

DÉCRET PORTANT MESURES DE SIMPLIFICATION APPLICABLES AUX MARCHÉS PUBLICS

Conformément aux orientations du Gouvernement en matière de simplification, le décret n° 2014-1097 du 26 septembre 2014 portant mesures de simplification applicables aux marchés publics transpose de façon accélérée les mesures de simplification favorables aux petites et moyennes entreprises (PME) et à l'innovation, issues des nouvelles directives européennes « marchés publics »¹, publiées au Journal officiel de l'Union européenne du 28 mars 2014.

Il modifie le code des marchés publics (CMP) et les décrets d'application de l'ordonnance n° 2005-649 du 6 juin 2005 relative aux marchés passés par certaines personnes publiques ou privées non soumises au CMP afin d'y intégrer les mesures suivantes :

- le plafonnement des exigences des acheteurs publics relatives à la capacité financière des entreprises ;
- l'allègement des dossiers de candidature par l'interdiction pour l'acheteur public de demander des documents justificatifs qu'il peut obtenir directement par le biais d'une base de données ou d'un espace de stockage numérique et la possibilité pour les entreprises de ne pas fournir des documents ou renseignements déjà communiqués dans le cadre d'une précédente procédure ;
- l'instauration du partenariat d'innovation.

1. Le plafonnement du chiffre d'affaires annuel exigible

La réglementation en vigueur précise que, pour apprécier les capacités techniques, financières et professionnelles des candidats, les acheteurs publics ne peuvent exiger que des niveaux minimaux de capacité liés et proportionnés à l'objet du marché.

Néanmoins, les entreprises dénoncent encore trop souvent les exigences disproportionnées, lesquelles constituent un obstacle injustifié à la participation des PME aux marchés publics. Pour enrayer ces pratiques, le décret plafonne désormais les exigences en termes de capacités financières.

Si les acheteurs demeurent en droit d'exiger que les candidats réalisent un chiffre d'affaires annuel minimal donné afin de garantir la bonne exécution du marché, le chiffre d'affaires exigé ne pourra désormais pas être supérieur au double de la valeur estimée du marché.

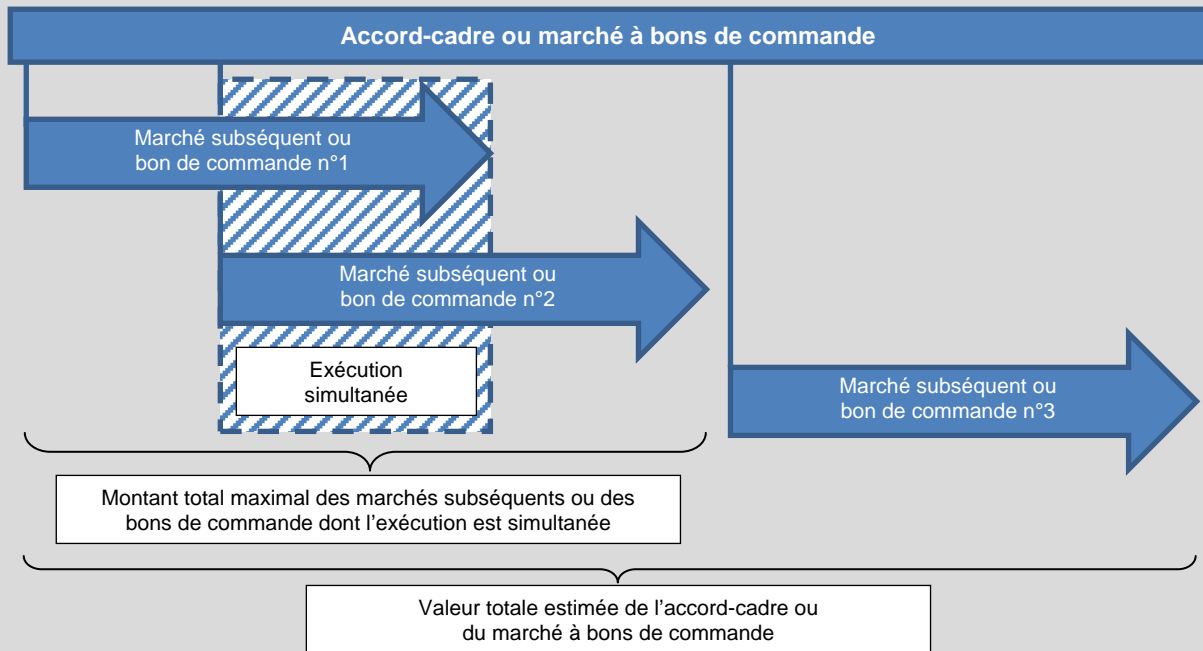
Toutefois, ce plafond ne saurait être exigé de manière systématique. Il revient en effet à l'acheteur public d'apprécier le niveau de capacité financière qu'il souhaite demander en fonction de l'objet de son marché.

