

# Contrats Publics

Actualités **MONITEURJURIS**

Dossier

## Quels outils pour faciliter l'accès des PME ?

### ► PME et marchés publics : entre principes et réformes

Les trois piliers de la commande publique : atout ou contrainte ?

Seuils et procédures : quelles opportunités après les réformes de 2024 ?

Part minimale de 20 % réservée aux PME

Préférence locale : un levier sous conditions ?

### ► Des outils pour renforcer l'accès des PME

Sous-traitance : une porte d'entrée efficace ?

Le groupement d'entreprises : un atout sous-exploité par les PME

Les MAPA : une simplification réellement avantageuse ?

### ► L'exécution des marchés : quels dispositifs pour les PME ?

Avances et acomptes : quelles spécificités ?

Retenue de garantie et délais de paiement : des règles adaptées aux PME ?



Vie <sup>des</sup> contrats

#### PASSATION

Confirmation de la faculté pour les acheteurs publics français d'exclure les opérateurs économiques et les produits originaires de certains États tiers à l'UE

Précisions sur les modalités et la portée de la régularisation d'une offre initialement irrégulière dans le cadre d'une concession

## DOSSIER

13

**Quels outils pour faciliter l'accès des PME ?**

<b>Les trois principes fondamentaux de la commande publique assurent-ils un accès efficace des PME aux marchés publics ?</b> .....	14
Florence David et Marc Frota	
<b>Évolution des seuils et règles de passation de marchés publics : opportunités et limites pour les PME</b> .....	20
Hervé Letellier et Madeleine Luguel-Narboni	
<b>Infographie : l'accès des TPE/PME à la commande publique</b> .....	24
BUY THE MOON	
<b>Part d'exécution des marchés réservés aux PME : quelle efficacité ?</b> .....	25
Laurent Sery et Anne Villalard	
<b>Introduire des mécanismes de préférence locale dans un marché public : mode d'emploi</b> .....	31
Jennifer Obrero et Julie Oger	
<b>La sous-traitance, porte d'entrée des PME/TPE à la commande publique ?</b> .....	37
Tanguy Mocaer et David Plaut	
<b>Le groupement d'entreprises : un outil permettant un meilleur accès des PME à la commande publique ?</b> .....	42
Nicolas Lafay et Émilie Grzelczyk	
<b>Les MAPA : une chance pour les PME ?</b> .....	47
Pierre Jakob	
<b>Les clauses sociales ou environnementales : levier ou frein pour l'accès des PME à la commande publique</b> .....	51
Marie Berrezai et Corentin Brozille	
<b>Les dispositions en faveur des PME au stade de l'exécution financière des marchés publics</b> .....	57
Evangéla Karamitrou et Marie Gouchon	

## VIE DES CONTRATS

61

## ■ PASSATION

**Confirmation de la faculté pour les acheteurs publics français d'exclure les opérateurs économiques et les produits originaires de certains États tiers à l'UE** .....

62

Philippe Terneyre

**Précisions sur les modalités et la portée de la régularisation d'une offre initialement irrégulière dans le cadre d'une concession** .....

67

Pierre Cailloce

**Au sommaire du prochain numéro**  
**Procédures adaptées :**  
**concilier simplicité et sécurité juridique**

# Les trois principes fondamentaux de la commande publique assurent-ils un accès efficace des PME aux marchés publics ?

Il semble difficile d'identifier en quoi les trois grands principes de la commande publique peuvent être conciliés avec l'objectif d'accès des PME. Néanmoins, il résulte de l'analyse de la réglementation qu'elle a pour objet de ne pas exclure les PME, ce qui certes facilite leur accès sans créer de discrimination favorable. En outre, certaines mesures peuvent constituer des applications directes des principes fondamentaux, sans que se pose alors la question de leur conciliation avec les autres principes.

Il est notoire que le droit positif de la commande publique prévoit différentes exceptions, dérogations et dispositions spécifiques dans le but de faciliter l'accès des PME aux contrats qu'il régit.

Or ce droit est encadré par trois principes fondamentaux qui ont vocation à orienter et encadrer toutes ses règles.

La question se pose de l'influence de ces principes sur l'accès effectif des PME aux contrats de la commande publique.

## Sur la nature juridique des principes fondamentaux de la commande publique

Les principes dont il est question ici sont posés par l'article L. 3 du Code de la commande publique, aux termes duquel « Les acheteurs et les autorités concédantes respectent le principe d'égalité de traitement des candidats à l'attribution d'un contrat de la commande publique. Ils mettent en œuvre les principes de liberté d'accès et de transparence des procédures, dans les conditions définies dans le présent code. Ces principes permettent d'assurer l'efficacité de la commande publique et la bonne utilisation des deniers publics. ».

On identifie donc l'égalité de traitement des candidats, la liberté d'accès et la transparence des procédures.

