

2. L'EFFECTIVITÉ DE L'ACCÈS DES PME AUX CONTRATS DE PARTENARIAT

JEAN-MARC PEYRICAL

*MAÎTRE DE CONFÉRENCES
UNIVERSITÉ DE PARIS-SACLAY
AVOCAT ASSOCIÉ
PEYRICAL & SABATTIER ASSOCIÉS (PARIS)*

PIERRE CAILLOCE

*AVOCAT COLLABORATEUR
PEYRICAL & SABATTIER ASSOCIÉS (PARIS)*

SECTION 1. INTRODUCTION

1. Les rapports entre les contrats de partenariat et les PME ont rapidement été difficiles voire conflictuels, en fait dès les débats préparatoires de la loi d'habilitation n° 20036591 du 2 juillet 2003.

Pour mémoire, preuve de la sensibilité du sujet, les premiers arrêts du Conseil Constitutionnel en 2003 (DC, 6 juin 2003, n° 2003-473) et du Conseil d'État en 2004 (CE, 17 octobre 2004, n° 269814, *Sueur et autres*) ont dû traiter de cette question au travers des rapports entre les textes relatifs au contrat de partenariat et l'accès des PME à la commande publique et ont ainsi tenté d'éteindre un feu naissant (1).

2. La suspicion qui pèse sur les contrats de partenariat, qui empêcheraient les PME d'y accéder, est toujours là même plus de dix

(1) Le Conseil d'État a notamment rappelé que la loi d'habilitation du 2 juillet 2003, si elle a fait obligation aux ordonnances à intervenir pour son application de prévoir les conditions d'un accès équitable des PME, elle n'a pas imposé que des mesures leur permettent d'accéder « *elles-mêmes à la titularité de ces contrats* ».

De plus, bien qu'un des requérants, le Syndicat National des Entreprises du Second Œuvre du Bâtiment, ait fait valoir qu'une telle faculté était illusoire, le Conseil d'État souligne « *qu'aucune disposition d' l'ordonnance attaquée ne fait obstacle à ce qu'une petite ou moyenne entreprise se porte candidate, notamment dans le cadre d'un groupement d'entreprises, à l'attribution d'un contrat de partenariat* ».

ans après. Les débats qui ont lieu à ce sujet lors de la préparation et de la concertation concernant l'ordonnance « marchés publics » n° 2015-899 adoptée le 23 juillet dernier sont particulièrement révélateurs de cette persistance, de même que les pages du rapport *Sueur et Portelli* consacrées aux recommandations pour rendre plus effectif l'accès des PME aux contrats de partenariat (2).

Traduit-elle une barrière psychologique ou une réalité juridique ?

Il semblerait en fait que l'on se situe davantage dans le un cadre de relations contractuelles, dans les notions de confiance, de partenariats dans le partenariat que dans le droit et les règles applicables.

Ecartons d'ailleurs tout de suite un postulat qui, principe de réalité oblige, ne mérite pas vraiment qu'on s'y arrête : les contrats de partenariat, et les contrats globaux en général qu'ils relèvent de la loi MOP ou non, offrent rarement la possibilité aux PME d'y répondre directement, ne serait-ce que vu sous un angle de références et de capacités ou encore de garanties bancaires. En revanche, la co-traitance et surtout la sous-traitance leur offrent sans nul doute de véritables et concrètes possibilités d'accéder à de tels marchés.

3. Sur le plan strictement juridique, il est même obligatoire que les critères de sélection des offres dans les contrats de partenariat intègrent la part du contrat confiée aux PME :

« Parmi les critères d'attribution, figurent nécessairement le coût global de l'offre, des objectifs de performance définis en fonction de l'objet du contrat, en particulier en matière de développement durable, et la part d'exécution du contrat que le candidat s'engage à confier à des petites et moyennes entreprises et à des artisans. On entend par coût global de l'offre la somme des coûts actualisés générés par la conception, le financement, la construction ou la transformation, l'entretien, la maintenance, l'exploitation ou la gestion d'ouvrages, d'équipements ou de biens immatériels, les prestations de services prévus sur la durée du contrat » (article L. 1414-9-I du CGCT).