Si, pour des raisons tenant aux risques particuliers inhérents à la nature des travaux, services ou fournitures, l'acheteur public décide d'exiger un chiffre d'affaires supérieur à ce plafond, il devra le justifier dans les documents de marché ou le rapport de présentation.

Cette mesure devrait permettre à davantage de TPE-PME, notamment celles qui sont de création récente, de participer aux consultations lancées par les acheteurs publics et d'emporter des marchés publics.

¹ Directive 2014/24/UE du 26 février 2014 sur la passation des marchés publics (dite directive « secteurs classiques ») et directive 2004/25/UE du 26 février 2014 relative à la passation de marchés passés par des entités opérant dans les secteurs de l'eau, de l'énergie, des transports et des services postaux (dite directive « secteurs spéciaux »).

ATTENTION ! Pour les **accords-cadres et les marchés à bons de commande**, ce plafond est calculé sur la base du montant total maximal des marchés subséquents ou des bons de commande dont l'exécution par un même titulaire pourrait être effectuée simultanément. Lorsque ce montant ne peut être estimé, le plafond est calculé sur la base de la valeur totale estimée des marchés subséquents ou des bons de commande susceptibles d'être attribués à un même titulaire pendant la durée de validité de l'accord-cadre ou du marché à bons de commande.



Pour les **systèmes d'acquisition dynamique**, ce plafond est calculé sur la base de la valeur totale estimée des marchés spécifiques envisagés pendant la durée totale du système.

2. L'allègement du dossier de candidature

Pour de nombreux opérateurs économiques, la constitution des dossiers de candidature est trop complexe et coûteuse du fait du nombre important de documents à produire. Ces lourdeurs administratives constituent l'un des principaux obstacles à l'accès à la commande publique pour ces entreprises.

Le décret du 26 septembre 2014 simplifie la constitution des dossiers de candidatures en :

- dispensant les entreprises de fournir des documents accessibles gratuitement en ligne par l'acheteur public ;
- incitant les acheteurs publics à permettre aux entreprises de ne pas produire les documents qui lui ont déjà été fournis dans le cadre d'une précédente procédure et qui demeurent valables.

2.1. Le recours aux bases de données et espaces de stockage numériques

Le décret prévoit désormais que lorsque l'acheteur public procède à la vérification des candidatures, il ne peut exiger des renseignements ou documents justificatifs qu'il aurait la possibilité d'obtenir directement par le biais d'un système électronique de mise à disposition d'informations administré par un organisme officiel ou d'un espace de stockage numérique, accessibles gratuitement.

Ainsi, par exemple, les acheteurs publics peuvent vérifier les interdictions de soumissionner des entreprises en accédant de manière dématérialisée au casier judiciaire.

L'utilisation de ces outils allègera la charge administrative des entreprises et permettra à l'acheteur public de disposer d'informations récentes. Néanmoins, ce nouveau procédé suppose que les candidats fournissent l'ensemble des informations nécessaires à la consultation de ces outils numériques.

2.2. « Dites-le nous une seule fois »

Le décret pose le principe du « dites-le nous une seule fois » ou de la mutualisation des dossiers de présentation qui permet aux candidats de ne présenter qu'une seule fois les informations nécessaires à la validation de leur candidature à plusieurs marchés publics passés par le même service acheteur, sous réserve, le cas échéant, de leur mise à jour.

Cette faculté ne pourra toutefois être mise en œuvre que si l'acheteur public l'a autorisée dans le règlement de la consultation et il appartiendra aux candidats de vérifier que les documents ou renseignements fournis à l'occasion d'une précédente consultation demeurent valables.

À NOTER : À terme, les candidats aux marchés publics seront, par principe, dispensés de fournir les documents et renseignements déjà fournis à l'acheteur public, sans que le règlement de la consultation l'ait expressément prévu, à partir du moment où les obligations de dématérialisation complète des procédures seront entrées en vigueur (au plus tard le 18 octobre 2018)².

