

FR



COMMISSION DES COMMUNAUTÉS EUROPÉENNES

Bruxelles, le 25.6.2008
SEC(2008)2193

DOCUMENT DE TRAVAIL DE LA COMMISSION

**CODE EUROPEEN DES BONNES PRATIQUES FACILITANT L'ACCES DES PME AUX MARCHES
PUBLICS**

DOCUMENT DE TRAVAIL DE LA COMMISSION

CODE EUROPEEN DES BONNES PRATIQUES FACILITANT L'ACCES DES PME AUX MARCHES PUBLICS

Synthèse

Le «Code européen de bonnes pratiques facilitant l'accès des PME aux marchés publics» vise à permettre aux États membres et à leurs pouvoirs adjudicateurs d'exploiter pleinement le potentiel des directives relatives aux marchés publics en vue de garantir un traitement équitable de tous les opérateurs économiques désireux de participer aux marchés publics.

Les participants interrogés dans le cadre de l'élaboration de ce Code de bonnes pratiques sur les difficultés rencontrées par les PME pour accéder aux marchés publics ont en effet insisté sur le fait que pour faciliter l'accès des PME aux marchés publics, il est autrement plus nécessaire de changer les pratiques des pouvoirs adjudicateurs dans le domaine que d'apporter des modifications législatives aux directives relatives aux marchés publics.

Une plus grande participation des PME aux marchés publics stimulera la concurrence dans le domaine et améliorera de la sorte le rapport coûts-avantages pour les pouvoirs adjudicateurs. Par ailleurs, des pratiques plus transparentes et plus compétitives dans le domaine des marchés publics permettront aux PME de libérer leur potentiel de croissance et d'innovation, ce qui aura une incidence favorable sur l'économie européenne.

Dans ce contexte, l'objectif du présent document est double: 1) présenter, à l'intention des États membres et de leurs pouvoirs adjudicateurs, des orientations sur la manière dont on peut appliquer le cadre juridique communautaire en vue de renforcer la participation des PME aux procédures d'attribution des marchés et 2) mettre en évidence les réglementations et pratiques nationales qui facilitent l'accès des PME aux marchés publics. Tous ces éléments, rassemblés pour la première fois en un seul «Code», sera illustré par une série d'expériences utiles vécues par différents États membres.

Ce «Code des bonnes pratiques» prend pour point de départ les principaux problèmes réellement rencontrés et signalés par les PME et leurs représentants et attire l'attention des États membres et de leurs pouvoirs adjudicateurs sur les solutions mises à leur disposition pour les résoudre, sous les intitulés suivants:

- Surmonter les difficultés liées à la taille des marchés
- Assurer l'accès aux informations pertinentes
- Améliorer la qualité et le caractère compréhensible des informations fournies
- Fixer des exigences proportionnées en matière de qualifications et de ressources financières
- Alléger la charge administrative
- Faire primer le rapport qualité-prix sur le prix proprement dit

- Octroyer un délai suffisant pour la préparation des offres
- Assurer le respect des délais de paiement

Ce «Code des bonnes pratiques» aidera donc les pouvoirs publics à mettre au point des «stratégies», des «programmes» ou des «plans d'action» visant expressément à faciliter l'accès des PME aux marchés publics.

Ce Code de bonnes pratiques est un document publié par les services de la Commission à titre indicatif et n'engage en rien l'Institution. En outre, il est susceptible d'être modifié en fonction de l'évolution du cadre juridique et des pratiques nationaux et communautaires.

Introduction

Les marchés publics dans les États membres représentaient en 2006 environ 1 800 milliards d'euros, soit 16 % du produit intérieur brut (PIB) de l'Union européenne (UE)¹. L'objectif des directives communautaires «marchés publics»² est de rendre les marchés publics accessibles à tous les opérateurs économiques, quelles que soient leurs tailles. Une attention particulière doit cependant être accordée à la question de l'accès des PME (petites et moyennes entreprises)³ à ces marchés. En effet, les PME sont généralement considérées comme l'épine dorsale de l'économie de l'Union européenne. Pour qu'elles développent tout leur potentiel de création d'emplois, de croissance et d'innovation, il convient de faciliter leur accès aux marchés publics. À la demande du Conseil «Compétitivité»⁴, la Commission a effectué une analyse supplémentaire basée sur une étude économique et a mené une vaste consultation des parties intéressées.

Analyse économique

D'après une étude réalisée en 2007 à la demande de la Commission européenne, en 2005, les PME ont remporté, en valeur, 42 % des marchés publics d'un montant supérieur aux seuils fixés par l'Union européenne, ce qui correspond à 64 % du nombre de marchés⁵. Ces pourcentages ne concernent évidemment que les marchés publics d'une valeur supérieure aux seuils déterminés par les directives communautaires et ne tiennent pas compte des marchés de sous-traitance de toutes tailles attribués à des PME.

Cependant, si l'on peut se réjouir de la proportion des marchés au-dessus des seuils attribués aux entreprises de taille moyenne eu égard à leur importance dans l'économie, l'analyse n'en révèle pas moins d'importantes disparités entre les États membres: ainsi le pourcentage total des marchés publics dépassant les seuils fixés par l'Union attribués aux PME est-il de 78 % et 77 % pour la Slovénie et la Slovaquie, contre seulement 35 % et 31 % en France et au Royaume-Uni⁶. Si ces disparités peuvent partiellement s'expliquer par les parts de marchés relativement élevées détenue par les grandes entreprises dans l'économie de certains États membres, la comparaison des chiffres d'affaires totaux générés par les PME dans l'économie européenne considérée dans son ensemble (58 %) et le pourcentage des marchés publics dépassant les seuils fixés par l'Union attribués aux PME en tant que contractants principaux (42 %) laisse encore apparaître une marge d'amélioration.

Consultation des intéressés

¹ Ces estimations sont basées sur des données fournies par les instituts nationaux de statistiques à Eurostat en ce qui concerne les comptes nationaux, sur des rapports annuels et sur d'autres sources en ce qui concerne le secteur des services publics.

² Directive 2004/17/CE du Parlement européen et du Conseil du 31 mars 2004 portant coordination des procédures de passation des marchés dans les secteurs de l'eau, de l'énergie, des transports et des services postaux (30.4.2004) et directive 2004/18/CE du Parlement européen et du Conseil du 31 mars 2004 relative à la coordination des procédures de passation des marchés publics de travaux, de fournitures et de services (30.4.2004).

³ Les PME sont définies dans le présent document conformément à la recommandation 2003/361/CE de la Commission, publiée au Journal officiel de l'Union européenne L 124 du 20 mai 2003, p. 36.

⁴ Voir le communiqué de presse du Conseil n° 6964/06 (Presse 65), p.10.

⁵ Évaluation de l'accès des PME aux marchés publics dans l'UE, rapport final par GHK et Technopolis, consultable (en anglais) sur:

http://ec.europa.eu/enterprise/entrepreneurship/public_procurement.htm

⁶ Voir page 48 du rapport cité à la note de bas de page n°4.

Les parties intéressées interrogées dans le cadre de l'élaboration du présent Code des bonnes pratiques sur les difficultés rencontrées par les PME pour accéder aux marchés publics ont insisté sur le fait que, pour faciliter l'accès des PME aux marchés publics, il est autrement plus nécessaire de changer les pratiques des pouvoirs adjudicateurs dans le domaine que d'apporter des modifications législatives aux directives relatives aux marchés publics. À cet égard, les principales difficultés signalées par les parties intéressées sont les suivantes⁷:

- difficultés à obtenir des informations (les PME étant dans l'impossibilité d'affecter des ressources suffisantes à la collecte d'informations),
- manque de connaissance des procédures de passation de marchés,
- charges administratives excessives,
- marchés de trop grandes tailles,
- délais insuffisants pour préparer les offres,
- coût de préparation des offres élevé (de nombreux coûts étant fixes, les PME doivent assumer des frais proportionnellement plus élevés que pour les grandes entreprises),
- exigences disproportionnées en matière de niveaux de qualifications et de certifications,
- exigences excessives en matière de garanties financières,
- discrimination à l'encontre des soumissionnaires étrangers ou préférence accordée aux entreprises locales ou nationales⁸,
- difficultés pour trouver des partenaires à l'étranger,
- non-respect des délais de paiement par les pouvoirs adjudicateurs.