4. Corrélativement, c'est une obligation que le CP comporte des clauses relatives aux engagements du candidat de confier une part d'exécution aux PME et des moyens de contrôle voire de sanction de cette obligation :

(2) J.-P. SUEUR et H. PORTELLI, « Les contrats de partenariat : des bombes à retardement ? », *op. cit.*

« f) Aux modalités de contrôle par la personne publique de l'exécution du contrat, notamment du respect des objectifs de performance, particulièrement en matière de développement durable, ainsi que des conditions dans lesquelles le cocontractant fait appel à d'autres entreprises pour l'exécution du contrat, et notamment des conditions dans lesquelles il respecte son engagement d'attribuer une partie du contrat à des petites et moyennes entreprises et à des artisans ».

Il existe donc des conditions juridiques tant en amont qu'en aval de la passation du contrat de partenariat qui s'imposent aux pouvoirs adjudicateurs et offrent des garanties aux PME. De telles conditions n'existent d'ailleurs dans aucun autre contrat administratif, pas même au sein des marchés publics.

Reste bien sûr aux acheteurs publics à les mettre en œuvre de façon efficace voire efficiente, ce qui sera développé plus loin dans l'intervention.

5. Ces obligations sont plus ou moins reprises dans l'ordonnance précitée du 23 juillet 2015. À cet effet, son article 87 prévoit d'une part que le titulaire s'engage à confier à des PME ou à des artisans une part minimale de l'exécution du contrat ; et que, d'autre part, l'acheteur doit prendre en compte, parmi les critères d'attribution du contrat, la part d'exécution que le soumissionnaire s'engage à confier à des PME ou à des artisans.

Alors que certaines déclarations politiques pourraient faire penser le contraire (voir Interviews d'Emmanuel Macron et de Jean Maïa dans le *Moniteur* du 31 juillet 2015, page 15), la réglementation applicable aux marchés publics dans un futur proche n'apporte rien de bien nouveau au regard de l'actuelle.

Certes, les termes « part minimale » contenus dans la première partie de l'article 87 pourraient faire penser que le décret d'application à venir va fixer un pourcentage minimal de prestations à exécuter par les PME dans le cadre d'un marché de partenariat, ce qui serait une mini révolution au regard du droit applicable jusqu'à présent.

Il est vrai que l'ordonnance de 2004 ne fixait pas un seuil minimal de pourcentage des prestations objet du contrat de partenariat à confier aux PME.

Mais comment apprécier et comparer des offres sur un engagement de confier une part du contrat à des PME, si aucune clause ne traduit et concrétise cet engagement ?

Et la pratique a pu démontrer qu'à chaque fois qu'un critère de sélection sur la part confiée aux PME était énoncé dans un règlement de la consultation, une clause contractuelle reprenait l'engagement du candidat. Dans les faits, donc, les titulaires des contrats de partenariat se sont donc bien engagés à confier à des PME une part minimale des prestations.

La seule différence dorénavant – une fois le décret publié – sera qu'un plancher minimal existera, ce qui ne sera pas nécessairement facile à mettre en œuvre, les projets n'étant pas « égaux » s'agissant de leur faculté à être divisés en prestations déléguables aux PME. Surtout, pour être opérationnel, le décret devra faire la distinction entre les différentes prestations et détailler une part minimale pour chaque type de prestations. Ceci ne sera pas aisé compte tenu de ce que le marché de partenariat pourra être à « géométrie variable » dans son objet (3).

Si le décret d'application de l'ordonnance le confirme, on se rapprochera néanmoins un peu plus du « *small business act* » tel que pratiqué au États-Unis.

6. L'accès des PME aux contrats de partenariat, c'est par ailleurs une forte demande des élus locaux :

- soit qu'ils soient eux-mêmes attentifs à ce que les PME locales puissent avoir accès à la commande publique, ne serait-ce que dans un objectif de soutien à l'économie locale ;
- soit, dans un rôle de relais, qu'ils remontent des demandes de la part des acteurs économiques locaux.

7. La présente intervention, replacée dans le contexte d'un colloque consacré au contrat de partenariat, a essentiellement été élaborée à partir de retours d'expériences et de confrontation avec la

(3) L'ordonnance du 23 juillet 2015 laissant en effet un certain choix aux pouvoirs adjudicateurs et l'option d'intégrer, ou non, des prestations relatives à (1) la conception des ouvrages ; (2) l'aménagement, l'entretien, la maintenance, la gestion ou l'exploitation d'ouvrages, d'équipements ou de biens immatériels ou une combinaison de ces éléments ; (3) la gestion d'une mission de service public ou des prestations de services concourant à l'exercice d'une mission de service public.

réalité de contrats de partenariat de diverses tailles et périmètres ainsi que de baux emphytéotiques administratifs et hospitaliers.