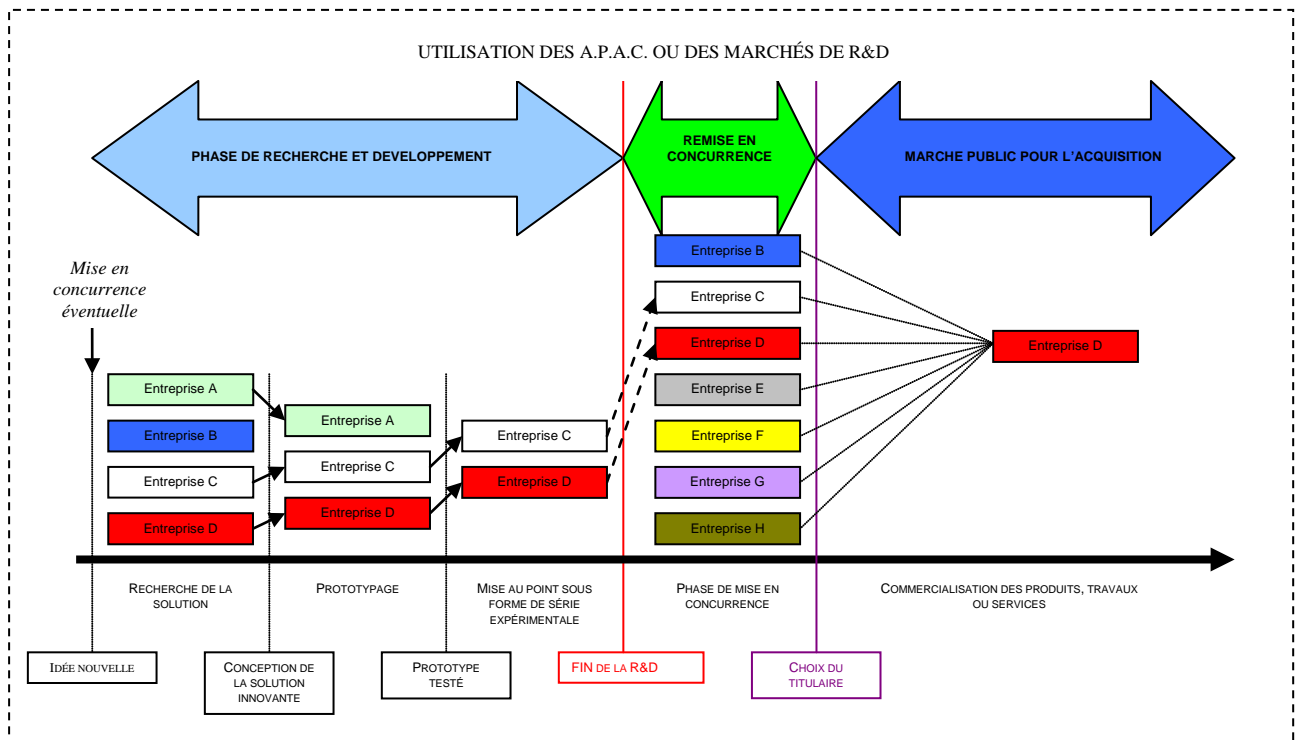
3. Le partenariat d'innovation

En instaurant le partenariat d'innovation, le décret a pour objectif de faciliter la passation de marchés publics à visée innovante et d'aider les acheteurs publics à faire une meilleure utilisation stratégique de leurs marchés pour stimuler l'innovation. L'acquisition de solutions innovantes joue en effet un rôle essentiel dans l'amélioration de l'efficacité et de la qualité des services publics tout en permettant de faire face aux enjeux de société.

Le partenariat d'innovation est un nouveau type de marché public créé par les nouvelles directives. Il vise à pallier les difficultés structurelles des actuels marchés de recherche et de développement (R&D) qui imposent une remise en concurrence à l'issue de la phase de R&D pour pouvoir acquérir les produits, services ou travaux innovants qui en sont le résultat.

➤ **Dans le cadre des achats publics avant commercialisation (APAC) et des marchés de R&D**, l'acheteur public, après avoir défini son besoin de R&D, sélectionne plusieurs entreprises pour des études de faisabilité. Il rémunère les entreprises sélectionnées pour leurs travaux de R&D – et non pas au résultat. En fonction des résultats, l'acheteur commande un prototype aux entreprises de la phase 1 qu'il a retenues. Dans une troisième phase, retenant au moins deux entreprises de la phase 2, il commande une série test. Si l'acheteur public souhaite acheter le produit commercialisé, il doit procéder à une nouvelle mise en concurrence, ouverte à toutes les entreprises.

² Voir l'article 90 § 2 et le considérant 85 de la directive 2014/24/UE.



