favoriser certaines associations et sociétés coopératives dont l'objet était d'aider les personnes ayant des difficultés d'insertion. Il était prévu que leur soient réservés un certain nombre de marchés.

Le Conseil constitutionnel a censuré mais n'a pas rejeté de façon absolue toute possibilité de discriminer certaines entreprises soumissionnaires. Il a affirmé : « *Considérant que l'article 12 de la loi déferée prévoit qu'« un quart des lots » des « marchés visés par le code des marchés publics » qui « font l'objet d'un allotissement » et « portent, en tout ou partie », sur des « prestations susceptibles d'être exécutées » par les structures associatives ou coopératives visant notamment à « promouvoir l'esprit d'entreprise indépendante et collective, fait l'objet d'une mise en concurrence entre ces structures ; que ces dispositions, tant par leur ampleur que par leur imprécision, portent au principe d'égalité devant la loi une atteinte disproportionnée par rapport à l'objectif d'intérêt général qui s'attache au développement de l'économie sociale ; que, par suite, il y a lieu de déclarer cet article contraire à la Constitution*».

¹ CE 13 mai 1987 Société Wanner Isofi Isolation



Mais le conseil a ajouté que : « le législateur peut, dans le but de concilier l'efficacité de la commande publique et l'égalité de traitement entre les candidats avec d'autres objectifs d'intérêt général inspirés notamment par des préoccupations sociales, prévoir un droit de préférence, à égalité de prix ou à équivalence d'offres, en faveur de certaines catégories de candidats ; que, s'il lui est également loisible, dans le même but, de réserver l'attribution d'une partie de certains marchés à des catégories d'organismes précisément déterminées, il ne saurait le faire que pour une part réduite, pour des prestations définies et dans la mesure strictement nécessaire à la satisfaction des objectifs d'intérêt général ainsi poursuivis » ¹ (DC 2001-452 du 6 décembre 2001 à propos de la loi MURCEF).

Ainsi, la loi pourrait, sans heurter de principes constitutionnels :

1. Prévoir un droit de préférence, à égalité de prix ou équivalence d'offres, en faveur de certaines catégories de candidats ;
2. Réserver l'attribution d'une partie de certains marchés à certains organismes précisément déterminés, sous trois conditions :
 - il devrait s'agir d'une part réduite des marchés, le conseil constitutionnel indiquant que la proportion de 25% lui paraissait excessive,
 - il devrait s'agir d'un certain type de marchés, que l'on pourrait par exemple définir par l'identité du pouvoir adjudicateur, car, dans la pratique, les PME innovantes s'intéressent en priorité aux marchés passés par certains acteurs bien définis (domaine de la Défense, Santé, Energie, Transports ...),
 - les prestations devraient être strictement définies, et
 - cette dérogation devrait être strictement nécessaire à la satisfaction de l'objectif recherché.

Bien évidemment, ces mesures devraient respecter le droit communautaire, à savoir ne pas avoir d'effet discriminatoire. Le fil rouge de toute la présente étude est bien de suggérer que la discrimination en faveur de cette catégorie très particulière que sont les PME innovantes ne contrevient pas aux principes du Traité.

3.2. Le code des Marchés Publics (CMP)

Le code des marchés public n'a pas le même champ d'application que les directives. Certains contrats (par exemple les contrats de partenariat et d'autres formules de PPP) sont des marchés publics au sens communautaire mais non au sens du code des marchés publics.

Inversement, le code des marchés publics s'applique au premier euro, donc au-dessous des seuils prévus par les directives.

¹ Décision DC 2001-452 du 6 décembre 2001 à propos de la loi MURCEF



Il existe déjà dans le code des marchés public un certain nombre de dispositions au bénéfice des PME.

Il est donc intéressant de les répertorier et d'analyser quels principes pourraient faire obstacle à l'édiction d'autres règles en faveur des PME innovantes.

A cet égard, il faut noter que le nouveau code des marchés publics de 2006 prend acte des avancées des directives et de la jurisprudence communautaire.

Il est ainsi possible d'attribuer les marchés en prenant en compte un certain nombre de critères « qualitatifs », à condition qu'ils ne soient pas discriminatoires.

L'article 3 exclut certains contrats du code des marchés publics

L'article 3 du nouveau code des marchés publics dispose à cet égard que :

« Les dispositions du présent code ne sont pas applicables aux marchés et accords-cadres suivants passés par les pouvoirs adjudicateurs définis à l'article 2 :

(...)