Le principe d'égalité de traitement a pour objet d'interdire toute discrimination permettant de favoriser indûment un opérateur plutôt qu'un autre. Tout agissement de l'acheteur ayant pour effet d'établir une telle discrimination est logiquement prohibé, tant au niveau de la définition des prestations, que des modalités de publicité, de la procédure de mise en concurrence elle-même, ou dans l'analyse des offres.

### Auteurs

**Florence David**  
Avocate Associée

**Marc Frota**  
Élève-avocat  
Earth Avocats

Répartition par catégorie d'acheteurs et de titulaires

Contrats initiaux*	Année de notification 2023					
	État et secteur hospitalier		Collectivités territoriales**		« Autres »***	
	Nombre	Montant (M€)	Nombre	Montant (M€)	Nombre	Montant (M €)
PME	47 %	18 %	64 %	36 %	49 %	24 %
ETI	31 %	37 %	19 %	25 %	27 %	26 %
Grandes entreprises	22 %	45 %	17 %	39 %	24 %	50 %

\* Données hors avenants et actes de sous-traitance – Montants des marchés supérieurs à 25 000 €HT, sauf pour les collectivités territoriales

\*\* Calculs et retraitements statistiques OCEP

\*\*\* Entreprises publiques, opérateurs de réseaux, etc.

Source : DAJ, 2023

ou non. Beaucoup estiment que la situation est très défavorable aux TPE et PME<sup>[10]</sup>.

À rebours de cette tendance générale, le commissaire du gouvernement Nicolas Boulouis, avançait, dès 2006, que l'idée d'un accès inégal des PME à la commande publique relevait d'une « intuition » que les statistiques ne permettaient pas de confirmer<sup>[11]</sup>. La même année, Charlie McCreavy, commissaire européen au marché intérieur, qualifiait de « mythe » l'idée selon laquelle les PME seraient évincées des opportunités de la commande publique<sup>[12]</sup>.

Les statistiques ne sont pas nombreuses, mais les plus actuelles sont éclairantes. Pour l'année 2023, la DAJ recensait, parmi les titulaires de marchés, 59,9 % de PME, 21 % d'ETI, et 18,6 % de grandes entreprises, à qui étaient attribués respectivement 27,2 % 29,1 % et 43,7 % du montant global des marchés<sup>[13]</sup>. La répartition par catégorie d'acheteurs est détaillée ci-dessus (fig. 1).

Si, en nombre de marchés attribués, les PME bénéficient de la majorité des marchés, le montant financier est inférieur à 1/3 du montant global des marchés, ce qui paraît logique au regard des enjeux des marchés.

En ce qui concerne spécifiquement l'État : « (...) la répartition par catégories du nombre d'entreprises [...] ayant bénéficié de l'attribution d'un marché en 2022, soit directement comme titulaires, soit comme sous-traitants de rang 1 d'un titulaire de marché, a été pour 90 % des PME,

pour 7 % des ETI et pour 3 % des grandes entreprises. En montant de dépense d'achat, 28 % ont été attribués à des PME, niveau bien plus élevé que pour le secteur privé (17 % en moyenne en montant de dépense d'achat), 35,5 % à des ETI et 36,5 % à des grandes entreprises. »<sup>[14]</sup>.

**L'ensemble de ces chiffres démontre que les PME sont bien représentées en tant que prestataires directs et très bien représentées lorsque la sous-traitance de rang 1 est prise en compte.**

## Un objectif indirectement mais explicitement poursuivi

Bien que placés au sommet de la hiérarchie des normes et mobilisés par le juge tant constitutionnel qu'administratif, les principes de la commande publique soulèvent un problème d'interprétation permanent. Il a pu être relevé que « Les principes de la commande publique souffrent d'une imprécision juridique dans la mesure où, aspirant à des finalités communes au moyen d'instruments juridiques identiques, aucun des objectifs généraux qu'ils poursuivent ensemble ne peut être spécifiquement rattaché à l'un d'eux. »<sup>[15]</sup>.

Ce constat se vérifie s'agissant de l'objectif d'accès des PME.

À première vue, il est difficile d'identifier de quelle manière les trois principes fondamentaux peuvent s'accommoder d'un tel objectif.

La commande publique étant un domaine concurrentiel par nature, l'instauration de mesures facilitantes pour une catégorie d'entreprise équivaldrait à favoriser cette dernière au détriment des autres.

L'article L. 3 du Code de la commande publique précise que ces principes ont pour fonction « d'assurer l'efficacité de la commande publique et la bonne utilisation des deniers publics. ».

[10] Pour un point de vue contemporain de l'adoption de la Directive de 2014, voir L. Rapp, « L'accès des PME aux marchés publics : un small business act ? », *Contrats et marchés publ.* 2014, dossier 12. Pour un point de vue récent, voir « Rendre des heures aux Français : 14 mesures pour simplifier la vie des entreprises », Rapport parlementaire, 15 février 2024.