Dans ce schéma, les opérateurs économiques sont réticents à participer aux APAC dans la mesure où ils n'ont aucune assurance, au terme de la R&D, de se voir attribuer le marché d'acquisition de la solution. Tous les opérateurs économiques doivent être remis en concurrence, à l'issue de la phase de R&D, même si le résultat de cette phase correspond en tout point aux besoins de l'acheteur public.

En outre, l'acheteur doit se garder de révéler, à cette occasion, des solutions techniques issues de la R&D dont la propriété appartiendrait au titulaire de l'APAC ou du marché de R&D. En résulte, dans le meilleur des cas, des définitions du besoin qui ne permettent pas de donner tout leur poids aux éléments « qualité » et « caractère innovant » au sein du critère de l'offre économiquement la plus avantageuse.

Ces difficultés expliquent en grande partie le peu de succès des APAC et des marchés de R&D.

➤ **Le partenariat d'innovation vise à pallier ces difficultés** en permettant aux acheteurs publics de mettre en place un partenariat structuré de long terme couvrant à la fois la R&D et l'achat des produits, services ou travaux innovants sans qu'il soit nécessaire de procéder à une nouvelle mise en concurrence.

Ainsi les partenariats d'innovation sont des marchés publics qui ont pour objet la R&D ainsi que l'acquisition de la solution innovante qui en résulte. Sont innovants les fournitures, services ou travaux nouveaux ou sensiblement améliorés qui répondent à un besoin qui ne peut être satisfait par des fournitures, services ou travaux déjà disponibles sur le marché.

Ces éléments permettent de cerner les différences entre le partenariat d'innovation et la procédure du dialogue compétitif :

- Lorsqu'il utilise le dialogue compétitif, un acheteur public sait qu'il existe des solutions sur le marché qui sont susceptibles de répondre à ses besoins, mais il est incapable de les identifier seul ;
- Lorsqu'il décide de passer un partenariat d'innovation, l'acheteur public a procédé à une étude précise du marché et a la certitude que son besoin ne peut être satisfait par une solution disponible sur le marché.

Avec ce nouveau type de marché public, le défaut structurel des APAC et des marchés de R&D disparaît : l'acquisition des solutions innovantes peut se faire sans remise en concurrence. La prise de risques de l'opérateur économique est réduite à la question de l'atteinte des objectifs dans la phase de R&D, tels que définis en commun avec l'acheteur public de manière négociée, lors de la mise en concurrence.

3.1. Procédure de passation d'un partenariat d'innovation

La procédure de passation du partenariat d'innovation a été encadrée d'une manière souple pour garantir son adaptation aux spécificités des activités de R&D.

Parce que l'émulation entre partenaires peut être bénéfique, l'acheteur public peut, s'il le souhaite, passer un partenariat d'innovation avec plusieurs entreprises. Le partenariat d'innovation est alors composé de plusieurs contrats individuels qui s'exécutent séparément.

La procédure utilisable est la procédure négociée avec publicité et mise en concurrence, sous réserve des aménagements imposés par les dispositions relative au partenariat d'innovation :

- Les réductions des délais de procédure du fait de l'urgence ne sont pas applicables. Le temps nécessaire à la R&D ne permet pas, en effet, que les partenariats d'innovation puissent concrètement répondre à des situations d'urgence.
- La sélection des candidatures doit s'opérer sur la base de critères qui permettent d'apprécier la capacité des candidats dans le domaine de la R&D ainsi que dans l'élaboration et la mise en œuvre de solutions innovantes. Compte tenu des crédits nécessaires aux activités de R&D et du partenariat à long terme qu'il instaure, l'acheteur public doit prendre toutes les garanties pour s'assurer de la réussite du partenariat.
- La procédure de passation est encadrée pour garantir la transparence et l'égalité de traitement des candidats :
 - les négociations peuvent porter sur tous les aspects des offres, à l'exception des exigences minimales et des critères d'attribution ;
 - lorsque les négociations se déroulent en phases successives, l'acheteur public doit informer, à l'issue de chaque phase, tous les candidats dont l'offre n'a pas été éliminée de tous les changements apportés aux documents de la consultation ;
 - l'acheteur public doit alors accorder aux candidats un délai suffisant pour leur permettre de modifier leur offre et, le cas échéant, de la présenter à nouveau.
- Pour tenir compte des incertitudes inhérentes aux activités de R&D, l'acheteur public peut utiliser des critères d'attribution formulés sous forme de fourchette, comme l'autorisent déjà les textes actuels.
- A l'issue de chaque phase de négociation, l'acheteur public doit porter à la connaissance des candidats dont l'offre n'a pas été éliminée, les modifications qui ont été apportées aux documents de la consultation. A la fin des négociations, il invite les candidats à remettre une offre finale dans un délai suffisant. Cette offre finale ne pourra plus être négociée.
- Enfin, l'obligation de confidentialité des informations et solutions proposées par les différents candidats est renforcée. L'acheteur public ne pourra communiquer ces informations et solutions à d'autres candidats qu'à la condition d'avoir obtenu l'accord exprès de l'entreprise concernée sur les différents éléments dont il envisage la communication. Cet accord ne peut donc pas prendre la forme d'une renonciation générale à élever des objections à une telle communication.