Toutes ces entraves à l'accès des PME aux marchés publics indiquent qu'il est nécessaire de développer une approche des procédures de passation de marchés plus favorable aux PME, notamment en faisant davantage connaître les possibilités offertes par les directives «marchés publics» de faciliter l'accès des PME aux marchés publics et en diffusant les bonnes pratiques appliquées dans les États membres. Si la législation communautaire sur les marchés publics garantit l'ouverture des marchés à tous les opérateurs économiques, sans faire de distinction entre les PME et les autres opérateurs économiques, certaines de ses dispositions sont particulièrement importantes pour les PME, car elles apportent des solutions à des problèmes

⁷ Voir notamment le rapport mentionné à la note de bas de page n°4, le rapport de synthèse de la consultation publique du «Small Business Act» clôturée le 30 mars 2008 et disponible en anglais à l'adresse http://ec.europa.eu/enterprise/entrepreneurship/docs/sba_consultation_report_final.pdf, l'enquête conduite en 1999 par le Réseau européen de recherche sur les PME (*European Network for SME Research*, ENSR) disponible à l'adresse http://ec.europa.eu/enterprise/enterprise_policy/analysis/doc/ensr_6th_report_fr.pdf, ainsi que les contributions spécifiques d'organisations commerciales européennes telles que l'UEAPME (Union européenne de l'artisanat et des petites et moyennes entreprises) et Business Europe, disponibles sur leurs sites web respectifs.

⁸ Les cas de discrimination des PME fondée sur leur nationalité au profit d'entreprises locales ou nationales sont assurément contraires à la législation communautaire sur les marchés publics. Ils doivent donc faire l'objet de recours en justice en vertu des directives 89/665/CEE et 92/13/CEE ou, dans le cas de passations de marchés non soumises ou partiellement soumises aux directives «marchés publics», en vertu des règles et des principes du traité CE. S'agissant de ce dernier point, la Commission a adopté et publié en 2006 une communication interprétative concernant le droit communautaire applicable aux passations de marchés non soumises ou partiellement soumises aux directives «marchés publics» (voir JOUE C 179 du 1^{er} août 2006, p.2).

qui les concernent exclusivement ou essentiellement. Certaines réglementations et pratiques nationales sont également susceptibles d'apporter des solutions supplémentaires ou plus spécifiques dans ce domaine.

Finalité et contenu du «Code des bonnes pratiques»

Dans ce contexte, **l'objectif du Code** est double: présenter, à l'intention des pouvoirs adjudicateurs des États membres⁹, des orientations générales sur la manière dont on peut appliquer le cadre juridique communautaire en vue de renforcer la participation des PME aux procédures de passation de marchés, et, mettre en évidence un certain nombre de réglementations et de pratiques nationales qui facilitent également l'accès des PME aux marchés publics. Ces réglementations et pratiques, rassemblées pour la première fois en un «Code» unique, seront illustrées par une série d'expériences utiles tirées de différents États membres¹⁰.

Il n'en demeure pas moins que, à ce jour, seul un nombre restreint d'États membres ont adopté et mis en œuvre une «stratégie», un «programme» ou un «plan d'action» à l'échelle nationale dans le but précis d'améliorer l'accès des PME aux marchés publics. Ce qui explique pourquoi très peu d'États membres ont fait état d'un ensemble complet d'initiatives dans ce domaine, alors que la grande majorité de ceux-ci a rapporté que quelques actions spécifiques sporadiques ou limitées au cours des dernières années. Ce constat souligne le besoin d'intensifier les échanges de bonnes pratiques entre services chargés de l'élaboration des politiques des États membres et de partager les enseignements tirés des expériences antérieures avec toutes les parties intéressées.¹¹

Ce «Code des bonnes pratiques» propose des solutions aux principaux problèmes rencontrés et signalés par les PME et leurs représentants¹², sous les intitulés suivants:

- Surmonter les difficultés liées à la taille des marchés
- Assurer l'accès aux informations pertinentes
- Améliorer la qualité et le caractère compréhensible des informations fournies
- Fixer des exigences proportionnées en matière de qualifications et de ressources financières

⁹ Dans le présent document, le terme «pouvoir adjudicateur» désigne à la fois les pouvoirs adjudicateurs au sens de l'article 1, paragraphe 9, de la directive 2004/18/CE et les entités adjudicatrices au sens de l'article 2 de la directive 2004/17/CE.

¹⁰ La citation de réglementations et de pratiques des États membres en tant que références n'implique en aucun cas que la Commission en approuve toutes les modalités. Ces réglementations et pratiques sont expliquées telles qu'elles ont été comprises par les services de la Commission. En effet, la Commission en a pris connaissance le plus souvent par l'intermédiaire de questionnaires adressés aux représentants de pouvoirs adjudicateurs et de fournisseurs et n'est donc pas en mesure de garantir que toutes les mesures précisées sont effectivement, dans leur version définie par la législation nationale et appliquée par les autorités nationales, pleinement conformes à la législation communautaire sur les marchés publics. Par ailleurs, les contributions apportées par les parties intéressées démontrent que, si un certain nombre de réglementations et pratiques similaires existent dans différents États membres, elles présentent la plupart du temps des différences qui ne peuvent être systématiquement reprises dans un code de pratiques qui se doit de garder une valeur indicative.

¹¹ Pour y parvenir, la Commission encouragera encore davantage la récolte et l'échange de bonnes pratiques par l'intermédiaire du Réseau des marchés publics (*Public Procurement Network*, PPN), qui est un réseau de coopération entre les autorités des États membres chargées de l'application du droit des marchés publics et a d'ailleurs été élargi à plusieurs autres pays européens (http://www.minefi.gouv.fr/daj/marches_publics/ppn/ppn-francais/).

¹² Voir note de bas de page n°6.

- Alléger la charge administrative
- Faire primer le rapport qualité-prix sur le prix proprement dit
- Octroyer un délai suffisant pour la préparation des offres
- Assurer le respect des délais de paiement.

Avec les autres actions mentionnées dans la communication de la Commission sur le «Small Business Act» pour l'Europe, ce Code de bonnes pratiques constitue donc une réponse pratique de la Commission à la demande qui lui a été adressée par le Conseil «Compétitivité» (voir note de bas de page n° 4 ci-dessus).

1. SURMONTER LES DIFFICULTES LIEES A LA TAILLE DES MARCHES

Les PME qui souhaitent participer à des marchés publics se plaignent souvent d'en être exclues de fait pour la simple raison qu'elles ne sont pas en mesure d'exécuter l'intégralité des marchés qui les intéressent. Si les exigences spécifiques à certains marchés d'envergure peuvent justifier l'attribution de celui-ci à un seul contractant, les grands pouvoirs adjudicateurs, notamment les centrales d'achat, peuvent toujours envisager les possibilités suivantes:

1.1. Diviser les marchés en lots

Les directives «marchés publics» autorisent la passation de marchés par lots séparés¹³. La division des commandes publiques en lots **facilite clairement l'accès des PME, à la fois d'un point de vue quantitatif** (la taille des lots peut être mieux adaptée aux capacités de production des PME) et d'un point de vue **qualitatif** (le contenu des lots peut être mieux adapté au secteur de spécialisation des PME). Par ailleurs, en favorisant la participation des PME, la division des marchés en lots développe la concurrence, ce qui est bénéfique pour les pouvoirs adjudicateurs à condition que la nature des travaux, fournitures et services en question le permette.

Ceci étant, les pouvoirs adjudicateurs doivent garder à l'esprit que, s'il leur est permis de limiter le nombre de lots pour lesquels les soumissionnaires peuvent présenter une offre, ils ne peuvent pas faire usage de cette prérogative d'une façon qui fausserait les conditions d'une concurrence loyale¹⁴. En outre, **permettre la présentation d'offres pour un nombre illimité de lots** présente l'avantage de ne pas décourager les entreprises générales de participer et de ne pas mettre un frein à la croissance des entreprises.