SECTION 2. L'EFFECTIVITÉ D'ACCÈS AUX PME PASSE
D'ABORD PAR UNE PONDÉRATION ADÉQUATE DU CRITÈRE
PME ET PAR UNE MÉTHODE DE NOTATION PERMETTANT
DE VALORISER LES ÉCARTS

8. La première « garantie » dont disposent les PME pour accéder aux CP réside dans les critères de sélection des offres.

Un pouvoir adjudicateur doit obligatoirement prévoir le critère PME et il devra donc comparer les offres sur ce point. Le travail d'élaboration des critères et de réflexion à ce sujet se réalise en fait très en amont, en coordination avec l'équipe pluridisciplinaire d'assistance à personne publique (APP).

L'offre prévoyant la plus grande part d'exécution aux PME sera fort logiquement valorisée mais encore faut-il que la pondération affectée au critère PME soit significative (pour mémoire, la pondération des critères est obligatoire)⁽⁴⁾.

Evidemment, dans le cadre d'un achat en Contrat de Partenariat, les préoccupations principales des personnes publiques ne sont pas relatives à l'accès des PME mais plutôt dans l'obtention d'un ouvrage public (ou de service) au moindre coût et dans les meilleurs conditions de qualités techniques, fonctionnelles, etc.

Il n'en reste pas moins que pour éviter que le critère PME ne soit qu'une coquille vide, il est nécessaire que les personnes publiques prévoient que le critère PME :

- s'apprécie sur l'ensemble des prestations confiées au titulaire ;
- bénéficie d'une pondération adéquate à l'enjeu ;
- fasse l'objet d'une méthode de notation valorisant les écarts entre les offres.

(4) Article 8 de l'ordonnance et article L. 1414-9 du CGCT : « Les critères d'attribution sont pondérés. Si la personne publique démontre qu'une telle pondération est objectivement impossible, ils sont hiérarchisés ».

§ 1. *Prévoir un critère s'appliquant à la phase construction mais aussi à la phase entretien-maintenance*

9. Afin de toucher le plus large spectre de PME, il faut que le titulaire confie des prestations à des PME lors des différentes phases d'exécution du contrat.

Il s'agit principalement de la construction de l'ouvrage et les prestations d'entretien maintenance (le financement et la conception pouvant plus difficilement être sous-traités à des PME).

Ainsi, le critère PME de comparaison des offres peut/doit refléter cette réalité et l'on remarque que le critère est régulièrement divisé en deux sous-critères :

- part du contrat confiée en phase construction,
- part du contrat confiée en phase entretien maintenance.

En cas de CP multi-sites (un contrat portant par exemple sur plusieurs collèges, plusieurs territoires), l'appréciation du critère en phase construction était divisée en deux éléments d'appréciation, en fonction de la localisation des bâtiments.

Une telle approche permet de prendre en compte l'éloignement géographique des bâtiments et les bassins locaux d'emplois.

Bien sûr, prévoir deux sous critères (voire davantage) au critère PME peut avoir pour conséquence de « diluer » l'écart entre les offres : un candidat peut présenter une offre performante en phase construction avec une grosse partie confiée aux PME mais, en même temps, une offre moyenne en phase entretien maintenance.

La question de la pondération du critère – voire des sous-critères s'ils sont prévus – se pose alors.

§ 2. *Prévoir une pondération adéquate*

Pour éviter que le critère PME n'ait qu'un impact limité ou quasi-nul, il faut que les personnes publiques prévoient une pondération significative.

De sorte à ce que l'importance du critère PME – et donc des efforts des candidats en ce sens – soit en adéquation avec l'importance de l'enjeu PME.

Evidemment, cela varie en fonction des sensibilités politiques, des contraintes de chaque collectivité et du paysage économique local.

Mais dès lors qu'une personne publique souhaite que l'achat public soit accessible à tous, une pondération d'environ 10 % de la note globale semble nécessaire.

Après, cela résulte d'un arbitrage politique, qui est de plus en plus délicat en raison des contraintes financières qui pèsent sur les collectivités et qui les amènent naturellement à privilégier le critère prix et à affecter une très forte pondération à ce titre, comme dans l'ensemble des modalités d'achats publics.

Tout est question d'équilibre et donc de volonté politique.

§ 3. *Prévoir une méthode de notation valorisant les écarts*

10. En lien avec ces développements sur la pondération, la personne publique peut choisir de mettre en œuvre une méthode de notation qui permette de valoriser les écarts entre les propositions.