4° Accords-cadres et marchés qui ont pour objet l'achat, le développement, la production ou la coproduction de programmes destinés à la diffusion par des organismes de radiodiffusion et aux marchés concernant les temps de diffusion ;

(...)

6° Accords-cadres et marchés de services de recherche et de développement autres que ceux pour lesquels le pouvoir adjudicateur acquiert la propriété exclusive des résultats et finance entièrement la prestation ;

(...)

14° Accords-cadres et marchés qui ont principalement pour objet de permettre la mise à disposition ou l'exploitation de réseaux publics de communications électroniques ou la fourniture au public d'un ou de plusieurs services de communications électroniques ».

Ces exemptions découlent directement des directives. Certaines d'entre elles sont susceptibles d'intéresser les PME innovantes.

Certaines dispositions portent sur les conditions d'exécution du marché :

A cet égard, au titre des dispositions générales applicables aux pouvoirs adjudicateurs, l'article 14 du nouveau code précise que :

« Les conditions d'exécution d'un marché ou d'un accord-cadre peuvent comporter des éléments à caractère social ou environnemental qui prennent en compte les objectifs de développement durable en conciliant développement économique, protection et mise en valeur de l'environnement et progrès social.

Ces conditions d'exécution ne peuvent pas avoir d'effet discriminatoire à l'égard des candidats potentiels. Elles sont indiquées dans l'avis d'appel public à la concurrence ou dans les documents de la consultation »,



Malheureusement le texte ne reprend pas le « notamment » de l'article 26 de la directive 2004/18. En soumettant l'inclusion de certaines conditions d'exécution à la condition qu'elles prennent en compte les objectifs de développement durable, il est finalement plus restrictif que le texte communautaire.

D'autres dispositions sont relatives aux conditions d'attribution du marché.

Le nouvel article 53 du code, relatif aux conditions d'attribution du marché, prévoit quant à lui :

« I. - Pour attribuer le marché au candidat qui a présenté l'offre économiquement la plus avantageuse, le pouvoir adjudicateur se fonde :

1° Soit sur une pluralité de critères non discriminatoires et liés à l'objet du marché, notamment la qualité, le prix, la valeur technique, le caractère esthétique et fonctionnel, les performances en matière de protection de l'environnement, les performances en matière d'insertion professionnelle des publics en difficulté, le coût global d'utilisation, la rentabilité, le caractère innovant, le service après-vente et l'assistance technique, la date de livraison, le délai de livraison ou d'exécution. D'autres critères peuvent être pris en compte s'ils sont justifiés par l'objet du marché ;

2° Soit, compte tenu de l'objet du marché, sur un seul critère, qui est celui du prix. »

On remarque que le caractère innovant de l'offre fait partie des critères pouvant être pris en compte.

Le code permet aux pouvoirs adjudicateurs de préciser le type d'entreprises admises à présenter ou à exécuter une offre.

Le nouveau code contient deux dispositions dont le but explicite est de favoriser l'accès des PME à la commande publique.

D'une part, l'article 48 prévoit que, dans l'avis d'appel public à la concurrence ou dans les documents de la consultation, le pouvoir adjudicateur peut demander aux candidats d'indiquer dans leur offre la part du marché qu'ils ont l'intention de sous-traiter à des tiers, notamment à des petites et moyennes entreprises¹ ou à des artisans.

D'autre part, il est prévu que « *le pouvoir adjudicateur peut fixer un nombre minimum de petites et moyennes entreprises, au sens de l'article 48, qui seront admises à présenter une offre, sous réserve que le nombre des petites et moyennes entreprises retenues en application des critères de sélection des candidatures soit suffisant* »².

¹ au sens de l'article 8 de l'ordonnance n° 2004-559 du 17 juin 2004 sur les contrats de partenariat, c'est à dire « 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 d'euros. Ne sont pas considérées comme des petites et moyennes entreprises les entreprises dont le capital social est détenu à hauteur de plus de 33 % par une entreprise n'ayant pas le caractère d'une petite et moyenne entreprise. »

² articles 60,65 et 67.



Compte tenu de ce qui a été dit plus haut de l'interprétation du principe de non-discrimination par la jurisprudence européenne, certains ont émis les plus grands doute sur la légalité de ces dispositions.