[11] N. Boulouis, *BJCP* n° 54 p. 366, concl. sur CE 9 juillet 2007, Syndicat EGF-BTP et autres, req. n° 297711, *Rec. CE* p. 319.

[12] Cité par J.-D. Dreyfus, « Code des marchés et PME : le choix de la discrimination positive », *AJDA* 2006. 1769.

[13] Direction des affaires juridiques, Observatoire économique de la commande publique. *Recensement économique de la commande publique, Chiffres 2023*.

Données hors avenants et actes de sous-traitance - Montants des marchés supérieurs ou égaux à 25 000 € HT, sauf pour les collectivités territoriales.

[14] Rép. min. n° 07873, *JO Sénat* 23 novembre 2023, p. 6574.

[15] M.-C. Bontron, *Les fonctions des principes fondamentaux de la commande publique*, thèse, Université de Montpellier, 2015.

Le même préambule assume également que :

« Étant donné le potentiel de création d'emplois, de croissance et d'innovation que recèlent les PME, il est important d'encourager leur participation à la passation de marchés publics grâce à la fois à des dispositions appropriées dans la présente directive et à des initiatives au niveau national. Les nouvelles dispositions prévues dans la présente directive devraient contribuer à améliorer leur niveau de réussite, à savoir la part de la valeur totale des marchés attribués revenant aux PME. Il n'est pas approprié d'imposer des quotas obligatoires de réussite. »<sup>[24]</sup>

**Dans le détail les mesures retenues ont pour objet de ne pas exclure les PME (seuil du chiffre d'affaires et DUME), ce qui certes facilite leur accès sans créer de discrimination favorable.**

### Des implications facilitant directement l'accès des PME

Les pouvoirs publics disposent d'un large éventail de possibilités pour faciliter l'accès des PME à la commande publique. Certaines mesures peuvent constituer des applications directes des principes fondamentaux, sans que se pose alors la question de leur conciliation avec les autres principes.

#### Une application de l'égalité de traitement

À titre d'exemple, la loi ASAP élargit la catégorie des personnes susceptibles de candidater à un marché public en partie au titre du principe d'égalité<sup>[25]</sup>. Ce texte prévoit qu'une entreprise admise à la procédure de redressement judiciaire mais bénéficiant d'un plan de redressement ne peut plus être exclue de la procédure de passation d'un marché ou d'une concession. Cette mesure va dans le sens d'une plus grande souplesse au bénéfice des entreprises en difficulté et a vocation à bénéficier en premier lieu aux PME particulièrement dans la situation économique actuelle.

#### Une application de la liberté d'accès

Le principe de liberté d'accès consiste quant à lui plus à supprimer des obstacles qu'à faciliter positivement des comportements.

Une première application en est l'article L. 2141-2 du Code de la commande publique selon lequel :

« L'acheteur ne peut imposer aux candidats des conditions de participation à la procédure de passation autres que celles propres à garantir qu'ils disposent de l'aptitude à exercer l'activité professionnelle, de la capacité économique et financière ou des capacités techniques et professionnelles nécessaires à l'exécution du marché.

Ces conditions sont liées et proportionnées à l'objet du marché ou à ses conditions d'exécution. »

Cette exigence est une transposition directe de la directive de 2014, qui estimait que « Les exigences disproportionnées relatives à la capacité économique et financière de l'opérateur constituent souvent un obstacle injustifié à la participation des PME aux marchés publics »<sup>[26]</sup>.

En pratique, lors de chaque lancement de procédure la détermination de ces conditions est un sujet important pour les maîtrises d'ouvrage en particulier, afin de trouver un équilibre entre la sécurisation suffisante de leurs achats (notamment les travaux d'envergure) et l'absence de discrimination en termes d'accès.

Par ailleurs, le principe d'allotissement constitue une mesure phare en faveur des PME.

En obligeant l'acheteur à scinder les prestations qu'il sollicite, le principe d'allotissement<sup>[27]</sup> permet évidemment un accès facilité des PME à la commande publique. Il est tout à fait normal, donc, que l'allotissement soit « considéré de manière classique comme un moyen privilégié d'assurer l'accès des PME à la commande publique et d'améliorer ainsi le jeu de la concurrence »<sup>[28]</sup>.

Poursuivant un objectif de liberté d'accès, l'allotissement n'en est pas pour autant une dérogation à l'égalité de traitement. Ainsi le Conseil d'État considère qu'il a pour objet de « susciter la plus large concurrence entre les entreprises, qu'il s'agisse d'entreprises générales ou non », et que « il n'est pas établi que ce principe aurait en soi pour effet de créer une discrimination au détriment des entreprises générales, lesquelles, au contraire, sont aptes à soumissionner pour l'ensemble des lots d'un marché »<sup>[29]</sup>.

Au contraire, c'est l'étendue des dérogations à l'allotissement<sup>[30]</sup> qui fait aujourd'hui l'objet de débats, dans la mesure où elles introduisent une restriction à la liberté d'accès (voir ci-dessous sur le sujet de la part réservée dans les marchés globaux).

