



MINISTÈRE
DE L'ÉCONOMIE,
DES FINANCES
ET DE LA RELANCE

*Liberté
Égalité
Fraternité*

Direction des
Affaires juridiques



RAPPORT À LA COMMISSION EUROPÉENNE

RELATIF À L'APPLICATION DE LA
RÉGLEMENTATION EN MATIÈRE DE MARCHÉS
PUBLICS POUR LA PÉRIODE 2017 - 2019

Conception, rédaction et graphisme

Direction des Affaires juridiques – Observatoire économique de la commande publique

Date de publication

Février 2022

TABLE DES MATIÈRES

ÉTENDUE DU RAPPORT ET PRÉCISIONS MÉTHODOLOGIQUES.....	5
1. Indicateurs quantitatifs clés	7
1.1 Le nombre de procédures de passation de marchés.....	7
1.2 Estimation de la valeur totale agrégée des marchés publics	8
1.2.1 Recensement annuel des marchés publics par catégories d'acheteurs	8
1.2.2 Recensement annuel des marchés publics selon les seuils européens	9
2. Principales sources d'incertitude juridique ou de mauvaise application de la réglementation en matière de marchés publics	12
2.1. Rapport qualitatif sur l'application de la réglementation relative à la commande publique.....	12
2.1.1 Questions récurrentes concernant la passation des marchés publics.....	12
2.1.2 Prévention et résolution des problèmes d'exécution des marchés : le règlement non juridictionnel des litiges issus de marchés publics	17
2.2 Indicateurs quantitatifs relatifs au système national de contrôle des marchés publics	24
3. Prévention, détection et signalement adéquat des cas de fraude, de corruption, de conflits d'intérêts et d'autres irrégularités graves en matière d'achat public	25
3.1 Rapport qualitatif sur la fraude, la corruption, les conflits d'intérêts.....	25
3.1.1 Dispositifs existants concourant à la prévention et la détection des atteintes à la probité....	26
3.1.2 Focus qualitatifs sur deux entités participant au contrôle de la bonne application des règles en matière de marchés publics : l'ADLC et l'AFA.....	30
3.1.3 Retours d'expérience de certains acteurs du secteur public local	35
3.2 Documents à l'appui	37
3.3 Indicateurs quantitatifs relatifs aux manquements à la probité.....	38
4. Niveau de participation des PME à la commande publique	39
4.1 Rapport qualitatif sur la participation des PME dans les marchés publics	39
4.1.1 La réécriture et la publication du guide pratique « Faciliter l'accès des TPE/PME à la commande publique » de l'OECP (Version 1 de juin 2019)	40
4.1.2 La réglementation des contrats de la commande publique n'a cessé d'améliorer l'accès des PME à la commande publique	43
4.1.3 Lutte contre les retards de paiement dans les contrats de la commande publique.....	45
4.2. Documents à l'appui	47
➤ Données chiffrées sur les PME.....	48
https://www.economie.gouv.fr/cedef/chiffres-cles-des-pme	48
4.3. Indicateurs quantitatifs sur la participation des PME titulaires à la commande publique	49
4.3.1 Poids des PME titulaires dans la commande publique en nombre et en valeur	49
4.3.2 Part des PME titulaires selon les seuils européens.....	50

4.3.3 Poids des PME titulaires dans la commande publique – répartition selon les catégories d’acheteurs publics	51
4.3.4 Poids des PME titulaires dans la commande publique – répartition selon les catégories d’acheteurs publics et les seuils européens.....	53
5. Informations relatives à la mise en œuvre des stratégies nationales d’achat public.....	55
5.1. Déploiement des politiques d’achats responsables.....	55
5.1.1. Rapport qualitatif sur la promotion des marchés publics intégrant des dispositions relatives au développement durable	55
5.1.2. Documents à l’appui	69
5.1.3. Indicateurs quantitatifs : clauses sociales et environnementales.....	70
5.2 Marchés publics intégrant des dispositions relatives à l’innovation	75
5.2.1 Rapport qualitatif sur l’innovation dans l’achat public	75
5.2.2. Documents à l’appui.....	81
5.3 Dématérialisation des marchés publics : vers la simplification des procédures administratives ...	83
5.3.1 Point sur le cadre juridique de la dématérialisation de la commande publique	83
5.3.2 Accompagnement des acteurs.....	87
5.3.3. Documents à l’appui.....	91
6. Informations sur l’entité en charge de la rédaction du rapport et celles contribuant au contrôle des marchés publics.....	93
6.1 L’entité en charge de la rédaction du rapport	93
6.2 Les entités contribuant au contrôle des marchés publics	94
6.2.1 Autorités juridictionnelles	94
6.2.2 Autorités administratives indépendantes.....	95
6.2.3 Services de l’État.....	96
7. Méthodologie Reproductibilité des données.....	97
7.1 Chiffres globaux	97
7.2 Méthodologie de redressement des données des collectivités territoriales	97
7.3 Part des PME titulaires	98
7.4 Ratios des clauses environnementales et sociales	98
ANNEXES.....	100
Annexe 1 : Catégories juridiques de l’OECF	100
Annexe 2 : Liste des sigles.....	101
Annexe 3 : Liste des contributeurs	103

ÉTENDUE DU RAPPORT ET PRÉCISIONS MÉTHODOLOGIQUES

Le présent rapport a pour objet d'apporter un éclairage sur l'application de la réglementation en matière de marchés publics sur la période 2017-2019¹. Il présente les principales actions entreprises par l'ensemble des institutions françaises de l'État (État central, l'ensemble des collectivités territoriales et leurs établissements publics, les entreprises publiques, les autorités indépendantes...) sur les thématiques suivantes : la prévention et la lutte contre la fraude, la corruption et les conflits d'intérêts, l'accès des PME à la commande publique, le développement durable, l'innovation et la dématérialisation des échanges. Ce rapport est également enrichi par un certain nombre de retours d'expériences des réseaux d'acheteurs nationaux ou locaux.

On recense en France environ 130 000 acheteurs comprenant des pouvoirs adjudicateurs et des entités adjudicatrices de tailles très diverses. 120 000 sont des collectivités territoriales ou des établissements publics locaux et près de 10 000 représentent l'État.

Cette grande variété de pouvoirs adjudicateurs et leur nombre important trouvent leur origine dans l'organisation administrative de la France, qui est décentralisée² ce qui a notamment pour conséquence de rendre plus difficile le recensement des marchés et la collecte des données en matière de marchés publics.

Cette collecte, mise en œuvre par l'État, permet de satisfaire aux obligations statistiques découlant de l'article 85 de la directive 2014/24/UE³. Il est important de prendre en compte cet élément organique dans l'appréhension des résultats présentés. Les données quantitatives présentées dans ce rapport se fondent essentiellement sur le recensement obligatoire des marchés publics dont le montant hors taxes (HT) s'élève à plus de 90 000 € HT⁴. Ainsi si les chiffres présentés constituent une bonne indication de la situation des marchés publics en France, ils n'ont pas de caractère exhaustif.

Depuis le précédent rapport qui portait sur la période 2014-2016, cette collecte a progressé, principalement en ce qui concerne les collectivités territoriales et les hôpitaux. En outre, les circuits d'informations et de collecte ont également été améliorés ce qui a entraîné une meilleure connaissance statistique et qualitative de la commande publique, notamment en ce qui concerne l'analyse de la part des PME en fonction des seuils de procédure, ainsi que la

¹ L'année 2020 n'est pas dans le champ d'étude car le recensement des marchés publics de l'année 2020 est ouvert jusqu'au 31 mai 2021.

² On dénombre ainsi au 1^{er} janvier 2017 : 101 départements, 18 régions, 35 416 communes, 1 266 établissements publics de coopération intercommunale (EPCI) à fiscalité propre dont 14 métropoles, 15 communautés urbaines, 219 communautés d'agglomération et 1 018 communautés de communes.

³ Article 85 relatif aux rapports nationaux et informations statistiques : « (...) tous les trois ans par la suite, les États membres transmettent à la Commission, pour les marchés qui auraient relevé de la présente directive si leur valeur avait dépassé le seuil applicable fixé à l'article 4, un rapport statistique présentant une estimation de la valeur totale agrégée de ces marchés au cours de la période concernée ».

⁴ L'arrêté du 21 juillet 2011 codifié par l'arrêté du 22 mars 2019, relatif au recensement économique de l'achat public, instaure notamment l'obligation pour tous les acheteurs publics de recenser tous les marchés ou accords cadre d'un montant supérieur à 90 000 € HT et fixe la liste des données de recensement obligatoires. Les acheteurs sont cependant incités à déclarer également les marchés dont le montant est inférieur.

répartition du poids des PME dans la commande publique en fonction des catégories d'acheteurs. Cependant, il convient de souligner que certaines données quantitatives et qualitatives n'ont pu être renseignées, car elles ne font pas l'objet d'un recensement.

L'une des avancées majeure apportée à la commande publique entre 2017 et 2019 est sans conteste la publication au Journal officiel du 5 décembre 2018 des parties législative et réglementaire du code de la commande publique, qui est ainsi entré en vigueur le 1^{er} avril 2019.

La réunion en un code unique de l'ensemble des textes s'appliquant aux marchés publics, aux délégations de service public, aux concessions et aux partenariats public-privé qui régissent la commande publique pour toutes les catégories d'acheteurs et d'autorités concédantes, amorcée en 2015, est ainsi arrivée à son terme. Afin de simplifier et de moderniser le droit de la commande publique, une trentaine de textes utilisés régulièrement par l'ensemble des acteurs ainsi que les principales règles générales du contrat administratif issues de la jurisprudence administrative ont ainsi été codifiés. Le code intègre également des dispositifs relatifs au règlement alternatif des litiges afin d'inciter les acteurs à s'orienter vers la voie amiable de résolution de leurs différends.

Cette codification à droit constant constitue l'aboutissement de la démarche de rationalisation du droit de la commande publique, initiée avec la transposition des directives européennes de 2014. Elle ne juxtapose pas seulement les dispositions existantes, elle confère aussi une cohérence d'ensemble, une unité et une meilleure accessibilité au droit des contrats de la commande publique, notamment avec le titre préliminaire qui définit la commande publique et rappelle ses principes fondamentaux issus à la fois de la constitution française et du droit de l'Union européenne.

Les seules modifications aux règles existantes sont celles permettant d'assurer le respect de la hiérarchie des normes, la cohérence rédactionnelle et l'harmonisation de l'état du droit.

Organisé selon la chronologie de la vie du contrat, de sa préparation à son exécution, le code se veut une véritable « boîte à outils ». En améliorant la lisibilité du droit, il renforce à la fois la sécurité juridique et l'efficacité économique de l'achat public.

La direction des Affaires juridiques du ministère de l'Économie, des Finances et de la Relance (DAJ) a par ailleurs mis en ligne des outils pratiques tels qu'une table de concordance et des fiches techniques afin d'en permettre une appropriation rapide par les parties prenantes.

Le plan adopté pour le rapport (cf. Table des matières) respecte la structuration préconisée par la Commission européenne dans son modèle « *Procurement Monitoring Report Template* ».

1. Indicateurs quantitatifs clés

1.1 Le nombre de procédures de passation de marchés

La DILA⁵ gère la plateforme boamp.fr qui diffuse principalement les avis d'appel public à la concurrence (AAPC) lancés par l'État, les régions, les départements, les communes et leurs établissements publics.

Les tableaux suivants présentent les principaux chiffres clés relatifs aux AAPC et aux avis d'attribution des marchés sur le BOAMP⁶.

Rappel : ces chiffres sont partiels et ne représentent pas la totalité des avis publiés en France. En effet il existe d'autres façons de publier les AAPC ou les avis d'attribution, selon les seuils de marchés ou bien la catégorie à laquelle l'acheteur appartient.

Tableau 1 : Nombre d'AAPC et d'avis d'attribution

Tous les types de marchés*			
Type d'avis	2017	2018	2019
AAPC	104 093	102 908	103 917
Avis d'attribution	41 501	42 107	43 894

*Source DILA

Tableau 2 : Nombre d'AAPC et d'avis d'attribution des marchés d'un montant supérieur aux seuils européens

Marchés d'un montant supérieur aux seuils européens : JOUE ⁷ (formulaire européen)*			
Type d'avis	2017	2018	2019
AAPC	37 262	37 323	38 242
Avis d'attribution	27 211	28 219	29 325

*Source DILA

Rappel : L'avis d'attribution est un document d'information publié par le pouvoir adjudicateur ou l'entité adjudicatrice dans la même publication que celle choisie pour l'avis d'appel public à la concurrence, dans les 30 jours suivant la signature du marché. L'écart observé entre le nombre d'AAPC et le nombre d'avis d'attribution peut s'expliquer par le fait que seuls les marchés d'un montant supérieur au seuil européen doivent faire l'objet de l'envoi d'un avis

⁵ Direction de l'information légale et administrative

⁶ Bulletin officiel d'annonces des marchés publics

⁷ Journal officiel de l'Union européenne

d'attribution au BOAMP et au JOUE. En outre, la plateforme ne dispose pas de moyen de contrôle sur les acheteurs.

Tableau 3 : Avis d'AAPC et d'avis d'attribution des marchés d'un montant inférieur aux seuils européens

Types de formulaires	Marchés d'un montant inférieur aux seuils européens*			
	Type d'avis	2017	2018	2019
Formulaire National Standard (FNS)	AAPC	46 282	47 344	48 083
	Avis d'attribution	11 315	11 174	11 811
MAPA⁸	AAPC	20 549	18 241	17 592
	Avis d'attribution	2 975	2 714	2 758

*Source DILA – BOAMP

1.2 Estimation de la valeur totale agrégée des marchés publics

L'Observatoire économique de la Commande publique (OECF) enregistre les données de passation des marchés publics par le biais du recensement annuel, qui est obligatoire pour tout acheteur soumis aux directives européennes sur la commande publique dès lors que le montant du marché, quel que soit son objet, atteint 90 000 € HT. Le recensement intègre également les déclarations volontaires de marchés d'un montant inférieur à ce seuil.

1.2.1 Recensement annuel des marchés publics par catégories d'acheteurs

Au titre du recensement annuel, les résultats, la répartition des contrats initiaux, c'est-à-dire hors avenants et actes de sous-traitance, présentée sous forme de ventilation par grandes catégories d'acheteurs, est la suivante :

Tableau 4 :

Nombre et montant des marchés notifiés entre 2017 et 2019						
Contrats initiaux *	2017		2018		2019	
	Nombre	Montant (M €)	Nombre	Montant (M €)	Nombre	Montant (M €)
État et hôpitaux	32 204	37 550	25 189	29 232	27 878	34 170
Collectivités territoriales**	114 440	27 770	102 320	31 018	110 075	38 843

⁸ Marchés passés selon la procédure adaptée

« Autres acheteurs»***	16 875	24 017	25 815	40 581	32 811	37 803
Total	163 519	89 337	153 324	100 834	170 764	110 816

* : Hors avenants et actes de sous-traitance. Marchés supérieurs à 25000 € HT

** : Statistiquement corrigées selon méthodologie OECF (cf. Partie VII).

*** : Entreprises publiques, opérateurs de réseaux, etc. (cf. Annexe 1)

Les retraitements statistiques et la méthodologie globale d'élaboration des données sont explicités en partie VII.

La catégorisation juridique des acheteurs par l'OECF figure en annexe 1.

Le montant global de la commande publique recensée est en hausse de 24% entre 2017 et 2019. Cette augmentation s'explique principalement par l'amélioration qualitative importante des processus de collecte de données et des redressements opérés au sein de l'OECF. La part économique réelle de la commande publique n'a pas augmenté dans cette proportion.

1.2.2 Recensement annuel des marchés publics selon les seuils européens

Tableau 5 :

Nombre et montant des marchés notifiés entre 2017 et 2019 qui sont supérieurs aux seuils européens						
Contrats initiaux *	2017		2018		2019	
	Nombre	Montant (M €)	Nombre	Montant (M €)	Nombre	Montant (M €)
État et hôpitaux	14 966	34 601	9 244	25 918	8 559	31 092
Collectivités territoriales**	17 169	14 828	20 238	17 893	17 595	22 678
« Autres acheteurs »***	4 942	18 742	6 874	34 658	10 566	31 016
Total	37 077	68 172	36 356	78 469	38 944	86 094

* : Hors avenants et actes de sous-traitance. Marchés supérieurs à 25000 € HT

** : Statistiquement corrigées selon méthodologie OECF (cf. Partie VII).

*** : Entreprises publiques, opérateurs de réseaux, etc. (cf. Annexe 1)

Tableau 6 :

Le tableau 6 souligne la part importante des marchés passés en dessous des seuils européens par les collectivités territoriales (plus de 80 %).

Cela s'explique par la part considérable de marchés de travaux passés par cette catégorie d'acheteurs, comme en atteste le tableau suivant et par le fait que ces marchés sont peu concernés par les seuils européens en raison de la valeur élevée du seuil appliqué aux marchés de travaux.

Nombre et montant des marchés notifiés entre 2017 et 2019 qui sont inférieurs aux seuils européens						
Contrats initiaux *	2017		2018		2019	
	Nombre	Montant (M €)	Nombre	Montant (M €)	Nombre	Montant (M €)
Etat et hôpitaux	17 225	2 946	15 945	3 314	19 318	3 077
Collectivités territoriales**	97 264	12 941	82 082	13 125	92 479	16 165
« Autres acheteurs »***	11 933	5 275	18 941	5 923	22 244	6 786
Total	126 422	21 161	116 968	22 362	131 819	24 721

* : Hors avenants et actes de sous-traitance. Marchés supérieurs à 25000 € HT

** : Statistiquement corrigées selon méthodologie OECF (cf. Partie VII).

*** : Entreprises publiques, opérateurs de réseaux, etc. (cf. Annexe 1)

Tableau 7 :

Répartition par FTS ⁹ entre 2017 et 2019 en nombre et en montant des marchés attribués							
Contrats Initiaux*	en %	2017		2018		2019	
		Nombre	Montant	Nombre	Montant	Nombre	Montant
Etat et secteur hospitalier	Fournitures	37,8 %	39,2 %	40,6 %	58,2 %	39,4 %	48,7 %
	Travaux	21,2 %	16,5 %	22,6 %	11,7 %	21,6 %	10,8 %
	Services	41,0 %	44,2 %	36,8 %	30,1 %	39,0 %	40,4 %
Collectivités territoriales**	Fournitures	18,1 %	12,8 %	23,6 %	19,7 %	24,6 %	21,5 %
	Travaux	53,2 %	52,9 %	45,8 %	50,2 %	44,0 %	44,4 %
	Services	28,7 %	34,4 %	30,6 %	30,1 %	31,4 %	34,1 %

⁹ Fournitures, travaux et services

« Autres acheteurs » ***	Fournitures	19,3 %	18,5 %	23,1 %	38,6 %	21,5 %	33,0 %
	Travaux	42,1 %	36,3 %	31,0 %	22,3 %	35,0 %	25,0 %
	Services	38,6 %	45,2 %	46,0 %	39,1 %	43,5 %	42,0 %

* : Hors avenants et actes de sous-traitance. Marchés supérieurs à 25000 € HT

** : Statistiquement corrigées selon méthodologie OECF (cf. Partie VII).

*** : Entreprises publiques, opérateurs de réseaux, etc. (cf. Annexe 1)

2. Principales sources d'incertitude juridique ou de mauvaise application de la réglementation en matière de marchés publics

2.1. Rapport qualitatif sur l'application de la réglementation relative à la commande publique

Les questions d'insécurité juridique ou de mauvaise application se posent aussi bien lors de la passation que lors de l'exécution des marchés publics.

La DAJ¹⁰, chargée de l'élaboration du droit de la commande publique, assure également une mission de conseil auprès des services d'achat, lui permettant d'appréhender les difficultés et les questionnements que rencontrent les acheteurs publics.

La DAJ, à travers cette mission de conseil, et les instances de traitement amiable des litiges, jouent un rôle de prévention visant à limiter la survenance de difficultés de mise en œuvre et de contentieux en matière de marchés publics.

2.1.1 Questions récurrentes concernant la passation des marchés publics

De manière générale, les acheteurs s'adressent à la DAJ notamment avec une volonté de sécuriser en amont de leurs procédures d'achat ou lors de l'exécution de leurs contrats, soit lorsqu'ils travaillent sur un montage complexe, soit lorsque le contrat présente un enjeu particulièrement important. Les questions posées s'inscrivent souvent dans une démarche de confirmation ou de vérification de la bonne interprétation d'une disposition du droit de la commande publique ou encore sur la manière dont il convient d'articuler plusieurs dispositions de ce droit entre elles.

Ce sont ainsi de l'ordre de 20 000 questions par an qui sont posées aux services des ministères économiques et financiers chargés d'assurer un conseil aux acheteurs publics locaux et nationaux¹¹.

Les difficultés rencontrées par les acheteurs ont trois origines principales :

- les différences de sens qu'un même terme peut recouvrir en droit européen et en droit français ou le caractère insuffisamment précis d'une notion employée dans les directives ;

¹⁰ Direction des Affaires juridiques du ministère de l'Économie, des Finances et de la Relance

¹¹ En parallèle de l'action de conseil de la DAJ auprès des services acheteurs centraux de l'État, la Cellule d'information juridique aux acheteurs publics (CIJAP) basée à Lyon est chargée de répondre aux questions liées à la passation des marchés publics. Elle s'adresse aux collectivités territoriales, aux établissements publics locaux, ainsi qu'aux services déconcentrés de l'État.

- la nécessité de combiner, sur certains segments d'achat, le droit de la commande publique avec le droit français ou européen dans un autre domaine. C'est notamment le cas dans le domaine de l'immobilier (bâti ou à bâtir) avec par exemple les dispositions propres aux marchés publics liés à la maîtrise d'ouvrage publique et à la maîtrise d'œuvre privée de la loi dite MOP¹² qui ont été intégrées dans le livre IV du code de la commande publique (art L. 2410-1 à L. 2432-2) et le droit de la domanialité, le droit de l'organisation administrative et de la décentralisation, le droit des interventions économiques et de la concurrence, le droit du travail, le droit pénal, le droit commercial;
- le degré variable de maîtrise des règles et des processus de l'achat public par les acheteurs qui ont, en France, la particularité d'être beaucoup plus nombreux que dans les autres Etats membres de l'Union européenne et de compter une part très importante de petites structures.

Les **questions soulevées** liées à la passation portent pour l'essentiel sur les thématiques suivantes (celles surlignées en gras sont celles qui seront développées dans le rapport ci-après) :

- **la qualification de pouvoir adjudicateur ou d'entité adjudicatrice de l'acheteur;**
- la distinction entre le principal et l'accessoire dans un contrat mixte, ainsi que le caractère indissociable ou dissociable des différentes composantes de ce contrat ;
- la qualification de contrat de la commande publique au regard du montage contractuel envisagé ;
- l'existence d'une relation de quasi-régie (*in house*) et notamment la méthode permettant de déterminer la part de l'activité qualifiable « d'être exercée dans le cadre des tâches confiées par l'Etat » (en particulier pour les opérateurs économiques dont l'activité n'est pas correctement retracée par un chiffre d'affaires) ;
- le caractère de coopération public/public de la relation contractuelle envisagée ;
- la qualification du contrat de marché public ou de concession ;
- **le rattachement à un cas d'exclusion du champ d'application de la directive;**
- les modalités de mise en œuvre de critères d'attribution et de conclusion d'exécution sur le champ du développement durable, en matière environnementale comme sociale ;
- les modalités de mise en œuvre du développement durable dans la commande publique. Ce point sera développé dans la partie dédiée au développement durable (cf. V.1.1. Rapport qualitatif sur la promotion des marchés publics intégrant des dispositions relatives au développement durable) ;
- le choix de la procédure de passation à appliquer (modalités d'estimation du montant du marché, circonstances autorisant le recours à une procédure autre que l'appel d'offres, modalités de mise en concurrence adaptée sous les seuils de procédure formalisée) ;

¹² Loi n°85-704 du 12 juillet 1985 relative à la maîtrise d'ouvrage publique et à ses rapports avec la maîtrise d'œuvre privée, dite loi MOP.

- le déroulement des procédures ;
- le principe d'allotissement ;
- **le respect des trois grands principes fondamentaux rappelés à l'article L. 3 du code de la commande publique : l'égalité de traitement des candidats, la liberté d'accès à la commande publique et la transparence des procédures ;**
- l'examen des candidatures (y compris interdictions de soumissionner, critères de sélection et analyse de la recevabilité des candidatures) ;
- **l'articulation entre les motifs d'exclusion de la procédure de passation des marchés publics et les dispositifs de détection et de prévention de la corruption** (cf. Partie III Prévention, détection et signalement adéquat des cas de fraude, de corruption, de conflits d'intérêts et d'autres irrégularités graves en matière d'achat public);
- l'analyse des offres (recevabilité, caractère régularisable ou non (cf. Partie V.3. Dématérialisation des marchés publics : simplifier la vie des acteurs);
- **l'impact des législations étrangères de type CLOUD Act sur les contrats de la commande publique emportant traitement de données couvertes par le RGPD¹³ ;**
- **l'article 85 de la Directive 2014/25/UE sur la passation des marchés publics dans les secteurs spéciaux ;**
- la dématérialisation des procédures. Ce point sera développé dans un focus sur la dématérialisation; (cf. V.3. Dématérialisation des marchés publics : simplifier la vie des acteurs).

2.1.1.1 Les notions de pouvoir adjudicateur et de besoin d'intérêt général

Parmi les notions suscitant des interrogations figure notamment la qualification d'intérêt général du besoin à satisfaire, au sens de l'article 2, paragraphe 1, point 1.a) de la directive 2014/24/UE.