En revanche, il paraît tout à fait légal de prévoir, comme le fait le nouvel article 48, que les pouvoirs adjudicateurs puissent demander aux candidats d'indiquer dans leur offre la part du marché qu'ils réservent aux PME pour la sous-traitance.

La discrimination en faveur des sociétés coopératives de production

L'article 53 du code, comme d'ailleurs les codes précédents, prévoit une discrimination positive en faveur des coopératives ouvrières de production, des producteurs agricoles et des artisans :

« IV. - 1° Lors de la passation d'un marché, un droit de préférence est attribué, à égalité de prix ou à équivalence d'offres, à l'offre présentée par une société coopérative ouvrière de production, par un groupement de producteurs agricoles, par un artisan, une société coopérative d'artisans ou par une société coopérative d'artistes ou par des entreprises adaptées. »

On peut émettre quelque réserve sur la compatibilité de cette mesure au regard du droit communautaire. En revanche, rien ne s'opposerait à ce que la mesure soit étendue aux PME innovantes.

4° Résumé de l'examen des contraintes juridiques

A l'issue de cette analyse, il est nécessaire de revenir à des considérations simples.

1. Les normes juridiques applicables forment deux blocs, selon que l'on est en dessus ou en dessous du seuil des directives :

- en-dessous des seuils s'appliquent les principes généraux du Traité de l'Union Européenne, le code des marchés publics français (CMP) et la jurisprudence du conseil d'Etat et du conseil Constitutionnel ;
- en-dessus des seuils, s'appliquent en outre l'AMP et les Directives communautaires.

2. En dessus des seuils, les directives réduisent, en pratique, les mesures envisageables à celles relatives aux conditions d'exécution des marchés, c'est à dire que les mesures en faveur des PME ne peuvent concerner que la sous-traitance ;

3. En dessous des seuils, la seule interne contraignante est le CMP. Mais celui-ci résulte d'un décret et peut donc être modifié par un décret, qui devrait alors respecter :

- le principe de non-discrimination, qui découle tant de règles constitutionnelles que du droit communautaire que de l'AMP. Le consensus actuel est que toute mesure en faveur des PME est discriminatoire, dans la mesure où PME veut dire local. Par conséquent, une mesure en faveur des PME serait considérée comme plus difficile à atteindre par un candidat à un appel d'offre originaire d'un autre pays que celui qui lance l'appel d'offres. Mais il en va différemment des PME innovantes;



- la jurisprudence du conseil d'Etat ; mais, à supposer que celle-ci soit toujours valable en présence depuis les directives de 2004, il est toujours possible d'agir par la loi ;
- la jurisprudence du conseil constitutionnel, si on choisit d'agir par la voie législative.

Le tableau ci-après résume toutes les contraintes juridiques applicables :

Types de marché	Texte applicable	Règles applicables
Au-dessous des seuils de l'AMP et des directives	*Principes Généraux du Traité *Code des Marchés Publics *Jurisprudence CE *Jurisprudence CC	- principe de non-discrimination - possibilité de favoriser les PME innovantes au niveau de l'attribution et de l'exécution ... - mais dans la limite de la jurisprudence du CE et du CC
Au-dessus des seuils de l'AMP et des directives	Mêmes normes que ci-dessus, En outre : AMP Directives du 31 mars 2004	Directives Marchés Publics : - Le pouvoir adjudicateur doit se prononcer en faveur de l'offre économiquement la plus avantageuse - Des critères « non économiques » peuvent néanmoins être introduits s'ils sont liés : * à l'objet même du marché * aux conditions de son exécution (sous-traitance) pour autant qu'ils soient compatibles avec le droit communautaire

L'examen de ces contraintes juridiques permet de mettre en évidence les différents types de mesure qui pourraient être envisagées.



LES MESURES ENVISAGEABLES

PROPOSITION N°1 LES PETITS MARCHES PUBLICS

En dessous des seuils, le droit national n'est contraint que par les principes généraux du Traité.