On le sait – du moins en marché public mais le raisonnement peut s'appliquer aux CP par analogie – un pouvoir adjudicateur :

- n'a pas l'obligation de divulguer la méthode de notation retenue (voir par exemple : Conseil d'État, 23 mai 2011, n° 339406, *Commune d'Ajaccio* (5)) ;
- mais doit tout de même veiller à ce que cette méthode ne neutralise pas le critère ou ne minore pas artificiellement les écarts entre les offres (Conseil d'État, 27 avril 2011, *Président du Sénat*, n° 344244(6) ; CAA Nantes, 19 septembre 2013, *Commune de Belleville-sur-Loire*, n° 12NT01553).

Pour le cas d'un CP et de l'examen des offres au regard du critère PME, il nous semble que le pouvoir adjudicateur doit donner toute la mesure aux écarts existants entre les propositions des candidats.

(5) « Considérant qu'aux termes du II de l'article 53 du code des marchés publics (...) que ces dispositions imposent au pouvoir adjudicateur d'informer les candidats des critères de sélection des offres ainsi que de leur pondération ou hiérarchisation (...) que le pouvoir adjudicateur n'est en revanche pas tenu d'informer les candidats de la méthode de notation des offres ».

(6) « Qu'il en résulte que le juge des référés du tribunal administratif de Paris n'a pas commis d'erreur de droit en jugeant que le pouvoir adjudicateur avait manqué à ses obligations de mise en concurrence en neutralisant, après dépôt des offres, le critère du prix (...) ».

On constate que certaines entreprises comprennent parfaitement cet enjeu, alors que d'autres le « subissent » et n'y voient pas de réelle importance.

De même manière que les différences de coûts proposés par les candidats au CP doivent se traduire par une différence de notation, le candidat qui prévoit de confier une grande part de ses prestations à des PME doit être

SECTION 3. L'EFFECTIVITÉ D'ACCÈS AUX PME PASSE ENSUITE PAR UNE BONNE RÉDACTION DES CLAUSES D'ENGAGEMENT DU TITULAIRE DU CP : DÉFINITION DE L'ENGAGEMENT ET SANCTIONS EN CAS DE NON-RESPECT

Les grands groupes qui répondent aux PPP ont tout intérêt à valoriser les PME et pas seulement dans le but de remporter des contrats.

Elles peuvent en effet être propices pour développer leur réseau local en faisant appel à diverses compétences des entreprises implantées au sein de divers territoires.

Et puis, les PME elles-mêmes ne sont pas forcément perdantes : les conditions de paiement des grands groupes notamment en termes de délais, leur sont souvent plus favorables que celles des collectivités territoriales.

En outre, quand bien même le contrat serait conclu sous la forme d'un marché public, cela ne garantit pas l'accès des PME à la commande publique, notamment en cas d'absence d'allotissement et avec des éventuels niveaux minimum de capacité définis par le pouvoir adjudicateur (qui peut avoir pour conséquence d'évincer des PME).

§ 1. Une définition claire de l'engagement du titulaire

Dans les CP que nous avons pu suivre, l'engagement des candidats de confier une part d'exécution du CP se traduisait à deux niveaux :

- sur les prestations relevant de la phase conception construction,
- sur les prestations relevant de la phase entretien maintenance.

La question qui se posait d'emblée dans la rédaction des clauses était : sur quelle base apprécie-t-on l'offre du candidat ?

Pour la phase conception construction par exemple, les choses peuvent être plutôt simples à notre sens :

Le candidat s'engage à confier X % du montant total des prestations.

Mais comme indiqué ci-dessus, en cas de CP multi-site comme nous avons pu en avoir l'expérience, l'engagement du candidat peut être réparti en fonction de la localisation des bâtiments :

Le candidat s'engage à confier X % du montant des prestations pour la réalisation de tel bâtiment (ou tel groupe de bâtiments) et Y % du montant des prestations pour la réalisation de tel bâtiment (ou tel groupe de bâtiments)

Et cela pour prendre en compte l'éloignement géographique des bâtiments et les bassins locaux d'emplois.

L'appréciation du respect de l'engagement du titulaire se faisant à la fin des travaux, sur la base de déclarations du titulaire et d'éventuelles opérations de vérifications menées par la personne publique.

Pour les prestations relevant de la phase entretien maintenance, le sujet est plus délicat.

Si l'engagement du candidat peut aussi s'exprimer en pourcentage du montant total des prestations, ce montant est annuel mais les prestations peuvent ne pas être linéaires sur la durée du CP.