D'autres mesures ensuite, sans viser exclusivement les PME leur sont directement favorables. Il en est ainsi de l'allègement des procédures. L'allègement des formalités administratives propres à la commande publique permet d'assurer l'attractivité de ces procédures pour tous les types d'entreprises.

[24] Préambule de la directive 2014/24/UE du 26 février 2014 sur la passation des marchés publics et abrogeant la directive 2004/18/CE, consid. 124).

[25] Loi n° 2020-1525 du 7 décembre 2020 d'accélération et de simplification de l'action publique, modifiant l'article L. 2141-3 relatif aux exclusions de plein droit dans les marchés publics et l'article L. 3123-3 relatif aux exclusions de plein droit dans les contrats de concessions.

[26] Considérant 83.

[27] Principe posé à l'article L. 2113-10 du CCP.

[28] P. Devillers, note sous CE 20 février 2013, Société laboratoire Biomnis, req. n° 363656, *Contrats et marchés publ.* 2013, comm. 102, cité par M.-C. Bontron, *op. cit.*, p. 345.

[29] CE 9 juillet 2007, req. n° 297711, *Rec. CE.*

[30] Les cas dans lesquels une dérogation à l'allotissement est possible sont prévus par l'article L. 2113-11 du CCP.

# Évolution des seuils et règles de passation de marchés publics : opportunités et limites pour les PME

Face aux obstacles rencontrés par les PME dans l'accès à la commande publique, les pouvoirs publics ont entrepris des réformes axées sur la simplification des règles, l'instauration de dispositifs incitatifs et l'assouplissement des seuils de procédure. Les décrets de décembre 2024 s'inscrivent dans cette démarche en introduisant des ajustements des seuils et des règles de passation.

**M**ême si son importance est difficile à quantifier – le recensement, évalué à 170 milliards d'euros, réalisé par l'INSEE en 2023 ne couvrant qu'une partie de l'achat public<sup>(1)</sup> – la commande publique représente une part significative de l'économie française en faisant, pour les observateurs, un « riche gisement d'opportunités »<sup>(2)</sup>.

Pourtant, celle-ci demeure largement sous-exploitée par les opérateurs économiques et notamment par les micro, petites et moyennes entreprises (PME)<sup>(3)</sup>. Alors que ces dernières constituent plus de 99 % des entreprises en France<sup>(4)</sup>, leur présence dans le secteur de la commande publique – globalement stagnante ces dernières années (le nombre de marchés attribués, parmi ceux recensés, est certes passé de 57,5 % en 2017<sup>(5)</sup> à 59,9 % en 2023<sup>(6)</sup>) mais leur part en montant a décliné de

(1) OECF, Recensement économique de la commande publique, chiffres 2023. Ce dernier ne recense toutefois pas tous les marchés publics inférieurs à 90 000 euros HT et les marchés des personnes de droit privé soumises au Code de la commande publique (ni la sous-traitance réalisée).

(2) P. Perez, « Les achats publics locaux constituent toujours un riche gisement d'économies », *Le Monde*, 24 octobre 2024.

(3) Notions définies à l'article 3 du décret n° 2008-1354 du 18 décembre 2008 : « La catégorie des microentreprises est constituée des entreprises qui, d'une part, occupent moins de 10 personnes et, d'autre part, ont un chiffre d'affaires annuel ou un total de bilan n'excédant pas 2 millions d'euros. La catégorie des petites et moyennes entreprises (PME) est constituée des entreprises qui, d'une part, occupent moins de 250 personnes et, d'autre part, ont un chiffre d'affaires annuel n'excédant pas 50 millions d'euros ou un total de bilan n'excédant pas 43 millions d'euros ».

(4) Selon l'Insee, en 2021, les PME représentaient environ 99,6 % des entreprises en France. En ligne sur : <https://www.insee.fr/fr/statistiques/5424748>.

(5) OECF, Recensement économique de la commande publique, chiffres 2017.

(6) *Ibid.*, chiffres 2023.

## Auteurs

**Hervé Letellier**  
Avocat associé

**Madeleine Luguel-Narboni**  
Avocate  
Symchowicz-Weissberg et associés

## La méconnaissance des règles relatives à la protection de l'accès des PME expose l'acheteur à d'importants risques juridiques

Il fait peu de doute aujourd'hui que les mécanismes de protection de l'accès des PME aux différents contrats de la commande publique ne cessent de se renforcer et de s'étendre avec les dernières modifications intervenues ou à venir. L'efficacité de ces mécanismes est par ailleurs redoutable en raison notamment des risques de sanction très forts qui pèsent aussi bien sur l'acheteur que sur les opérateurs économiques.

Concernant les acheteurs, comme indiqué précédemment, il convient de souligner que la réglementation actuelle leur impose de faire figurer dans les marchés comme critère de choix des offres la part du marché global ou du marché de partenariat qui sera réservée à des PME. Cette obligation implique plusieurs conséquences sur le plan pratique mais aussi sur le terrain juridique.