A cet égard, il convient de mentionner les dispositions et pratiques nationales suivantes:

Dispositions nationales applicables

En vertu du droit autrichien, **les pouvoirs adjudicateurs sont libres de décider soit de passer un marché global, soit de le diviser en lots distincts**. Lorsque les pouvoirs adjudicateurs prennent leur décision, ils sont tenus de prendre en considération les aspects économiques ou techniques pertinents.

En France, dans le but d'assurer la meilleure concurrence possible, la règle générale est de

¹³ Article 9, paragraphe 5, de la directive 2004/18/CE et article 17, paragraphe 6, point a), de la directive 2004/17/CE.

¹⁴ Par ailleurs, les pouvoirs adjudicateurs doivent prendre en compte la valeur totale estimée des lots au moment de déterminer les exigences en matière de publicité et la procédure à suivre.

viser la passation des **marchés par lots**. **Les pouvoirs adjudicateurs restent toutefois libres de passer des marchés globaux** s'ils estiment que la division en lots aurait pour effet, dans le cas concret, de limiter la concurrence ou risquerait de compliquer techniquement ou financièrement l'exécution du marché, ou encore si le pouvoir adjudicateur n'est pas en mesure d'assurer la coordination de l'exécution du marché.

Parallèlement à la promotion de la division des marchés en lots, certains États membres (Hongrie, Roumanie) ont prévu en droit interne que les **critères de sélection doivent être liés et adaptés aux lots individuels** et non pas à la valeur cumulée de tous les lots.

Pratiques

En Irlande, comme dans d'autres États membres, de nombreux pouvoirs adjudicateurs, lorsqu'ils publient un avis pour d'importants marchés de construction, prévoient la publication et l'attribution séparée de marchés requérant des services spécialisés (services électriques, mécaniques, travaux de raccordement spécialisés, etc.) à des opérateurs économiques chargés de travailler en collaboration avec l'opérateur économique attributaire du marché principal. Cette pratique facilite la participation des PME et le pouvoir adjudicateur n'est pas confronté à la gestion de problèmes posés par la coordination de l'exécution des différents lots.

En Lituanie, le Bureau des marchés publics effectue une analyse ex ante des avis de marchés avant de les envoyer pour publication dans la base de données TED; dans le cadre de cette analyse, il recommande au pouvoir adjudicateur d'envisager la division du marché en lots.

1.2. Profiter de la possibilité offerte aux opérateurs économiques de se regrouper et de faire valoir leurs capacités économiques, financières et techniques cumulées

Les directives «marchés publics»¹⁵ permettent à un opérateur économique **de faire valoir les capacités économiques, financières et techniques d'autres entités**, quelle que soit la nature juridique des liens qu'il entretient avec elles, afin de prouver qu'il possède le niveau de compétences ou les capacités requises par le pouvoir adjudicateur. L'opérateur économique doit dans tous les cas prouver qu'il disposera des ressources nécessaires à l'exécution du marché.

S'agissant de groupes d'opérateurs économiques, les directives «marchés publics» disposent désormais clairement que le **groupe peut faire valoir les capacités de tous ses participants**. Par ailleurs, il **peut également faire valoir les capacités d'entités externes**.

Les pouvoirs adjudicateurs sont tenus par le droit communautaire d'accepter ces formes de coopération entre PME. Afin de garantir la meilleure concurrence possible, il est conseillé aux pouvoirs adjudicateurs **d'attirer l'attention sur cette possibilité dans l'avis de marché**.

Par ailleurs, l'établissement de ces formes de coopération entre PME pouvant demander un certain temps, les pouvoirs adjudicateurs devraient profiter de la possibilité qui leur est offerte de publier des **avis de pré-information, de manière à laisser le temps aux opérateurs économiques d'élaborer une offre conjointe**.

Il est clair que toutes ces dispositions et pratiques **permettent de constituer plus facilement des groupes de PME indépendantes** se présentant comme soumissionnaires ou candidats

¹⁵ Article 47, paragraphes 2 et 3, article 48, paragraphes 3 et 4, et article 52, paragraphe 1, troisième alinéa, de la directive 2004/18/CE et article 53, paragraphes 4 et 5, et article 54, paragraphes 5 et 6, de la directive 2004/17/CE.

pour de gros marchés publics, particulièrement lorsqu'il s'agit de marchés complexes exigeant de nombreuses aptitudes.

A cet égard, il convient de mentionner les pratiques nationales suivantes:

Pratiques

Les PME peuvent bénéficier des conseils et du soutien des membres, facilement joignables, du réseau "**Enterprise Europe Network**" (EEN), qui dispose de bureaux dans chacun des États membres. Lancé en 2008, l'EEN offre soutien et conseil aux entreprises en Europe et les aide à tirer le meilleur parti des opportunités qui s'offrent à elles dans l'Union européenne. Ses services sont spécifiquement destinés aux PME, mais également accessibles à toutes les entreprises, aux centres de recherches et aux universités d'Europe. L'EEN fournit des informations sur la législation communautaire, **aide les entreprises à trouver des partenaires commerciaux**, offre des possibilités de participer à des réseaux d'innovation et propose des renseignements sur les possibilités de financement (**consulter: http://www.enterprise-europe-network.ec.europa.eu/index_en.htm**).

1.3. Profiter de la possibilité de conclure des contrats-cadres avec plusieurs opérateurs économiques

Les procédures de passation des marchés publics offrent aux pouvoirs adjudicateurs la possibilité de conclure un **contrat-cadre avec plusieurs opérateurs économiques**¹⁶ et d'organiser une **remise en concurrence** entre les opérateurs concernés. Contrairement à la passation de marchés classique, dans le cadre de laquelle le pouvoir adjudicateur recherche un fournisseur capable de livrer tous les produits dans un délai donné au risque de favoriser les grandes entreprises, le contrat-cadre permet aux PME de concurrencer les grandes entreprises dans l'obtention de marchés qu'elles sont en mesure d'exécuter. Tel est notamment le cas d'un contrat-cadre impliquant un nombre important d'opérateurs économiques, lui-même divisé en lots, ou encore de marchés basés sur ce type de contrat-cadre et attribués sous la forme de lots.

Dans tous les cas, les pouvoirs adjudicateurs sont tenus de veiller, notamment au moyen de critères de sélection proportionnés, à ce que les PME ne soient pas dissuadées de participer aux marchés, sachant qu'elles renoncent souvent à un contrat-cadre par crainte d'en être exclues du fait de son envergure ou du fait de la complexité et de la durée de la procédure.

A cet égard, il convient de mentionner les pratiques nationales suivantes:

Pratiques

En Roumanie, un document d'orientation indique comment veiller à ce que les conditions d'accès aux contrats-cadres conclus avec plusieurs opérateurs économiques soient effectivement proportionnées. Il précise que les **capacités** minimales exigées pour être partie à un contrat-cadre **doivent être liées et adaptées au plus gros marché prévu par le contrat-cadre et non pas au montant cumulé des marchés prévus pour toute la durée** du contrat-cadre.

Le Royaume-Uni a mis au point des lignes directrices conseillant aux pouvoirs adjudicateurs,

¹⁶ Article 32 de la directive 2004/18 et articles 14 et 40, paragraphe 3, point i), de la directive 2004/17/CE.

même ceux ayant déjà conclu un contrat-cadre, d'opter pour la solution leur paraissant économiquement la plus avantageuse, même si cela implique de s'approvisionner en-dehors de l'accord-cadre¹⁷ dans les cas suivants:

- Lorsque les pouvoirs adjudicateurs ont la possibilité de profiter de conditions avantageuses du marché à court terme (par ex. d'une baisse inattendue du prix d'un produit donné),
- Lorsque certains produits ou solutions innovants ne sont pas proposés dans le contexte des accords-cadres en vigueur.

En Allemagne, l'expérience a montré que les PME étaient bien représentées au sein des contrats-cadres utilisés pour répondre aux besoins récurrents des pouvoirs adjudicateurs en matière de services ou de fournitures offerts à petite échelle (par ex. les services d'impression).