Il est donc possible d'aller au-delà des conditions d'exécution, mais dans le respect des principes posés par le conseil constitutionnel. Il est possible de prévoir des mesures selon lesquelles :

- les appels d'offres peuvent prévoir que le nombre de candidats devra comporter un nombre minimum de PME innovantes;
- à offre égale, priorité est donnée à l'offre présentée par une PME innovante ;
- une partie, par exemple 20%, de certains marchés devra être réservée à des PME innovantes. Pour respecter les exigences du conseil constitutionnel, il devra s'agir d'un certain type de marchés, que l'on pourrait par exemple définir par l'identité du pouvoir adjudicateur, car, dans la pratique, les PME innovantes s'intéressent en priorité aux marchés passés par certains acteurs bien définis (domaine de la Défense, Santé, Energie, Transports ...).

L'article 53-IV du code des marchés publics serait ainsi modifié :

« IV. - 1° Lors de la passation d'un marché, un droit de préférence est attribué, à égalité de prix ou à équivalence d'offres, à l'offre présentée par une petite et moyenne entreprise innovante, une société coopérative ouvrière de production, par un groupement de producteurs agricoles, par un artisan, une société coopérative d'artisans ou par une société coopérative d'artistes ou par des entreprises adaptées.»



PROPOSITION N° 2 MARCHES DE RECHERCHE-DEVELOPPEMENT

Les marchés de recherche et développement sont un cas à part puisque certains d'entre eux ne sont pas soumis aux directives.

Cette exclusion découle directement de la directive 2004/18, qui en explique les raisons dans son considérant 23 :

« 23) En vertu de l'article 163 du traité, l'encouragement de la recherche et du développement technologique constitue un des moyens de renforcer les bases scientifiques et technologiques de l'industrie de la Communauté, et l'ouverture des marchés publics de services aide à la réalisation de cet objectif. Le cofinancement de programmes de recherche ne devrait pas être visé par la présente directive; ne sont dès lors pas visés les marchés de services de recherche et de développement autres que ceux dont les fruits appartiennent exclusivement au pouvoir adjudicateur pour son usage dans l'exercice de sa propre activité, pour autant que la prestation de services soit entièrement rémunérée par le pouvoir adjudicateur. »

La directive exclut donc ce genre de marchés de son champ d'application, et cette exclusion est reprise à l'article 3-4° CMP. Mais le champ d'application de l'exclusion est limité, puisque les conditions suivantes doivent être satisfaites :

- Le marché ou accord- cadre doit porter sur des **services**; s'il porte sur des travaux ou des fournitures, le code s'applique.
- Le pouvoir adjudicateur ne doit pas financer la totalité de la prestation. Il doit s'agir d'un financement partagé.
- Le pouvoir adjudicateur ne doit pas acquérir la totalité des résultats.

S'ils remplissent ces conditions, ces marchés échappent donc au champ d'application du code des marchés publics et des directives et relèvent directement des principes généraux du Traité. Leur passation est dès lors soumise à la seule application du principe de non-discrimination et de libre circulation.

Il faut noter que, dès lors que le pouvoir adjudicateur n'acquiert pas la totalité des résultats, il peut s'agir d'une aide d'Etat au sens de l'article 87 du Traité CE. Dans ce cas, les aides à la recherche sont régies par le nouvel Encadrement Communautaire des aides d'Etat à la recherche, au développement et à l'innovation (2006/C 323/01) qui est entré en vigueur le 1er janvier 2007. Ce dispositif comporte des dispositions en faveur des PME et en particulier en faveur des jeunes entreprises innovantes.

S'agissant de procédures qui ne sont soumis qu'aux principes généraux du Traité et de la commande publique, à l'exclusion des directives et du CMP, on se trouve dans le même cadre juridique que pour les petits marchés. Les mesures préconisées sont donc les mêmes.

Mentionnons ici le dispositif « Passerelle » en cours d'expérimentation à OSEO et visant à inciter les grands comptes publics ou privés à participer aux dépenses de R&D des PME, dans la perspective de l'utilisation future par ces grands comptes d'un produit ou d'un service innovant. Ce mécanisme pourrait contribuer à la mise en œuvre de ces mesures.



PROPOSITION N° 3

MESURES PORTANT SUR LE NIVEAU DE SOUS-TRAITANCE A DES PME INNOVANTES

On a vu que l'article 26 de la directive 2004/18 du 30 mars envisageait les considérations sociales et environnementales comme des conditions d'exécution non limitatives, d'autres critères pouvant être retenus pour autant qu'ils soient compatibles avec le droit communautaire et indiqués dans l'avis du marché et le cahier des charges.