En effet, certains organismes dotés d'une personnalité juridique propre, bien que n'ayant pas d'activité lucrative et étant donc qualifiables d'entité poursuivant un but autre qu'industriel et commercial, ne semblent pas pour autant poursuivre une mission d'intérêt général. C'est, par exemple, le cas des instances représentatives des salariés dans les entreprises ou dans les établissements publics. De même certaines associations qui, bien que ne poursuivant pas un but lucratif et bien qu'étant majoritairement financées par des pouvoirs adjudicateurs, poursuivent un objet social qui ne relève pas d'un intérêt général mais d'un intérêt particulier, par exemple la défense d'intérêts catégoriels ou privés.

2.1.1.2 L'exclusion de certains marchés du champ d'application de la directive 2014/24/UE

Des questions ont été posées également sur les conditions de l'exclusion de certains marchés de son champ d'application selon le paragraphe 2 de l'article 9, en ce qui concerne les règles de passation de marchés prévues par une organisation internationale qui en cofinance

¹³ Règlement général sur la protection des données

l'essentiel, à la fois sur la notion d'organisation internationale au sens de la directive et sur le degré de précision requis des règles spéciales convenues pour que la directive soit écartée.

D'autres l'ont été sur l'articulation entre les règles de la commande publique et les clauses de réparation des contrats d'assurance dommage souscrits par des acheteurs. Il s'agit d'un marché public de travaux ou de services si l'assureur se contente de payer l'indemnité due, à charge pour l'acheteur de dépenser la somme pour payer les frais de réparation du dommage. Ce n'est pas un si le contrat d'assurance prévoit que la réparation du dommage pourra se faire par la prise en charge directe de la réalisation des réparations par l'assureur ou par un entrepreneur agissant sur commande et sous la responsabilité de l'assureur.

Des questions ont aussi été soulevées sur les contrats de coopération ou de coproduction entre un pouvoir adjudicateur et une entreprise. Le critère d'échange de prestations est déterminant. Le simple partage des recettes à due proportion des apports respectifs n'est pas un contrat de la commande publique et n'est donc pas soumis aux directives. En revanche, dès lors qu'il y a échange de prestations entre les deux partenaires, leur contrat de coopération est un marché public.

2.1.1.3 L'articulation entre les motifs d'exclusion de la procédure de passation des marchés publics et les dispositifs de détection et de prévention de la corruption

Certains acheteurs, qui sont aussi des entreprises, sont soumis à des législations spécifiques les obligeant à mettre en place des dispositifs internes de prévention de la corruption. Ces obligations comprennent l'évaluation de la situation des clients et des fournisseurs. Ces acheteurs se sont donc interrogés sur la manière dont ils pourraient mettre en œuvre des actions de « screening »¹⁴ de leurs clients et fournisseurs dans le cadre des contrats de la commande publique.

Il leur a été indiqué que l'absence d'un tel dispositif de prévention ou l'évaluation d'un risque chez un tiers n'était pas un motif a priori d'exclusion prévu à l'article 57 de la directive 2014/24/UE. Seules les hypothèses dans lesquelles un dispositif de prévention de la corruption de l'entreprise serait nécessaire à la bonne exécution des prestations pourraient justifier l'emploi d'un critère d'attribution ou l'imposition de clauses d'exécution en la matière. Dans le cas contraire, l'exigence serait sans lien avec l'objet du marché et porterait sur la politique générale de l'entreprise. (cf. III. Prévention, détection et signalement adéquat des cas de fraude, de corruption, de conflits d'intérêts et d'autres irrégularités graves en matière d'achat public)

2.1.1.4 Le choix des critères et du périmètre de leur application pour assurer l'égalité de traitement entre le titulaire sortant et les autres concurrents

Lorsqu'un marché portant sur des services informatiques complexes, exercés de manière continue, comporte une prestation optionnelle de reprise et de montée en compétences à

¹⁴ Pratique consistant à sélectionner des titres de portefeuille d'investissement en fonction de divers critères, notamment d'ordre social ou environnemental.

affermir uniquement si l'attributaire du marché est un nouvel entrant, certains acheteurs se sont interrogés sur la manière dont il était possible de noter les offres.

En effet, le titulaire sortant bénéficie objectivement de l'avantage de ne pas avoir à faire d'offre sur cette tranche optionnelle puisqu'il n'aura pas à reprendre l'existant ni à monter en compétences. La question a donc été posée de savoir si le respect de l'égalité de traitement obligeait à neutraliser cet avantage et s'il était possible, pour ce faire, de recourir à deux méthodes de notation successives.

Il a été répondu que d'une part, les critères d'attribution et la méthode de notation des offres devaient nécessairement viser à sélectionner l'offre économiquement la plus avantageuse et que d'autre part, il ne pouvait pas être fait de discrimination au détriment du concurrent sortant. En effet, sur ce deuxième point, l'avantage dont bénéficie le sortant a été acquis légitimement du fait de l'exécution du contrat. Il n'y a donc pas lieu de neutraliser cet avantage dès lors que l'acheteur exprime son besoin selon des spécifications non restrictives de concurrence et qu'il apporte à tous les candidats le même niveau d'information que celui dont peut disposer le titulaire sortant.

2.1.1.5 L'impact des législations étrangères de type CLOUD Act sur les contrats de la commande publique emportant traitement de données couvertes par le RGPD¹⁵

Des questions ont été posées sur la manière de traiter les offres d'entreprises européennes mais soumises via leur maison-mère à des législations étrangères de type CLOUD Act, susceptibles de méconnaître les obligations posées par le règlement 2016/679/UE relatif à la protection des personnes physiques à l'égard du traitement des données à caractère personnel et à la libre circulation de ces données (RGPD).

Il a été répondu que les acheteurs, lorsqu'ils externalisent un traitement auprès d'une entreprise prestataire doivent, en tant que responsables de traitement, veiller à imposer des conditions d'exécution des marchés qui offrent les garanties nécessaires que le prestataire respectera le RGPD. Le cas échéant, ils peuvent aussi faire de la qualité de l'offre en matière de protection des données personnelles un critère d'attribution. En revanche, ils ne peuvent pas par principe déduire du risque de conflit de lois entre ces législations de pays tiers et le RGPD que les offres de ces entreprises seraient forcément irrégulières, ni que la candidature de ces entreprises serait irrecevable ipso facto.

2.1.1.6 L'article 85 de la Directive 2014/25/UE sur la passation des marchés publics dans les secteurs spéciaux

Enfin, la DAJ a été sollicitée par des entités adjudicatrices qui s'interrogeaient sur la mise en œuvre du dispositif de l'article 85 de la directive 2014/25/UE « secteurs spéciaux ».

Les activités d'opérateurs de réseaux sont définies aux articles 8 à 14 de la directive et reprises à l'article L.1212-3 du code de la commande publique. Cette directive fixe des règles communes de passation des marchés dans des secteurs où la libre concurrence n'est pas acquise du fait

¹⁵ Règlement général sur la protection des données

soit, de l'influence des autorités nationales sur les opérateurs, notamment par des participations dans leur capital, soit, de l'octroi par les États membres de droits spéciaux ou exclusifs pour l'approvisionnement, la mise à disposition ou l'exploitation de réseaux fournissant le service concerné.

Outre une réflexion sur les moyens d'assurer, en cours d'exécution, le maintien des garanties offertes lors du dépôt des offres, les questions portaient sur la notion d'Etats-tiers au sens de cette disposition, sur les modalités de calcul de la part de 50% de la valeur des fournitures ainsi que sur les règles d'identification de l'origine de ces fournitures.

Un groupe de travail commun a été mis en place afin d'aboutir à l'élaboration d'une fiche technique sur ce sujet.

2.1.2 Prévention et résolution des problèmes d'exécution des marchés : le règlement non juridictionnel des litiges issus de marchés publics

Si le conseil aux acheteurs intervient principalement sur des questions de passation, il apporte également du conseil sur l'exécution ou les modifications du contrat en cours. Pour limiter les contentieux, la France s'est dotée de plusieurs dispositifs visant à traiter les conflits à l'amiable. Outre ceux issus du droit civil comme l'arbitrage et la transaction, on recense à côté des comités consultatifs de règlement amiable (CCRA) d'autres dispositifs applicables notamment aux marchés publics : la médiation des entreprises, et la médiation récemment introduite en droit administratif¹⁶.

Ainsi dans le cadre des marchés publics, des modes alternatifs de règlement des litiges se sont développés. On distingue principalement deux catégories de « précontentieux » :

- le règlement contraignant des différends (arbitrage) ;
- le règlement amiable, qui permet de faire intervenir une entité tierce et indépendante, mais dont l'avis n'est pas contraignant pour les parties. C'est cette dernière catégorie qui est présentée ci-dessous.

Les articles R 2197-1 à R 2197-24¹⁷ ainsi que les articles R 2397-1 à R 2397-3 du code de la commande publique définissent les conditions de recours aux CCRA ou au Médiateur des entreprises.

Ces deux possibilités, par nature différentes, permettent à l'organisation concernée de disposer d'une alternative amiable face à une difficulté d'exécution, plutôt que de porter immédiatement le litige devant les juridictions.

¹⁶ Loi n°2016-1547 du 18 novembre 2016

¹⁷ Plus spécifiquement pour le règlement des différends, le décret n°2010-1525 du 8 décembre 2010 relatif aux comités de règlement amiable des différends ou litiges relatifs aux marchés publics a été codifié en 2019 pour les marchés classiques, de partenariat et les marchés de défense ou de sécurité

2.1.2.1 Les comités consultatifs de règlement amiable (CCRA)

Créés au début du XX^{ème} siècle, les CCRA sont des organismes de conciliation qui peuvent être saisis de tout différend survenu au cours de l'exécution d'un marché public.

Ils ont pour mission de rechercher, à la demande du titulaire du marché ou de l'acheteur public, les éléments de fait ou de droit en vue d'une solution amiable et équitable. Ils ne statuent pas seulement en droit. Ils peuvent prendre en compte l'équité, pour proposer la solution la plus appropriée aux parties. Les avis rendus par les comités ne s'imposent pas aux parties. En effet, les comités ne sont ni des juridictions, ni des instances d'arbitrage.

La saisine des CCRA est facultative, sauf si les documents du marché ou le cahier des clauses administratives générales visé la rendent obligatoire. On constate que c'est généralement le titulaire qui sollicite l'intervention du comité. La saisine est alors transmise à l'administration concernée. Le préfet de département est également informé dès lors que le litige concerne une collectivité territoriale.

Les règles relatives à la composition, l'organisation et les modalités de fonctionnement des CCRA sont fixées aux articles R2197-1 et suivants du code de la commande publique, qui consacre dans son chapitre VII une section 1 détaillant la composition¹⁸, les compétences, la nomination et des dispositions financières relatives aux CCRA. Ils sont présidés par un magistrat administratif. Les vice-présidents des comités sont des membres volontaires (éventuellement honoraires) des juridictions administrative et financière.

L'affaire est instruite par un rapporteur jusqu'à l'audience. Le rapporteur désigné pour chaque affaire dispose d'une expérience dans les domaines concernés et prépare souvent son rapport en itérant avec les parties.

L'avis du comité doit intervenir dans un délai de 6 mois à compter de la saisine, mais l'on constate que ce délai est parfois dépassé, car le temps nécessaire à l'auditeur pour instruire le dossier peut nécessiter des échanges fournis avec les deux parties ou bien parce que la présence de certains participants est nécessairement requise lors de la réunion du comité. C'est pourquoi, une prolongation de 3 mois pour la remise de l'avis est prévue par les textes.

La complémentarité des compétences contentieuse et technique est renforcée par une réelle motivation pour trouver des solutions amiables, désengorger les tribunaux et limiter les coûts procéduraux.

La saisine a pour effet d'interrompre les délais de recours jusqu'à la notification de la décision prise par l'acheteur public suite à l'avis rendu par le comité. La saisine a, en outre, pour avantage d'être gratuite et la présence d'un avocat est non obligatoire.

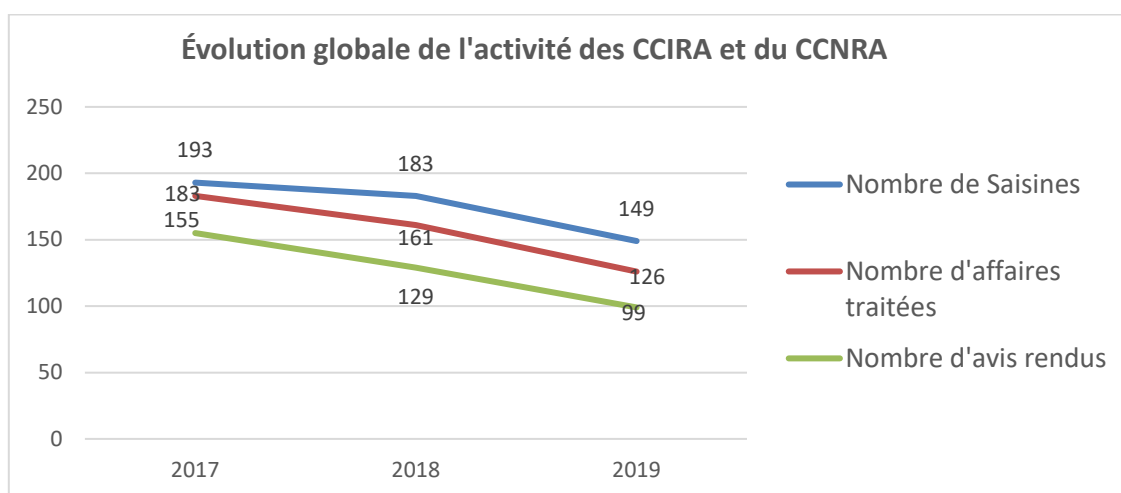
¹⁸Composition type d'un comité : six membres à voix délibérative (dont deux magistrats, deux fonctionnaires du département ministériel ou de la collectivité locale concernée, deux personnalités compétentes dans le secteur d'activité concerné par le litige) et un membre à voix consultative, le comptable public concerné.

Il existe un comité national (CCNRA) et sept comités locaux (CCIRA) : Paris, Versailles, Nantes, Bordeaux, Lyon, Nancy et Marseille.

Le comité national (CCNRA) connaît principalement des litiges relatifs aux marchés passés par les services centraux de l'Etat.

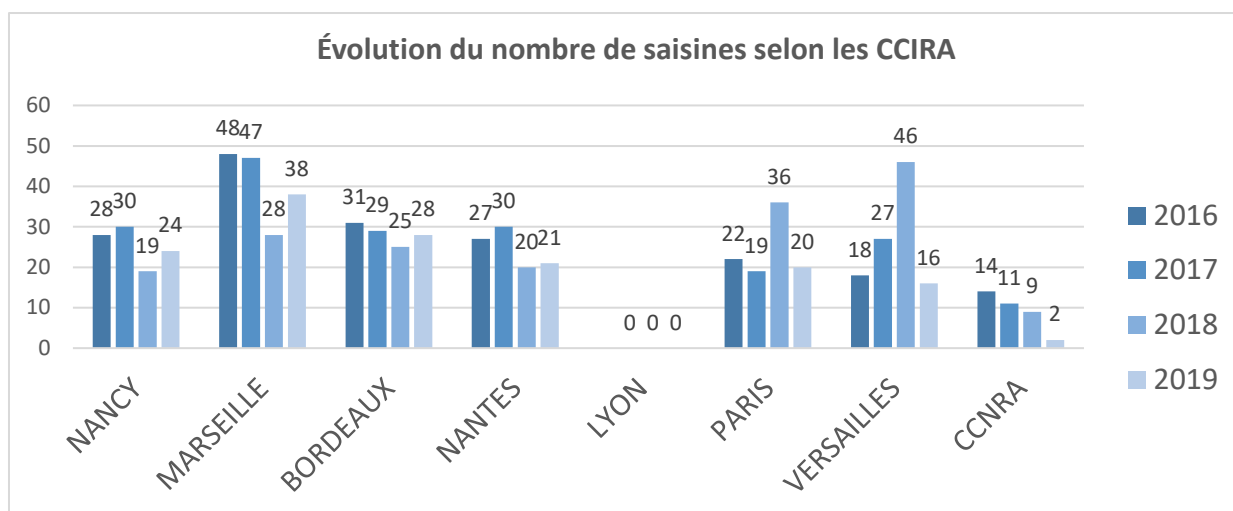
Les CCIRA eux connaissent des litiges relatifs aux marchés passés par les collectivités territoriales, leurs groupements ou leurs établissements publics, par les services déconcentrés de l'Etat, et, lorsque ces marchés couvrent des besoins limités au périmètre d'un comité local, par les services à compétence nationale et les établissements publics de l'Etat autres que ceux ayant un caractère industriel et commercial.

Avec la codification de 2019, l'annexe 18 relative aux CCIRA a été abrogée et remplacée par plusieurs arrêtés, permettant ainsi de préciser les circonscriptions et préfets de rattachements des CCIRA, mais surtout d'homogénéiser la compétence du CCIRA de Paris pour l'ensemble de l'Outre-mer¹⁹.

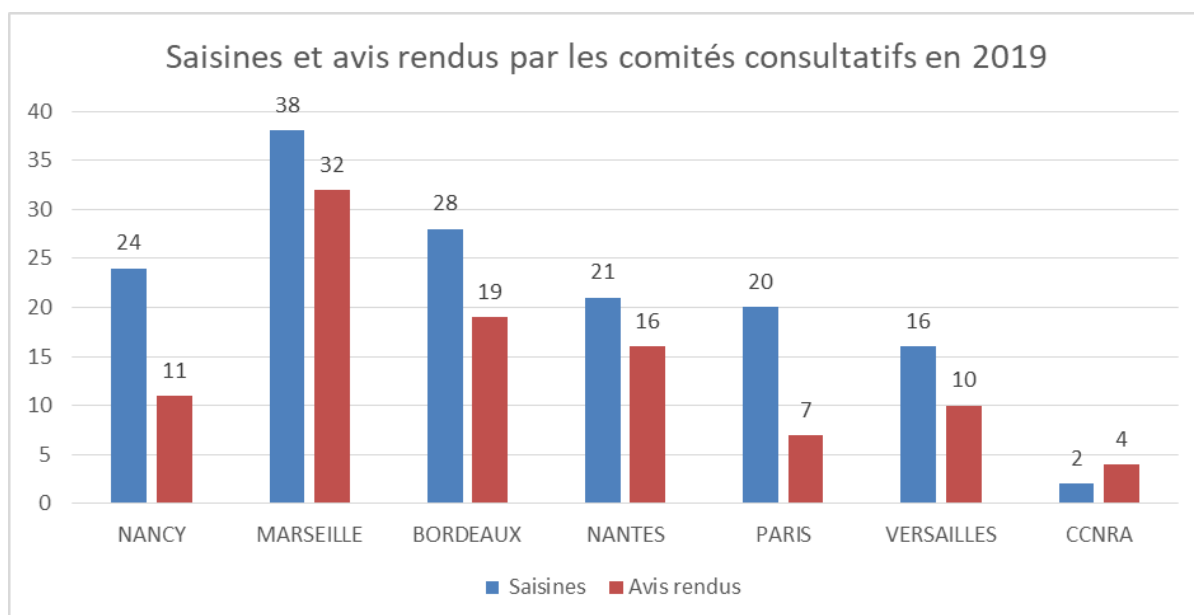


La tendance globale à la baisse d'activité est confirmée, même si certains CCIRA ont connu une hausse ponctuelle du nombre de saisines, notamment Paris et Versailles en 2018.

¹⁹ Déjà chargé des dossiers de départements et régions d'outre-mer (Guadeloupe, Martinique, Guyane, Réunion, Mayotte), et de Saint-Pierre-et-Miquelon, il devient compétent pour l'ensemble des outre-mer (uniquement pour l'Etat et ses établissements publics) qui ne disposent pas non plus de comité : Polynésie française, Saint-Barthélemy, Saint-Martin, Wallis-et-Futuna, Terres australes et antarctiques françaises, Nouvelle-Calédonie.



En 2019, les CCIRA ont enregistré 149 saisines²⁰ et rendu 99 avis sur l'ensemble du territoire, ce qui montre l'intérêt suscité par cette procédure amiable.



Des échanges de pratiques ont commencé à se développer notamment depuis la réunion des présidents et vice-présidents de CCRA de mars 2019, qui a montré que la diversité des approches est également une richesse. Un des rapporteurs du CCIRA de Bordeaux a également produit une étude montrant que de nombreux différends pourraient être évités par une définition des besoins rigoureuse, des offres précises, et le maintien d'un dialogue régulier entre acheteurs et entreprises. Ces éléments ont été repris dans le guide OECF sur l'accès des TPE/PME à la commande publique (cf. 4. Niveau de participation des PME aux marchés publics).

²⁰Le comité de Lyon n'a pas été en mesure de communiquer des données statistiques sur cette période en raison d'un fonctionnement pendant plusieurs années sans secrétariat jusqu'à fin 2019. Le nombre total de saisines des CCRA dépasse donc 150 affaires par an.

Sans que le lien puisse être établi de manière certaine, l'existence de modes de règlement amiable des différends alternatifs, comme la médiation des entreprises, peuvent expliquer partiellement la baisse d'activité des CCRA.

2.1.2.2 Le Médiateur des entreprises

Placé auprès du ministre de l'Économie²¹, des Finances et de la Relance, il vient en aide à toute entreprise, organisation publique ou privée, qui rencontre des difficultés dans ses relations commerciales avec un partenaire (client, fournisseur). Le champ d'action est donc plus large que le seul périmètre des marchés publics.

Ses conditions d'intervention sont désormais formalisées dans le code de la commande publique²². La saisine du Médiateur des entreprises suspend le cours des prescriptions et les délais de recours contentieux, s'il s'agit d'un contrat administratif.

L'objectif poursuivi est de résoudre de façon amiable et confidentielle les différends grâce à l'intervention d'un tiers neutre, agissant dans le cadre d'une démarche volontaire et non contraignante.

Le médiateur facilite la négociation mais ne propose pas les solutions ; celles-ci doivent émerger des parties elles-mêmes, dans l'optique de poursuivre leur relation contractuelle. Une fois l'accord trouvé, il est formalisé par écrit. Le médiateur participe ainsi à recréer des liens de confiance entre les partenaires.

Il peut aussi intervenir à titre ponctuel dans des médiations dites « de filière », dans lesquelles l'ensemble des membres d'une branche professionnelle est représenté.

Le Médiateur des entreprises dispose d'un réseau territorial par le biais des médiateurs régionaux, qui sont intégrés aux directions régionales de l'Économie, de l'Emploi, du Travail et des Solidarités (DREETS).

L'atout des médiateurs, outre leur volontariat et leur formation au traitement des médiations, réside dans leur bonne connaissance du tissu économique local et de ses acteurs (fédérations professionnelles notamment). Ils peuvent si nécessaire bénéficier de l'appui d'un médiateur national délégué pour traiter conjointement un dossier complexe ou sensible.

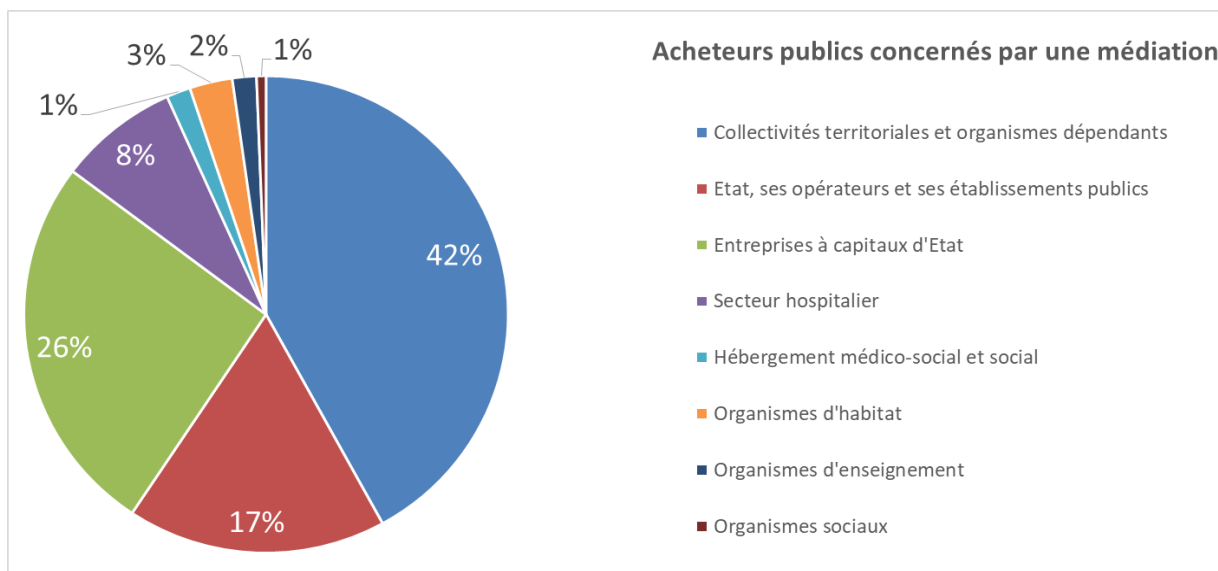
Depuis 2010, le Médiateur a vu son activité croître régulièrement chaque année, pour atteindre plus de 1 340 demandes de médiation en 2019. La part des demandes concernant la commande publique est quant à elle en légère diminution.