Une étude de cas menée au Royaume-Uni décrit la manière dont un contrat-cadre pour fournisseurs de mobilier de bureau a été conclu en incluant à la fois petites et grandes entreprises. Les gros fournisseurs de mobilier de bureau ont ainsi pu réaliser des économies d'échelle, tandis que les PME mettaient à profit leur flexibilité pour répondre aux exigences relatives aux articles spéciaux tels que le mobilier et les chaises spéciales pour salles de réceptions et de conférences. Il s'agit habituellement d'articles hautement spécialisés qui varient d'une commande à l'autre. Grâce à ce système, le pouvoir adjudicateur a obtenu un bon rapport qualité-prix à la fois pour ses achats de mobilier standard et pour ses achats de mobilier spécialisé.

1.4. Mieux faire connaître les possibilités de sous-traitance et garantir l'égalité de traitement des sous-traitants

Les possibilités de sous-traitance étant généralement considérées comme moins rentables, l'idéal pour un opérateur économique est bien entendu d'emporter par lui-même le marché. Toutefois, lorsqu'il s'agit de marchés volumineux pour lesquels les PME ne sont en mesure ni de présenter une offre en tant que contractants principaux, ni de présenter une offre commune avec d'autres PME, la sous-traitance peut s'avérer profitable, particulièrement lorsque les PME peuvent proposer une valeur ajoutée sous la forme de produits ou services spécialisés ou innovants.

A cet égard, il convient de mentionner les pratiques nationales suivantes:

Pratiques

Le Royaume-Uni conseille aux pouvoirs adjudicateurs de mieux faire connaître les possibilités de sous-traitance aux PME. Les pouvoirs adjudicateurs sont encouragés à garantir la visibilité de la chaîne d'approvisionnement en adoptant une série de mesures telles que:

- La publication, sur le site web du pouvoir adjudicateur, des noms des entreprises assumant le rôle de contractants principaux dans un marché public, ainsi que des informations sur les marchés attribués et les marchés à venir;
- le cas échéant, les pouvoirs adjudicateurs sont encouragés à demander à leurs principaux fournisseurs de démontrer qu'ils sont à même d'utiliser leur chaîne d'approvisionnement de la manière la plus économiquement avantageuse et d'expliquer comment les PME peuvent

¹⁷ Selon les modalités fixées dans le contrat-cadre en question et, le cas échéant, dans le cadre d'une autre procédure de passation de marchés.

accéder à leurs possibilités de sous-traitance.

Par ailleurs, les pouvoirs adjudicateurs peuvent également, si la législation de leur pays le permet, prévoir dans les contrats une disposition interdisant aux contractants principaux d'imposer aux sous-traitants des conditions moins favorables que celles convenues entre eux-mêmes et le pouvoir adjudicateur.

A cet égard, il convient de mentionner les dispositions nationales suivantes:

Dispositions nationales applicables

En vertu du droit allemand, le pouvoir adjudicateur est tenu de spécifier dans le dossier d'appel d'offres que **l'adjudicataire ne peut en aucun cas imposer à ses sous-traitants des conditions moins favorables** que celles convenues entre lui-même et le pouvoir adjudicateur, particulièrement en ce qui concerne les modalités de paiement.

2. GARANTIR L'ACCES AUX INFORMATIONS UTILES

Garantir un accès aisé à toutes les informations utiles sur les débouchés commerciaux en matière de marchés publics revêt une importance capitale pour les PME.

2.1. Améliorations apportées par la passation électronique des marchés publics

La passation électronique des marchés favorise la concurrence en facilitant l'accès aux informations utiles sur les débouchés commerciaux. Elle peut se révéler particulièrement utile aux PME en leur permettant de **communiquer rapidement et à peu de frais**, par exemple en téléchargeant le cahier des charges ainsi que tout autre document complémentaire sans frais de copie ou d'envoi. Les dispositions spécifiques des directives «marchés publics» concernant la passation électronique des marchés publics établissent le cadre juridique nécessaire aux opérations dans ce domaine relativement nouveau.¹⁸

Tous les États membres ont déjà lancé (ou prévoient de le faire) des sites web nationaux sur les marchés publics dont certaines rubriques promeuvent la passation électronique des marchés publics. S'il est possible dans tous les États membres d'effectuer des recherches d'avis de marchés à partir de portails web, dans de nombreux pays, les pouvoirs publics nationaux, régionaux et locaux utilisent tellement de portails web différents qu'il est difficile pour les soumissionnaires de s'y retrouver. Par ailleurs, l'utilité pratique de ces portails web (permettant aux entreprises de créer un profil qui leur permettra d'être averties des marchés susceptibles de les intéresser, de télécharger directement le cahier des charges et de soumettre leur offre électroniquement, etc.) est très inégale.

Sans préjudice des actions mentionnées dans la communication de la Commission relative à un «Small Business Act» pour l'Europe, les possibilités suivantes pourraient être davantage étudiées:

- publication des avis de marchés publics en ligne,
- utilisation d'**un seul et unique site web**, particulièrement dans les grands pays ou États fédérés,

¹⁸ Article 1, paragraphes 7 et 13, article 33, article 42, paragraphes 1, 4 et 5, et article 54 de la directive 2004/18/CE. Article 1, paragraphes 5, 6 et 12, article 15, article 48, paragraphes 1, 4 et 5, et article 56 de la directive 2004/17/CE.

- **accès gratuit** aux avis,
- moteur de recherche multifonctionnel,
- possibilité pour les entreprises de créer un profil leur permettant d'être averties des marchés susceptibles de les intéresser,
- **téléchargement direct** des avis de marchés et de tout autre document complémentaire,
- **dispositif électronique de soumission d'offres**, permettant aux pouvoirs adjudicateurs de recevoir électroniquement des offres conformément aux exigences des directives «marchés publics» en matière d'intégrité des informations, de confidentialité, d'accès approprié, etc.

Il convient de remarquer que certains États membres envisagent de **traduire leurs sites web dans d'autres langues communautaires** de façon à favoriser un meilleur accès direct des soumissionnaires des autres États membres. Ces mesures faciliteraient grandement la passation de marchés publics transfrontaliers.

A cet égard, il convient de mentionner les pratiques nationales suivantes:

Pratiques

En Lettonie, tous les avis de marchés publics sont publiés sur **un seul et unique portail web** accessible **gratuitement** et offrant un **service d'informations quotidiennes**.

En Estonie, la publication des marchés au niveau national se fait via un seul et unique registre des marchés publics, qui est le **seul support de publication** de tous les avis de marchés.

La Lituanie utilise également un seul portail web pour tous les avis de marchés, proposant un **moteur de recherche multicritères** ainsi que des interfaces utilisateur en lituanien et en anglais.

2.2. Centres d'information

Une assistance personnalisée peut se révéler très utile pour les PME.

Au niveau européen, les PME disposent d'un accès aisé aux conseils et au soutien des membres du **réseau "Entreprise Europe Network" (EEN)**, décrit ci-dessus en page 7.

Au niveau national, il convient de mentionner à cet égard les pratiques suivantes:

Pratiques

De nombreux États membres (notamment l'Allemagne, l'Irlande et la Lituanie) ont créé des centres d'information qui proposent des renseignements d'ordre général sur la législation des marchés publics, des informations sur les procédures de passation des marchés, des conseils et de la formation. En Allemagne, chaque Land gère un centre d'information sur les marchés publics («Auftragsberatungsstellen»), qui offre des services d'information et de consultation aux opérateurs économiques et aux pouvoirs adjudicateurs ainsi que des formations sur la législation des marchés publics.

La Bulgarie a créé des lignes téléphoniques permettant de joindre des experts des agences nationales sur les marchés publics au sujet des différentes possibilités offertes par le site web national sur les marchés publics, sur la façon de remplir et d'envoyer des avis, sur le cadre

juridique et sur les problèmes rencontrés par les pouvoirs adjudicateurs et les opérateurs économiques dans l'application de la législation. En 2006, plus de 2 500 appels ont été reçus. Les questions posées par les entreprises concernaient principalement les documents à produire, les garanties en matière de participation et de performances ainsi que les possibilités de recours contre les décisions des pouvoirs adjudicateurs.

En Italie, la centrale d'achat (Consip) développe un projet dénommé «Sportelli in Rete» visant à créer, en collaboration avec ses partenaires, des bureaux et des structures au niveau local qui aident les entreprises, particulièrement les PME, à participer aux procédures de passation de marchés et à se familiariser davantage avec les outils de passation électronique des marchés publics.