3.2. L'exécution d'un partenariat d'innovation

La Commission européenne et le Parlement européen ainsi que les opérateurs économiques ont souligné l'importance de la structuration du partenariat d'innovation. Aussi, de nombreux garde-fous ont été introduits :

- La structure du partenariat d'innovation, et notamment la durée et la valeur de ses différentes phases, doit tenir compte du degré d'innovation de la solution proposée et du déroulement des activités de R&D requises pour le développement d'une solution innovante non encore disponible sur le marché. Il convient en effet de s'assurer que ce nouveau dispositif ne sera pas détourné de son objectif. Cette règle assure que le partenariat d'innovation ne sera pas utilisé pour échapper aux règles normales d'utilisation des autres procédures. Ainsi, un partenariat d'innovation qui nécessiterait une phase de R&D très courte et peu coûteuse ne peut prévoir, au titre de l'option d'achat, une acquisition pour un prix très élevé ou pour des quantités très importantes, même sur une durée réduite.
- Pour tenir compte des risques inhérents à la R&D, il est nécessaire d'introduire de la souplesse dans l'exécution du contrat. Le partenariat d'innovation définit les objectifs de chaque phase que le ou les partenaires doivent atteindre. Sur la base de ces objectifs, à l'issue de chaque phase, l'acheteur public peut décider de :
 - Soit de poursuivre l'exécution du partenariat, éventuellement après avoir précisé ou modifié, avec l'accord du partenaire, les objectifs de la phase suivante et les moyens à mettre en œuvre pour les atteindre. Les caractéristiques essentielles du partenariat d'innovation ne peuvent être modifiées à cette occasion ;
 - Soit de mettre un terme au partenariat ou, dans le cas d'un partenariat d'innovation conclu avec plusieurs partenaires, de réduire le nombre de partenaires.
- Le partenariat d'innovation doit préciser les conditions et les conséquences juridiques de la mise en œuvre de ces possibilités ainsi que la répartition des droits de propriété intellectuelle. Les critères permettant de sélectionner les partenaires avec lesquels il est décidé de poursuivre l'exécution du partenariat doivent également figurer dans le contrat.
- Comme au stade des négociations, il est nécessaire de garantir l'égalité de traitement des entreprises et le respect du secret industriel et commercial, particulièrement si l'acheteur public a décidé de passer un partenariat d'innovation avec plusieurs opérateurs économiques. L'acheteur public ne peut révéler les solutions proposées ou des informations confidentielles communiquées par un partenaire sans l'accord de celui-ci. Cet accord est sollicité au cas par cas, en indiquant précisément les informations dont la communication est envisagée.
- L'acquisition des solutions innovantes issues de la R&D n'est qu'une faculté pour l'acheteur public. Il peut ainsi prévoir dans le contrat, par exemple, que si, pendant l'exécution du partenariat d'innovation, une solution nouvelle susceptible de répondre à ses besoins apparaît sur le marché, moins chère ou de meilleure qualité, il ne passera pas à la phase d'acquisition. En tout état de cause, la phase d'acquisition ne peut être mise en œuvre que si le résultat correspond aux niveaux de performance et aux coûts maximum convenus entre l'acheteur public et le partenaire. Si plusieurs partenaires arrivaient à des solutions qui répondent toutes à ces niveaux convenus, le partenariat d'innovation peut prévoir que l'acheteur répartira entre eux ses commandes de manière égale. Il peut aussi prévoir que le partenaire avec lequel la phase d'acquisition sera mise en œuvre sera désigné sur la base des critères d'attribution qui ont été utilisés pour attribuer le partenariat. Si le poids des différents critères d'attribution a été fixé sous la forme d'une fourchette, le partenariat peut prévoir une mise au point avec les différents partenaires restants pour déterminer la pondération précise de ces critères. Et rien n'interdit alors de prévoir, par exemple, que le partenaire dont la solution est classée comme étant économiquement la plus avantageuse recevra une commande de 100 exemplaires et celui classé second de 50...

Présentation schématique de l'exécution d'un partenariat d'innovation conclu avec 3 partenaires