²¹ Issu de la fusion entre la Médiation des marchés publics et la Médiation interentreprises en 2010

²² Article L. 2197-4, articles R. 2197-23 et R. 2197-23

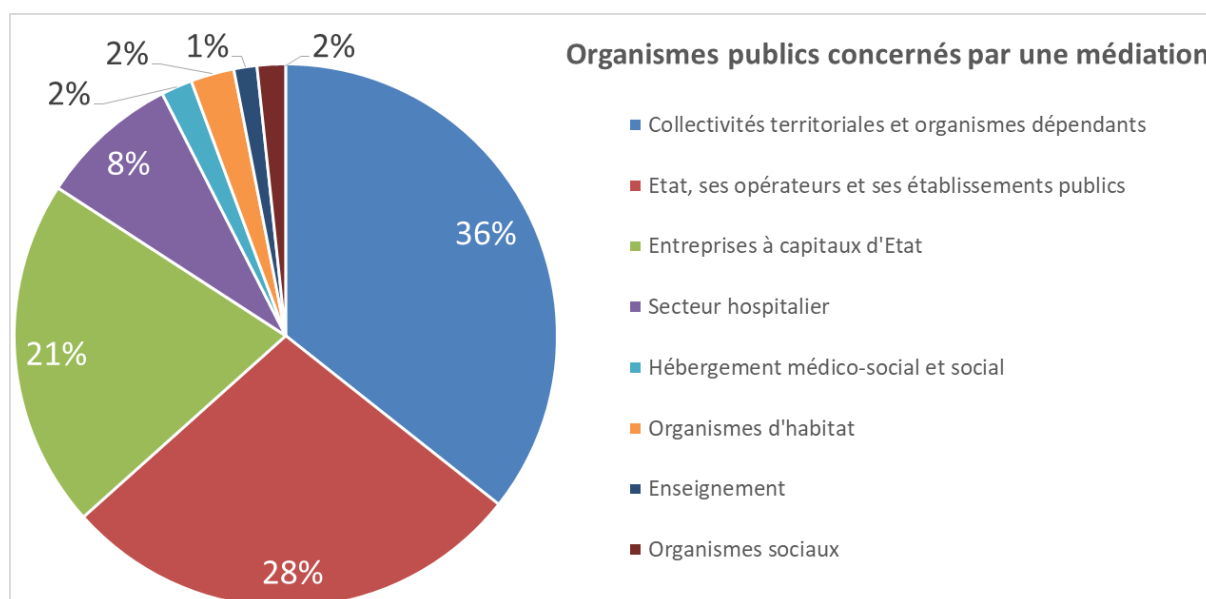
Années	Nombre total de demandes de médiation	Nombre de demandes de médiation inter-entreprises	Nombre de demandes de médiation autres (ESSOC – FIP – Loyers)	Nombre de demandes de médiation commande publique	Pourcentage de demandes de médiation commande publique (%)
2017	1150	796	87	267	23,2
2018	1307	910	101	296	22,6
2019	1342	878	205	259	19,3

Alors que depuis 2010, la moitié des médiations concernaient des collectivités locales, 16 % concernait l'État et 9 % le secteur hospitalier, on constate que pour les années 2017, 2018 et 2019, l'introduction de nouveaux sujets de médiation non contractuelle avec les organismes publics (Loi ESSOC²³) a modifié le rapport entre les différentes typologies concernées selon que l'on regarde les médiations éligibles relatives à la commande publique ci-dessous :



²³ La loi du 10 août 2018 pour un État au service d'une société de confiance dite loi ESSOC consacre et met en œuvre un principe essentiel de confiance dans les relations entre les usagers, particuliers comme entreprises, et l'administration, en développant la capacité d'information et d'accompagnement des usagers par les services publics.

Ou les demandes éligibles quelle que soit leur nature engageant un organisme public : ainsi, les entreprises à capitaux d'État et les collectivités territoriales sont moins concernées par les



nouvelles mesures introduites que l'État et les autres organismes publics.

Conformément à leur importance relative dans le nombre d'acheteurs publics, les collectivités représentent la majorité des médiations.

Parallèlement, les saisines sont effectuées à près de 88% par des (très) petites et moyennes entreprises (TPE²⁴/PME)^[2], qui représentent la quasi-totalité des 3,75 millions d'entreprises de France.

On peut également relever que, sans changement majeur depuis 2010, les difficultés soulevées concerne le paiement des prestations fournies (retard, non-paiement, application de pénalités, intérêts moratoires, révision de prix...) et l'exécution du contrat (non-respect du cahier des charges, modification ou résiliation unilatérale du contrat, blocage d'une commande...).

Selon les dernières statistiques du Médiateur des entreprises, 70% des dossiers ouverts en médiation aboutissent à un accord, sans nécessité de porter le litige devant une juridiction.

2.1.2.3 Documents à l'appui

Toute preuve disponible sur les actions / mécanismes et mesures décrits à la section II. ci-dessus démontrant les principales sources d'incertitude juridique ou de mauvaise application de la réglementation en matière de marchés publics

²⁴ Les TPE (très petites entreprises) sont des entreprises françaises ayant moins de 10 salariés et un chiffre d'affaires annuel ou un bilan total inférieur à 2 millions d'euros.

^[2] Y compris professions libérales et artisans.

Le conseil aux acheteurs et aux autorités concédantes par la DAJ (lien vers des guides et fiches techniques) :

<https://www.economie.gouv.fr/daj/conseil-aux-acheteurs-et-aux-autorites-concedantes>

Les comités consultatifs de règlement amiable des litiges (CCRA)

<https://www.economie.gouv.fr/daj/reglement-amiable-des-litiges>

Site Internet de la Médiation des Entreprises :

www.mediateur-des-entreprises.fr

Site Internet du ministère de l'Intérieur au profit des collectivités territoriales :

<https://www.collectivites-locales.gouv.fr/>

2.2 Indicateurs quantitatifs relatifs au système national de contrôle des marchés publics

Les chiffres clés transmis par le Conseil d'État pour la période sous examen soit 2017-2019 sont les suivants :

- 16 507 décisions ont été rendues en première instance ;
- 881 jugements ont fait l'objet d'un appel dont 1 629 requêtes en appel qui ont donné lieu à une confirmation du jugement ;
- le délai moyen de jugement des affaires devant les tribunaux administratifs, juges de première instance en matière de marchés publics, s'élève à 1 an 1 mois et 25 jours.

Délais et nombre d'affaires portées devant le Conseil d'État relatives aux marchés et contrats :

Période	Affaires	Délai (jours)	Délai
2017	241	230	7 mois 20 jours
2018	222	215	7 mois 5 jours
2019	243	260	8 mois 20 jours
Période 2017-2019	706	236	7 mois 26 jours

3. Prévention, détection et signalement adéquat des cas de fraude, de corruption, de conflits d'intérêts et d'autres irrégularités graves en matière d'achat public

3.1 Rapport qualitatif sur la fraude, la corruption, les conflits d'intérêts

Depuis fin 2016 et la « loi Sapin 2 »²⁵, de nouvelles mesures ont été adoptées afin de consolider les dispositifs existants en matière de prévention, détection et signalement des cas de fraude, de corruption, de conflits d'intérêts.

Certaines s'inscrivent dans un cadre plus général que celui des marchés publics, mais peuvent utilement s'y appliquer et servir d'outils dans la lutte contre toute forme d'irrégularité.

En 2019, les marchés publics représentaient en France un montant annuel de plus de 110 milliards d'euros pour un peu plus de 170 000 marchés.

Il s'agit donc d'un domaine d'activité économique important qui, comme le souligne l'OCDE²⁶, est particulièrement exposé aux malversations, à la fraude et à la corruption.

La réglementation applicable à la commande publique est tournée par nature vers la prévention des atteintes à la probité.

C'est notamment le cas quand l'achat public est détourné de sa vocation de satisfaction de l'intérêt général, au profit du seul intérêt personnel d'un individu ou d'un groupe d'individus. Les manquements à ces règles sont susceptibles de constituer a minima l'infraction de favoritisme.

Ces atteintes à la probité concernent l'ensemble des acteurs du cycle des achats publics : acteurs internes, agissant pour le compte de l'entité acheteuse (prescripteur, acheteur, décideur et approvisionneur) et acteurs externes (opérateurs économiques).

Lutter contre la corruption dans les marchés publics permet de prévenir quatre séries de risques associés à la commission d'infractions : risques pénaux, opérationnels, économiques et financiers, d'atteinte au renom des services publics et enfin pour la gestion des ressources humaines (turnover, sanctions disciplinaires, dégradation du climat social).

Le risque pénal peut être anticipé, prévenu et maîtrisé grâce à une démarche anticorruption efficace.

Si les acteurs du cycle des achats publics sont assujettis à un ensemble de dispositions qui, directement ou indirectement, les soumettent à des obligations en matière de prévention et de détection des atteintes à la probité, pour être efficaces, ces règles doivent être complétées

²⁵ Loi n° 2016-1691 du 9 décembre 2016 relative à la transparence, à la lutte contre la corruption et à la modernisation de la vie économique

²⁶ L'Organisation de coopération et de développement économiques est une organisation internationale d'études économiques

et intégrées dans un dispositif global de prévention et de détection des atteintes à la probité en adoptant un programme anticorruption traitant le processus achat dans son intégralité.

3.1.1 Dispositifs existants concourant à la prévention et la détection des atteintes à la probité

Depuis 2017, plusieurs dispositions s'inscrivant dans le prolongement des précédents textes et découlant de la « loi Sapin 2 », ont renforcé la transparence de la vie publique afin de prévenir le risque d'atteinte à la probité et lutter contre la fraude.

Les agents intervenant dans le cycle des achats publics sont soumis, chacun selon le régime qui lui est applicable, à un certain nombre de règles déontologiques prévues notamment par la législation et qui contribuent à prévenir la commission d'infractions d'atteinte à la probité, notamment l'infraction de prise illégale d'intérêts.

Leur mise en œuvre effective renforce la maîtrise des risques d'atteinte à la probité.

Une vigilance renforcée est indispensable concernant les marchés publics en raison d'une vulnérabilité potentiellement accrue de certains agents face aux risques de corruption dans ce domaine d'activité.

Les deux focus relatifs au code de conduite anticorruption suivants en sont un exemple.

3.1.1.1 Le référent déontologue

2018 a été l'année de la mise en place progressive du référent déontologue dans la fonction publique.

Pour rappel, le référent déontologue est obligatoire seulement pour les fonctionnaires et non pas pour les élus.

Les agents publics ont l'obligation d'exercer leurs fonctions avec impartialité, probité, intégrité, dignité et de veiller à prévenir ou à faire cesser immédiatement tout conflit d'intérêts. Ces principes s'appliquent à l'ensemble des agents publics (fonctionnaires, notamment ceux détachés au sein des établissements publics, et aux contractuels des trois fonctions publiques).

Le statut général des fonctionnaires garantit, depuis la loi du 20 avril 2016, le droit pour tout fonctionnaire de « consulter un référent déontologue, chargé de lui apporter tout conseil utile au respect des obligations et des principes déontologiques ».

Le décret n° 2017-516 du 10 avril 2017 portant diverses dispositions en matière de commande publique, pris en application de la « loi Sapin 2 », précise les modalités de désignation du référent déontologue, qui peut être soit un individu, soit un collège.

La mission du référent déontologue inclut la prévention des atteintes à la probité dans la mesure où il doit prévenir et gérer les conflits d'intérêts. (Article 8)

3.1.1.2 L'alerte éthique

La « loi Sapin 2 » a créé un statut général des lanceurs d'alerte comportant un système de protection de ces personnes.

Elle a aussi prévu une procédure de signalement des alertes éthiques qui est décrite dans **son décret d'application n° 2017-564 du 19 avril 2017** relatif aux procédures de recueil des signalements émis par les lanceurs d'alerte au sein des personnes morales de droit public ou de droit privé ou des administrations de l'État. Il charge les principaux employeurs privés et publics de la mettre en place.

Il apporte des précisions concernant les qualités du référent auquel l'alerte peut être confiée (article 4), les modalités de l'établissement de la procédure de recueil des signalements et les garanties qu'elle doit présenter (notamment confidentialité de l'auteur du signalement) (article 5).

Afin de clarifier ce système complexe, **deux circulaires ministérielles** ont été publiées en 2018 :

- par le ministère de la Justice le **31 janvier 2018** qui précise la procédure d'alerte et les mesures anticorruption²⁷ ;
- la deuxième de la DGAP²⁸ du 19 juillet 2018 relative à la procédure de signalement des alertes émises par les agents publics dans le cadre des articles 6 à 15 de la « loi Sapin 2 » fixe principalement les limites de ce cadre juridique et détaille l'ensemble des dispositions applicables aux lanceurs d'alerte dans la fonction publique.

Afin de compléter la mise en place de cette réglementation, la loi n° 2017-399 du 27 mars 2017 relative au devoir de vigilance des sociétés mères et des entreprises donneuses d'ordre, a, dans son article 1. 4°, créé un dispositif d'alerte relatif aux risques.

La CNIL²⁹ a notamment rendu deux délibérations sur ce thème :

- celle n° 2017-191 du 22 juin 2017³⁰ portant autorisation unique de traitements automatisés de données à caractère personnel mis en œuvre dans le cadre de dispositifs d'alerte professionnelle;
- celle n°2019-139 du 18 juillet 2019 qui adopte un référentiel relatif aux dispositifs d'alertes professionnelles dans le respect des dispositions du RGPD³¹.

Enfin, la directive (UE) 2019/1937 du Parlement européen et du Conseil³², portant sur la protection des personnes qui signalent les violations du droit de l'Union, offre une protection unifiée aux lanceurs d'alerte au sein de l'Union européenne.

²⁷ Circulaire CRIM/2018-01/G3 du 31 janv. 2018.

²⁸ Direction générale de l'Administration et de la Fonction publique

²⁹ Commission nationale de l'informatique et des libertés

³⁰ modificative de la délibération n° 2005-305 du 8 décembre 2005

³¹ Règlement général sur la protection des données

³² Adoptée le 23 octobre 2019 et publiée au *JOUE* du 26 novembre 2019

Au-delà de l'« attitude déontologique » que doit avoir tout agent public, certains d'entre eux sont plus directement et quotidiennement exposés à des risques d'atteintes à la probité compte tenu du domaine dans lequel ils exercent comme par exemple celui de la commande publique.

Ces derniers sont en effet particulièrement exposés au risque d'ententes, qui causent un préjudice considérable aux acheteurs publics et aux citoyens, en affectant la bonne utilisation des deniers publics.

Les caractéristiques des marchés publics passés sous la forme d'appels d'offres (critères d'attribution prédéfinis, comparaison des offres sur les prix, faible sensibilité au prix, relative transparence concernant le nom et le montant proposé par l'entreprise retenue) rendent ce secteur particulièrement sensible au risque d'ententes.

3.1.1.3 Les principes fondamentaux de la commande publique

Le droit de la commande publique obéit à trois grands principes fondamentaux rappelés à l'article L. 3 du code de la commande publique que sont :

- l'égalité de traitement des candidats,
- la liberté d'accès à la commande publique et
- la transparence des procédures.

Ces principes s'appliquent à l'ensemble des procédures et des modes de passation d'un marché public.

Leur respect préserve l'ensemble du cycle de l'achat public à ses différentes étapes: préparation, passation, exécution à la fois concernant la sécurisation de la procédure de commande publique et la prévention du risque pénal de favoritisme.

Comme ces atteintes à la probité peuvent concerner l'ensemble des acteurs du cycle des achats publics, ils s'appliquent à l'ensemble des marchés publics et doivent être respectés à chaque étape de l'achat public par tout acteur intervenant dans le processus d'achat public, qu'il soit prescripteur, acheteur, ...

Ce dernier devra notamment s'y référer à chaque fois qu'il se trouvera dans une situation à risques, dans ses relations avec les fournisseurs comme au plan organisationnel et matériel de l'achat public.

Principe de liberté d'accès à la commande publique

Ce principe garantit le droit de toute personne remplissant les conditions requises pour l'exécution d'un marché de pouvoir y soumissionner.

La liberté d'accès à la commande publique est garantie par une mise en concurrence qui se traduit entre autres par l'accessibilité gratuite aux informations relatives au marché et par une communication claire, avérée, nécessaire, loyale et intégrale.

Ainsi, aucun des candidats ne doit disposer d'informations exclusives ou privilégiées, ni bénéficier de conditions particulières.

Ainsi lors de la préparation du marché, il est indispensable notamment :

- d'avoir une définition précise et objective du cahier des clauses techniques particulières (CCTP) et plus généralement du DC³³ ;
- de veiller à bien respecter les procédures notamment lors de la passation du marché (publicité adéquate, usage avéré de la procédure d'urgence,...).

Le manque d'anticipation, l'absence de ressources nécessaires dédiées à la conduite des procédures ou encore par exemple, l'éventuelle pression des services prescripteurs ou des décideurs associée aux enjeux opérationnels et/ou financiers, peuvent mener à des choix de procédure inadaptés (sous-estimation du montant du besoin pour pouvoir utiliser une procédure allégée, recours injustifié à des procédures négociées sans mise en concurrence...) et accroître le risque de favoritisme.

Principe d'égalité de traitement des candidats

Tous les échanges entre les prescripteurs et leurs fournisseurs aux différentes étapes du processus achat doivent être équitables, transparents et faire l'objet d'une traçabilité.

En vertu de ce principe, tous les opérateurs économiques doivent se trouver dans une situation d'égalité et ce, à chacune des étapes de l'acte d'achat.

Elle découle de l'idée selon laquelle tous les citoyens sont égaux devant la loi.

Ainsi, de la même manière, tous les candidats à un marché public doivent bénéficier d'un même niveau d'information et d'un traitement identique.

Il ne doit y avoir aucune forme de favoritisme vis-à-vis d'une entreprise ou d'un fournisseur. Même en dessous des seuils de procédures formalisées, le recours a priori à un fournisseur connu, habituel ou proche risque de remettre en cause le respect de ce principe.

Afin d'éviter que certains actes constituent des atteintes à la probité, un sourcing encadré est recommandé lors de la passation du marché ainsi que par exemple, l'existence de différents niveaux de validation et la collégialité dans l'attribution du marché. (cf. V.2 Marchés publics intégrant des dispositions relatives à l'innovation).

Grâce à une meilleure connaissance de ses achats, l'acheteur repère plus facilement les situations à risque de dépendance vis-à-vis d'un ou plusieurs fournisseurs, celles qui lui font courir un risque de favoritisme tel que l'octroi d'un avantage injustifié ou encore les pressions des services prescripteurs pour recourir de façon injustifiée à des procédures dérogatoires...

Dès lors que l'acheteur connaît bien ses achats et planifie correctement ses procédures, il a tout intérêt à diffuser largement toutes informations utiles afin d'élargir la participation à la

³³ Dossier de consultation

commande publique à de nouveaux opérateurs économiques au-delà du cercle des actuels titulaires des marchés et de renforcer la transparence des procédures.

Principe de transparence dans les procédures

L'acheteur annonce préalablement ses intentions lors de la publicité de son marché. Il garantit la traçabilité écrite de la décision du choix des titulaires du marché et de la motivation jusqu'à la notification, quelle que soit la procédure utilisée.

Développer la transparence sur l'ensemble du cycle des achats permet également que les citoyens puissent exercer un contrôle externe sur cet aspect de la gestion publique, en analysant les données publiées. L'ouverture des données publiques permettant la mise à disposition de plus d'informations facilite le contrôle par des tiers et renforce leur confiance dans l'action publique.

La transparence des données sur les marchés publics permet de mieux prévenir et détecter le favoritisme ainsi que les autres atteintes à la probité.

Suivant ce principe, les acheteurs doivent également informer les candidats non retenus de leur éviction et, sur leur demande, des motifs détaillés du rejet de leur candidature ou de leur offre.

L'utilisation d'une grille d'évaluation lors de la cotation des offres permet de limiter les risques d'atteintes à la probité qui seraient susceptibles de remettre en cause ce principe et d'assurer un suivi rigoureux de la procédure d'attribution et du rapport d'exécution du marché public.

Le respect de ces trois principes contribue à l'efficacité de la commande publique et à la bonne utilisation des deniers publics.

Les entités participant au contrôle de la bonne application des règles en matière de marchés publics sont nombreuses. On dénombre à la fois des autorités juridictionnelles, des autorités administratives et des services de l'Etat.

3.1.2 Focus qualitatifs sur deux entités participant au contrôle de la bonne application des règles en matière de marchés publics : l'ADLC et l'AFA

3.1.2.1 L'Autorité de la concurrence (ADLC)

L'ADLC est une autorité administrative indépendante, spécialisée dans l'analyse et la régulation du fonctionnement de la concurrence sur les marchés, pour la sauvegarde de l'ordre public économique, au service de la compétitivité et du consommateur.

Parmi ses fonctions, et comme le Conseil de la concurrence avant elle, l'ADLC intervient, de sa propre initiative ou sur saisine, lorsque la concurrence est faussée sur un marché, quel que soit le statut des opérateurs ou l'activité concernée. Elle peut, dans ce contexte, sanctionner des pratiques anticoncurrentielles (ententes, abus de position dominante) en prononçant, si nécessaire, des mesures d'urgence, des injonctions, ou des sanctions pécuniaires.

Dans le cadre de ses missions, l'ADLC porte une attention particulière à la lutte contre les pratiques anticoncurrentielles dans les marchés publics.

La détection de collusions entre entreprises lors d'appels d'offres publics s'avère cependant très difficile :

- d'une part, en raison des techniques mises en œuvre par ces entreprises qui sont généralement sophistiquées (échanges secrets utilisant des méthodes difficilement traçables) ;
- d'autre part, du fait de leur caractère local et de la difficulté à obtenir des informations précises et détaillées sur l'ensemble des offres présentées.

Dans ce cadre complexe, les moyens mis en œuvre par l'ADLC sont multiples et relèvent à la fois de ses pouvoirs généraux d'investigation et d'actions spécifiques à la commande publique.

Mise en œuvre des pouvoirs d'enquête de l'ADLC

La vigilance de l'ADLC sur le fonctionnement des marchés publics est assurée par différents mécanismes.

L'ADLC veille au libre jeu de la concurrence et apporte son concours au fonctionnement concurrentiel des marchés aux échelons européen et international³⁴.

Les pouvoirs d'enquête constituent les moyens d'atteindre ces objectifs et de mettre en œuvre, notamment, les dispositions du Titre II du Livre IV du code de commerce en matière de pratiques anticoncurrentielles.

Entre 2017 et 2019, l'activité de l'ADLC en matière de pratiques anticoncurrentielles dans le cadre de marchés publics peut se résumer de la manière suivante :

- quatre décisions ont été adoptées par l'ADLC, dont deux décisions de sanction, un rejet et un non-lieu;
- trois demandes de clémence³⁵ ont été réceptionnées en 2018 et deux en 2019 ;
- plusieurs indices et rapports administratifs d'enquête ont été adressés par la DGCCRF ;
- l'ADLC s'est saisie d'office une fois en 2017 et à quatre reprises en 2018 (ces affaires sont en cours d'instruction) ;
- l'ADLC a été saisie une fois par un tiers en 2018 et à une reprise par la DGCCRF en 2019 (ces affaires sont en cours d'instruction) ;

³⁴ Article L. 461-1 du code de commerce.

³⁵ Démarche par laquelle une entreprise ou un organisme qui a, avec d'autres, mis en œuvre une pratique prohibée par les dispositions de l'article L. 420-1, contribue à établir la réalité de la pratique prohibée et à identifier ses auteurs, en apportant des éléments d'information dont l'ADLC ou l'administration ne disposait pas antérieurement. La procédure de clémence permet d'accorder à cette entreprise ou organisme, sous certaines conditions, une exonération totale ou partielle des sanctions pécuniaires (cf. articles L. 464-2 et R. 464-5 du code de commerce).

- l'ADLC est actuellement saisie de plusieurs commissions rogatoires par des juges d'instruction.

Conformément à l'article L. 450-1 du code de commerce, les agents des services d'instruction de l'ADLC sont habilités à procéder à toute enquête nécessaire à l'application des dispositions des titres II et III du livre IV du code de commerce. Ces enquêtes peuvent être menées à partir de la saisine de l'ADLC par un plaignant, d'une demande de clémence, de signalements externes ou internes ou encore d'indices transmis par la Direction générale de la Concurrence, de la Consommation et de la Répression des fraudes (DGCCRF).

Sur ce dernier point, en effet, l'architecture institutionnelle mise en place par la loi de modernisation de l'économie de 2008 repose sur une complémentarité des pouvoirs d'enquête de la DGCCRF et de l'ADLC (Cf. VI Informations sur les organes de contrôle des marchés publics).

En matière de marchés publics, cette complémentarité est fondamentale dans la mesure où la DGCCRF, par le biais de son réseau déconcentré d'agences et de services, est en mesure d'effectuer une veille concurrentielle rapprochée et permanente des marchés publics qui sont organisés sur le territoire, en particulier ceux qui ont une dimension locale³⁶.

Afin de mettre en œuvre encore plus efficacement ces pouvoirs d'enquête complémentaires, la DGCCRF et l'ADLC ont conclu, le 14 juin 2019, un protocole de coopération qui vise à redéfinir et renforcer davantage leur partenariat.

Formalisant une coopération déjà riche, il identifie parmi les priorités communes les problématiques liées à la commande publique, en prévoyant le cas échéant la possibilité de cibler un secteur d'activité particulier sur lequel elles orienteraient conjointement leurs investigations.

En outre, les échanges qui interviennent entre les différentes autorités de concurrence européennes dans le cadre du **Réseau européen de concurrence (REC)** permettent à l'ADLC d'être informée de l'existence de procédures en cours au niveau national en matière de marchés publics.