2.3 Informations aux soumissionnaires

En plus de garantir un accès aisé à toutes les informations utiles sur les débouchés commerciaux, il est également essentiel d'assurer un retour d'information vers les opérateurs économiques qui ont participé à une procédure de passation de marchés publics et qui n'ont pas été retenus sur les motifs du rejet de leur offre. Afin de se préparer à répondre à de futurs appels d'offres, il est particulièrement utile pour le soumissionnaire de prendre connaissance des points forts et des points faibles de son offre telle que cette dernière a été appréciée par le pouvoir adjudicateur.

Découlant du principe de transparence, l'obligation d'informer les soumissionnaires est également prévue dans les directives «marchés publics».¹⁹

3. AMELIORER LA QUALITE ET LE CARACTERE COMPREHENSIBLE DES INFORMATIONS FOURNIES

3.1. Formations et orientations destinées aux pouvoirs adjudicateurs

L'insuffisance des informations ou le manque d'informations pertinentes et claires, font que les opérateurs économiques ont plus de difficultés à **comprendre les besoins des pouvoirs adjudicateurs** et à formuler une offre adéquate. Ce problème devrait être corrigé par la mise en place de **formations** et la publication d'**orientations destinées aux pouvoirs/entités adjudicateurs; une insistance particulière étant mise sur la prise en compte de la situation des PME** et sur la manière de concevoir des procédures de passation de marchés assurant, autant que possible, une participation des PME sur un pied d'égalité avec les grandes entreprises. Sur ce point, les différentes consultations préparatoires au présent "Code de bonnes pratiques", qui ont montré la nécessité de changer la culture des acheteurs publics si l'on veut faciliter l'accès des PME aux marchés publics, ont mis en exergue la possibilité d'améliorer considérablement la situation en accentuant le **professionnalisme des pouvoirs adjudicateurs**.

Certaines questions pourraient ainsi être utilement traitées, telles que, la façon d'appliquer le cadre juridique actuel de manière à assurer au mieux la participation des PME sur un pied d'égalité avec les grandes entreprises, la façon de traiter les procédures d'appel d'offres plus complexes, ou encore, les relations contractuelles dans le cadre des marchés divisés en lots.

A cet égard, il convient de mentionner les pratiques nationales suivantes:

¹⁹ Voir l'article 41 de la directive 2004/18/CE et l'article 49 de la directive 2004/17/CE.

Pratiques

En Autriche, la centrale d'achat des administrations de l'Etat a créé un «Centre de compétence en matière de passation de marchés» qui propose une aide aux pouvoirs adjudicateurs dans la rédaction de leurs appels d'offres. Le Centre permet également de mettre en commun différentes expériences en matière de relations avec les PME.

En Irlande, le cadre politique qui a été tracé en matière marchés publics requiert désormais que les organismes publics adoptent une approche plus innovante pour acheter leurs travaux, fournitures et services. Le principal objectif du cadre politique de 2005 est de promouvoir une approche stratégique et professionnelle de la passation de marchés impliquant le renforcement des capacités et des compétences des pouvoirs adjudicateurs. Afin de renforcer le niveau de compétence et de professionnalisme nécessaire à la mise en œuvre du cadre politique en matière de passation de marchés, le NPPPU (National Public Procurement Policy Unit) apporte son soutien à une formation supérieure de troisième cycle avec spécialisation « approvisionnement stratégique », dispensée à la Dublin City University Business School depuis septembre 2006. Un nouveau diplôme en approvisionnement stratégique a également été introduit par l'Institut d'administration publique, un organisme public de formation initiale et continue. Sur la période 2005-2006, **60 fonctionnaires de 40 organisations** ont reçu une formation sur la planification des achats en entreprise.

Aux Pays-Bas, le ministère des Affaires économiques a créé une agence spécialisée, **Pianoo**, qui s'emploie à aider les pouvoirs publics à développer leur professionnalisme dans le domaine des achats. L'agence dispose d'un site web contenant des informations utiles et mises à jour sur la législation et les pratiques en matière de passation de marchés, facilite l'échange de bonnes pratiques entre les pouvoirs adjudicateurs et organise régulièrement des séminaires à l'intention de ces derniers.

Deux exemples de documents d'orientation destinés aux pouvoirs adjudicateurs et ayant pour objectif spécifique de faciliter l'accès des PME aux marchés publics peuvent être consultés sur (nota bene : voir note de bas de page n°10):

http://www.ogc.gov.uk/documents/CP0083_Small_supplier_better_value.pdf et

http://www.bercy.gouv.fr/directions_services/daj/oeap/publications/documents_ateliers/pme_commande_publique/acces_guide.htm

3.2. Formations et orientations destinées à aider les PME à rédiger leurs offres

Les PME disposent rarement de ressources administratives conséquentes, spécialisées ou suffisamment familiarisées avec le langage et les procédures utilisés dans le domaine des marchés publics. Elles tendent à rencontrer plus de difficultés que les grandes entreprises dans leurs recherches de marchés qui leur conviennent et dans la rédaction de leurs offres. La plupart des États membres organisent des conférences, des séminaires et des sessions de formation et assurent un service d'assistance. Il semblerait toutefois nécessaire de développer et de promouvoir davantage les formations et les guides spécialisés pour les entreprises, y compris les PME.

A cet égard, il convient de mentionner les pratiques nationales suivantes:

Pratiques

En France, un guide pratique détaillé a été publié à l'intention des PME afin de les aider à mieux exploiter les opportunités offertes dans le cadre des marchés publics («Guide pratique

pour la réponse des PME à la commande publique»<http://www.pme.gouv.fr/essentiel/vieentreprise/guidepratique-050208.pdf>). Ce guide fournit aux PME des orientations sur la manière d'accéder aux informations relatives aux opportunités commerciales, de se familiariser avec le cadre réglementaire en vigueur, de comprendre les besoins réels des pouvoirs adjudicateurs à partir des cahiers des charges publiés, de déterminer si elles possèdent bien la capacité d'exécuter correctement le marché, et, de se fixer une stratégie de réponse aux marchés publics.

En Autriche, la centrale d'achat des administrations de l'Etat a établi une check-list qui est publiée en tant qu'annexe aux avis de marchés intéressants pour les PME, visant à prévenir les erreurs les plus fréquemment commises par ces dernières lorsqu'elles soumettent une offre.

Le Royaume-Uni a mis au point un programme de formation des PME dont ont bénéficié, dans un cadre régional, plus de 3 000 PME et 820 pouvoirs adjudicateurs sur la période 2005-2006. Le but de cette formation était d'apporter aux PME les connaissances nécessaires pour participer à un appel d'offres public et de sensibiliser les pouvoirs adjudicateurs aux obstacles auxquels se heurtent les PME. Face au succès de cette formation, le Royaume-Uni a récemment publié un cours en ligne destiné aux PME et dénommé «Winning the contract» (remporter le marché). Dans ce cours, les entreprises reçoivent des conseils pratiques sur les différentes façons de se tenir au courant des marchés du secteur public et disposent d'un guide indiquant la marche à suivre pour présenter une offre.

4. FIXER DES EXIGENCES PROPORTIONNEES EN MATIERE DE QUALIFICATIONS ET DE CAPACITES FINANCIERES

4.1. Garder des critères de sélection proportionnés

Les directives communautaires «marchés publics» consacrent explicitement la jurisprudence de la Cour de justice des Communautés européennes en vertu de laquelle les critères ayant trait aux capacités financières, économiques et techniques doivent **être liés et proportionnés à l'objet du marché.**²⁰

Maintenir des critères de sélection proportionnés **est indispensable à la participation des PME**: les pouvoirs adjudicateurs qui imposent des capacités et des compétences trop strictes empêchent automatiquement une grande partie des PME de participer aux procédures de passation de marchés.

Le respect de ces critères peut être prouvé par de nombreux critères de sélection et documents. Il y a lieu de déterminer quels critères sont **appropriés au type d'achat envisagé et à la valeur de celui-ci**. Tous les critères de sélection doivent être clairs, non discriminatoires et proportionnés au marché concerné.