Il est donc tout à fait possible de permettre aux pouvoirs adjudicateurs d'imposer d'autres conditions d'exécution des marchés, comme par exemple l'obligation de prévoir que le marché sera en tout ou partie exécuté par des PME innovantes.

L'article 14 du code des marchés publics serait ainsi modifié pour aller au maximum de ce que permet l'article 26 de la directive:

« Les conditions d'exécution d'un marché ou d'un accord-cadre peuvent comporter des éléments à caractère social ou environnemental qui prennent en compte les objectifs de développement durable en conciliant développement économique, protection et mise en valeur de l'environnement et progrès social ou des considérations tendant à l'intérêt qui s'attache à confier une partie de l'exécution du marché à des petites et moyennes entreprises innovantes .

Ces conditions d'exécution ne peuvent pas avoir d'effet discriminatoire à l'égard des candidats potentiels. Elles sont indiquées dans l'avis d'appel public à la concurrence ou dans les documents de la consultation ».



PROPOSITION N° 4

MESURES PORTANT SUR LES CRITERES D'ATTRIBUTION DES MARCHES

Il est possible d'imaginer que les pouvoirs adjudicateurs fassent de la sous-traitance par les PME non pas une condition obligatoire d'exécution du marché, mais un critère de choix des offres : dans un tel système, les offres seraient notées notamment en fonction de la part de sous-traitance aux PME innovantes.

Un tel système va plus loin que l'article 48 CMP, qui autorise seulement l'administration à demander aux candidats quelle part de sous-traitance ils envisagent d'accorder aux PME. Il serait aussi plus limité, puisqu'il serait réservé aux PME innovantes pour échapper au reproche de discrimination.

Une telle solution doit être d'autant plus explorée que l'article 8 de l'ordonnance du 17 juin 2004 sur les contrats de partenariat prévoit déjà : « *Parmi les critères d'attribution, figurent nécessairement le coût global de l'offre, des objectifs de performance définis en fonction de l'objet du contrat et la part d'exécution du contrat que le candidat s'engage à confier à des petites et moyennes entreprises et à des artisans* ».

Cette disposition n'a pas fait l'objet de remarques par la commission européenne et a été « bénie » par le conseil d'Etat lors de l'examen de l'ordonnance du 17 juin 2004 sur les contrats de partenariat. Or, il est très important de noter que les contrats de partenariat ont été expressément qualifiés de marchés publics au sens communautaire par le conseil d'Etat¹. Par conséquent, le conseil d'Etat considère que ce genre de mesures est compatible avec la directive 2004/18. Dans ces conditions, il est suggéré d'étendre cette formulation, mais au seul bénéfice des PME innovantes :

1°) à toutes les formes de PPP, c'est à dire aux autorisations d'occupation temporaire du domaine public (AOT) et aux baux emphytéotiques administratifs (BEA) ;

2°) **aux marchés publics dans leur ensemble**, quel que soit le seuil.

L'article 53 du code des marchés publics serait ainsi modifié :

« I. - Pour attribuer le marché au candidat qui a présenté l'offre économiquement la plus avantageuse, le pouvoir adjudicateur se fonde :

1° Soit sur une pluralité de critères non discriminatoires et liés à l'objet du marché, notamment la qualité, le prix, la valeur technique, le caractère esthétique et fonctionnel, les performances en matière de protection de l'environnement, les performances en matière d'insertion professionnelle des publics en difficulté, le coût global d'utilisation, la rentabilité, le caractère innovant, le service après-vente et l'assistance technique, la date de livraison, le délai de livraison ou d'exécution, la part d'exécution du contrat que le candidat s'engage à confier à des petites et moyennes entreprises et à des artisans. D'autres critères peuvent être pris en compte s'ils sont justifiés par l'objet du marché ; »

¹ CE, 29 octobre 2004, Sueur et autres, n°269814



PROPOSITION N°5 **AGIR SUR LES ACHETEURS PUBLICS**

Toutes ces mesures seraient vaines si elles n'étaient pas soutenues par une volonté politique forte, relayée aux échelons administratifs au niveau des acheteurs.

Il conviendrait donc que le Premier ministre donne par circulaire un certain nombre de directives (qui bien sûr devront rester dans les limites permises par la jurisprudence sur les circulaires) à l'ensemble des services.