Cette information peut s'avérer utile dans la mesure où elle peut permettre d'identifier certains secteurs particulièrement exposés au risque concurrentiel, ce qui peut déclencher une vigilance accrue de la part de l'ADLC sur ces secteurs.

Les agents de l'ADLC peuvent également être appelés à participer à certaines enquêtes pénales, notamment pour des pratiques mises en œuvre dans le cadre de marchés publics.

³⁶ À noter que la lutte contre les pratiques anticoncurrentielles dans la commande publique est l'une des missions de la DGCCRF inscrite dans son programme national d'enquête (PNE) pour 2020 : https://www.economie.gouv.fr/files/files/directions_services/dgccrf/dgccrf/pne/2020/pne-2020.pdf

Outre ses pouvoirs généraux d'enquête, l'ADLC possède également des moyens plus spécifiques mis en œuvre pour la détection de pratiques anticoncurrentielles dans la commande publique.

Actions spécifiques mises en œuvre par l'ADLC en matière de marchés publics

Les services d'instruction de l'ADLC assurent une veille en matière de marchés publics des décisions des tribunaux correctionnels qui aboutissent à une condamnation pénale des auteurs (personnes physiques) pour entente, sur le fondement de l'article L. 420-6 du code de commerce.

Enfin, l'ADLC a organisé des formations et actions de sensibilisation aux problématiques de concurrence dans les marchés publics, à l'attention d'entreprises et d'acheteurs publics.

À titre d'exemple, deux rapporteurs des services d'instruction de l'ADLC ont participé au mois en juin 2019, avec la Direction Départementale de La Protection des Populations (DDPP) des Yvelines et la Brigade interrégionale d'enquêtes de concurrence (BIEC) d'Ile de France, à une rencontre avec plusieurs acheteurs publics du département des Yvelines portant sur le thème « Commande publique et régulation des marchés ». L'ADLC a présenté son rôle, le déroulé d'une instruction et les sanctions encourues, tout en donnant quelques exemples de décisions.

Plus généralement, l'ADLC a développé ces dernières années une véritable stratégie de pédagogie de la concurrence.

Une autre entité participant au contrôle de la bonne application des règles en matière de marchés publics est l'AFA.

3.1.2.2 L'Agence française anticorruption (AFA)

L'AFA a été créée par la loi dite « Sapin 2 » n° 2016-1691 du 9 décembre 2016 relative à la transparence, à la lutte contre la corruption et à la modernisation de la vie publique.

Ce service à compétence nationale, placé sous l'autorité conjointe du ministre de la Justice et du ministre de l'Economie, des Finances et de la Relance, a pour mission d'aider les personnes de droit privé ou public, à prévenir et à détecter les manquements au devoir de probité que sont les faits de corruption, de trafic d'influence, de concussion, de prise illégale d'intérêt, de détournement de fonds publics et de favoritisme.

L'AFA remplit cette mission en actionnant deux leviers complémentaires et totalement indépendants que sont, d'une part, le conseil aux acteurs publics et économiques et d'autre part, le contrôle de la qualité et de l'efficacité des dispositifs anticorruption existants.

Après sa mise en place courant 2017, l'année 2018 a été marquée par la montée en puissance progressive des actions de l'AFA au bénéfice des administrations d'État et des acteurs du secteur public local ainsi que par l'augmentation significative de ses activités de contrôle.

Depuis sa création, un premier bilan peut être dressé à partir de cas concrets issus des contrôles portant sur les dispositifs de prévention des risques d'atteinte à la probité dans les marchés publics.

Il est néanmoins rappelé que ces enseignements tirés des contrôles de l'AFA ne sauraient être considérés comme une description exhaustive de l'application des règles régissant la commande publique, l'AFA n'étant pas chargée d'observer leur mise en œuvre.

Après avoir diligenté 6 premiers contrôles portant sur des acteurs économiques en 2017³⁷, l'AFA a mené 51 contrôles et examens préalables en 2018³⁸.

Consolidant sa stratégie, l'AFA a poursuivi ses activités de conseil et de contrôle sur un rythme soutenu avec notamment 36 nouveaux contrôles, 50 formations et près de 70 interventions de sensibilisation au cours de l'exercice 2019³⁹.

Le contrôle des acteurs publics a été guidé par la volonté de contrôler des entités appartenant à des catégories juridiques différentes, de préférence de grande taille, et particulièrement exposées aux risques d'atteintes à la probité compte tenu de leur activité ou de leur gouvernance (faiblesse des tutelles ou des contrôles externes notamment).

Les premiers contrôles sur les acteurs publics montrent d'une manière générale qu'ils ont une maturité assez faible en particulier sur l'existence d'un code de conduite (ou charte de déontologie), sur les pratiques relatives aux cadeaux, invitations et autres avantages ainsi que sur les conflits d'intérêts.

En ce qui concerne la prévention et la détection des atteintes à la probité :

- les mesures de lutte contre les atteintes à la probité sont éparées, incomplètes et ne s'appuient pas sur une évaluation des risques ;
- dans les collectivités, les procédures de prévention et de détection des atteintes à la probité reposent rarement sur une approche intégrant à la fois les élus et les services ;
- les obligations légales en matière de déontologie (désignation d'un référent déontologue, dispositif de recueil des signalements, obligations déclaratives, cumuls d'activités, obligation de déport, etc.) sont inégalement respectées ;
- au-delà des obligations légales, la culture de la maîtrise des risques est peu

³⁷ Portant exclusivement sur les acteurs économiques : 6 entreprises françaises dont 1 entreprise publique.

³⁸ 4 examens préalables à l'établissement d'une mesure judiciaire, 4 contrôles à la demande de l'autorité judiciaire en exécution d'une Convention judiciaire d'intérêt public (CJIP) et 43 contrôles d'initiative (28 portant sur des acteurs économiques, dont 2 entreprises publiques et 11 filiales françaises de groupes étrangers, 15 sur des acteurs publics et associatifs, dont 6 établissements publics opérateurs de l'Etat, 1 association reconnue d'utilité publique, 2 CHU, 2 régions, 2 départements, 1 métropole, 1 société d'économie mixte locale).

³⁹ 2 examens préalables à l'établissement d'éventuelles CJIP à la demande du parquet national financier, 36 contrôles d'initiative, 20 portent sur des acteurs économiques, dont 3 contrôles globaux portant sur des entreprises du CAC 40, 12 contrôles thématiques portant sur les principales entreprises d'un secteur d'activité particulièrement exposé aux atteintes à la probité³⁹ et 5 contrôles de suites d'avertissement sur des entités contrôlées en 2017-2018, 16 sur des acteurs publics et associatifs dont 11 contrôles globaux (portant sur 1 direction d'administration centrale, 2 acteurs majeurs des jeux olympiques 2024, 1 fédération sportive, 1 établissement public, 1 collectivité d'outre-mer, 2 régions, 2 départements, 1 OPH) et 5 contrôles de suites.

développée.

En ce qui concerne plus particulièrement la commande publique :

- la fonction « Achats » peut généralement s'appuyer sur des guides ou procédures internes permettant de clarifier les compétences des différents acteurs et les règles applicables. Toutefois, ces guides ne sont pas toujours suffisamment détaillés, notamment sur les sous-processus à risques en amont (*sourcing*, évaluation des besoins) et au moment de l'exécution ;
- les personnes titulaires d'une délégation de pouvoir ou de signature ne sont pas systématiquement appelées à rendre compte de l'usage fait de ces délégations ;
- l'identification des risques ne repose pas sur une cartographie des risques propres au processus achat notamment lors des phases de *sourcing*, de définition des besoins, de computation des seuils, de négociation ou d'exécution ;
- il est constaté une insuffisance des dispositifs de contrôle interne de 1^{er} niveau et 2^{ème} niveau, notamment pour les marchés de moins de 40 000 €, généralement fortement déconcentrés dans les services ;
- les mesures déontologiques, notamment de prévention et de gestion des conflits d'intérêts, sont peu répandues ;
- certains montages comme les BEFA⁴⁰ ou les VEFA⁴¹ sont parfois utilisés pour contourner les règles de la commande publique.

Selon l'AFA, rares sont les collectivités territoriales qui disposent d'un plan global anticorruption.

Les acteurs publics limitant parfois leur analyse des risques aux seules activités générant des flux financiers, les actions de l'AFA visent à les inciter à un examen de l'ensemble de leurs activités et processus de décision (commande publique, recrutement, attribution de subventions ou d'aides individuelles, délivrance d'autorisations, de titres ou de diplômes).

3.1.3 Retours d'expérience de certains acteurs du secteur public local

Entre 2017 et 2019, les collectivités territoriales ont mis en place des outils et des actions afin de prendre en compte et de limiter les risques qui pèsent sur elles en tant qu'acheteur public.

Ainsi par exemple, la Métropole Aix-Marseille a rédigé une charte de déontologie spécifique pour les acheteurs tout comme la Métropole Nice Côte d'Azur, et dispose d'un guide interne sur la déontologie dans les achats « commande publique » ainsi que Bordeaux Métropole qui organise également des sensibilisations au risque pénal.

Également à titre d'exemple, la Métropole Nice Côte d'Azur a mis en place un processus de sécurisation qui prévoit des contrôles bloquants et des espaces protégés en cas de marchés

⁴⁰ Bail commercial en l'état futur d'achèvement

⁴¹ Vente en l'état futur d'achèvement

*workflows*⁴² avec une commande publique centralisée, des *sourcing* sécurisés et centralisés, des négociations encadrées par les acheteurs ainsi qu'un accord de confidentialité sur les dossiers sensibles à fort enjeu financier ou stratégique. Elle forme également ses agents, référents, élus et membres de la CAO⁴³ sur les marchés publics et aux risques encourus (son règlement intérieur évoque également ces sujets). Elle possède un réseau de référents identifiés doté de la traçabilité correspondante. Elle a mis en place des commissions d'évaluation internes de contrôles ainsi qu'une section de contrôle d'exécution financière au sein de la commande publique.

La DGCL⁴⁴ est l'interlocuteur privilégié des collectivités territoriales. Elle est chargée d'élaborer l'ensemble des dispositions les concernant, de définir les orientations relatives à la politique nationale et européenne de cohésion des territoires et de politique de la ville. (Cf. 5. Informations sur les organes de contrôle des marchés publics.

Selon la source DGCL, « les collectivités locales en chiffres 2019 », au 31 décembre 2017, la France comptait 1 970 000 agents rémunérés sur emploi principal dans la fonction publique territoriale (FPT). Si l'on rapporte le nombre de poursuites contre les fonctionnaires territoriaux à ce chiffre, cela donne un taux de mise en cause pénale de 0.0415 % toutes infractions confondues soit un taux près de 7 fois inférieur à celui constaté pour les élus locaux.

Selon le rapport annuel de l'observatoire SMACL⁴⁵ de 2018, les manquements au devoir de probité constituent le 1^{er} motif de poursuites et de condamnations des élus locaux et des fonctionnaires territoriaux.

Selon la source DGCL, « les collectivités locales en chiffres 2019 », au 1^{er} janvier 2019, la France comptait 571 241 élus locaux. Si l'on rapporte le nombre de poursuites contre les élus locaux à ce chiffre, cela donne un taux de mise en cause pénale de 0.286 % toutes infractions confondues, y compris pour des faits où la probité des élus n'est pas en jeu.

Il est à noter que les poursuites pour atteinte à la probité restent réduites en France (390 personnes en 2018) au regard du nombre de décideurs publics, du nombre de marchés recensés (Pour rappel : + de 170 000) et des volumes budgétaires (+ de 110 milliards d'euros pour la commande publique par an environ).

C'est en continuant de mener des campagnes de prévention active qu'il sera possible de préserver ces faibles pourcentages de poursuites ou de faits condamnés par la justice.

⁴² Représentation ou modélisation d'un ensemble de tâches nécessaires à la réalisation d'un processus opérationnel métiers

⁴³ Commission d'appel d'offres

⁴⁴ Direction générale des collectivités locales

⁴⁵ SMACL Assurances, la mutuelle d'assurance des collectivités et de leurs agents

Rapports annuels de l'Observatoire SMACL des risques de la vie territoriale : <https://www.smacl.fr/rapport-annuel-de-l-observatoire-smacl>

3.2 Documents à l'appui

Toute preuve disponible sur les actions / mécanismes et mesures décrits à la section III.1. ci-dessus démontrant le respect des nouvelles dispositions sur la prévention, la détection et signalement adéquat des irrégularités et des conflits d'intérêts en matière de marchés publics

Loi n° 2016-1691 du 9 décembre 2016 relative à la transparence, à la lutte contre la corruption et à la modernisation de la vie économique :

<https://www.legifrance.gouv.fr/affichTexte.do?cidTexte=JORFTEXT000033558528&categorieLien=id>

Le décret n° 2017-516 du 10 avril 2017 portant diverses dispositions en matière de commande publique :

<https://www.legifrance.gouv.fr/jorf/id/JORFTEXT000034410634?r=MGjLL5B2wW>

Site institutionnel de Haute Autorité pour la transparence de la vie publique :
<http://www.hatvp.fr/>

Site institutionnel de l'Agence française anticorruption : <https://www.economie.gouv.fr/afa>

Plus spécifiquement, fiche concernant le périmètre de contrôle de l'Agence :

<https://www.economie.gouv.fr/afa/precisions-sur-perimetre-des-contrôles-lagence-francaise-anticorruption>

Recommandations de l'Agence destinées à aider les personnes morales de droit public et de droit privé à prévenir et à détecter les faits de corruption, de trafic d'influence, de concussion, de prise illégale d'intérêt, de détournement de fonds publics et de favoritisme (version anglaise) :

https://www.economie.gouv.fr/files/files/directions_services/afa/French_Anticorruption_Agency_Guidelines.pdf

Site institutionnel de l'Autorité de la concurrence : <https://www.autoritedelaconcurrence.fr/fr>

Site institutionnel de Délégation nationale à la lutte contre la fraude :

<https://www.economie.gouv.fr/dnlf/role-dnlf>

https://www.economie.gouv.fr/files/files/directions_services/dnlf/NATIONAL_ANTI_FRAUDE_UNIT.pdf (version anglaise)

Fiche DAJ du 12/04 /201 relative notamment au décret n° 2017-516 du 10 avril 2017

https://www.economie.gouv.fr/files/files/directions_services/daj/marches_publics/actualites/f-t-decret-2017-516.pdf

3.3 Indicateurs quantitatifs relatifs aux manquements à la probité

L'activité judiciaire en matière de manquements à la probité porte sur les délits regroupés au sein des catégories suivantes :

- corruption,
- concussion,
- favoritisme,
- prise illégale d'intérêt,
- recel,
- trafic d'influence,
- autres infractions (ex. détournement ou destruction de biens d'un dépôt public par le dépositaire ou un de ses subordonnés).

Les statistiques ci-dessous ne sont pas spécifiques aux marchés publics mais donnent un aperçu général des infractions.

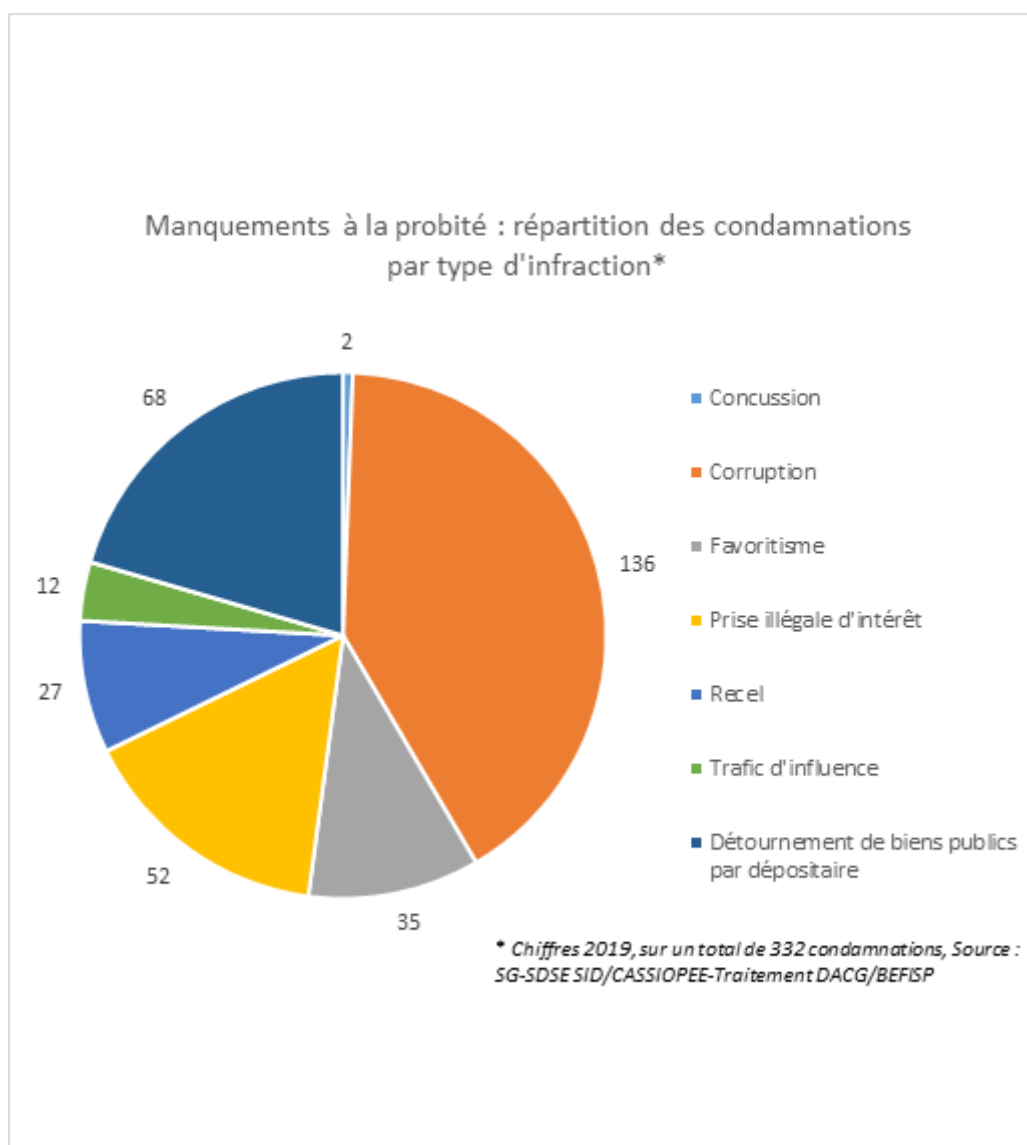
En 2019, les parquets ont orienté 813 affaires de manquement à la probité, ce qui traduit une **hausse de +12,6 % par rapport à 2014** (722 affaires orientées).

Parmi les 1 263 auteurs orientés en 2019, 242 (19,2 % des auteurs orientés) étaient des personnes morales.

Près des **¾ des individus ayant fait l'objet d'une réponse pénale en matière d'atteinte à la probité ont été poursuivis en 2019** (393 individus), dont **plus de la moitié (56,2 %)** a fait l'objet d'une **information judiciaire**. Le taux élevé d'ouvertures d'informations judiciaires s'explique par le caractère souvent complexe et parfois sensible des affaires en la matière.

Si le taux de réponse pénale n'a que très légèrement fluctué de 2014 à 2019, il reste **nettement supérieur au taux de réponse pénale** de l'ensemble des contentieux (hors contentieux routier) à hauteur de 92,3 %, contre à 88,4 % en 2019.

En 2019, 332 infractions relevant du champ infractionnel des manquements à la probité ont été visées dans les 274 condamnations prononcées. Dans quatre cas sur dix, il s'agissait d'infractions de corruption (41 %) qu'elle soit active (28 %) ou passive (13 %), de détournements de biens publics par dépositaire de l'autorité publique (20,5 %), prise illégale d'intérêt (15,6 %) ou favoritisme (10,5 %). Ce chiffre était de 286 en 2018.



4. Niveau de participation des PME à la commande publique

4.1 Rapport qualitatif sur la participation des PME dans les marchés publics

La notion de petites et moyennes entreprises (PME) recouvre les entreprises qui emploient moins de 250 personnes et dont le chiffre d'affaires annuel n'excède pas 50 millions d'euros ou dont le total du bilan annuel n'excède pas 43 millions d'euros⁴⁶. On note que le 3^{ème} critère relatif à « l'autonomie » (les parts ou droits de vote détenus par une autre entreprise sont inférieurs à 25 %) de la définition « européenne » de la PME est délicat à mesurer.

⁴⁶ La définition communautaire de la PME se trouve dans l'annexe I du règlement CE 800/2008 du 6 août 2008. Cette définition est reprise par le décret d'application (n° 2008-1354) de l'article 51 de la loi n° 2008-776 du 4 août 2008 de modernisation de l'économie.

Selon une radiographie des «entreprises en France», réalisée par l'Insee, la France comptait en 2017, 3,8 millions, et en 2018 3,9 millions de petites et moyennes entreprises marchandes non agricoles et non financières, y compris les microentreprises (MIC).

Au total, les PME emploient 6,3 millions de salariés (en ETP) et réalisent 43 % de la valeur ajoutée. En 2018, les PME se démarquent des entreprises de taille intermédiaire (ETI) et des grandes entreprises (GE) par une progression plus soutenue de la valeur ajoutée et de l'excédent brut d'exploitation, et par une diminution plus modérée du taux de marge.

La part des PME titulaires dans la commande publique en France est relativement stable et s'élève environ à 62 % des contrats signés et 32% de leur valeur sur la période 2017-2019. Un tiers du montant de la commande publique est attribué à des PME, mais cela représente les deux tiers en nombre des marchés publics.

En 2017 et 2018, la part de la sous-traitance dans les marchés publics représente près de 76 % et les actes de sous-traitance réalisés au bénéfice des PME représentant 66,5 % des montants sous traités.

De nombreuses mesures, tant juridiques qu'opérationnelles, ont été prises entre 2017 et 2019 afin de soutenir la participation des PME à la commande publique.

En effet, on constate que même si de nombreuses mesures réglementaires sont prévues dans le droit de la commande publique, elles ne suffisent pas à réduire l'ensemble des freins à l'accès des PME aux marchés publics. Certaines difficultés perdurent telles que celles de financement ou de trésorerie par exemple.

C'est pourquoi, afin d'améliorer les pratiques d'achat et de mutualiser les bonnes pratiques, un guide pour « faciliter l'accès des TPE/PME à la commande publique » a été publié par l'OECP⁴⁷ en 2019 en complément des mesures réglementaires adoptées en faveur des TPE/PME pour les marchés publics de l'État : augmentation des avances, diminution de la retenue de garantie...

4.1.1 La réécriture et la publication du guide pratique « Faciliter l'accès des TPE/PME à la commande publique » de l'OECP (Version 1 de juin 2019)

Les pratiques d'achat ont été identifiées par l'OECP comme un axe d'effort, en complément des mesures récentes déjà adoptées en faveur des TPE/PME pour les marchés publics de l'Etat.

C'est pourquoi, l'OECP a réécrit entièrement son guide relatif à l'accès des TPE/PME aux marchés publics qui datait de 2013 afin d'intégrer la nouvelle réglementation applicable et de valoriser les retours d'expérience identifiés lors des travaux préparatoires.

⁴⁷ Observatoire économique de la commande publique

Élaboré en concertation dans le cadre d'un groupe de travail réunissant acheteurs publics de tous types, fédérations professionnelles et institutions, ce guide pratique s'adresse principalement aux acheteurs et a vocation à s'appliquer à l'ensemble des entreprises indépendamment de leur taille. Cette dernière version a été publiée le 4 juillet 2019.

L'OECP a rassemblé, dans ce guide, des recommandations organisées selon la chronologie d'un marché : préparation de la procédure de passation (Partie 1), passation (Partie 2) et suivi de l'exécution du contrat (Partie 3).

Cet outil a pour objectifs :

- de poursuivre la démarche de facilitation de l'accès des TPE/PME à la commande publique, dans un contexte d'évolution normative, mais également de transformation numérique et
- de développer une vision partagée des marchés publics autour des bonnes pratiques existantes.

Les seize fiches thématiques pratiques qui le composent renvoient également aux fiches techniques publiées sur le site de la DAJ dans la rubrique « Conseil aux acheteurs ».

Au titre de la préparation de la procédure de passation du marché, ce guide contient une fiche relative à la **définition des besoins**, axée sur l'intérêt de définir et d'analyser le besoin de manière fonctionnelle au lieu de se référer à des normes ou autres documents techniques équivalents. Comme indiqué dans le guide et à titre d'exemple, la SNCF précise dans les documents de la consultation le niveau de flexibilité (aucune, faible, moyenne, importante) autorisé autour des objectifs de performance et des exigences fonctionnelles.

La fiche 1 est également dédiée à la **pratique du sourcing**⁴⁸. Cet « outil de connaissance du marché économique » est un levier fondamental pour l'accès des PME aux marchés publics puisque ces rencontres permettent à la fois de mieux cerner leurs contraintes et de faire œuvre de pédagogie concernant les règles de la commande publique. Particulièrement appréciées par les PME, cette pratique s'est développée, depuis la consécration du *sourcing* dans le code de la commande publique à la faveur des directives de 2014, par exemple au sein de France urbaine et notamment pour Brest Métropole.