Notamment, les prestations de GER sont par nature cycliques et ne se déclenchent pas dès la mise à disposition de l'ouvrage.

En outre, le plan de GER peut être modifié en cours de contrat, par exemple si un élément d'équipement n'est pas vétuste au moment de sa durée théorique de fin de vie et que les parties décident d'un commun accord de ne pas remplacer ledit équipement.

Par conséquent, si sur la durée du CP, le titulaire s'engage à confier – par exemple – 20 % du montant des prestations à des PME, ce seuil peut ne pas être respecté chaque année.

Une lecture stricte voudrait donc que le titulaire ne respecte pas ses engagements et, donc, puisse être sanctionné, ce qui ne correspondrait pas à la réalité : comment le titulaire peut-il confier des

prestations à des PME alors que ces prestations ne sont pas à réaliser au titre de l'année N considérée ?

C'est pourquoi nous constatons que l'engagement des titulaires s'exprime par périodes données et par nature de prestations (L2, L3, L4).

En outre, nous avons identifié les difficultés suivantes dans la négociation des clauses « PME – phase entretien maintenance » :

- les critères de qualité imposés par les personnes publiques – avec pénalités associées – peuvent ne pas faciliter pas la sous-traitance à un tiers ;
- la volonté de maîtrise de 100 % des prestations par le mainteneur peut se comprendre, dès lors qu'il s'agit d'un facteur de qualité et de respect de ses engagements.

C'est pour ces raisons que ces clauses doivent être évoquées en phase de dialogue, afin que l'engagement du candidat épouse bien les particularités de son offre en terme de maintenance GER.

Et il est fondamental que le titulaire fasse preuve de transparence sur les prestations effectivement confiées à des PME et qu'il fournisse à la personne publique les pièces lui permettant de réaliser son contrôle.

Notons également que la personne publique dispose de pouvoirs de contrôle et de vérification qui existent même sans clauses en ce sens, en vertu des principes généraux des contrats administratifs.

La détention des informations est en effet un élément clé de la vérification du respect de l'engagement du titulaire du CP, avant d'éventuelles sanctions.

Cela signifie que les collectivités territoriales doivent s'organiser afin de pouvoir suivre de près l'exécution du PPP et ne pas en perdre la maîtrise.

§ 2. *Les clauses de sanction*

Les sanctions pour non-respect de l'engagement PME doivent être prévues clairement au contrat que ce soit :

- dans les modalités de vérification de l'engagement souscrit par le titulaire,

- dans les modalités d'application des sanctions.

S'agissant du panel des sanctions possibles, nous identifions principalement :

- les pénalités pour non-respect de tout ou partie de l'engagement PME ;
- la résiliation pour faute en cas de non-respect total ou d'une partie importante de l'engagement PME.

Les pénalités constituent la sanction la plus simple.

Leur mode de calcul peut varier et fait l'objet du dialogue compétitif.

Généralement, la pénalité se calcule par le produit de l'écart constaté et d'un montant unitaire déterminé au cours du dialogue (ex : écart de 5 % par rapport à l'engagement et montant unitaire de 10 000 euros : 50 000 € de pénalité).

Mais évidemment et à nouveau, la question se pose, pour leur application, de la détention d'informations par la personne publique.

Le titulaire doit donc être un véritable partenaire sur ce point et jouer la transparence à fond.

De même, la personne publique ne doit pas se départir de son rôle et elle doit assurer le contrôle du respect de cet engagement en sollicitant tout document voire en effectuant des vérifications elle-même.

En phase conception construction, cette information est donnée à la fin du chantier.

Ce système nous semble être vertueux car, au fond, ce qui intéresse la personne publique, c'est que les PME aient pu réaliser un pourcentage du chantier.

Le détail de l'intervention des PME sur les différents corps d'état peut être un élément informatif mais il ne doit pas cristalliser l'engagement du titulaire.

En phase d'entretien maintenance, cette information est donnée de manière cyclique.

La mise au point d'un contrat de partenariat doit être l'occasion pour les parties de discuter des modalités de mise en œuvre de ces clauses et d'application des éventuelles sanctions.

Pour garantir la transmission des informations relatives aux PME, il est donc possible de prévoir l'application de pénalités pour retard dans la communication de ces documents, sans mise en demeure, de sorte que le titulaire du CP doit jouer le jeu.

Sur la résiliation pour faute, en séance de dialogue, un candidat a pu nous indiquer qu'il ne pensait qu'il faille remettre en cause le contrat à cause d'un manquement à cette obligation.