Le conseil d'Etat a eu à connaître de la légalité d'une circulaire de même nature, donnant des instructions en matière de commande publique. Il l'a jugée légale, en précisant les limites¹. Cette circulaire après avoir rappelé les critères de choix dans l'attribution des marchés publics énoncés au CMP alors en vigueur, ajoutait qu'un "critère additionnel" relatif à la création d'emplois et à la formation professionnelle pouvait être inséré dans les appels d'offres et dans les engagements contractés par les entreprises lors de la conclusion de marchés publics. La circulaire rappelait que « la qualité de l'offre relative au critère additionnel d'emploi et de formation de demandeurs d'emploi ne peut, en elle-même, compenser des garanties techniques ou financières non satisfaisantes, une offre insuffisamment adaptée aux besoins exprimés par la collectivité publique ou un prix supérieur à celui d'un concurrent - Les propositions qui pourraient être faites à ce titre ne sauraient favoriser un candidat par rapport à d'autres entreprises qui auraient présenté des offres équivalentes, notamment au regard du critère du prix et de la qualité technique de la prestation - Bien évidemment, ce critère additionnel relatif à l'emploi ne doit, en aucun cas, être utilisé comme un moyen de préférence locale ou comme un instrument discriminatoire à l'encontre d'entreprises ressortissant de la communauté européenne ou d'Etats parties au code Gatt des marchés publics (...) » Compte tenu de cette formulation, le conseil d'Etat a jugé que « les mentions relatives au "critère additionnel" qui pourraient être insérées dans les appels d'offres et dans les marchés publics, constituent une simple déclaration d'intentions, destinée à marquer l'intérêt porté par les cocontractants aux questions relatives à l'emploi et à la formation professionnelle, sans que cette déclaration d'intentions puisse constituer un critère de choix qui se substituerait aux critères réglementaires des articles 97 et 300 du code des marchés publics, ou même se bornerait à compléter ces critères réglementaires. »

Une circulaire recommandant les PME innovantes à l'attention des acheteurs publics peut donc être envisagée, pourvu que sa formulation soit prudente.

Les principales dispositions pourraient être les suivantes :

- L'article 50 du nouveau code des marchés publics prévoit que, lorsque le pouvoir adjudicateur se fonde sur plusieurs critères pour attribuer le marché, il peut autoriser les candidats à présenter des variantes et que, à défaut d'indication, les variantes ne sont pas admises. Or, la faculté de présenter une variante est souvent ce qui permet à une PME innovante de faire la différence avec une grande entreprise. La circulaire pourrait recommander aux acheteurs publics de prévoir de façon générale la possibilité de variantes, sauf exceptions motivées ;

¹ CE 10 mai 1996 Fédération Nationale des Travaux Publics, Rec. p. 164.



- L'article 53 du nouveau code des marchés fait du caractère innovant l'un des critères de choix des offres. La circulaire pourrait recommander de prendre plus souvent ce critère en compte, et surtout de lui attribuer une pondération plus importante ;
- Il est tout à fait possible d'affirmer par voie de circulaire un objectif d'augmentation de la part des PME innovantes dans la commande publique. La circulaire pourrait rappeler l'intérêt qui s'attache à accroître cette part, demander à l'ensemble des services de faire leurs meilleurs efforts en ce sens et prévoir des rapports annuels des différentes administrations sur les résultats obtenus et les mesures mises en œuvre.

Nous avons souhaité mentionner une dernière proposition qui, bien qu'elle sorte du cadre juridique de cette étude et ne contribuerait pas directement à renforcer l'accès des PME innovantes aux marchés publics, mais s'attacherait à un problème qui en serait la conséquence directe : les délais de paiement. La suggestion est simple : la mise en place par les plus grands acheteurs publics d'un « *reverse factoring* » qui permettrait non seulement d'automatiser l'accès des fournisseurs à des solutions de paiement immédiat mais également de leur faire bénéficier de meilleures conditions en profitant de la qualité de signature du débiteur. Ce concept, encore neuf en France, est plus largement connu dans d'autres pays.