D'abord, il est acquis que tout acheteur doit respecter ces dispositions du Code de la commande publique. Il lui appartient donc de faire figurer dans les pièces de la consultation cette obligation de réserver une part de marché aux PME, laquelle ne pourra plus être inférieure à 20 % pour les marchés lancés après le 1<sup>er</sup> janvier 2025<sup>(18)</sup>. Ceci lui impose donc déjà une attention particulière au moment notamment de la rédaction du règlement de consultation, lequel devra préciser les seuils retenus. Il conviendra également pour lui de déterminer quelle importance il entend réserver à cette obligation dans la part globale des critères de choix des offres. À propos de la fixation de ce seuil part tout acheteur public, deux remarques peuvent être formulées. Il importe en premier lieu pour lui de ne pas faire d'excès de zèle, car un seuil trop important de part réservée de marché pourra être regardé comme portant atteinte aux règles d'égalité d'accès à la commande publique. À l'inverse, dans certains cas sans doute exceptionnels, il pourra se poser la question de la capacité des opérateurs économiques à respecter ce seuil minimal ; dans certains secteurs économiques, il n'est pas certain que le seuil minimal puisse toujours être atteint. Ces hypothèses devraient être rares mais si elles se présentent, il sera probablement nécessaire pour l'acheteur au moyen par exemple d'un « sourcing » de pouvoir être en mesure de démontrer et justifier que ce seuil est inatteignable.

(18) L'article 7 du décret n° 2024-1251 du 30 décembre 2024 prévoit que : « Le présent décret s'applique aux marchés publics et aux contrats de concession pour lesquels une consultation est engagée ou un avis d'appel à la concurrence est envoyé à la publication à compter du lendemain de la date de sa publication au Journal officiel de la République française.

Les dispositions du premier alinéa du présent article sont applicables aux marchés publics [et aux contrats de concession] conclus par l'État et ses établissements publics dans les îles Wallis-et-Futuna, en Polynésie française, en Nouvelle-Calédonie et dans les Terres australes et antarctiques françaises. ».

Dans tous les cas, en cas d'omission de ces indications dans le dossier de consultation, il s'agira là d'une violation grave des règles de mise en concurrence comme en témoigne la censure récente par le tribunal administratif de Cergy-Pontoise d'une procédure de passation d'un marché public de conception-réalisation pour ce motif<sup>(19)</sup>, laquelle sera évoquée plus en détail ci-après.

Ensuite, dans la mesure où les critères doivent tenir compte de cette part de prestations réservées à des PME, il est impossible pour l'acheteur de s'y soustraire au moment de l'analyse des offres. Le règlement de consultation revêt en effet toujours un caractère obligatoire dans toutes ses mentions pour l'acheteur ; ce dernier sera donc tenu par les règles qu'il a édictées. Là encore, toute méconnaissance par l'acheteur du règlement de consultation sur ce point constituera une grave méconnaissance des obligations de mise en concurrence qui pèsent sur lui. Au moment de l'examen des offres, il conviendra donc de bien vérifier le respect ou non par chacun des candidats de ces obligations particulières. Il y aura lieu également pour l'acheteur de noter régulièrement les offres au regard de la pondération retenue.

Enfin, il convient d'ajouter que, au stade de l'exécution du marché, l'acheteur devra veiller à ce que l'opérateur économique respecte bien ses engagements en la matière ; et il va de soi que, généralement, tout acheteur diligent aura pris soin de prévoir dans le marché global ou le marché de partenariat des sanctions financières en cas de méconnaissance de ces obligations.

Concernant les opérateurs économiques, le respect de ces dispositions s'impose à eux aussi. En effet, le régime des offres irrégulières est particulièrement strict. Ainsi, l'article L. 2152-1 du Code de la commande publique impose à l'acheteur d'écarter les offres irrégulières<sup>(20)</sup>, laquelle est définie à l'article L. 2152-2 du Code de la commande publique comme suit : « une offre irrégulière est une offre qui ne respecte pas les exigences formulées dans les documents de la consultation, en particulier parce qu'elle est incomplète, ou qui méconnaît la législation applicable notamment en matière sociale et environnementale ». En présence d'une offre ne respectant pas les prescriptions définies dans les documents de la consultation, l'acheteur se trouve en situation de compétence liée et ne peut, dès lors, pas attribuer le marché au candidat ayant déposé une telle offre et doit la rejeter comme étant irrégulière. La jurisprudence est abondante concernant cette obligation. À titre illustratif, a été considérée comme étant irrégulière et donc vouée au rejet :

– l'offre qui méconnaît la réglementation applicable aux écrans de protection, dans le cadre d'un marché de protection contre les chutes de blocs de pierre<sup>(21)</sup> ;

(19) TA Cergy-Pontoise 23 janvier 2025, Société urbaine de travaux, req. n° 2418697.