Sujet récurrent en matière d'accès des TPE/PME à la commande publique, **l'allotissement des prestations** fait l'objet de la deuxième fiche de ce guide. Parmi les exemples cités dans le guide, le chantier du parc des expositions de Toulouse Métropole illustre l'allotissement à l'échelle d'un projet d'envergure. En effet, après une concertation avec les fédérations professionnelles, l'opération de plus de 300 millions d'euros (bâtiments, voiries, parkings, prolongement du tramway...) a été allotie en **40 lots**, dont la moitié à moins d'1 million d'euros. Ce projet a nécessité une maîtrise d'ouvrage déléguée pour en assurer le pilotage.

⁴⁸Rencontres avec les entreprises dont les PME dans le cadre de la préparation de la consultation

La troisième fiche de ce guide recommande de fixer des **délais de procédure adaptés**.

Les conseils en matière de préparation de la procédure portent aussi sur le **choix des critères de sélection et d'attribution des candidatures et des offres** (Fiche n° 4), **sur les variantes, les prestations supplémentaires éventuelles (PSE) et les options** (Fiche n° 5) ainsi que sur les modalités permettant de développer les candidatures des TPE/PME sous la forme de **groupements momentanés d'entreprises (GME)** (Fiche n° 6).

Ainsi parmi les exemples cités dans le guide, la Métropole d'Aix-Marseille Provence qui explique ne pas avoir requis de solidarité des membres du groupement ni de son mandataire (la forme du groupement étant laissée à l'appréciation des candidats) dans le cadre d'un marché permettant l'entretien et la rénovation de divers sites et portant sur 11 corps d'état. En outre, aucune garantie à première demande ou retenue de garantie n'était demandée pour les commandes inférieures à 200 K€⁴⁹, alors que les avances étaient versées à hauteur de 30% dès que la commande était supérieure à 10 K€.

Concernant la procédure de passation du marché, le guide apporte des éléments afin de **préparer la phase de négociation** (Fiche n° 7), de **garantir la confidentialité des offres** (Fiche n° 8) et de **détecter les offres anormalement basses (OAB)** (Fiche n° 9) Sur ce dernier point, de nombreuses chartes locales signées par exemple avec des fédérations professionnelles du BTP proposent des courriers types à adresser aux candidats pour qu'ils justifient leur offre de prix.

L'indemnisation des prestations réalisées par les candidats pour présenter leurs offres est quant à elle traitée dans la Fiche n° 10.

Le suivi de l'exécution du marché permet d'aborder les problématiques de trésorerie des entreprises telles que : **les avances** (Fiche n° 11), **les exigences assurantielles** (Fiche n° 12), **les délais de paiement** (Fiche n° 13), **les pénalités de retard et les clauses incitatives ainsi que de réexamen** (Fiche n° 14), **les variations des prix** (Fiche n° 15) ainsi enfin qu'en Fiche n° 16 **la sous-traitance**.

À titre d'exemple et comme indiqué dans le guide, la SNCF met en œuvre des **clauses de bonus/malus** dans le domaine du nettoyage des gares notamment.

Des clauses incitatives sont également utilisées dans des marchés locaux de déchets. Parmi les exemples cités dans le guide, lors de la consultation relative à l'exploitation des déchèteries, la Métropole de Brest avait prévu une clause de performance afin de favoriser l'optimisation du tri en fonction de la nature des déchets. En cas de gains pour la collectivité, le titulaire se voit attribuer une partie de ceux-ci, en cas de pertes, une pénalité lui est appliquée.

⁴⁹ 1 Kilo Euros = 1000 euros

La **clause de performance**, calculée avec une formule prenant en compte les tonnages de l'année précédente et de l'année en cours, est plafonnée :

- à 10 % du montant annuel du marché de l'année n pour les gains,
- à 7 % du montant annuel du marché de l'année n pour les pertes.

Lors de la préparation de la passation du marché, les acheteurs sont invités à vérifier l'adéquation de ces clauses notamment en matière d'exigences financières des acheteurs par rapport aux capacités des PME.

L'instauration d'un dialogue avec le cocontractant et la mise en place d'un pilotage partenarial dès le démarrage du marché sont également à favoriser.

Ce guide a donc pour ambition, d'une part, de consolider le « réflexe PME » des acheteurs, qui doivent adapter leurs consultations afin que celles-ci soient réellement accessibles à tous types d'opérateurs économiques favorisant ainsi la concurrence et, d'autre part, d'accompagner ces opérateurs économiques grâce à une bonne appréhension des potentialités offertes par la commande publique.

Ainsi après avoir rappelé certains fondamentaux, le guide dégage de nouvelles pistes de progrès favorisant l'anticipation et la concertation (cf. ci-dessus).

4.1.2 La réglementation des contrats de la commande publique n'a cessé d'améliorer l'accès des PME à la commande publique

Le Pacte national pour la croissance, la compétitivité et l'emploi adopté le 6 novembre 2012 a défini 8 leviers de compétitivité afin d'atteindre à l'horizon 2020 qu'un volume de 2 % du montant de la commande publique de l'État, de ses opérateurs et des hôpitaux soit réservé aux PME innovantes. Le décret n°2013-623 du 16 juillet 2013 et la circulaire du 31 juillet 2013 ont modernisé le cadre des achats publics afin de mettre en œuvre cet objectif chiffré.

Le décret n° 2018-1225 du 24 décembre 2018 portant diverses mesures relatives aux contrats de la commande publique, telles que l'augmentation du montant des avances⁵⁰ et la diminution de celui de la retenue de garantie⁵¹ par l'État pour les PME.

Le décret n°2019-1344 du 12 décembre 2019⁵² modifiant certaines dispositions du code de la commande publique relatives aux avances, puisqu'il augmente le taux minimal des avances obligatoires versées aux PME par certains acheteurs publics en portant à 10 % le montant minimum des avances versées par les acheteurs locaux et les établissements publics

⁵⁰ Même si elle constitue, à la différence de l'acompte, une dérogation à la règle du « service fait », l'avance facilite l'exécution des marchés publics et assure un égal accès à ces contrats à toutes les entreprises, qu'elles disposent ou pas d'une trésorerie suffisante pour débiter l'exécution des prestations.

⁵¹ La retenue de garantie consiste à bloquer dans les comptes du comptable assignataire de l'acheteur une partie des sommes dues au titulaire du marché public. Il s'agit donc d'une créance du cocontractant conservée par l'acheteur à titre de sûreté.

⁵² Paru au Journal officiel du 13 décembre 2019

administratifs de l'État (hors hôpitaux publics) dont les dépenses de fonctionnement sont supérieures à 60 millions d'euros par an. Il vise à simplifier la commande publique, les procédures de passation des marchés publics et à faciliter l'accès des PME à la commande publique.

Le code de la commande publique pérennise l'ordonnance n° 2015-899 du 23 juillet 2015 relative aux marchés publics et le décret n° 2016-360 du 25 mars 2016 relatif aux marchés publics et contient de nombreuses dispositions en faveur des PME dont notamment :

- **les articles R. 2191-3 et suivants** qui imposent aux acheteurs, sous certaines conditions, d'accorder au titulaire le bénéfice d'une avance ;
- **l'article R. 2191-33** qui prévoit que « Le montant de la retenue de garantie ne peut être supérieur à 5 % du montant initial du marché augmenté, le cas échéant, du montant des modifications en cours d'exécution ». Il est précisé que ce taux est de 3 % lorsque l'acheteur conclut un marché public avec une PME ;
- **l'article R.2213-5** qui prévoit que le titulaire du marché de partenariat doit confier au minimum 10% du montant de l'exécution de leurs prestations à des PME ou à des artisans. Cette obligation constitue l'un des critères d'attribution du marché.

En outre, la consécration textuelle du *sourcing* a envoyé un signal fortement incitatif aux acheteurs ainsi qu'aux opérateurs économiques. L'acheteur peut s'appuyer sur les dispositions de l'article R.2111-1 du code de la commande publique en la matière pour débiter les échanges, rappeler ses objectifs et les limites de l'exercice. Elle a permis une véritable évolution des pratiques. (cf. Parties III Prévention, détection et signalement adéquat des cas de fraude, de corruption, de conflits d'intérêts et ... & V.2 Innovation)

Enfin, la loi n°2019-486 du 22 mai 2019 relative à la croissance et à la transformation des entreprises dite **PACTE** publiée le 23 mai 2019 modernise et rationalise l'exécution des contrats de la commande publique.

Elle comprend notamment les trois mesures suivantes :

- l'article 106 définit et encadre **l'affacturage inversé**⁵³ dans les marchés publics. L'acheteur dispose d'un outil efficace pour raccourcir les délais de paiement ce qui est essentiel pour éviter que les PME ne renoncent à participer à certains marchés publics par peur d'être confrontées à des difficultés de trésorerie. Par exemple, l'UGAP⁵⁴ propose une solution d'affacturage inversé pour ses titulaires (fournisseurs de rang 1) permettant de réduire le délai de paiement jusqu'à 3 jours ;
- de même, l'article 193⁵⁵ qui transpose, au niveau législatif, la directive 2014/55/UE du Parlement européen et du Conseil du 16 avril 2014 relative à la **facturation électronique**

⁵³ Ce renforcement des règles applicables à l'exécution financière des marchés publics permet à l'entreprise titulaire du marché d'être payée plus rapidement car ce mode de cession de créances se différencie de l'affacturage classique par son déclenchement à l'initiative de l'acheteur.

⁵⁴ L'Union des Groupements d'Achats Publics est une centrale d'achat publique française, placée sous la double tutelle du ministre chargé du budget et du ministre chargé de l'éducation nationale

⁵⁵ Codifiée dans le code de la commande publique l'ensemble des dispositions relatives à la facturation électronique déjà en vigueur issue de l'ordonnance n° 2014-697 du 26 juin 2014 relative au développement de la facturation

dans le cadre des marchés publics, contribue à réduire, pour les acheteurs comme pour les opérateurs économiques, les tâches à faible valeur ajoutée et les délais de paiement. Il permet ainsi une simplification de l'exécution financière de l'ensemble des contrats de la commande publique ;

- enfin, l'article 195 modifie l'article L. 2194-3 du code de la commande publique⁵⁶. En **interdisant les ordres de service à zéro euro dans les marchés publics de travaux**, les acheteurs doivent valoriser les ordres de service adressés aux titulaires de marchés publics. Cette mesure facilite l'établissement des factures et participe elle aussi à la réduction des délais de paiement.

4.1.3 Lutte contre les retards de paiement dans les contrats de la commande publique

Les délais de paiement sont un enjeu fondamental pour l'activité, le financement et la compétitivité des entreprises. Raccourcir les délais de paiement est essentiel pour éviter que les PME ne soient confrontées à des difficultés de trésorerie et ne renoncent donc à participer à certains marchés publics.

C'est pourquoi l'Etat s'est attaché à traiter cette problématique sous tous ses aspects : juridique (délais de paiement), technique (outils de fluidification des paiements) et organisationnel (nouvelles modalités de partenariat entre l'ordonnateur et le comptable). Les gouvernements successifs ont fait de la réduction des délais de paiement l'un des axes de leur politique en matière d'amélioration de la compétitivité. Les efforts entrepris ont permis de réduire considérablement les DGP⁵⁷.

L'Observatoire des délais de paiement qui est chargé de suivre l'évolution des délais de paiement interentreprises, comme ceux du secteur public (État, hôpitaux, collectivités locales), publie un rapport annuel pour rendre compte des évolutions observées en la matière.

Concernant les dépenses publiques, les délais sont passés au niveau national, entre 2011 et 2019, de 36 jours à 14,9 jours pour l'ensemble des dépenses, et de 45,1 jours à 19,4 jours pour la commande publique.

Sur la période 2017-2019 qui est sous observation, les évolutions significatives suivantes ont été constatées :

électronique. Il renforce et modernise le dispositif de facturation électronique issue des dispositions de l'ordonnance n°2014-697 et du décret n° 2016-1478 du 2 novembre 2016

⁵⁶ « Les prestations supplémentaires ou modificatives demandées par l'acheteur au titulaire d'un marché public de travaux qui sont nécessaires au bon achèvement de l'ouvrage et ont une incidence financière sur le marché public font l'objet d'une contrepartie permettant une juste rémunération du titulaire du contrat. »

⁵⁷ Le délai global de paiement constitue le délai imparti à la personne publique pour payer le titulaire du marché public qui s'écoule entre la date de réception de la demande de paiement (facture) par les services de l'acheteur (ou la date d'exécution des prestations si elle est postérieure) et la date de sa mise en paiement par le comptable public. Ainsi dans les marchés publics, le délai de paiement part à compter de la constatation du service fait et varie de 30 à 60 jours. Dans le privé, le point de départ du délai de paiement est l'émission de la facture. Le délai de paiement varie de 45 à 60 jours et est au maximum de 30 jours à partir de l'exécution de la prestation.

Entre 2018 et 2019, les délais de paiement des services de l'État (le DGP) s'améliorent de 2 jours pour se situer en moyenne à 19,4 jours. Le taux de paiement à 30 jours et moins, qui avait reculé en 2018, s'améliore également et atteint 88,8 % en 2019 (+ 2,3 points). Ce résultat positif serait lié à la montée en puissance des services facturiers (SFACT) qui désignent un centre de traitement et de paiement unique des factures placées auprès du comptable public. L'extension de ce mode d'organisation à l'ensemble des services déconcentrés de l'État est en voie d'achèvement.

Concernant le secteur public local, le délai de paiement est inférieur au plafond réglementaire de 30 jours toutes catégories de collectivités et d'établissements publics locaux et hospitaliers confondus.

Enfin, le rapport 2019, ⁵⁸qui traite de l'évolution des délais de paiement sur la période 2018-2019 (il ne couvre donc pas l'impact de la crise de la Covid-19), montre que les acquis de la loi de modernisation de l'économie de 2008 pour réduire les délais de paiement sont solides.

Les paiements interentreprises sont désormais en dessous des 60 jours : 44 jours pour les délais clients et 51 jours pour les délais fournisseurs en 2018. Les comportements de paiements sont comparables d'un secteur à l'autre. Selon l'Observatoire des délais de paiement qui se fonde sur la base d'indicateurs convergents, il semble que les délais de paiements aient atteint un « plafond de verre ». La proportion de grandes entreprises réglant leurs fournisseurs sans retard est toujours significativement plus faible que celle des entreprises de taille plus modeste.

Dans le secteur public, s'agissant des collectivités territoriales et des établissements publics locaux et hospitaliers, s'ils demeurent en moyenne en-deçà du délai réglementaire, leurs délais de paiement passent de 26,8 jours à 27,4 jours, en 2019. L'Observatoire des délais de paiement constate que :

- la réorganisation territoriale et comptable des services de l'État a conduit à une nette amélioration du DGP ;
- les contrôles et les sanctions mis en place par la DGCCRF⁵⁹ sont efficaces et incitent les entreprises à respecter les délais légaux.

La politique de contrôle conduite par la DGCCRF confirme donc son importance. En 2019, 1 517 établissements ont été contrôlés avec un taux d'anomalie de 31 %, grâce à un ciblage efficace des contrôles.

Enfin, la réforme du droit de la commande publique amorcée depuis 2016 mène à une **dématérialisation des procédures de passation de certains marchés publics** et au déploiement d'une démarche d'Open Data. **Le décret n°2019-748 du 18 juillet 2019 relatif à la facturation électronique dans la commande publique** achève la transposition dans le code de la commande publique de la directive 2014/55/UE du Parlement européen et du Conseil du 16

⁵⁸ Paru le 8 octobre 2020

⁵⁹ Direction générale de la Concurrence, de la Consommation et de la Répression des fraudes

avril 2014 relative à la facturation électronique dans le cadre des marchés publics. Ainsi, toutes les factures adressées par les entreprises pour des contrats conclus par l'État, les collectivités territoriales et les établissements publics ont été progressivement dématérialisées.

Tous les pouvoirs adjudicateurs et entités adjudicatrices doivent ainsi être en mesure de recevoir des factures électroniques répondant à une norme européenne. Cette réforme constitue un pas supplémentaire vers la simplification de l'exécution financière de l'ensemble des contrats de la commande publique. Si la facturation électronique a notamment pour objectif d'améliorer les délais de paiements, elle a également pour effet indéniable de réduire l'impact écologique et les coûts engendrés notamment par l'impression (cf. V4. Dématérialisation des marchés publics : simplifier la vie des acteurs).

4.2. Documents à l'appui

Toute preuve ou pièce justificative disponible pour le point IV.1, illustrant les mesures, réalisations ou défis rencontrés, relatifs à la facilitation de la participation des PME aux marchés publics.

- **Loi n° 2017-256 du 28 février 2017 de programmation relative à l'égalité réelle outre-mer et portant autres dispositions en matière sociale et économique (loi sur l'égalité réelle outre-mer)**

<https://www.legifrance.gouv.fr/jorf/id/JORFTEXT000034103762/>

- **Décret n° 2018-1225 du 24 décembre 2018 portant diverses mesures relatives aux contrats de la commande publique**

<https://www.legifrance.gouv.fr/jorf/id/JORFTEXT000037852355?r=58NNzOkW6j>

- **Décret n° 2019-33 du 18 janvier 2019 fixant la liste des pièces justificatives que le public n'est plus tenu de produire à l'appui des procédures administratives en application de l'application de l'article L. 113-13 du code des relations entre le public et l'administration**

<https://www.legifrance.gouv.fr/jorf/id/JORFTEXT000038029642/>

- **Décret n° 2019-31 du 18 janvier 2019 relatif aux échanges d'informations et de données entre administrations**

<https://www.legifrance.gouv.fr/loda/id/JORFTEXT000038029589/2019-02-01/>

- **Loi n°2019-486 du 22 mai 2019 relative à la croissance et à la transformation des entreprises (PACTE)**

<https://www.legifrance.gouv.fr/jorf/id/JORFTEXT000038496102/>

- **Décret n° 2019-1344 du 12 décembre 2019 modifiant certaines dispositions du code de la commande publique relatives aux seuils et aux avances**

<https://www.legifrance.gouv.fr/jorf/id/JORFTEXT000039494397/>

- **Rapports annuels de l'Observatoire des délais de paiement (2017, 2018 & 2019) :**
<https://www.economie.gouv.fr/remise-rapport-annuel-2019-observatoire-delaix-paiement>
<https://www.finances.gov.ma/fr/Pages/observatoire-delaix-paiement.aspx>
- **Guide pratique « Faciliter l'accès des TPE/PME à la commande publique » : DAJ/OECP - Version 1 de juin 2019**
<https://www.economie.gouv.fr/daj/daj-publication-guide-pratique-faciliter-acces-des-tpe-pme-a-commande-publique>
- **Fiches DAJ**
 - « Les avances » 01/01/2020 <https://www.economie.gouv.fr/daj/avances-2020>
 - « Décret n°2019-1344 12 décembre 2019 modifiant certaines dispositions du code de la commande publique relatives aux seuils et aux avances »
https://www.economie.gouv.fr/files/files/directions_services/daj/actualites/fiche-decret-2019-1344.pdf
 - « Décret n°2017-516 du 10 avril 2017 portant diverses dispositions en matière de commande publique »
https://www.economie.gouv.fr/files/files/directions_services/daj/marches_publics/actualites/ft-decret-2017-516.pdf
- **Lettres de la DAJ**
 - n°297 - 11 juin 2020 <https://kiosque.bercy.gouv.fr/alyas/msite/view/lettre-daj/14129>
 - n°266 - 31 janvier 2019 <https://kiosque.bercy.gouv.fr/alyas/msite/view/lettre-daj/10923>
- **Données chiffrées sur les PME**
<https://www.economie.gouv.fr/cedef/chiffres-cles-des-pme>

4.3. Indicateurs quantitatifs sur la participation des PME titulaires à la commande publique

4.3.1 Poids des PME titulaires dans la commande publique en nombre et en valeur

Les calculs de proportion qui suivent sont fondés sur les contrats initiaux recensés par l'OECP⁶⁰, retraités par enrichissement ou appariement avec des sources auxiliaires de données, pour les titulaires/mandataires de contrats connus de la statistique d'entreprises (entreprises résidentes en France, quelle que soit leur nationalité).

Tableau 8 Répartition des contrats initiaux, en nombre de contrats et en montant, selon la catégorie d'entreprises du titulaire/mandataire, 2017-2019

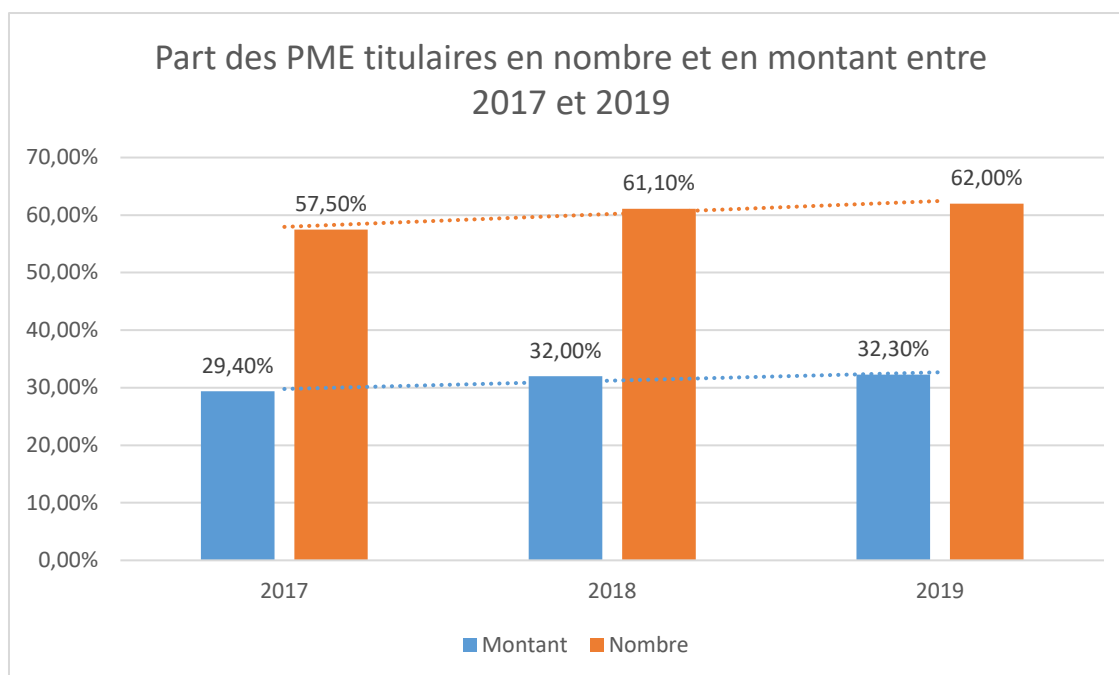
En pourcentage (%)	2017		2018		2019	
	Nombre	Montant	Nombre	Montant	Nombre	Montant
PME	57,5 %	29,4 %	61,1 %	32,0 %	62,0 %	32,3 %
ETI	21,4 %	27,4 %	19,3 %	22,6 %	19,8 %	24,4 %
GE	21,1 %	43,1 %	19,6 %	45,4 %	18,2 %	43,3 %

Source : Recensement annuel des marchés publics. Calculs et retraitements statistiques OECP

Champ : France, contrats initiaux d'un montant supérieur à 25 000€ HT

De manière générale, de 2017 à 2019, la part des PME titulaires dans la commande publique est en légère augmentation, que ce soit en nombre ou en montant.

⁶⁰ Observatoire économique de la commande publique



Source : Recensement annuel des marchés publics. Calculs et retraitements statistiques OCEP

Champ : France, contrats initiaux d'un montant supérieur à 25 000€ HT

4.3.2 Part des PME titulaires selon les seuils européens

Tableau 9 : Part des PME titulaires - marchés d'un montant supérieur aux seuils européens

En pourcentage (%)	2017		2018		2019	
	Nombre	Montant	Nombre	Montant	Nombre	Montant
PME	41,8 %	22,1 %	51,5 %	24,4 %	48,3 %	25,6 %
ETI	30,6 %	30,0 %	24,2 %	23,8 %	27,3 %	26,6 %
GE	27,6 %	47,9 %	24,3 %	51,8 %	24,4 %	47,8 %

Source : Recensement annuel des marchés publics. Calculs et retraitements statistiques OCEP

Champ : France, contrats initiaux d'un montant supérieur à 25 000€ HT

Ce tableau montre que lorsque les marchés sont d'un montant important, c'est-à-dire supérieurs aux seuils européens, la part des PME titulaires diminue.

Tableau 10 : Part des PME titulaires – Marchés d'un montant inférieur aux seuils européens*

En pourcentage (%)	2017		2018		2019	
	Nombre	Montant	Nombre	Montant	Nombre	Montant
PME	63,5 %	54,9 %	71,0 %	59,9 %	66,2 %	55,3 %
ETI	17,8 %	18,5 %	13,9 %	12,8 %	17,6 %	16,6 %
GE	18,7 %	26,6 %	15,1 %	27,3 %	16,2 %	28,0 %

Source : Recensement annuel des marchés publics. Calculs et retraitements statistiques OECF

Champ : France, * marchés d'un montant supérieur à 25 000€ HT

Le tableau 10 semble confirmer que les PME sont bien représentées dans les petits contrats. L'allotissement favoriserait ainsi l'accès des PME à la commande publique.