S'agissant des capacités techniques et professionnelles, le pouvoir adjudicateur doit opter pour des critères de sélection qui lui permettent de déterminer si un soumissionnaire possède les capacités requises pour le marché en question, et non pas des critères de sélection indiquant la capacité générale de tous les soumissionnaires. Pour autant, il faut éviter de trop restreindre de cette manière le nombre de candidats qui seront jugés aptes à participer.

²⁰ Article 44, paragraphe 2, troisième alinéa, de la directive 2004/18/CE.

De plus, les critères de sélection ne devront pas être formulés de façon à limiter la concurrence en visant des aspects non pertinents. Par exemple, ne tenir compte que de l'expérience acquise avec le secteur public ne serait pas, en tant que tel, pertinent et limiterait la concurrence.

A cet égard, il convient de mentionner les dispositions et pratiques nationales suivantes:

Dispositions nationales applicables

Dans les procédures de passation de marchés en France, le simple fait qu'un candidat ou soumissionnaire ne puisse produire des preuves attestant qu'il a exécuté des marchés similaires ne peut constituer une raison suffisante pour l'écarter et ne dispense pas le pouvoir adjudicateur de vérifier ses capacités professionnelles, financières et techniques.

Pratiques

S'agissant de marchés de faible valeur, le gouvernement britannique conseille aux pouvoirs adjudicateurs de **demander uniquement les informations relatives à deux exercices comptables** ou, si celles-ci sont indisponibles pour des raisons objectives (début d'activité, etc.), d'autres informations utiles telles que les comptes de gestion.

En Lettonie, s'agissant des critères de sélection ayant trait à l'expérience du soumissionnaire, le bureau de contrôle des marchés publics conseille aux pouvoirs adjudicateurs de se référer davantage à l'expérience du personnel du soumissionnaire qu'à celle de l'entreprise proprement dite. En effet, accorder la priorité à ce dernier critère ne garantirait probablement pas que l'objectif visé par le pouvoir adjudicateur avec cette exigence soit atteint et le risque est également plus grand d'exclure les PME nouvelles disposant de personnels hautement qualifiés.

L'utilité de cette pratique est également illustrée par l'exemple britannique suivant. Au début 2002, le Small Business Service (SBS) britannique a invité plusieurs entreprises à soumissionner pour un marché d'une durée de deux ans et d'une valeur de 500 000 livres sterling par an pour la promotion, la commercialisation et la distribution d'un programme public. Le SBS a reçu six propositions, l'une d'entre elles émanant d'un cabinet de consultants employant six personnes. Cette entreprise s'est vue attribuer le marché en dépit du fait qu'il s'agissait d'une petite structure créée l'année précédente. Le SBS a néanmoins accepté le risque inhérent en raison de la qualité supérieure des services proposés et des engagements pris par l'entreprise dans son offre. Le taux d'utilisation du programme public en question est passé de 33 % à 90 % et 30 000 connexions à l'année ont été enregistrées, alors que l'objectif était au départ de 9 000. Il s'agit là d'un exemple de petite entreprise s'appuyant sur l'expérience de collaborateurs capables d'apporter un niveau d'innovation supérieur à celui habituellement disponible sur le marché au sens large, combinée à l'engagement et au service personnalisés souvent associés à ce type d'entreprise.

4.2. Profiter de la possibilité offerte aux opérateurs économiques et à leurs groupements de faire valoir leurs capacités économiques, financières et techniques de façon cumulative

Comme déjà mentionné ci-dessus (point 1.2), les directives «marchés publics» offrent aux opérateurs économiques la possibilité de faire valoir les capacités économiques, financières et techniques d'autres entreprises. Cette possibilité peut évidemment aider les PME à satisfaire aux niveaux élevés de qualification et aux exigences financières imposées.

4.3. N'exiger que des garanties financières proportionnées

Les garanties financières disproportionnées exigées par certains pouvoirs adjudicateurs (telles que des garanties bancaires couvrant les risques liés à l'attribution et à l'exécution d'un marché, même ceux que l'entreprise ne peut pas contrôler) entravent la participation des PME aux marchés publics. Par ailleurs, **il y a lieu d'éviter la rétention prolongée et injustifiée des moyens** (par ex. la garantie de participation) des opérateurs économiques et **d'encourager la diminution des garanties financières en fonction de l'état d'exécution du marché**. En outre, les pouvoirs adjudicateurs pourraient envisager de ne pas exiger systématiquement de garanties financières, mais de les imposer en fonction des risques réellement encourus.

A cet égard, il convient de mentionner les dispositions et pratiques nationales suivantes:

Dispositions nationales applicables

En vertu du droit bulgare, le montant de la garantie de participation ne peut dépasser 1 % et le montant de la garantie de bonne fin 5 % de la valeur du marché en question. Par ailleurs, pour les candidats écartés, la garantie de participation est libérée dans les trois jours suivant l'expiration du délai de recours contre la décision concernée du pouvoir adjudicateur, et, pour les candidats retenus, dans les trois jours suivant l'expiration du délai de recours contre la décision d'attribution du marché.

Le droit allemand dispose que des garanties financières ne peuvent être exigées que sous certaines conditions, notamment le respect du principe de proportionnalité. S'agissant des marchés de travaux, les garanties financières ne peuvent être exigées que pour les marchés d'une valeur égale ou supérieure à 250 000 euros. Ce seuil est ramené à 50 000 euros pour les marchés de services.

À Malte, les offres d'une valeur inférieure aux seuils de l'UE ne doivent plus être assorties d'une garantie bancaire. Ce type de marché étant convoité par de nombreuses PME, cette mesure a été considérée comme un grand pas en avant dans la suppression des obstacles à la participation des PME.

Dans bon nombre d'États membres, l'expérience a montré que l'on peut faciliter la participation des PME aux marchés publics en n'exigeant pas de garantie globale de bonne fin pour la valeur totale du marché dans une seule même attestation; il est possible de fournir des garanties séparées pour les différentes phases d'exécution du marché.

5. ALLEGER LA CHARGE ADMINISTRATIVE

Les PME se plaignent le plus souvent du temps que demandent les formalités administratives. La plupart des PME ne disposant pas de capacités administratives importantes et spécialisées, il est essentiel de **limiter autant que possible les formalités administratives**. À cet égard, il convient de prendre en considération les aspects suivants:

Les directives «marchés publics» disposent que les pouvoirs adjudicateurs attribuent les marchés après avoir vérifié l'aptitude des **opérateurs économiques** au regard de leur situation personnelle en tant que candidats ou soumissionnaires, de leurs capacités à assurer l'activité professionnelle concernée, et, de leurs capacités techniques et professionnelles.

En particulier, les directives «marchés publics» prévoient un certain nombre de cas dans lesquels les pouvoirs adjudicateurs doivent écarter les candidats et soumissionnaires ayant fait

l'objet d'une condamnation prononcée par un jugement définitif²¹, et d'autres cas dans lesquels les États membres peuvent prévoir, dans certaines limites, l'exclusion des opérateurs économiques²². Les directives **imposent également des limites** à la vérification des capacités des candidats et soumissionnaires à assurer l'activité professionnelle concernée et à l'examen de leurs capacités techniques ou professionnelles.

Cependant, les directives «marchés publics» laissent aux États membres le soin de définir, dans le cadre de leur droit national, les modalités d'application de ces exclusions et de ces contrôles d'aptitudes et de capacités. En particulier, **il revient aux États membres de déterminer les modalités** de présentation des preuves documentaires requises des candidats et soumissionnaires dans le cadre des procédures de passation de marchés.