(20) CCP, art. L. 2152-1 : « L'acheteur écarte les offres irrégulières, inacceptables ou inappropriées ».

(21) CE 30 septembre 2011, Département de Haute-Savoie, req. n° 350153 et 350992.

## Les mécanismes prévus dans le Code de la commande publique permettant d'introduire de la préférence locale

Dans le strict respect des principes fondamentaux de la commande publique, certains mécanismes du Code de la commande publique permettent d'ores et déjà aux acheteurs de faciliter l'accès des PME aux marchés publics voire de s'approvisionner localement.

### Le sourcing permet à l'acheteur public d'identifier les fournisseurs locaux

Le sourcing, consacré depuis maintenant plusieurs années à l'article R. 2111-1 du Code de la commande publique, constitue une étape essentielle dans le processus d'achat, offrant une meilleure connaissance des capacités des fournisseurs, notamment locaux. Devant être réalisée systématiquement en amont de l'élaboration du Dossier de consultation des entreprises (DCE), elle permet de concevoir un cahier des charges adapté à la réalité du marché et contribue à limiter les risques d'échec de la procédure.

En pratique, le sourcing permet à l'acheteur de réaliser deux objectifs : mieux connaître la structure du secteur d'activité concerné par le marché public dont la passation est envisagée et mieux appréhender les pratiques des opérateurs économiques dans ce domaine<sup>(1)</sup>.

Ainsi, s'adapter à la réalité du marché permet d'encourager l'achat local dès lors que les acteurs locaux qui peuvent répondre aux besoins de la collectivité sont clairement identifiés. C'est aussi grâce au sourcing que les acheteurs publics pourront entretenir des liens directs avec les acteurs économiques locaux.

En effet, un des principaux freins pour favoriser un achat local réside souvent dans une méconnaissance des capacités et de l'organisation économique du territoire<sup>(2)</sup> mais aussi par la réticence même des opérateurs économiques locaux. Déjà en 2020, le Conseil économique, social et environnemental régional (Ceser) de Normandie estimait que : « L'un des freins les plus importants à l'achat local en Normandie étant le manque de connaissance mutuelle du tissu économique et des opportunités sur le territoire, il est donc nécessaire de renforcer les rencontres entre agents économiques, qu'ils soient publics ou privés pour permettre la naissance de nouvelles opportunités et d'investir de nouvelles pratiques de collecte de données informatives »<sup>(3)</sup>.

Ainsi, pour favoriser l'achat local, le sourcing va permettre de susciter l'intérêt des fournisseurs locaux et, lorsqu'ils ne peuvent pas ou ne veulent pas répondre, comprendre leurs raisons et leurs contraintes afin d'apprécier s'il est possible de les lever pour les futures consultations<sup>(4)</sup>.

### Le seuil de dispense de procédure de publicité et de mise en concurrence favorise l'achat local

Selon la valeur ou l'objet de son marché, l'acheteur dispose de la possibilité de se soustraire des obligations de publicité et de mise en concurrence.

Dans un tel cas, il lui est permis de contracter directement avec l'opérateur de son choix, et donc de recourir aux services d'un opérateur local dans le respect, toujours, des principes de la commande publique<sup>(5)</sup>.

C'est également le cas lorsque l'acheteur souhaite promouvoir une solution innovante. En effet, le marché innovant sans publicité ni mise en concurrence préalable peut être également un outil au service de la préférence locale. Dans ce cadre, il permet aux acheteurs de conclure des contrats de travaux, fournitures ou services innovants sans publicité ni mise en concurrence préalable, pour des montants inférieurs à 100 000 euros hors taxes<sup>(6)</sup>. Bien que ce dispositif n'autorise pas explicitement une préférence locale, il peut en pratique favoriser des entreprises locales. En outre, en permettant aux acheteurs d'identifier directement des prestataires répondant à leurs besoins innovants, ce mécanisme simplifie l'accès des petites entreprises locales, souvent plus agiles et proches des enjeux territoriaux.

### Les spécifications techniques et labels peuvent indirectement favoriser l'achat local

Le Code de la commande publique permet aux acheteurs de formuler leurs besoins en fournitures, services et travaux, selon des spécifications techniques<sup>(7)</sup> qui visent à promouvoir les offres de qualité, innovantes et protectrices de l'environnement, caractéristiques sur lesquelles les entreprises françaises et européennes sont à leur avantage<sup>(8)</sup>.

Comme évoqué précédemment, un des leviers pour permettre l'achat local en toute légalité est donc par l'insertion de considérations environnementales et sociales. L'acheteur a la possibilité de prescrire des

(1) S. Kanoun, M. Hénon, « Sourcing et risque pénal », *Contrats publics*, n° 185, mars 2018.

(2) A. Carle, « L'achat public local, une solution à la flambée des prix assortie de contraintes », *Contrats publics*, n° 232, juin 2022.