REMERCIEMENTS

Nous tenons à remercier les nombreuses personnes sans lesquelles ce document n'aurait pas été possible, en particulier :

Yves Allain, Jacques Astoin, Jean-Luc Aubineau, Bénédicte Bejm, Agnès Bricard, Béatrice Brisson, Jean-Baptiste Carpentier, Wouter Deelman, Pierre Gattaz, Jérôme Grand d'Esnon, Philippe Hirtzman, Gerhard Huemer, Francis Jubert, Cyril Meunier, Catherine Minard, Jean Mounet, Yves Nicolas, Jean-Pierre Nobile, Jean-Paul Palasz, Boris Pennaneac'h, Eric Peters, André-Yves Portnoff, Jean-François Roubaud, Bernard Smay, Patrick Schmitt, Patrick Seyer, Frank Supplisson et Clémence Valin.

...ainsi que les milliers d'européens qui ont signé la pétition en faveur d'un « Small Business Act ».



LE MINISTRE DES PETITES ET MOYENNES ENTREPRISES,
DU COMMERCE, DE L'ARTISANAT ET DES PROFESSIONS LIBÉRALES

Paris, le 03 JAN. 2007

FS/GD

Monsieur le Président,

L'accès des petites et moyennes entreprises à la commande publique constitue un instrument important pour leur développement. Le Comité Richelieu joue un rôle moteur dans l'émergence de ce nouvel instrument. Depuis 2002, le Gouvernement s'est à son tour résolument engagé en faveur de l'accès des PME aux marchés publics.

Le Pacte PME, mis en œuvre avec OSEO, s'applique déjà aux principaux acheteurs publics comme la DGA, le CNES, le CEA, le Ministère de l'intérieur, celui de l'équipement ainsi qu'à des entreprises publiques comme La Poste, EDF ou la SNCF. Il permet aux PME innovantes et aux acheteurs des grands comptes de mieux se connaître, ce qui lève une importante barrière, mais n'est pas encore suffisant.

Les démarches auprès de la Commission européenne se poursuivent par ailleurs activement, afin d'obtenir que l'Europe et la France soient autorisées à bénéficier de la même dérogation que les Etats-Unis, leur permettant de modifier leur législation afin de réserver une part de leurs marchés publics aux PME.

La commande publique constitue, aussi, un instrument particulièrement puissant en faveur de l'innovation dans les petites et moyennes entreprises. Deux mesures complémentaires pourraient être mises en œuvre dans ce sens, à court terme, sans modification de notre législation des marchés publics :

D'une part, une mesure de réservation aux PME innovantes de « petits marchés publics ». L'article 28 du Code des marchés publics précise en effet que le pouvoir adjudicateur est libre de fixer les modalités de passation des marchés publics dont le montant est inférieur à un certain seuil. Cet article offre donc la possibilité de réserver certains petits marchés aux petites et moyennes entreprises innovantes.

Monsieur Thierry GAIFFE
Président du Comité Richelieu
2, rue du Faubourg Poissonnière
75 010 PARIS

D'autre part, une mesure de développement de « marchés de recherche et développement dédiés aux PME innovantes ». L'article 3 du Code des marchés publics exclut en effet du champ d'application des règles imposées par ce Code les marchés de services de recherche et de développement pour lesquels l'administration n'acquiert pas la propriété exclusive des résultats ou ne finance pas entièrement la prestation. Ces marchés pourraient donc être dédiés aux PME innovantes, dans des conditions à déterminer. L'objectif est de mettre en place un France un mécanisme inspiré des programmes SBIR américain ou japonais (Small Business Innovative Research).

J'observe que le montant des marchés publics de R&D est aujourd'hui, en France, 7 fois plus important que celui des aides publiques à la R&D à destination des entreprises, en ne comptabilisant que les acheteurs publics de l'Etat (Défense, Spatial, Aéronautique civile), auxquels il faudrait encore ajouter les établissements et entreprises publiques des domaines de la santé, de l'énergie et des transports.

Je souhaite que le Comité Richelieu puisse me faire part de ses analyses sur ces deux propositions, et identifier, d'une part, les « petits marchés » qui pourraient, selon une méthode à déterminer, être réservés aux PME innovantes, et, d'autre part, les marchés de recherche et développement susceptibles d'être dédiés à ces PME innovantes.

Je souhaite que les conclusions du Comité Richelieu puissent m'être transmises avant le vendredi 16 février 2007.

En vous remerciant de votre engagement au service des petites et moyennes entreprises et de l'innovation, je vous prie d'agréer, Monsieur le Président, l'assurance de mes sentiments distingués.



Renaud DUTREIL