À titre d'exemple, les directives «marchés publics» habilent les États membres à veiller à ce que le marché soit attribué à un soumissionnaire approprié comme suit: pour tout ou partie des preuves documentaires concernées, les candidats ou les **soumissionnaires peuvent être invités à attester sur l'honneur** qu'ils satisfont à l'ensemble des conditions requises; **seul le soumissionnaire ayant fait la meilleure offre sera alors tenu de présenter tous les documents justificatifs originaux pertinents** dans un délai préalablement fixé. Toutefois, pour que cette pratique soit compatible avec l'objectif défini par les directives «marchés publics», c'est-à-dire que le marché soit attribué à un soumissionnaire approprié, les États membres doivent définir un ensemble de sanctions efficaces, proportionnées et dissuasives à appliquer chaque fois que le soumissionnaire ayant fait la meilleure offre se retrouve dans l'incapacité de produire les preuves documentaires adéquates dans les délais prescrits ou, pire encore, lorsqu'on constate que le soumissionnaire ne remplit pas une ou plusieurs des conditions requises pour être considéré comme un candidat ou un soumissionnaire approprié. En tout état de cause, si le soumissionnaire ayant fait la meilleure offre ne produit pas les preuves documentaires adéquates, le marché ne lui est pas attribué, mais peut être attribué au soumissionnaire ayant fait la deuxième meilleure offre si les documents de l'appel d'offres l'ont prévu.

Toutefois, **lorsque les pouvoirs adjudicateurs décident de restreindre le nombre de candidats** qu'ils inviteront à soumissionner, à négocier ou à participer à un dialogue compétitif (comme le prévoient les procédures restreintes, les procédures négociées avec publication d'un avis de marché ou les procédures de dialogue compétitif), ils doivent s'assurer d'un nombre minimal de candidats appropriés, conformément aux dispositions des directives²³. En d'autres termes, les pouvoirs adjudicateurs ne peuvent pas inviter à soumissionner, à entamer des négociations ou à organiser un dialogue compétitif avant d'avoir sélectionné le nombre minimal de candidats appropriés prévu par les directives. En effet, ces dispositions spécifiques des directives communautaires ont été introduites afin d'assurer une concurrence réelle entre un nombre suffisant de candidats appropriés dans de tels cas de figure.

²¹ L'article 45, paragraphe 1, de la directive 2004/18/CE fait référence à des cas bien déterminés de participation à une organisation criminelle, de corruption, de fraude à l'encontre des intérêts financiers communautaires et de blanchiment d'argent.

²² L'article 45, paragraphe 2, de la directive 2004/18/CE fait référence à des cas de faillite, de délits affectant la moralité professionnelle, de non-respect des obligations relatives au paiement des impôts ou des cotisations de sécurité sociale et de falsification de documents.

²³ Voir notamment l'article 44, paragraphes 3 et 4, de la directive 2004/18/CE.

Par ailleurs, **il peut être utile d'autoriser les pouvoirs adjudicateurs à exonérer** les candidats et soumissionnaires **de l'obligation de présenter tout ou une partie des preuves documentaires requises lorsque ces dernières leur ont déjà été fournies** dans le cadre d'une autre procédure de passation de marchés et pour autant qu'elles aient été délivrées dans un délai raisonnable préalablement fixé et soient toujours valables. En pareil cas, le candidat ou le soumissionnaire **pourra être invité à attester sur l'honneur** que les preuves documentaires ont déjà été produites dans le cadre d'une procédure de passation de marchés antérieure (à spécifier) et qu'aucun changement n'est intervenu dans sa situation. Là encore, les États membres doivent définir un ensemble de sanctions efficaces, proportionnées et dissuasives applicables lorsque le soumissionnaire ayant fait la meilleure offre n'a pas fourni les preuves documentaires adéquates.

En outre, **des attestations et formulaires standardisés brefs et simples** peuvent sans aucun doute aider les PME à fournir dans les temps les informations adéquates aux pouvoirs adjudicateurs.

A cet égard, il convient de mentionner les dispositions nationales suivantes:

Dispositions nationales applicables

Dans un certain nombre d'États membres, notamment les Pays-Bas, la Belgique, l'Italie et la Hongrie, les pouvoirs adjudicateurs ne sont pas (ou ne seront prochainement plus) autorisés à demander aux soumissionnaires de fournir des renseignements ou des données lorsque les pouvoirs adjudicateurs peuvent procéder eux-mêmes, gratuitement et aisément, aux vérifications nécessaires dans une base de données authentifiée et disponible électroniquement (par ex. les données relatives à l'entreprise).

6. FAIRE PRIMER LE RAPPORT QUALITE-PRIX SUR LE PRIX PROPREMENT DIT

6.1. Faire plus de place aux solutions qualitatives grâce à la possibilité d'attribuer des marchés sur la base du critère de l'offre économiquement la plus avantageuse

Les directives «marchés publics» prévoient la possibilité d'attribuer des marchés soit sur la base du critère du prix le plus bas, soit sur la base de **l'offre économiquement la plus avantageuse**²⁴. Cette dernière option permet aux pouvoirs adjudicateurs de prendre en considération différents critères relatifs à l'objet du marché, tels que la **qualité**, la valeur technique, les caractéristiques fonctionnelles, le **coût d'utilisation**, la **rentabilité**, le service après-vente et l'assistance technique, etc. Les pouvoirs adjudicateurs ont ainsi l'occasion **d'évaluer non seulement les coûts directs d'un achat**, mais également le **coût du cycle de vie du produit**. Les opérateurs économiques sont incités à apporter une réelle valeur ajoutée au pouvoir adjudicateur et à développer des produits durables et de meilleure qualité, ce qui favorise l'innovation. Il s'agit là d'un aspect particulièrement important pour les PME, en tant que source d'innovations et d'importantes activités de recherche et de développement.

Afin de s'assurer que, au moment de l'attribution du marché, le coût du cycle de vie de l'achat soit bien pris en considération et que le **critère de l'offre économiquement la plus avantageuse soit appliqué de façon efficace et cohérente**, le personnel du pouvoir adjudicateur devrait s'organiser de sorte que les consommateurs finaux du produit acheté soient activement impliqués dans les préparatifs de la procédure de passation de marchés.

²⁴ Article 53, paragraphe 1, de la directive 2004/18/CE et article 55, paragraphe 1, de la directive 2004/17/CE.

6.2. Faire plus de place aux solutions innovantes grâce à la possibilité de définir les spécifications techniques en termes de performances ou d'exigences fonctionnelles

Si les directives «marchés publics» donnent aux pouvoirs adjudicateurs toute la liberté nécessaire pour se procurer les produits et les services répondant à leurs besoins, les acheteurs doivent néanmoins veiller à ne pas restreindre les possibilités de participation des entreprises proposant des solutions nouvelles susceptibles de présenter un meilleur rapport qualité/prix.

Les spécifications techniques établies par les acheteurs doivent permettre l'ouverture des marchés publics à la concurrence. À cet effet, la présentation d'offres reflétant la **diversité des solutions techniques disponibles sur le marché** devrait être possible. À cette fin, les directives «marchés publics» prévoient la possibilité de définir les spécifications techniques d'un marché en termes de performances ou d'exigences fonctionnelles.²⁵ Il s'agit là d'une nouvelle approche au regard des directives antérieures, qui disposaient que les spécifications techniques devaient être définies par référence à des normes.

Cette approche axée sur le résultat permet aux pouvoirs adjudicateurs de se concentrer sur leurs besoins concrets en matière d'achats, par exemple sur les exigences fonctionnelles d'un produit qu'ils souhaitent acheter, tout en laissant les soumissionnaires libres de concevoir de produits et services innovants susceptibles de mieux correspondre aux besoins réels du pouvoir adjudicateur. Cette nouvelle approche est donc bénéfique pour les PME et plus particulièrement pour les **PME innovantes** susceptibles de rencontrer des difficultés pour répondre aux spécifications techniques approuvées par les organismes de normalisation reconnus, mais qui proposent des produits ou des services, ou utilisent des matériaux, méthodes ou techniques à haute valeur technique ou environnementale et peuvent satisfaire les exigences fixées par les pouvoirs adjudicateurs en matière de performances ou de fonctionnalité. Au vu des réactions des États membres, cette option pourrait se révéler particulièrement intéressante dans le secteur des équipements informatiques.

Par ailleurs, en vertu des directives «marchés publics», les pouvoirs adjudicateurs peuvent autoriser les soumissionnaires à présenter des variantes. En effet, les pouvoirs adjudicateurs n'étant pas forcément au courant des nouveaux produits et services disponibles sur le marché, l'autorisation de variantes peut également permettre aux soumissionnaires de proposer des solutions innovantes. Dans tous les cas où les pouvoirs adjudicateurs souhaitent tirer profit de cette possibilité, ils doivent mentionner dans le cahier des charges les exigences minimales que les variantes doivent respecter ainsi que les modalités de leur soumission.