Mais dès lors que part du CP confiée aux PME est un critère de sélection des offres – et qu'il peut faire emporter une offre sur une autre si le pourcentage affecté à ce critère n'est pas négligeable – la personne publique se doit de faire respecter cette clause d'exécution et de sanctionner le manquement.

Le cas échéant, la résiliation pour faute peut être envisagée, évidemment dans les cas les plus graves.

Quid d'un candidat évincé, mieux disant sur le critère PME, qui serait au courant du manquement du titulaire du CP à cette obligation et qui ne serait pas sanctionné ?

Une certaine rupture d'égalité de traitement pourrait être reconnue et ce dernier pourrait introduire un recours, pourquoi pas le nouveau recours « Département de Tarn et Garonne » (CE, n° 358994, 4 avril 2014)(7)

(7) « Considérant (...) tout tiers à un contrat administratif susceptible d'être lésé dans ses intérêts de façon suffisamment directe et certaine par sa passation ou ses clauses est recevable à former devant le juge du contrat un recours de pleine juridiction contestant la validité du contrat ou de certaines de ses clauses non réglementaires qui en sont divisibles ; que cette action devant le juge du contrat est également ouverte aux membres de l'organe délibérant de la collectivité territoriale ou du groupement de collectivités territoriales concerné ainsi qu'au représentant de l'État dans le département dans l'exercice du contrôle de légalité ; que les requérants peuvent éventuellement assortir leur recours d'une demande tendant, sur le fondement de l'article L. 521-1 du code de justice administrative, à la suspension de l'exécution du contrat ; que ce recours doit être exercé, y compris si le contrat contesté est relatif à des travaux publics, dans un délai de deux mois à compter de l'accomplissement des mesures de publicité appropriées, notamment au moyen d'un avis mentionnant à la fois la conclusion du contrat et les modalités de sa consultation dans le respect des secrets protégés par la loi ; que la légalité du choix du cocontractant, de la délibération autorisant la conclusion du contrat et de la décision de le signer, ne peut être contestée qu'à l'occasion du recours ainsi défini ; que, toutefois, dans le cadre du contrôle de légalité, le représentant de l'État dans le département est recevable à contester la légalité de ces actes devant le juge de l'excès de pouvoir jusqu'à la conclusion du contrat, date à laquelle les recours déjà engagés et non encore jugés perdent leur objet ».

SECTION 4. CONCLUSION

Les responsables des opérations de contrats de partenariat au sein d'un Département ont récemment utilisé une formule parlante à propos des PME et de l'achat public : « les PME dans un PPP sont en NIKE AIR ; les PME en marchés publics sont en charentaises ».

La phrase est sans doute provocatrice mais traduit la pensée d'un représentant public soucieux de traduire dans sa pratique contractuelle un accès des PME réel, pérenne et sécurisé dans les contrats de partenariat.

Comme souvent, cela prouve que le droit est un moyen de traduire des choix politiques, les contrats de partenariat n'étant qu'un miroir des décisions et orientations des collectivités publiques.

Aller plus loin que la réglementation existante, et notamment imposer une discrimination positive en faveur des PME, risquerait de se heurter à un veto du Conseil d'État du même type que celui relatif aux dispositions du code des marchés publics de 2006 qui avaient donné la possibilité aux pouvoirs adjudicateurs de fixer un nombre minimum de PME admises à présenter une offre (8).

Sur ce point, le décret d'application de l'ordonnance du 23 juillet dernier et plus particulièrement de son article 87 qui prévoit un engagement du titulaire du contrat d'en confier une part minimale à des PME devra éviter un tel écueil et trouver un équilibre entre incitation forte et discrimination illégale.

En l'état du droit, seule une pratique vertueuse des acheteurs publics peut et pourra donner une réalité, même limitée, à l'accès des PME aux contrats.

Même si les statistiques ne plaident pas en la faveur de telles pratiques (9), nos divers retours d'expérience ont montré qu'elles pouvaient parfaitement être mises en œuvre.

(8) CE, 9 juillet 2007, n° 297711, *EGF-BTP*, de telles dispositions présentaient un caractère discriminatoire et méconnaissant le principe d'égal accès à la commande publique.

(9) Qu'il s'agisse des différents rapports de la MAPPP ou des lettres de l'OEAP ; Voy. N. LAFAY et E. GRZELCZYK, « PPP et PME : un partenariat à améliorer », *CP-ACCP*, n° 148, novembre 2014, p. 51.