4.3.3 Poids des PME titulaires dans la commande publique – répartition selon les catégories d'acheteurs publics

Tableau 11 : Répartition des contrats initiaux, en nombre et en montant des contrats, selon la catégorie d'entreprise du titulaire/mandataire et les catégories d'acheteur public (proportions), 2017-2019

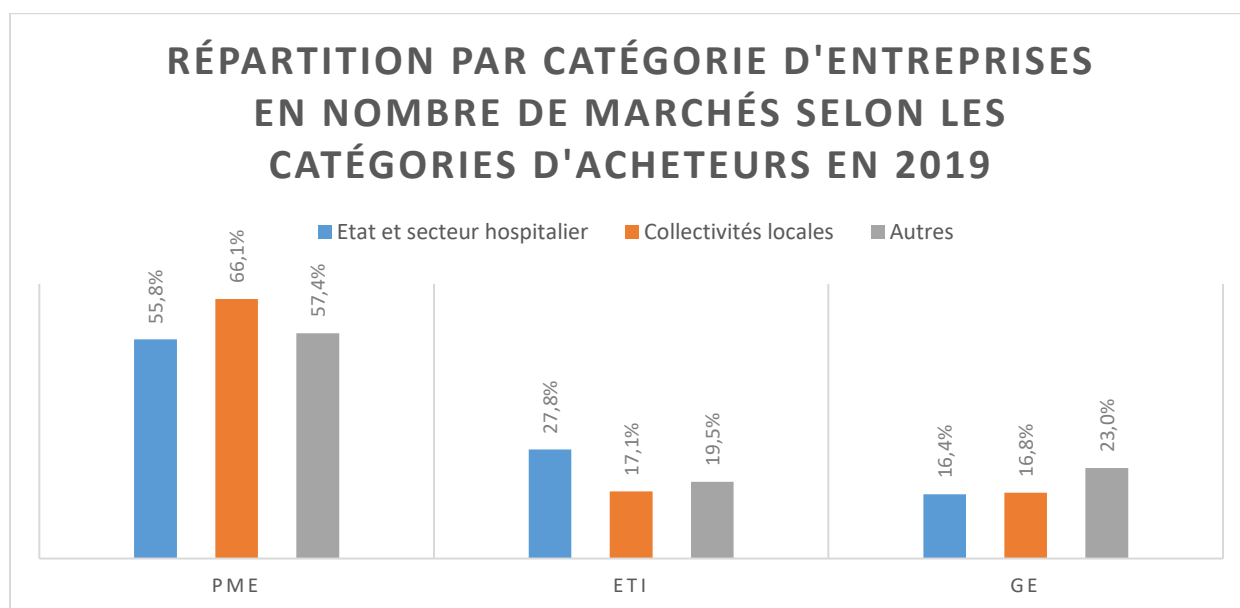
Catégories d'acheteurs	En pourcentage (%)	2017		2018		2019	
		Nombre	Montant	Nombre	Montant	Nombre	Montant
État et secteur hospitalier	PME	50,5 %	25,8 %	52,9 %	30,2 %	55,8 %	23,7 %
	ETI	29,4 %	30,8 %	28,6 %	35,8 %	27,8 %	29,2 %
	GE	20,1 %	43,4 %	18,5 %	34,0 %	16,4 %	47,1 %
Collectivités territoriales	PME	69,1 %	48,2 %	70,2 %	51,2 %	66,1 %	44,5 %
	ETI	15,3 %	23,6 %	13,2 %	14,6 %	17,1 %	20,7 %
	GE	15,6 %	28,2 %	16,7 %	34,3 %	16,8 %	34,8 %
« Autres acheteurs »	PME	42,4 %	22,4 %	45,4 %	15,8 %	57,4 %	29,6 %
	ETI	24,3 %	26,7 %	24,0 %	18,8 %	19,5 %	23,3 %
	GE	33,3 %	50,9 %	30,7 %	65,4 %	23,0 %	47,2 %

Source : Recensement annuel des marchés publics. Calculs et retraitements statistiques OECF

Champ : France, * marchés d'un montant supérieur à 25 000€ HT

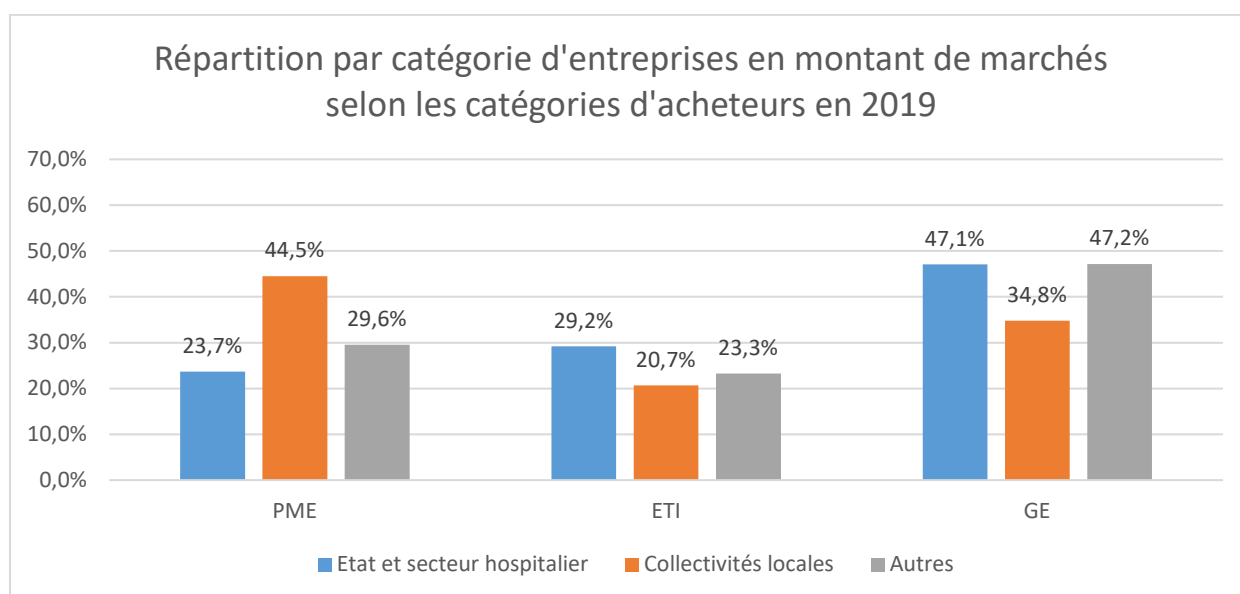
Les principaux enseignements que l'on peut tirer de ce tableau sont les suivants :

- une hausse de la part des PME pour l'État et la catégorie des « Autres acheteurs » sur les 3 années observées pour ce rapport ;
- la part pour les collectivités subit quant à elle une baisse légère en 2019 ;
- les PME titulaires ne s'imposent en montant qu'au niveau des collectivités territoriales même si une tendance à la hausse est observée dans la catégorie des « Autres acheteurs » entre 2018 et 2019.



Source : Recensement annuel des marchés publics. Calculs et retraitements statistiques OCEP

Champ : France, * marchés d'un montant supérieur à 25 000€ HT



Source : Recensement annuel des marchés publics. Calculs et retraitements statistiques OCEP

Champ : France, * marchés d'un montant supérieur à 25 000€ HT

4.3.4 Poids des PME titulaires dans la commande publique – répartition selon les catégories d'acheteurs publics et les seuils européens

Tableau 12 : Part des PME titulaires - marchés d'un montant supérieur aux seuils européens

Catégories d'acheteurs	En pourcentage (%)	2017		2018		2019	
		Nombre	Montant	Nombre	Montant	Nombre	Montant
Etat et secteur hospitalier	PME	43,1 %	23,4 %	44,0 %	16,8 %	46,7 %	20,7 %
	ETI	34,2 %	31,8 %	31,1 %	30,9 %	34,0 %	30,1 %
	GE	22,7 %	44,8 %	24,9 %	52,3 %	19,3 %	49,2 %
Collectivités territoriales	PME	49,7 %	33,0 %	57,5 %	43,2 %	50,4 %	35,2 %
	ETI	25,6 %	32,7 %	19,4 %	16,9 %	25,2 %	25,0 %
	GE	24,7 %	34,3 %	23,0 %	39,8 %	24,4 %	39,8 %
Autres acheteurs	PME	31,1 %	17,0 %	39,4 %	10,9 %	47,1 %	24,7 %
	ETI	29,0 %	27,3 %	31,8 %	21,5 %	24,4 %	24,1 %
	GE	39,9 %	55,7 %	28,7 %	67,6 %	28,6 %	51,2 %

Source : Recensement annuel des marchés publics. Calculs et retraitements statistiques OCEP

Champ : France, * marchés d'un montant supérieur à 25 000€ HT

En 2019, la part des PME, en nombre et en montant, pour les marchés d'un montant supérieur aux seuils européens, diminue pour les collectivités territoriales par rapport à 2018, mais augmente par rapport à 2017.

Tableau 13 : Part des PME titulaires - marchés d'un montant inférieur aux seuils européens

Catégories d'acheteurs	En pourcentage (%)	2017		2018		2019	
		Nombre	Montant	Nombre	Montant	Nombre	Montant
État et secteur hospitalier	PME	57,6 %	54,2 %	60,8 %	47,4 %	59,8 %	52,6 %
	ETI	24,9 %	18,8 %	20,7 %	18,7 %	25,1 %	20,0 %
	GE	17,5 %	27,0 %	18,5 %	33,9 %	15,1 %	27,4 %
Collectivités territoriales	PME	72,5 %	65,4 %	74,5 %	62,2 %	69,2 %	57,7 %
	ETI	13,5 %	13,2 %	11,7 %	11,3 %	15,5 %	14,8 %

	GE	14,0 %	21,4 %	13,8 %	26,5 %	15,3 %	27,5 %
Autres acheteurs	PME	46,9 %	42,7 %	62,0 %	58,1 %	63,1 %	51,8 %
	ETI	22,5 %	24,7 %	19,2 %	15,9 %	17,1 %	18,9 %
	GE	30,6 %	32,7 %	18,7 %	26,0 %	19,8 %	29,3 %

Source : Recensement annuel des marchés publics. Calculs et retraitements statistiques OECF

Champ : France, * marchés d'un montant supérieur à 25 000€ HT

Les collectivités territoriales confirment leur position d'acteur majeur dans la part d'activité économique confiée aux PME, tant en nombre de contrats notifiés qu'en valeur, par le biais le plus souvent de « petits » marchés en montant notamment grâce à l'allotissement.

Pour les marchés d'un montant supérieur aux seuils européens, la part globale des PME pour les collectivités territoriales reste en deçà de celle pour les marchés d'un montant inférieur à ces seuils. Les PME ont moins de chance de remporter des marchés qui dépassent les seuils européens de procédure formalisée⁶¹ très importants en valeur du fait probablement de leur capacité limitée à exécuter les prestations attendues. Cela est dû principalement à la nature même des marchés passés par cette catégorie d'acheteurs qui sont majoritairement des marchés de travaux.

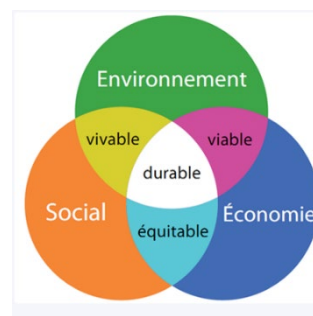
⁶¹Les seuils pour les procédures formalisées applicables du 01/01/18 au 31/12/19 étaient les suivants :

- 144 000 euros hors taxes (HT) pour les marchés de fournitures et de services de l'État et de ses établissements publics ;
- 221 000 euros HT pour les marchés de fournitures et de services des collectivités territoriales et de leurs établissements publics ;
- 443 000 euros HT pour les marchés de fournitures et de services des entités adjudicatrices et pour les marchés de fournitures et de services passés dans le domaine de la défense ou de la sécurité ;
- 5 548 000 euros HT pour les marchés de travaux des pouvoirs adjudicateurs et des entités adjudicatrices.

5. Informations relatives à la mise en œuvre des stratégies nationales d'achat public

5.1. Déploiement des politiques d'achats responsables

En France, l'intégration de considérations environnementales et sociales répond à une démarche globale de promotion du développement durable dans la commande publique. Environnement et social sont intimement liés, notamment avec le développement de l'économie circulaire, la prise de conscience de l'impact environnemental sur la santé des travailleurs et leurs conditions de travail.



5.1.1. Rapport qualitatif sur la promotion des marchés publics intégrant des dispositions relatives au développement durable

La réglementation française, dans le prolongement de la définition onusienne du développement durable, a fixé pour principe depuis 2006, que l'acheteur doit prendre en compte dans la définition du besoin, des « objectifs de développement durable dans leurs dimensions économique, sociale et environnementale ».

La France s'appuie sur les directives européennes pour renforcer sa réglementation et dispose pour suivre cette progression d'un plan d'action dédié aux achats responsables visant à inciter les acheteurs à progresser (PNAAPD)⁶², suit des indicateurs nationaux et compte sur les réseaux d'acheteurs locaux. Si la prise en compte du développement durable progresse, tant sur un plan quantitatif que qualitatif, les marges de progrès restent importantes.

De nouveaux plans d'actions, réglementations, et dispositifs d'accompagnement sont venus enrichir les dispositifs existants entre 2017 et 2019 pour répondre aux multiples défis environnementaux et sociaux et contribuant ainsi à la transformation économique vers une croissance plus verte, plus responsable. Avec la publication du code de la commande publique en avril 2019, même à droit constant, l'acheteur a du faire un effort d'appropriation conséquent.

Ce code constitue à présent le socle des obligations générales en matière de développement durable. Il est complété par des plans d'actions et des réglementations sectorielles sur les aspects environnementaux et sociaux. Si l'État, par sa politique d'exemplarité, impulse une dynamique, les autres acheteurs et notamment les collectivités territoriales, restent également très mobilisées pour mettre en œuvre les textes et plans d'action grâce au soutien des réseaux territoriaux d'achats responsables.

⁶² Plan national d'action pour des achats publics durables

5.1.1.1 Politique générale d'achats responsables, un socle à renforcer

Le Plan national d'action pour des achats publics durables (PNAAPD) 2015-2020

Cette feuille de route a pour objectif de structurer les actions en faveur du développement durable des nombreux acheteurs publics français. Il vise à convaincre les décideurs, accompagner les acheteurs, dialoguer avec les entreprises et leurs organisations représentatives, puis à rendre compte des progrès réalisés.

Le plan permet de s'attaquer, de façon pragmatique et sur la durée, aux obstacles qui ralentissent la montée en puissance de **l'achat public durable**, qui se définit comme un achat :

- intégrant des dispositions en faveur de la protection ou de la mise en valeur de l'environnement, du progrès social, et favorisant le développement économique ;
- prenant en compte l'intérêt de l'ensemble des parties prenantes concernées ;
- permettant de réaliser des économies « intelligentes » au plus près du besoin et incitant à la sobriété en termes d'énergie et de ressources ;
- intégrant toutes les étapes du marché et de la vie du produit ou de la prestation.

Le PNAAPD, piloté par le Commissariat général au développement durable (CGDD) du ministère de la transition écologique (MTE), avec l'appui du ministère de l'Économie, des Finances et de Relance, s'adresse à l'ensemble des acheteurs publics. Il est le fruit de la concertation entre les composantes de l'administration publique (Etat, hôpitaux, collectivités territoriales) et des institutions partenaires (AFNOR⁶³, ADEME⁶⁴, UGAP...).

Parmi les objectifs stratégiques suivis pour l'échéance de 2020, deux sont basés sur les données du recensement collectées par l'OECP et bénéficient par conséquent d'indicateurs nationaux

- 30% des marchés publics devront contenir une disposition environnementale ;
- 25% des marchés publics devront contenir une disposition sociale.

Les données collectées sur 2017/2019 montrent une progression lente (cf. partie V.1.3 sur les indicateurs quantitatifs).

Un rapport du conseil économique et social (CESE) de 2018⁶⁵ a mis en avant le fait que les leviers sont bien disponibles, mais insuffisamment exploités.

Sur le plan qualitatif, la mise en œuvre du deuxième Plan national (2015/2020) a été suivie notamment par les réseaux territoriaux d'achats responsables, ayant participé activement à l'élaboration de ce plan, qui en ont fait un outil de progression sur leur territoire.

Le CGDD est en charge depuis 2013 de l'inter-réseau comptant 7 réseaux régionaux actifs couvrant 9 des 13 régions métropolitaines, qui facilite les échanges et favorise la mutualisation

⁶³ Association française de normalisation

⁶⁴ L'Agence de l'environnement et de la maîtrise de l'énergie est un établissement public à caractère industriel et commercial français

⁶⁵ Rapport du CESE « commande publique responsable : un levier insuffisamment exploité » du 27 mars 2018.

des savoirs et des expériences. Il met également à disposition une plateforme numérique (RAPIDD⁶⁶) pour faciliter la recherche de contacts et/ou de documents et organise ou soutient des événements ponctuels (journée nationale de l'achat public durable, trophées de la commande publique).

Depuis 2018, le réseau porté par Auvergne-Rhône-Alpes Énergie Environnement (AURA-EE) coordonne le projet Interreg Europe GPP-STREAM en partenariat avec le CGDD qui vise à améliorer et accompagner la mise en œuvre du PNAAPD. AURA-EE a été mandaté par le MTE pour participer à la réécriture partagée du futur PNAAPD en mettant à contribution les collectivités d'Auvergne Rhône-Alpes qui sont membres du RREDD ⁶⁷.

Parmi les freins identifiés concernant l'intégration du développement durable dans les marchés publics, on peut noter :

- l'évolution rapide de la réglementation, y compris nationale, que les acheteurs peinent à s'approprier (par méconnaissance, manque de temps, etc.), d'où une évolution des pratiques moins rapide que celle du cadre juridique ;
- la petite taille de nombreuses entités. Les acheteurs disposent de peu de temps et/ou moyens, notamment pour assurer une veille, faire du *sourcing*, etc. ;
- l'évolution du profil d'acheteur public, avec une professionnalisation du métier, corolaire à un besoin accru en termes de formation et d'évolution des pratiques
- le besoin renforcé de recourir au *sourcing*, pour parvenir à ce que l'offre et la demande se rencontrent, s'agissant notamment des achats auprès des PME, mais une difficulté d'appropriation de ce *sourcing*, perdure notamment en raison de l'évolution récente de la doctrine en la matière ;
- l'inégal soutien politique à l'achat durable d'une collectivité territoriale à une autre ;
- le manque d'outils techniques, développé ci-après.

La codification des leviers juridiques permettant l'intégration du développement durable

L'obligation de prise en compte du développement durable dans la définition des besoins (obligation de moyen) reste un principe fort repris à l'article L 2111-1 du code de la commande publique. Cette obligation est une opportunité pour travailler, en amont et en mode projet qui sert de levier aux acheteurs et réseaux d'acheteurs pour mobiliser leur entité afin de réfléchir au besoin et à la façon dont le développement durable est pris en compte dans le marché, créer un dialogue entre les acheteurs et leurs partenaires, enrichir le *sourcing*, avoir une vision stratégique complète, depuis la préparation du marché jusqu'à la fin de son exécution. Cette démarche permet à l'acheteur de justifier de son obligation de prise en compte du développement durable.

⁶⁶ La plateforme RAPIDD (Réseau des administrations publiques intégrant le développement durable) a pour objet de réunir des ressources et de diffuser des informations relatives aux achats socialement et écologiquement responsables.

⁶⁷ Le régional sur l'éco-responsabilité et le développement durable de la Région Auvergne Rhône-Alpes créé en 2002, porté par Auvergne-Rhône-Alpes Énergie Environnement (AURA-EE) avec le soutien de la Région Auvergne-Rhône-Alpes, il réunit essentiellement des acteurs publics (collectivités territoriales, fonction publique hospitalière, administrations d'Etat, bailleurs sociaux), soit environ 500 membres et 350 acteurs publics.

Pour mettre en œuvre concrètement le développement durable dans le marché, les directives européennes apportent une **diversité d'outils aux acheteurs**, reprise dans le code, tant sur les conditions d'exécution, les critères, le recours à des spécifications techniques, les labels, les marchés réservés...

Ce qui reste le plus connu et mis en avant en terme d'efficacité, reste l'intégration de **clauses d'exécution** (article 70 directive 2014-24). L'acheteur peut ainsi dans l'exécution du contrat, intégrer des « considérations relatives à l'économie, à l'innovation, à l'environnement, au domaine social ou à l'emploi » (article L 2112-2 du code de la commande publique). L'attributaire est tenu de respecter ces conditions quelle que soit son offre. C'est d'ailleurs pour cette raison qu'il avait été décidé que le recensement économique des marchés qui sert à suivre les indicateurs du PNAAPD ne comptabiliserait pas les critères d'analyse des offres, qui ne garantissent pas une réelle prise en compte du développement durable dans l'exécution du marché.

5.1.1.2. Mesures prises pour répondre aux défis environnementaux

Un champ environnemental large qui nécessite des outils techniques

Définition nationale d'une disposition environnementale

Le PNAAPD apporte des précisions sur le champ environnemental⁶⁸. L'objectif est d'apporter des illustrations de montrer la diversité des outils juridiques disponibles et des thèmes envisageables :

« Un marché public comporte une disposition environnementale si l'objet du marché ou les spécifications techniques ou les conditions d'exécution ou les critères d'attribution (associés à une clause contractuelle au moins) comportent une dimension environnementale. La dimension environnementale est entendue au sens large, comme par exemple, la réduction des prélèvements des ressources, la composition des produits et notamment leur caractère écologique / polluant / toxique, le caractère réutilisable / recyclé / reconditionné / recyclable des produits, les économies d'énergie, la prévention de la production des déchets et la valorisation des déchets, les pratiques environnementales appliquées aux modalités d'exécution des prestations et notamment les politiques de réduction des émissions de gaz à effet de serre, les performances en matière de protection de l'environnement et de la biodiversité, la lutte contre déforestation, les pollutions, le gaspillage alimentaire et énergétique, le développement des énergies renouvelables, etc.

Cette dimension environnementale peut être prise en considération au travers des spécifications techniques incluant des caractéristiques environnementales, comme par exemple, la référence à des labels ou écolabels (ex. : « écolabel européen »), des exigences de performance (ex. : « automobile émettant moins de 110g Co2/km ») ou des exigences sur les

⁶⁸ En cours de révision dans le cadre du plan 2021-2025 afin de pouvoir par exemple adapter annuellement le périmètre évolutif

processus de production (ex. : « l'électricité doit être produite à partir de sources d'énergie renouvelables »), ou par la prise en compte du cycle de vie. »

Un besoin croissant d'outils techniques

Un nombre croissant d'acheteurs souhaite pouvoir mobiliser la commande publique au service de la protection de l'environnement. Les directives de 2004 puis de 2014 ont consacré et renforcé les principes dégagés par la jurisprudence de la Cour de Justice.

D'une part, hormis les caractéristiques techniques même des fournitures, qui ne posent guère de difficulté car directement liées aux produits à livrer, les méthodes de prise en compte des autres aspects de la qualité environnementale des offres sont difficilement cernées par les acheteurs. Leurs interrogations portent notamment sur les méthodes qui peuvent être employées pour mesurer de manière traçable la qualité environnementale du processus complet de fabrication, de livraison, voire d'élimination et de recyclage.

Un risque réside dans la difficulté à vérifier le bien-fondé des affirmations d'offres portant sur des produits d'origine extra-européenne qui pourrait conduire à ne contrôler véritablement que les offres concernant les fournitures effectivement fabriquées en Europe.

Les acheteurs s'interrogent également sur la régularité de la prise en compte de l'impact pollution du transport de marchandises au regard de la jurisprudence de la Cour de Justice quant à l'exigence qu'un tel critère n'ait pas de caractère discriminatoire.

En effet, la jurisprudence de la Cour de Justice a bien reconnu que les critères sociaux et les clauses sociales ne pouvaient qu'exceptionnellement viser à gommer les avantages comparatifs salariaux.

Parmi les sujets récurrents, remontent les besoins d'outils pour mettre en œuvre le coût global, le coût du cycle de vie, les externalités environnementales. Développer des outils officiels à l'échelle européenne, à l'instar des outils développés pour les véhicules permettrait de garantir l'absence de discrimination et la solidité de l'analyse des offres.

On notera aussi la question du lien avec l'objet du marché. Quoique plus délicat en matière sociale, il se pose aussi de manière croissante pour les prestations dites intellectuelles ou de services pour lesquels les progrès environnementaux par rapport aux obligations existantes peuvent sembler en lien indirect : recours à des ordinateurs ou data center plus durables ou encore la réduction des déplacements ou des impressions de documents...

La lutte contre le changement climatique, la sobriété dans l'utilisation des ressources et la réduction des risques sanitaires/environnementaux (notamment s'agissant de la biodiversité) sont des défis majeurs, aux multiples implications, qui dépassent très largement le secteur de la commande publique. Plusieurs lois et plans sectoriels se sont ainsi succédés, dans la continuité du cadre juridique existant⁶⁹.

⁶⁹ La loi relative à la transition énergétique pour la croissance verte (LTECV) du 17 août 2015, consacrant pour la première fois la notion de « commande publique durable » en la mettant au service de la transition vers l'économie

Règlementation environnementale : un accompagnement fort de l'agriculture

En ce qui concerne les nouvelles obligations sectorielles 2017-2019, il faut noter l'impact important de la loi dite « **EGALIM** » pour l'équilibre des relations commerciales dans le secteur agricole et alimentaire et une alimentation saine, durable et accessible à tous, du 30 octobre 2018 : L'article 24 de la loi prévoit l'obligation pour les acheteurs publics d'avoir, en valeur, une part minimale de 50% de « produits durables et de qualité » (dont 20% issu de l'agriculture biologique) d'ici 2022, dans les approvisionnements en denrées alimentaires de la restauration collective. La loi comprend une série d'obligations avec des échéances allant jusqu'en 2025 sur l'information, l'affichage, les menus, le gaspillage et le plastique.