A cet égard, il convient de mentionner les pratiques nationales suivantes:

Pratiques

Si les pouvoirs adjudicateurs ont la plupart du temps une bonne appréciation de leurs besoins, ils ne connaissent pas toujours les solutions les plus appropriées pour les satisfaire. À cet égard, une bonne connaissance du marché est un avantage certain. Cependant, il est plus facile pour les pouvoirs adjudicateurs d'envisager l'acquisition de produits ou services de fournisseurs qu'ils connaissent déjà. Une **meilleure diffusion des informations entre pouvoirs adjudicateurs et PME innovantes** peut s'avérer particulièrement utile. Tel est le but d'un programme français (dénommé «MET»), qui prévoit que, dans le cadre d'une

²⁵ Article 23, paragraphe 3, points b), c) et d), de la directive 2004/18/CE et article 34, paragraphe 3, points b), c) et d), de la directive 2004/17/CE.

présentation d'une demi-journée, une vingtaine de PME puissent présenter leurs produits ou solutions innovants aux pouvoirs adjudicateurs dans un domaine technologique donné.

Ayant adopté une approche similaire, le Royaume-Uni a publié plusieurs documents d'orientation décrivant un certain nombre d'outils et de techniques de **prospection du marché**, consistant notamment à envisager de nouvelles solutions, des études de marché, des créations de marchés, des **manifestations permettant aux soumissionnaires potentiels de mieux appréhender les besoins des pouvoirs adjudicateurs**, de mettre à profit les sites web et les revues commerciales spécialisées pour y faire connaître les possibilités à venir, de publier des avis de pré-information, d'organiser des projets sous la forme de «concours d'idées», etc.

Les directives «marchés publics» prévoient également diverses possibilités de combiner les activités de recherche et développement et la passation de marchés publics.

Les pouvoirs adjudicateurs peuvent notamment passer leurs marchés publics de fournitures en recourant à une procédure négociée sans publication préalable d'un avis de marché au Journal officiel de l'Union européenne lorsque les produits concernés sont fabriqués exclusivement à des fins de recherche, d'expérimentation, d'étude ou de développement.²⁶ Si cette disposition ne s'applique pas à la production en quantités visant à établir la viabilité commerciale du produit ou à amortir les frais de recherche et de développement, elle s'applique à une production limitée ayant pour but de mettre en pratique les résultats d'essais et de démontrer que le produit *se prête* à une production ou à une fourniture en quantités conformément à des normes de qualité acceptables. À ce titre et en fonction du niveau d'exigences qualitatives imposées par le pouvoir adjudicateur avant confirmation de l'achat de cette «première production», ce «marché public de fournitures» particulier pourra légitimement être considéré comme une première référence sur laquelle l'adjudicataire pourra s'appuyer lors des procédures «classiques» de passation de marchés ultérieures. Ce système pourrait se révéler particulièrement utile aux PME consacrant un budget conséquent à la R&D.

Une marge de manœuvre similaire existe pour les marchés de services de recherche et de développement, à l'exception de ceux dont les fruits appartiennent exclusivement au pouvoir adjudicateur dans l'exercice de ses activités, pour autant que la prestation de service soit entièrement rémunérée par le pouvoir adjudicateur.²⁷

Toutefois, il y a lieu d'appliquer les directives «marchés publics» pour toute passation de marchés qui ne relève pas de la «production ou fourniture limitée» décrite ci-dessus. À cet égard, la récente communication sur les achats publics avant commercialisation²⁸ et le Guide relatif à la prise en compte des solutions innovantes dans le cadre des marchés publics²⁹, contiennent tous deux des informations utiles.

7. OCTROYER UN DELAI SUFFISANT POUR LA REDACTION DES OFFRES

Les PME disposent généralement de peu, voire d'aucune capacité administrative spécifique dédiée à la préparation des documents nécessaires à toute participation aux marchés publics. Les pouvoirs adjudicateurs doivent en tenir compte au moment de fixer les délais, de façon à garantir la meilleure concurrence possible.

²⁶ Article 31, paragraphe 2, point a), de la directive 2004/18/CE.

²⁷ Article 16, point f), de la directive 2004/18/CE et article 24, point e), de la directive 2004/17.

²⁸ COM(2007) 799, 14.12.2007.

²⁹ SEC(2007) 280.

Les directives «marchés publics» offrent aux pouvoirs adjudicateurs la possibilité de publier, s'ils le souhaitent, des **avis de pré-information** permettant aux soumissionnaires potentiels de se préparer à faire une offre en temps utile.³⁰ **Cette possibilité revêt une importance particulière dans le cas de marchés complexes et de grande envergure, qui peuvent demander plus de temps aux PME pour trouver des partenaires et élaborer une offre conjointe.**

Lorsque les pouvoirs adjudicateurs recourent à la possibilité de réduire les délais à la suite de la publication d'un avis de pré-information, ils doivent s'assurer que cet avis contienne suffisamment d'informations afin de permettre aux opérateurs économiques de se préparer au projet.

8. ASSURER LE RESPECT DES DELAIS DE PAIEMENT

En raison des problèmes de paiement dénoncés par certaines parties intéressées dans leurs relations avec les pouvoirs adjudicateurs, une révision générale des dispositions de la directive 2000/35/CE "concernant la lutte contre le retard de paiement dans les transactions commerciales" a été décidée. L'évaluation en cours de cette directive pourrait déboucher sur une proposition de modification de celle-ci susceptible de renforcer les disciplines dans ce domaine.

En attendant, toutefois, les États membres et les pouvoirs adjudicateurs peuvent déjà entreprendre un certain nombre de mesures visant à améliorer les modalités de paiement actuelles. La directive 2000/35/CE en vigueur contribue déjà à alléger les charges financières imposées aux PME: elle prévoit un délai de paiement de 30 jours applicable par défaut, un taux d'intérêt pour retard de paiement également applicable par défaut et des procédures de recouvrement pour les créances non contestées. Il importe, d'ores et déjà, de tirer le meilleur parti de ces mesures.

S'agissant du paiement des sous-traitants, **les pouvoirs adjudicateurs peuvent également inclure dans leur cahier des charges une clause visant à garantir que leurs fournisseurs paient leurs sous-traitants dans les délais** (voir section 1.4) et que les paiements parviennent ainsi à tous les maillons de la chaîne d'approvisionnement.

A cet égard, il convient de mentionner les dispositions et pratiques nationales suivantes:

Dispositions nationales applicables

Le droit hongrois impose aux pouvoirs adjudicateurs de payer les attributaires de marchés au plus tard dans les 30 jours suivant l'exécution du marché. Lorsqu'il est constaté que l'attributaire a exécuté le marché et que le pouvoir adjudicateur n'a pas respecté le délai de paiement, l'attributaire est autorisé à récupérer l'argent directement sur le compte bancaire du pouvoir adjudicateur en question.

Pratiques

Une étude récemment menée en France recommande les mesures suivantes aux pouvoirs adjudicateurs en vue de pallier les difficultés pouvant découler des retards de paiement:

— simplifier les documents nécessaires à l'exécution d'un paiement, utiliser les outils

³⁰ Article 35, paragraphe 1, de la directive 2004/18/CE et article 41, paragraphe 1, de la directive 2004/17/CE.

- électroniques,
- ne pas suspendre un paiement sans raison valable,
- **promouvoir l'utilisation des moyens de paiement électroniques,**
- simplifier les contrôles, et
- ne pas repousser un paiement jusqu'à la fin de l'année.

Au Royaume-Uni, les ministères et les organismes gouvernementaux sont tenus de contrôler leurs performances en matière de paiements et de publier les résultats de ces contrôles dans leurs rapports annuels ou départementaux. Le tableau indique, pour chaque ministère, la part de factures payées dans les 30 jours ou dans un autre délai préalablement convenu, suivant réception d'une facture en bonne et due forme. En outre, il est conseillé aux pouvoirs adjudicateurs d'examiner la pertinence des paiements échelonnés ou **intermédiaires** (liés, par exemple, au travail effectué).