(3) « Achat local : les pistes normandes », *Achatpublic.info*, 13 octobre 2020.

(4) « Favoriser l'achat local dans les marchés publics », Éditions WEKA, mars 2024.

(5) Direction des Affaires juridiques du ministère de l'Économie et des Finances, Observatoire économique de la commande publique, « Guide sur les aspects sociaux de la commande publique », 2023.

(6) CCP, art. R. 2122-9-1.

(7) CCP, art. L. 2111-2 – Rép. min. QE n° 07174, *JO Sénat* 14 mars 2024, p. 1017.

(8) Rép. min. QE n° 33777, *JO AN* 7 septembre 2021, p. 6695.

# Le groupement d'entreprises : un outil permettant un meilleur accès des PME à la commande publique ?

Le groupement apparaît comme un des outils les plus efficaces pour permettre aux PME d'accéder à de nouveaux marchés dépassant leurs capacités individuelles. Cependant, les PME ne se saisissent pas pleinement de la possibilité qui leur est permise de se présenter en groupement pour répondre aux marchés publics. Ainsi, les décideurs publics multiplient les actions pour le rendre plus efficient.

Si l'idée de se grouper pour réaliser des travaux est très ancienne, l'essor des groupements d'entreprises dans leur conception actuelle date de la fin de la Seconde Guerre mondiale, l'ampleur des travaux de reconstruction ayant rendu nécessaire la mobilisation de moyens humains et techniques importants excédant le cadre de l'entreprise unique. La réalisation de travaux sous la forme d'un groupement d'entreprises est restée pendant longtemps une simple pratique contractuelle, non encadrée, la jurisprudence des années 1970 assimilant parfois cette structure à une société créée de fait.

Estimant que la cotraitance, et donc les groupements d'entreprises, était un des moyens les plus efficaces pour faciliter l'accès des petites et moyennes entreprises (PME) à la commande publique, les décideurs publics ont entendu encadrer cette pratique. C'est ainsi qu'une circulaire du 5 septembre 1975 relative à la participation des PME aux marchés publics de travaux<sup>(1)</sup> insistait sur le fait que « pour les opérations isolées, toute clause excluant les groupements d'entreprises devra être pros-crite ». Le décret n° 76-87 du 21 janvier 1976 approuvant le CCAG-Travaux formalisait également, pour la première fois, un cadre pour les entreprises souhaitant exécuter un marché sous cette forme. L'article 2.31 du CCAG précise ainsi qu'il existe deux sortes d'entrepreneurs groupés, les entrepreneurs groupés solidaires et les entrepreneurs groupés conjoints et en donne la définition. Depuis, les codes des marchés publics de 2001, 2004 et 2006 ainsi que le Code de la commande publique de 2019 ont formalisé les règles applicables aux groupements d'entreprises.

Si la cotraitance est désormais identifiée comme un des outils les plus efficaces pour permettre aux PME

## Auteurs

Nicolas Lafay et Émilie Grzelczyk  
Avocats à la Cour

(1) *JORF* n° 0228 du 1<sup>er</sup> octobre 1975, p. 10152.

des pays tiers aux marchés publics et concessions de l'UE et établissant des procédures visant à faciliter les négociations relatives à l'accès des opérateurs économiques, des biens et des services originaires de l'Union aux marchés publics et aux concessions des pays tiers », règlement intitulé « Instrument relatif aux marchés publics internationaux, dits IMPI ».

Concrètement, ce règlement, qui ne concerne que les marchés de travaux et concessions de plus de 15 M€ et les marchés de fournitures et de services de plus de 5 M€ et qui ne vise que les États tiers qui ne sont pas parties à l'accord sur les marchés publics (AMP) de l'OMC ou qui n'ont pas conclu avec l'UE des accords bilatéraux sur le sujet, a pour objet principal :

– surtout de préciser explicitement dans le considérant 10 du règlement que, conformément aux directives européennes de 2014 sur les contrats de la commande publique, « **les opérateurs économiques de pays tiers qui n'ont pas conclu d'accord prévoyant l'ouverture des marchés publics de l'Union, ou dont les biens, services et travaux ne sont pas couverts par un tel accord, n'ont pas un accès garanti aux procédures de passation de marchés dans l'Union et peuvent être exclus** ». C'est d'ailleurs sur la base de ce « considérant » que le gouvernement français a changé d'avis et indique qu'« **il est permis désormais de mettre en œuvre, en toute sécurité juridique, l'article L. 2153-1 du CCP** »<sup>(3)</sup>.

– d'indiquer aussi que seule la Commission européenne est compétente pour recevoir les plaintes d'opérateurs économiques européens s'estimant discriminés **dans l'accès aux marchés publics dans les États tiers**. À la suite de quoi, la Commission est seule compétente pour entamer des négociations avec le pays tiers pour obtenir l'ouverture de ses marchés publics aux entreprises européennes. Et, au cas où ces négociations n'aboutiraient pas, la Commission serait en droit, sur la base d'un acte d'exécution du règlement « IMPI », de fermer l'accès à certains marchés publics européens aux entreprises ou produits de ces pays tiers, **par réciprocité**<sup>(4)</sup>.