Plusieurs difficultés se sont posées, parmi lesquelles :

- la capacité des acteurs économiques à s'adapter au regard de l'hétérogénéité des territoires ;
- la référence aux externalités environnementales comme alternative aux produits dits de qualité (hors produits bio), en l'absence d'outil officiel permettant de calculer ces externalités ;
- les demandes croissantes concernant circuits de proximité, en particulier pour les produits de l'agriculture, ont nécessité de rappeler que la qualité d'un produit, son circuit d'approvisionnement et son impact environnemental doivent être appréciés au regard d'éléments objectifs, non discriminatoires, en conformité avec les directives européennes.

Ayant anticipé le besoin d'**accompagnement**, la loi avait prévu la création d'un comité national de la restauration collective (CNRC) installé par le **ministère de l'Agriculture** avec des comités régionaux pour l'alimentation (CRALIM), en 2019 afin de préciser les modalités de mise en œuvre et accompagner les professionnels ainsi que les collectivités territoriales et que ces nouvelles obligations soient un véritable levier pour développer une agriculture de qualité, dans un contexte où la santé est devenue un enjeu majeur. Si les réseaux territoriaux d'achats responsables ont également mis en place des actions d'accompagnement sur la restauration collective, le réseau Provinces Alpes Côtes d'Azur (ARPE PACA) a choisi d'y consacrer toute son activité depuis 2019.

Sur la question des **circuits de proximité**, la DAJ clarifie le droit à l'occasion de réponses aux questions parlementaires, plaquettes, et guides. Le droit de la commande publique permet en effet à l'acheteur de favoriser le développement des circuits courts de commercialisation dans le domaine des produits agricoles, à condition que cette prise en compte ne soit pas source de discrimination entre fournisseurs et qu'elle soit de nature à satisfaire les besoins exprimés par l'acheteur (fraîcheur ou la saisonnalité des produits).

circulaire, afin de satisfaire à l'obligation constitutionnelle de 2005 prévoit également des obligations pour certains achats pour limiter le plastique, valoriser les déchets de chantiers et routiers, et lutter contre le gaspillage alimentaire (avec des échéances annuelles entre 2017 et 2020 –article 79).

De façon plus globale, le CESE dans son rapport 2018, a demandé que des dérogations soient apportées au niveau européen, visant à favoriser les achats de proximité ainsi que les PME françaises et européennes.

La réglementation environnementale concerne de façon croissante de nombreux champs sectoriels. Ainsi la **loi d'orientation et mobilité (LOM) du 24 décembre 2019**, elle prévoit la transposition de la directive européenne « véhicules propres » par voie d'ordonnance. L'objectif est d'arriver à une neutralité carbone des transports terrestres d'ici 2050 avec une interdiction de ventes de voitures à énergies fossiles carbonées (essences ou diesel) d'ici 2040. L'ordonnance est en cours d'élaboration.

Plans d'actions environnementaux et accompagnement

Entre 2017 et 2019, plusieurs plans portés par le MTE ont été adoptés, comportant des objectifs sur la commande publique :

Plan climat du 6 juillet 2017

Il vise à mobiliser l'ensemble des ministères pour accélérer la transition énergétique et climatique ainsi que la mise en œuvre de l'Accord de Paris. Ce programme d'actions propose différents axes permettant d'arriver à un nouveau modèle plus économe en énergie et en ressources naturelles tant côté opérateurs économiques qu'acheteurs.

Déclinaison : Stratégie nationale de lutte contre la déforestation importée – novembre 2018

L'objectif 8 « Mettre en œuvre une politique d'achat public « zéro déforestation » d'ici 2022 », comprend trois mesures sur la commande publique : accompagner et sensibiliser les acheteurs par la publication d'un guide en cours de validation sur les achats publics durables et l'objectif « zéro déforestation », inclure dans le dispositif interministériel « administration exemplaire » un objectif de zéro déforestation importée en 2022 » et porter auprès de l'Union européenne la mise en place d'une interdiction d'achat public de produits issus de la déforestation importée ».

Feuille de route économie circulaire – février 2018

La mesure 44 « Faire de la commande publique et du dispositif « administration exemplaire » un levier pour déployer l'économie circulaire » prévoit plusieurs objectifs parmi lesquels celui d'intégrer l'économie circulaire dans les stratégies de commande publique (charte d'achat public durable, abaissement du seuil à partir duquel devient obligatoire le SPASER⁷⁰, statistiques issues de l'OECP...) ou de proposer d'ici 2019 via l'UGAP⁷¹ une offre relevant de l'économie circulaire (achat de produits d'occasion, de services relevant de l'économie de la fonctionnalité, etc.).

⁷⁰ Schéma de promotion des achats publics socialement et écologiquement responsables

⁷¹ Union des groupements d'achat public

Plan biodiversité 4 juillet 2018

Ce plan a pour vocation de renforcer l'action de la France pour sa préservation mais également de mobiliser pour la première fois des leviers pour la restaurer lorsqu'elle est dégradée.

En complément de ces dispositifs engageants, **des dispositifs d'accompagnement** ont été mis en place.

Dans le cadre des **engagements volontaires pour la croissance verte** – ECV (Green Deals), et afin de dépasser le modèle économique linéaire du « acheter-consommer-jeter » pour un modèle circulaire plus économe en ressources et en énergie, l'État a conclu le 1^{er} février 2017 avec le Syndicat National du Caoutchouc et des Polymères (SNCP) un engagement pour la croissance verte.

Sous tutelle du MTE, il faut également souligner le rôle de **l'Agence de la transition écologique**. L'ADEME a réalisé en 2019 une analyse approfondie de plus de 100 labels environnementaux apposés sur les produits de consommation courante vendus en France et une analyse des impacts environnementaux de 34 catégories de produits (Cf. liens vers les documents dans la partie dédiée Documents à l'appui V.1.2). A partir de ces travaux d'experts, 34 fiches détaillent les impacts environnementaux par catégorie de produit (dont les étapes du cycle de vie) et les labels environnementaux associés.

5.1.1.3 Mesures prises pour répondre aux enjeux sociaux de la commande publique

Dispositions sociales : une définition et un potentiel large devant rester en lien avec l'objet du marché

Comme pour les dispositions environnementales, le PNAAPD apporte une définition d'une disposition sociale : « Un marché public comporte une disposition sociale si l'objet du marché ou les spécifications techniques ou les conditions d'exécution ou les critères d'attribution (associés à une clause contractuelle au moins) comportent une dimension sociale. La dimension sociale est entendue au sens large, comme par exemple, l'insertion des publics éloignés de l'emploi, la lutte contre les discriminations, notamment la promotion de l'égalité femme/homme, le respect des exigences éthiques (respect des droits de l'homme...) ou équitables, la performance dans la protection ou la formation des salariés, en lien avec la prestation commandée, etc. Cette dimension sociale peut être prise en considération au travers de spécifications techniques incluant des caractéristiques sociales, comme par exemple que le matériel soit adapté à une utilisation par une personne handicapée, au-delà des obligations légales d'accessibilité.

À la différence de la qualité ou des caractéristiques environnementales qui sont une spécificité intrinsèque des fournitures ou des matériaux et techniques de construction utilisées en travaux, la question du lien avec l'objet du marché se pose plus souvent en matière sociale, à l'exception des marchés publics de service d'insertion tels que les agences de reclassement en concluent dans le parcours d'accompagnement des demandeurs d'emploi.

Le risque que les critères d'attribution ou les conditions basculent sur des éléments relevant de la politique générale est fort, en particulier lorsque les acheteurs sont eux-mêmes engagés, comme employeurs, dans des actions visant à assurer une meilleure égalité entre les hommes et les femmes, à lutter contre les discriminations, à promouvoir de meilleures conditions de travail et de déroulement des carrières.

Faute d'être suffisamment liée à l'objet du marché ou à ses conditions d'exécution, la RSE⁷² ne peut donc être considérée comme un critère de marché public⁷³.

Les dispositions des articles 67 et 70 de la directive 2014/24/UE, les indications de ses considérants 97 à 104, n'offrent pas une grille de lecture univoque et suffisamment précise. A l'exception du champ salarial, sur lequel la jurisprudence de la Cour de Justice s'est prononcée précisément en raison d'un cadre précis résultant de la directive services, le cadre dans lequel les pouvoirs adjudicateurs peuvent régulièrement appliquer des critères d'attribution ou imposer des conditions d'exécution relevant du domaine social et de l'emploi reste imprécis.

Les étapes du cycle de vie, utilisées en général en matière environnementale, peuvent aider à établir ce lien, mais la frontière est difficile notamment s'agissant des prestations commerciales, de suivi administratif ou comptable, qui peuvent être mobilisées pour l'exécution du marché.

Des mesures en matière sociale portant sur la mise à disposition d'outils

Le cadre juridique de l'insertion des clauses sociales dans les marchés publics ayant été clarifié par les directives 2014, les acheteurs doivent principalement s'assurer que leurs exigences sont réalistes au regard de la réponse potentielle des opérateurs économiques, qui trouvent également beaucoup de sens dans cette démarche et en retirent une image citoyenne positive.

En 2018, le CESE dans son rapport a constaté que les clauses sociales d'insertion professionnelles n'étaient maîtrisées et pratiquées que dans certains secteurs. Il propose d'élargir le périmètre des clauses sociales de trois manières : utiliser les clauses sociales dans d'autres secteurs que les secteurs traditionnels, diversifier les types d'aspects sociaux comme la formation ou la lutte contre les discriminations, et enfin élargir les catégories des publics bénéficiaires des clauses sociales.

Les principales actions menées entre 2017 et 2019, partent également du constat que les dispositifs juridiques existent mais qu'il faut encore accompagner les acteurs.

⁷² Responsabilité sociétale des entreprises

⁷³ Ainsi, le Conseil d'Etat, par un arrêt du 25 mai 2018 (*CE, 25 mai 2018, Nantes Métropole, Rec. ° 417580*) a ainsi estimé qu'une procédure devait être annulée car le critère RSE n'était pas suffisamment lié à l'objet du marché. En effet, ce critère repose sur "la politique générale de l'entreprise en matière sociale, appréciée au regard de l'ensemble de son activité". Basée sur l'appréciation d'éléments généraux tels que "la lutte contre les discriminations" ou "la sécurité et la santé du personnel", le critère de la RSE ne s'attachait donc pas aux "éléments spécifiques de réalisation des travaux d'impression prévus par le contrat".

Le Pacte de croissance de l'économie sociale et solidaire du 29 novembre 2018

Ce pacte, lancé par le Haut-commissariat à l'ESS⁷⁴ et l'innovation sociale, ambitionne d'aider de façon globale et significative le développement des entreprises de l'ESS, porteuses de solutions concrètes et innovantes pour répondre aux défis et enjeux sociaux majeurs de notre société et prévoit pour la commande publique l'axe suivant:

« Développer des achats et une commande publique responsables :

- Créer une plateforme unique dédiée de référencement, sur les achats responsables à destination des acheteurs publics.
- Établir un classement annuel du volume et du montant des marchés de l'État orientés vers les entreprises de l'ESS et l'élargir dans un second temps aux collectivités territoriales volontaires après concertation avec les associations d'élus »

Le Guide relatif aux « aspects sociaux dans la commande publique » de 2018 : une réponse à plusieurs difficultés

Afin d'accompagner la prise en compte des préoccupations d'insertion sociale dans la commande publique, un guide relatif aux aspects sociaux de la commande publique a été publié en 2018. Porté par l'OECP au sein de la DAJ et la DGEFP⁷⁵ du ministère du travail, il est le résultat des travaux de concertation avec les acteurs de l'achat et les professionnels du milieu de l'insertion. Ce guide a permis de :

- regrouper sous un document unique les publications précédentes :
 - le guide « Commande publique et accès à l'emploi des personnes qui en sont éloignées »,
 - le guide « Les clauses sociales dans les partenariats public-privé »,
 - le guide « sur l'ouverture des marchés publics au handicap », redonnant ainsi au handicap sa place dans les dispositifs d'insertion, souvent associés uniquement aux personnes éloignées de l'emploi ;
- sensibiliser les acheteurs afin qu'ils s'interrogent, dès la définition de leurs besoins, sur les objectifs d'insertion susceptibles être portés par le marché ou sur la possibilité de recourir à un marché réservé⁷⁶. En effet, les acheteurs ne peuvent simplement faire du copier-coller. Cette faculté nécessite de bien déterminer au préalable le nombre d'heures d'insertion exigé lors des différentes phases de l'exécution du contrat ;
- informer et accompagner les acheteurs, car l'insertion nécessite une expertise et un suivi. Des « facilitateurs »⁷⁷ les renseigneront sur les caractéristiques du secteur d'activité et les sujétions qui s'y attachent ;

⁷⁴ Économie sociale et solidaire

⁷⁵ Délégation générale à l'Emploi et à la Formation professionnelle

⁷⁶ Articles L 2113-12 à L 2113-16 du code de la commande publique, qui distinguent les marchés réservés aux établissements ou structures employant des travailleurs handicapés, les marchés réservés à des structures d'insertion et les marchés réservés aux entreprises de l'économie sociale et solidaire

⁷⁷ Le facilitateur des clauses sociales appartient le plus souvent au service public de l'emploi local : plan local d'insertion pour l'emploi (PLIE) ou maison de l'emploi (MDE),.... Il a une double fonction : il assiste les acheteurs publics à élaborer les clauses sociales des marchés et contrôle l'exécution de ces clauses, mais il aide également les entreprises à mettre

- Connaître l'existence et les capacités des structures employant des personnes en insertion proche du lieu où l'opération sera réalisée, c'est-à-dire le bassin d'emploi pertinent.

Les préconisations du ministère du travail sont de privilégier une approche des clauses sociales d'insertion plus qualitative que quantitative, un élargissement des secteurs porteurs de clauses de nature à entraîner une diversification des publics⁷⁸, une clarification des bénéficiaires afin d'induire un réel effet de levier vers l'emploi durable.

Actions mises en place par l'État acheteur, administration exemplaire

Afin de répondre aux objectifs nationaux de développement durable, plusieurs circulaires ont été adoptées concernant les achats de l'État dans le cadre du **Plan d'action interministériel "Administration exemplaire" 2015-2020**.

La DAE, en tant que responsable de la politique pluriannuelle des achats de l'État et ses établissements publics, anime l'**action des ministères**. Pour ce faire, elle s'appuie sur différents leviers, tels que son réseau des responsables ministériels achat (RMA)⁷⁹, la conférence et le comité des achats de l'Etat⁸⁰. Des instances de gouvernance dédiées aux achats responsables sont également mises en place : le réseau des référents ministériels achats responsables, le séminaire semestriel sur les achats responsables de l'Etat et de ses établissements publics qui permet de débattre des enjeux et orientations en matière d'achats responsables.

S'agissant des marchés respectueux de l'environnement, la DAE constate l'hétérogénéité des niveaux de maturité des acheteurs (qui sont très nombreux : administration centrale, services déconcentrés et établissements publics), l'émergence de nouvelles problématiques et de nouvelles exigences pour lesquelles les acheteurs doivent être davantage accompagnés : économie circulaire, maîtrise des émissions de GES⁸¹, produits biosourcés, cycle de vie, etc. A cet égard, la stratégie de la DAE comporte notamment des axes de développement sur ces aspects : décliner de manière opérationnelle les obligations issues de la Loi pour la transition énergétique pour une croissance verte, et la réglementation de la commande publique : coût du cycle de vie, économie circulaire, prévention de la production de déchets, politiques de consommation.

Pour remédier à ces difficultés, la DAE déploie des mesures d'amélioration, en particulier sur la **professionnalisation des acheteurs**. L'acculturation des acheteurs et leur montée en compétence dans le domaine des achats responsables constituent un chantier dans lequel la

en œuvre les solutions les plus adaptées pour le marché qu'elles doivent exécuter (ex : embauche directe, appel à des structures de l'insertion par l'activité économique, possibilités de sous-traitance ou de cotraitance avec des entreprises accompagnant tous les publics éloignés de l'emploi...).

⁷⁸ L'actualisation en cours vise à poursuivre cet élargissement tant sur l'insertion que sur d'autres dimensions sociales (égalité femmes/hommes, commerce équitable, économie circulaire...) en lien avec les travaux de la DAE et de la DGEFP.

⁷⁹ Sous l'autorité du Secrétaire général de chaque ministère, un responsable ministériel des achats pilote la fonction achats des services centraux et déconcentrés.

⁸⁰ La conférence des achats de l'Etat est présidée par le Secrétaire général du gouvernement et délibère des grandes orientations. Le comité des achats de l'Etat est présidé par le Directeur des achats de l'Etat afin de mettre en œuvre la politique et les grandes orientations par la conférence précitée.

⁸¹ Gaz à effet de serre

DAE s'investit par la conduite de formations aux achats responsables, l'organisation de journées annuelles d'échanges de pratiques sur les achats responsables entre les acheteurs, la mise à disposition d'outils pour accompagner de manière opérationnelle les acheteurs dans la rédaction de leurs marchés : l'animation de communautés dédiées aux achats responsables sur le réseau social professionnel des acheteurs de l'Etat et de ses établissements publics, et enfin la DAE œuvre à la promotion de l'écolabel européen et des critères écologiques.

S'agissant des marchés socialement responsables, si la DAE met en avant la tendance à la hausse des réalisations, elle note également que cette progression reste très modeste (Cf.V.1.3 données statistiques sur les considérations sociales). Une mission de contrôle sur un échantillon de marchés conduite en 2019 a permis de révéler la focalisation des acheteurs sur la clause sociale d'insertion, à l'exclusion des autres considérations sociales. Les problématiques rencontrées par la DAE tiennent également aux difficultés exprimées par les facilitateurs pour accompagner les acheteurs de l'Etat sur la clause d'insertion (avec l'expression du besoin de financement) et à la connaissance insuffisante de l'offre des acteurs de l'ESS.

Afin de pallier ces difficultés, la DAE a inscrit parmi les axes de sa stratégie relative aux achats responsables, l'élargissement du champ des préoccupations sociales dans les achats de l'Etat et de ses établissements publics : l'égalité femme/homme, la lutte contre les discriminations et la concurrence sociale déloyale.

La DAE a également pris part à un travail interministériel ayant débouché sur l'instruction interministérielle relative au dispositif d'insertion, traitant notamment des acteurs, objectifs, et des modalités de portage territorial.

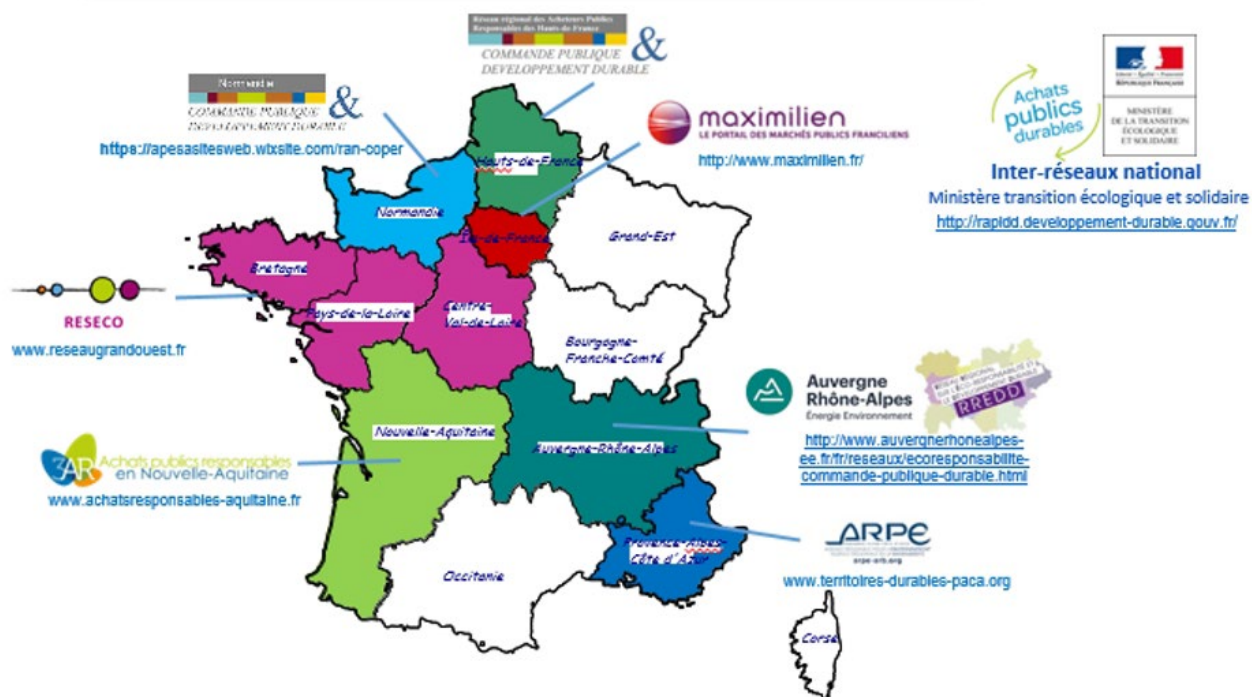
Accompagnement croissant des réseaux locaux d'achats responsables

A l'instar du réseau des référents achats responsables de la DAE, les réseaux territoriaux d'achats responsables aux gouvernances variées selon les régions ont pour mission d'animer des réseaux d'acheteurs afin de partager les bonnes pratiques.

Leur accompagnement est essentiel pour répondre à :

- une méconnaissance encore marquée des acheteurs pour appréhender le développement durable et connaître la méthode pour l'intégrer dans leurs marchés ;
- la crainte du surcoût ;
- le manque d'outils pratiques d'accompagnement (approche en termes de coût global au-delà de l'obligation réglementaire, traduction des prescriptions techniques des principaux labels européens type Blue Angel ou Nordic Swan, promotion et diffusion active des prescriptions types européennes très largement méconnues et inutilisées malgré leur intérêt) ;
- la mobilisation des élus et l'adaptation des organisations internes nécessitant une sensibilisation de toutes les parties prenantes de la chaîne d'achats.

Réseaux « Commande publique et développement durable »



Les réseaux historiques portés par les ADEME locales disposent de moyens dédiés leur permettant d'organiser des ateliers et formations thématiques, de publier des newsletters, de proposer des conseils minutes ainsi que des accompagnements sur la rédaction de marchés.

Entre 2017 et 2019 :

- le **Réseau Auvergne-Rhône-Alpes (RREDD)** a organisé des ateliers thématiques notamment sur : les produits d'entretien, la prise en compte du CO2 dans les marchés, l'alimentation bio et de qualité.
- le **RESECO**⁸² implanté dans le Grand Ouest français, a mené des sessions de sensibilisation et formations à destination des élus et agents, des webconférences sur la gestion des déchets, la politique d'achat public durable et l'égalité femme/homme. Il pilote des groupes de travail : RSE, Restauration collective, Evaluation d'une politique d'achat public durable et voirie durable, qui ont conduit à la création de guides ou des tableaux.
- l'**Association Aquitaine des acheteurs publics Responsables (3AR)**, propose des formations sur les achats responsables (co-rédaction d'un module de formation avec RESECO) ainsi que sur des thématiques variées telles que la restauration collective, la santé, ou la voirie...

⁸²RESECO (pour réseau, responsable, économique et écologique) est une association regroupant une centaine de structures de droit public présentes sur les régions Bretagne, Pays de la Loire et Centre-Val de Loire

- **le Réseau normand RAN COPER⁸³**, a organisé des ateliers régionaux thématiques afin de mieux identifier les offres innovantes et partager les bonnes pratiques. Il a également animé des groupes de travail sur la **restauration collective et les externalités environnementales**, et des sessions de formations sur la commande publique durable.

D'autres réseaux régionaux ont, sur 2017/2020, abordé le développement durable via l'ESS avec une montée en puissance récente de l'économie circulaire impulsée au niveau national par la feuille de route de 2018 (FREC) et le projet de loi (en 2019) relatif à la lutte contre le gaspillage et à l'économie circulaire) :

- **la Mission d'Appui au développement des clauses sociales (MACS), portée par le GIP Maximilien (Ile-de-France)⁸⁴**, créée en 2016 dans le but de faciliter et suivre la mise en œuvre des clauses sociales dans les marchés du Grand Paris et des Jeux Olympiques et Paralympiques de 2024. Elle coordonne les acteurs par l'animation d'un groupe de travail et a organisé des ateliers de sensibilisation, formations, des « Rencontres Openmap ESS » entre acheteurs publics et structures de l'ESS.
- **dans les Hauts de France**, les acteurs locaux⁸⁵déjà actifs au sein de l'inter-réseau, et l'État ont entrepris depuis 2017 des réflexions communes et ont officialisé en 2019 sous l'égide de l'Observatoire régional de la commande publique, le réseau des Acheteurs publics responsables des Hauts-de-France (APuRe HDF). En novembre 2019, un atelier ESS s'est tenu autour de l'économie circulaire.

Enfin, dans le cadre des **Trophées de la commande publique durable**, plusieurs projets (collectivités territoriales /hospitaliers/État) sont récompensés chaque année.

En 2017, l'établissement public foncier de Bretagne (EPFB) a été récompensé pour un marché d'évacuation par voie maritime des terres d'un chantier vers un centre de revalorisation en Gironde, évitant ainsi la circulation des 450 camions.

Le syndicat mixte Ardèche Drôme numérique a été quant à lui distingué pour le déploiement d'un réseau de fibre optique comportant notamment une clause sociale ambitieuse, associée à un plan territorial de formation dans les métiers du numérique et de professionnalisation des personnels.

⁸³Réseau des Acteurs Normands pour la Commande Publique Écoresponsable Partenaires techniques et financiers du Réseau : ADEME Normandie, État, Région Normandie, Agence Régionale de Santé, Métropole Rouen Normandie, SMEDAR regroupant collectivités, administrations de l'État, établissements publics (EPIC, EPA...), établissements sanitaires et médico-sociaux (CHU...), universités, bailleurs sociaux, lycées, collèges...