Ce dispositif permet ainsi aux entreprises européennes subissant des discriminations pour l'accès aux marchés publics dans les États tiers « non-couverts » de confier à la Commission européenne le soin de les défendre. À notre connaissance, depuis l'entrée en vigueur du règlement IMPI le 29 août 2022, une seule enquête a été ouverte sur l'accès en Chine aux marchés publics

relatifs aux dispositifs médicaux, enquête qui est toujours en cours<sup>(5)</sup>.

L'ensemble de ce nouveau dispositif européen constitue une nouvelle strate permettant la protection des marchés publics européens qui vient ainsi coexister avec la faculté offerte à tous les acheteurs publics européens, notamment français, d'exclure par principe les entreprises et les produits en provenance d'États tiers non-couverts de l'accès aux marchés publics européens.

Ensuite, on notera donc que, après l'adoption du règlement « IMPI », la direction des affaires juridiques des ministères économiques a changé sa position sur l'accès aux marchés publics européens pour les opérateurs et les produits en provenance des États tiers dits « non-couverts » (ceux non-adhérents à l'accord multilatéral AMP ou à des accords bilatéraux avec l'UE) en adoptant le 23 décembre 2022 une nouvelle « fiche technique » relative aux « dispositifs permettant d'écarter les offres des pays tiers en matière de commande publique », dont l'intitulé révèle ainsi, explicitement, le changement de cap de la DAJ et dont l'intérêt est de commenter tout à la fois, comme dans la précédente fiche technique, l'article L. 2153-2 du CCP, mais aussi, désormais, l'article L. 2153-1 du CCP afin de lui donner plein effet.

On relèvera par ailleurs que le législateur français, par amendement parlementaire, a introduit par deux fois – sans modification du CCP – et à quelques mois d'intervalle un dispositif permettant aux acheteurs publics d'exclure les produits ou les candidatures d'entreprises en provenance d'États tiers non-couverts ;

– dans la loi n° 2023-175 du 10 mars 2023 relative à l'accélération de la production d'énergies renouvelables où, au I de l'article 90, il était précisé que « Lorsqu'une offre présentée dans le cadre de la passation par une entité adjudicatrice d'un marché de fournitures ou de travaux d'installations ou d'équipements de production ou de stockage d'énergies renouvelables, au sens de l'article L. 211-2 du Code de l'énergie, contient des produits originaires de pays tiers avec lesquels l'Union européenne n'a pas conclu, dans un cadre multilatéral ou bilatéral, un accord assurant un accès comparable et effectif des entreprises de l'Union européenne aux marchés de ces pays ou auxquels le bénéfice d'un tel accord n'a pas été étendu par une décision du Conseil de l'Union européenne, cette offre peut être rejetée comme étant irrégulière, au sens

(3) V. nouvelle fiche technique de la DAJ sur « les dispositifs permettant d'écarter les offres des pays tiers en matière de commande publique », p. 3.

(4) Par ailleurs, le règlement IMPI confirme la compétence exclusive des institutions normatives de l'UE (à l'exclusion de celle des États membres de l'UE) pour réglementer de façon générale et impersonnelle l'accès aux marchés publics européens de ces États tiers et de mener des négociations avec ceux-ci en cas de difficulté d'accès à leurs marchés publics de la part des opérateurs économiques européens.

(5) Par ailleurs, ce règlement IMPI a fait l'objet de « lignes directrices » visant à faciliter son application (Commission UE, communication 2023/C64/04, JOUE C 64, 21 février 2023). En outre, on fera ici aussi état d'un règlement UE 2022/2560 du 14 décembre 2022 relatif aux subventions étrangères faussant le marché intérieur (règlement dit « FSR ») dont l'objet est de lutter contre les subventions distorsives de concurrence versées par les États tiers à leurs entreprises et qui ont pour conséquence de donner à ces entreprises un avantage injustifié leur permettant de remporter des marchés publics en Europe. Comme pour le règlement IMPI, le règlement FSR donne des pouvoirs d'enquête à la Commission européenne pour vérifier si des subventions ont été versées aux candidats non-européens et si elles ont été distorsives de concurrence.

La solution juridique du Moniteur  
au service des professionnels

- Code de la commande publique commenté
- Droit des marchés publics
- CCAG des marchés publics commenté
- Droit des concessions
- Code pratique de l'urbanisme
- Droit de l'aménagement
- CGCT commenté

## Désorienté face à la multitude de sources officielles ?

### Moniteur Juris vous aide à y voir clair :



Accédez en un clic aux ressources documentaires juridiques et aux analyses des meilleurs experts



**Demandez votre essai gratuit sans engagement**  
au 04 66 68 96 97 ou scannez ce QR Code