⁸⁴ Le GIP Maximilien gère un profil acheteur mutualisé et réseau francilien des achats responsables, porté par la Région Ile de France, 7 départements, EPT, collectivités, bailleurs... La MACS initiée par l'Etat (DREETS Ile de France, rattachés au ministère du Travail et au ministère de l'Économie des Finances et de la Relance) est soutenue par le Fond Social Européen (FSE), et réunit les réseaux partenaires de l' IAE (insertion par l'activité économique), ESS (économie sociale et solidaire) et STPA (secteur du travail protégé et adapté), les coordinations départementales des facilitateurs, les fédérations professionnelles, les maîtres d'ouvrage régionaux et le service public de l'emploi.

⁸⁵ Initié en 2017, L'observatoire régional de la commande publique des Hauts de France (ORCP), s'appuie notamment sur des collectivités pilotes telles la Communauté urbaine de Dunkerque, la Métropole de Lille...Le secrétariat général est placé sous l'autorité du préfet de région et du secrétaire général pour les affaires régionales (SGAR).

5.1.2. Documents à l'appui

Toute(s) preuve(s) ou pièce(s) justificative(s) disponible(s) pour le point V.1, illustrant les mesures, les réalisations ou les défis rencontrés en matière de promotion des marchés publics durables

- **Plan National d'Action pour des Achats Publics Durables 2015-2020 :**

<https://www.ecologique-solidaire.gouv.fr/achats-publics-durables>

- **Plateforme numérique du Réseau des acheteurs publics intégrant le développement durable (RAPIDD) :**

<http://rapidd.developpement-durable.gouv.fr/>

- **Rapport du CESE 2018 « Commande publique responsable : un levier insuffisamment exploité »**

<https://www.lecese.fr/travaux-publies/commande-publique-responsable-un-levier-insuffisamment-exploite>

- **Loi pour l'équilibre des relations commerciales dans le secteur agricole et alimentaire et une alimentation saine, durable et accessible à tous du 30 octobre 2018**

<https://www.legifrance.gouv.fr/jorf/id/JORFTEXT000037547946/>

- **Loi orientation et mobilité du 24 décembre 2019**

<https://www.legifrance.gouv.fr/loda/id/JORFTEXT000039666574/2021-01-20/>

- **Plan climat du 6 juillet 2017 :**

<https://www.ecologie.gouv.fr/sites/default/files/2017.07.06%20-%20Plan%20Climat.pdf>

- **Feuille de route économie circulaire – février 2018**

<https://www.actu-environnement.com/media/pdf/news-31129-frec.pdf>

- **Plan biodiversité du 4 juillet 2018 :**

https://www.ecologie.gouv.fr/sites/default/files/18xxx_Plan-biodiversite-04072018_28pages_FromPdf_date_web_PaP.pdf

Stratégie nationale de lutte contre la déforestation importée 2018 – 2030 :

https://www.ecologie.gouv.fr/sites/default/files/2018.11.14_SNDI_0.pdf

- **Engagement pour la croissance verte relatif à la valorisation du rechapage pour l'allongement de la durée de vie des pneumatiques de poids lourds :**

<https://www.ecologie.gouv.fr/sites/default/files/ECV%20-%20SNCP.pdf>

- **ADEME: impacts environnementaux des produits et labels :**
<https://agirpourlatransition.ademe.fr/particuliers/labels-environnementaux>
<https://www.ademe.fr/34-fiches-synthese-impacts-environnementaux-produits-labels-associes>
- **Pacte de croissance de l'économie sociale et solidaire du 29 novembre 2018 :**
<https://www.ecologie.gouv.fr/pacte-croissance-leconomie-sociale-et-solidaire>
- **Plan d'action interministériel "Administration exemplaire" 2015-2020 :**
<http://circulaires.legifrance.gouv.fr/index.php?action=afficherCirculaire&hit=1&r=39246>
- **Instruction interministérielle DGEFP SDPAE DAE CGET du 11 avril 2019**
- **Inter-réseaux commande publique et développement durable**
https://www.achatpublic.info/sites/default/files/document/documents/im_11_avril_2019_-_clauses_dinsertion.pdf?from=base-documentaire/textes-officiels
<https://www.ecologie.gouv.fr/achats-publics-durables>
- **Trophées de la commande publique durable 2017 :**
<https://www.ecologie.gouv.fr/trophees-commande-publique-2017-quatre-laureats-lachat-public-durable>
- **Fiche DAJ relative à la définition du besoin (prise en compte de labels) :**
https://www.economie.gouv.fr/files/files/directions_services/daj/marches_publics/conseil_acheteurs/fiches-techniques/preparation-procedure/definition-besoin-2017.pdf
- **Page DAJ sur les achats responsables** (créée en octobre 2020 renvoyant dans les ressources sur la page EU criteria - GPP - Environment - European Commission (europa.eu))
<https://www.economie.gouv.fr/daj/achats-publics-responsables>
- **Guide relatif aux aspects sociaux dans la commande publique :**
https://www.economie.gouv.fr/files/files/directions_services/daj/marches_publics/conseil_acheteurs/guides/guide-aspects-sociaux-cp.pdf

5.1.3. Indicateurs quantitatifs : clauses sociales et environnementales

Sur le plan quantitatif, les données annuelles sur les considérations sociales et environnementales que la DAE mesure et communique à l'OECP au titre du recensement économique concernent tous les marchés notifiés d'un montant supérieur à 25 000€ HT allant plus loin que le seuil obligatoire national fixé à 90 000 euros HT.

Tous les détails du calcul des ratios sont expliqués dans la partie méthodologie VII.4.

5.1.3.1 Indicateurs environnementaux

Répartition par catégories d'acheteurs

Tableau 14 : Proportion des marchés publics comportant une clause environnementale, ventilée par catégories d'acheteurs publics, 2017-2019

En pourcentage (%)	2017		2018		2019	
	Nombre	Montant	Nombre	Montant	Nombre	Montant
Etat et hôpitaux	9,3 %	9,3 %	18,0 %	16,0 %	22,0 %	15,4 %
Collectivités territoriales	19,6 %	24,4 %	12,7 %	16,6 %	12,9 %	19,0 %
« Autres acheteurs»*	2,8 %	1,9 %	9,5 %	22,7 %	18,4 %	27,2 %
Total	13,6 %	11,2 %	13,6 %	18,6 %	15,8 %	18,6 %

Source : Recensement annuel des marchés publics. Calculs et retraitements statistiques OECF

Ne sont pris en compte que les marchés d'un montant supérieur au seuil de 90 000 € HT

*Hors EDF, ENEDIS, SNCF, RATP, Organismes Sécurité sociale

De manière générale, les clauses environnementales sont en hausse entre 2017 et 2019 pour atteindre 15.8 % en nombre de contrats et 18.6 % en montant.

Comme seuls les marchés d'un montant supérieur à 90 000 € HT sont pris en compte (du fait des contraintes sur la catégorie « Autres acheteurs» *), la part des collectivités territoriales apparaît plus faible. Si l'on intégrait les marchés d'un montant inférieur au seuil, la part des clauses pour les collectivités territoriales serait plus importante du fait de leur nombre.

Répartition par rapport aux seuils européens

Tableau 15

Clauses environnementales - marchés d'un montant supérieur aux seuils européens						
En pourcentage (%)	2017		2018		2019	
	Nombre	Montant	Nombre	Montant	Nombre	Montant
Etat et hôpitaux	9,6 %	8,8 %	27,2 %	16,9 %	22,7 %	14,0 %

Collectivités territoriales	19,6 %	27,7 %	14,5 %	17,4 %	15,7 %	22,5 %
« Autres acheteurs»*	2,3 %	1,5 %	16,6 %	23,4 %	16,9 %	27,0 %
Total	10,8 %	10,0 %	18,2 %	18,5 %	18,3 %	18,6 %

Source : Recensement annuel des marchés publics. Calculs et retraitements statistiques OECF

Ne sont pris en compte que les marchés supérieurs au seuil de 90 000 € HT

*Hors EDF, ENEDIS, SNCF, RATP, Organismes Sécurité sociale

Tableau 16

Clauses environnementales - marchés d'un montant inférieur aux seuils européens						
En pourcentage (%)	2017		2018		2019	
	Nombre	Montant	Nombre	Montant	Nombre	Montant
État et hôpitaux	8,7 %	9,8 %	21,1 %	36,2 %	21,6 %	33,5 %
Collectivités territoriales	19,6 %	20,5 %	11,7 %	15,2 %	11,9 %	14,0 %
« Autres acheteurs»*	3,2 %	4,0 %	22,3 %	20,9 %	19,3 %	28,3 %
Total	14,7 %	14,9 %	14,8 %	18,8 %	14,5 %	18,9 %

Source : Recensement annuel des marchés publics. Calculs et retraitements statistiques OECF

Ne sont pris en compte que les marchés d'un montant supérieur au seuil de 90 000 € HT

*Hors EDF, ENEDIS, SNCF, RATP, Organismes Sécurité sociale

5.1.3.2 Indicateurs sociaux

Répartition par catégories d'acheteurs

Tableau 17 : Proportion des marchés publics comportant une clause sociale, ventilée par catégories d'acheteurs publics, 2017 - 2019

En pourcentage (%)	2017		2018		2019	
	Nombre	Montant	Nombre	Montant	Nombre	Montant
Etat et hôpitaux	4,0 %	6,7 %	6,8 %	10,0 %	8,6 %	10,7 %
Collectivités territoriales	15,6 %	28,2 %	14,3 %	25,1 %	13,0 %	21,0 %

« Autres acheteurs»*	2,1 %	5,2 %	7,7 %	18,7 %	17,2 %	27,3 %
Total	9,4 %	11,1 %	10,2 %	17,4 %	12,5 %	17,3 %

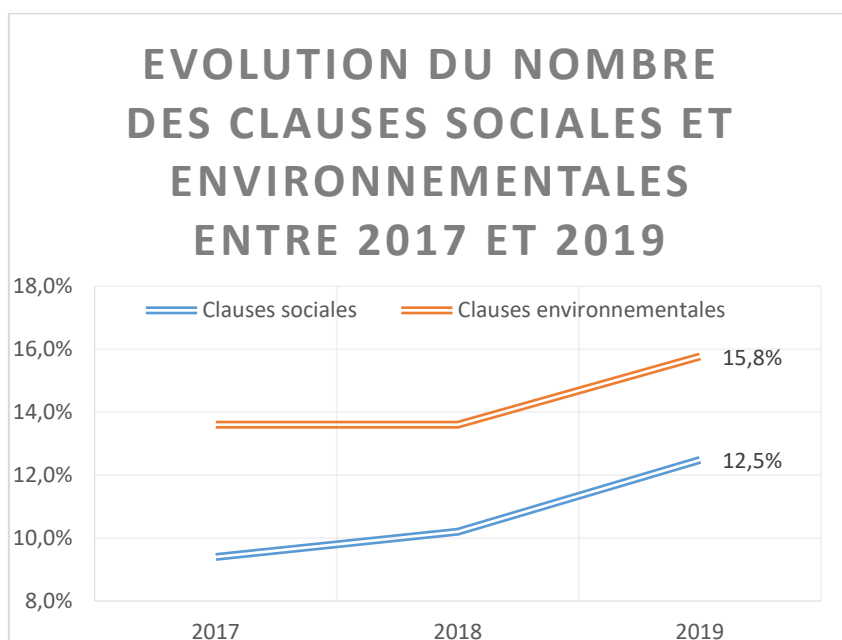
Source : Recensement annuel des marchés publics. Calculs et retraitements statistiques OECF

Ne sont pris en compte que les marchés d'un montant supérieur au seuil de 90 000 € HT

*Hors EDF, ENEDIS, SNCF, RATP, Organismes Sécurité sociale

De manière générale, on note une progression relativement lente mais continue des clauses sociales dans la commande publique (de 9.4 % en 2017 à 12,5 % en 2019 en nombre).

Les taux moyens d'utilisation des clauses sociales s'établissent à un niveau légèrement inférieur aux taux d'utilisation de clauses environnementales : 11 % en sociale contre 14% en environnement en moyenne pour tous types d'acheteurs.



Source : Recensement annuel des marchés publics. Calculs et retraitements statistiques OECF.

Ne sont pris en compte que les marchés d'un montant supérieur au seuil de 90 000 € HT

*Hors EDF, ENEDIS, SNCF, RATP, Organismes Sécurité sociale

Répartition par rapport aux seuils européens

Tableau 18

Clauses sociales - marchés d'un montant supérieur aux seuils européens						
En pourcentage (%)	2017		2018		2019	
	Nombre	Montant	Nombre	Montant	Nombre	Montant
Etat et hôpitaux	3,5 %	6,7 %	14,6 %	6,0 %	9,7 %	10,2 %

Collectivités territoriales	15,1 %	31,4 %	11,3 %	25,7 %	8,9 %	20,5 %
« Autres acheteurs»*	2,7 %	5,5 %	7,1 %	17,4 %	17,2 %	28,3 %
Total	6,1 %	9,9 %	10,8 %	12,0 %	10,3 %	16,2 %

Source : Recensement annuel des marchés publics. Calculs et retraitements statistiques OECF

Ne sont pris en compte que les marchés d'un montant supérieur au seuil de 90 000 € HT

*Hors EDF, ENEDIS, SNCF, RATP, Organismes Sécurité sociale

Tableau 19

Clauses sociales - marchés d'un montant inférieur aux seuils européens						
En pourcentage (%)	2017		2018		2019	
	Nombre	Montant	Nombre	Montant	Nombre	Montant
Etat et hôpitaux	4,4 %	7,2 %	8,4 %	18,9 %	7,6 %	16,5 %
Collectivités territoriales	15,7 %	24,4 %	12,0 %	23,2 %	14,6 %	22,1 %
« Autres acheteurs»*	1,6 %	3,5 %	18,1 %	25,2 %	17,3 %	23,3 %
Total	10,8 %	16,3 %	12,4 %	23,0 %	13,6 %	21,4 %

Source : Recensement annuel des marchés publics. Calculs et retraitements statistiques OECF

Ne sont pris en compte que les marchés d'un montant supérieur au seuil de 90 000 € HT

*Hors EDF, ENEDIS, SNCF, RATP, Organismes Sécurité sociale

5.2 Marchés publics intégrant des dispositions relatives à l'innovation

5.2.1 Rapport qualitatif sur l'innovation dans l'achat public

Suite aux directives 2014/24/UE et 2014/25/UE qui ont aussi pour objectif de stipuler et promouvoir l'innovation, principaux moteurs de la croissance, différents outils ont été mobilisés entre 2017 et 2019 pour continuer à soutenir les autorités contractantes dans leur appropriation de la dimension innovation dans leurs achats.

Le rapport de la mission parlementaire dirigée par le mathématicien et député Cédric Villani sur l'intelligence artificielle (IA), rendu public 28 mars 2018, a préconisé une restructuration de l'achat public plus tourné vers l'innovation en insistant sur la nécessité de faire de la commande publique un levier en faveur de l'innovation.

L'article 49 de la loi n° 2018-727 du 10 août 2018 dite loi « ESSOC »⁸⁶ a permis d'apporter des assouplissements aux obligations nationales encadrant les constructions publiques, dans le but de « faciliter la réalisation des projets et le recours aux matériaux et aux techniques de construction innovants.

L'un des principaux freins à lever réside dans la connaissance insuffisante, des possibilités et souplesses que leur offre le droit de la commande publique pour prendre en compte l'innovation dans les marchés publics. L'enjeu est donc de les aider à mieux l'identifier et à en comprendre son emploi et les avantages qu'ils peuvent en tirer.

Les années 2017 à 2019 ont été marquées par une dynamique visant à faciliter et à renforcer l'innovation dans la commande publique par l'ensemble des acteurs de la chaîne achat: acheteurs, prescripteurs et dirigeants des ministères, des établissements publics et des relais en régions.

La publication d'un guide opérationnel par la DAJ⁸⁷ ait venu soutenir cette démarche.

Transposant la directive européenne n°2014/24/UE (article 2.22), les prestations innovantes définies comme⁸⁸: «les travaux, fournitures ou services nouveaux ou sensiblement améliorés, reste volontairement large pour laisser une grande marge d'appréciation aux acheteurs. Mais la pratique a démontré que cette souplesse posait des difficultés d'identification.

La communication de la Commission européenne du 15 mai 2018 « Orientations sur la passation de marchés de solutions innovantes » visant à fournir des orientations pratiques, a été complétée par un programme d'apprentissage mutuel avec une quinzaine d'États membres de l'UE réunis au sein d'un réseau des acheteurs publics innovants et à la publication d'un rapport sur « L'innovation et l'achat public »⁸⁹.

⁸⁶ Loi pour un État au service d'une société de confiance dite ESSOC du 10 août 2018

⁸⁷ Direction des Affaires juridiques du ministère de l'Economie, des Finances et de la Relance

⁸⁸ Article L. 2172-3 et 2° de l'article R. 2124-3 du code de la commande publique reprenant le renvoi au 2° du II de l'article 25 du décret n° 2016-360 du 25 mars 2016 et l'article 81 du décret n° 2016-361 du 25 mars 2016

⁸⁹ Rapport Commission Européenne : <https://ec.europa.eu/transparency/regdoc/rep/3/2018/FR/C-2018-3051-F1-FR-MAIN-PART-1.PDF>

L'OECP⁹⁰ (DAJ), tenant compte de ces travaux européens, a publié fin mai 2019 le guide pratique de l'achat public innovant, élaboré dans le cadre d'une concertation sur la base de retours pratiques. Ces travaux de refonte ont permis de procéder à une mise à jour réglementaire européenne et française (sa version initiale de 2014 ayant été rédigée sous l'empire du code des marchés publics 2006), mais surtout :

- d'aider à la qualification d' « achat innovant »
- de mettre en avant la diversité des procédures disponibles (partenariat d'innovation, procédures négociées, dialogue compétitif...)
- d'apporter des réponses opérationnelles pour utiliser les outils transverses à toutes les procédures (notamment définition fonctionnelle, *sourcing*, variante, prise en compte de la propriété intellectuelles...⁹¹)

L'État français, conscient des enjeux de l'innovation, continue à pousser son acculturation à travers l'exemplarité des marchés de l'État, et le lancement d'un dispositif expérimental du décret du 24 décembre 2018 toujours en vigueur.

Depuis l'objectif est de poursuivre l'animation de ce réseau « innovation » afin de bénéficier de retours terrain réguliers, qui permettront notamment de l'enrichir et de suivre la mise en œuvre de la mesure expérimentale détaillée ci-après.

5.2.1.1 Appui apporté aux acheteurs pour qualifier un achat d'innovant

Élaboré avec des acteurs de l'innovation, le guide « achats innovants » de l'OECP propose une **méthode du faisceau d'indices afin de faciliter la qualification d'un achat innovant**. Constitué d'une série de questions, pour accompagner les acheteurs dans la caractérisation de leurs achats innovants, ce faisceau a l'avantage de s'adapter à un grand nombre de situations et permet de s'interroger sur :

- les caractéristiques du secteur d'activité et la prise de connaissance des solutions innovantes récemment commercialisées ou en voie de l'être prochainement ;
- les objectifs poursuivis par le besoin et par le type de solutions innovantes susceptibles d'y répondre ;
- l'état d'avancement opérationnel des différentes solutions susceptibles de répondre au besoin ;
- la situation des entreprises susceptibles d'offrir les solutions.

Conçu comme une boîte à outils méthodologique, le guide est illustré par des exemples concrets mis en œuvre par des pouvoirs adjudicateurs et contribue à la diffusion à long terme de l'innovation dans l'achat public et ce, quelles que soient les modalités de contractualisation envisagées.

Ainsi, la ville de Paris s'est interrogée en avril 2019 sur le caractère innovant d'une solution consistant en un outil de recrutement permettant la préselection de candidats par la

90 Observatoire économique de la commande publique rattaché à la direction des Affaires juridiques du ministère de l'Economie, des Finances et de la Relance.

91 Le guide contient aussi des recommandations générales comme la nécessité de planifier les achats, de travailler en mode projet, d'adapter les délais de procédures

réalisation de tests et de jeux développés grâce aux neurosciences, en lieu et place des CV⁹² et lettres de motivation.. La ville a qualifié l'achat d'innovant en considérant que :

- la solution permet de répondre à un besoin de façon plus performante (amélioration du processus de recrutement) ;
- la solution encore peu répandue dans le secteur privé est quasi inexistante dans le secteur public ;
- la solution doit être adaptée aux besoins de la personne publique et conduirait, si elle était généralisée, à une réingénierie complète du processus organisationnel RH⁹³ ;
- la solution a remporté plusieurs prix et a été développée par une start-up faisant partie d'un incubateur.

L'un des buts poursuivis par ce guide est de montrer que l'innovation peut être mise en œuvre dans des achats qui ne concernent pas seulement les acheteurs exerçant une activité de recherche-développement ou ayant des besoins spécifiques de haute technicité, mais aussi pour tous des besoins courants d'un très grand nombre de pouvoirs adjudicateurs. Les avancées et souplesses apportées par les directives de 2014 renforcent ainsi la capacité des acheteurs à faire de la commande publique un levier de modernisation et d'amélioration de la performance de l'action et de la gestion publiques

5.2.1.2 Une diversité de procédures disponibles pour acheter « innovant »

Le guide OECF a mis en avant des exemples montrant que l'innovation s'intègre dans des marchés ordinaires, même si certaines procédures semblent davantage dédiées à l'innovation.

Le partenariat d'innovation

Ce contrat nécessite que l'étude préalable approfondie et précise du marché conclut à l'inexistence de solutions satisfaisant le besoin de l'acheteur (fournitures, services ou travaux).

Il a pour avantage de permettre un partenariat de long terme avec acquisition, fabrication ou réalisation des solutions développées par le développeur finalement retenu, en dispensant de procéder à une remise en concurrence à l'issue de la phase de R&D.

Mais le recours à ce contrat nécessite la réunion de certaines conditions qui conduisent souvent les acheteurs à s'orienter vers d'autres solutions plus adaptées notamment lorsque le montant du marché n'est pas très important. On constate de fait qu'entre 2017 et 2019 une trentaine seulement de contrats de ce type ont été recensés.

Il est malgré tout possible de réaliser des partenariats d'innovation à l'échelle locale. Le guide de l'OECF relatif aux achats innovants de 2019 en donne quelques exemples.

⁹² Curriculum vitæ

⁹³ Ressources humaines

Les procédures pouvant être orientées « innovation » : le dialogue compétitif et la procédure avec négociation

La procédure du dialogue compétitif présente l'avantage de ne pas enfermer a priori la mise en concurrence sur des spécifications techniques précises qu'il ne serait possible de faire modifier que de manière non-substantielle. Les solutions techniques, financières ou juridiques que le marché peut offrir seront précisées dans le cadre d'un dialogue et en co-construction.

Cependant, le dialogue compétitif reste souvent complexe à gérer et assez long du fait de l'intervention de multiples acteurs et des différentes phases du projet. Il reste donc souvent limité à des projets d'envergure et fortement mobilisateurs comme l'illustrent les données recueillies par l'OECP. En effet, on dénombre 93 marchés en dialogue compétitif notifiés en 2019 sur plus de 170 000 marchés recensés pour cet exercice.

La procédure avec négociation, depuis que la directive 2014/24/UE a élargi les possibilités d'y recourir, est l'un des vecteurs importants des achats innovants.

Les directives de 2014 ont offert une place plus large à la faculté pour les acheteurs de négocier et ainsi de mieux faire coïncider les besoins avec les solutions techniques proposées, y compris les plus innovantes.

Moins lourde en terme d'investissement que le dialogue compétitif reposant sur une co-construction, la négociation permet d'échanger pour améliorer le contenu des offres successives sans remettre en cause les exigences techniques minimales ni modifier substantiellement le cahier des charges et donc de faire rentrer l'innovation, bien qu'elle n'ait pas été demandée spontanément par l'acheteur.

5.2.1.3 Les outils existants à développer pour intégrer l'innovation dans toutes les procédures

Dans l'esprit de la communication de la Commission européenne du 15 mai 2018 « Orientations sur la passation de marchés de solutions innovantes », la France a décliné des outils propices à l'innovation pour tous types de procédures.

La définition fonctionnelle du besoin

Pour l'acheteur, définir son besoin sous forme d'exigences, de spécifications fonctionnelles (résistance des matériaux, température à garantir dans la pièce, niveau de performance environnementale, etc.) permet d'ouvrir plus facilement la concurrence aux solutions innovantes. Il s'agit de décrire le résultat à atteindre et non pas de déterminer à l'avance les moyens notamment techniques à mettre en place pour arriver au résultat attendu.

A titre d'exemple, lors d'une description fonctionnelle réalisée par l'UGAP dans le cadre d'une consultation relative à la fourniture de véhicules électriques, il s'agissait de décrire uniquement les principales missions pour lesquelles ces véhicules seront utilisés et les contraintes spécifiques en intégrant critère "innovant" et le coût d'utilisation.

Ou encore, **dans le secteur de la santé**, la définition fonctionnelle s'accompagne souvent d'illustrations concrètes de la manière dont les professionnels de la santé utiliseront un

équipement ou une solution informatique, afin d'appréhender les futures difficultés rencontrées par les professionnels et les éventuelles carences à pallier.

Le *sourçage* ou *sourcing* : une étape préalable importante pour des achats innovants

Le *sourcing*, défini à l'article 40 de la directive 2014/24, permet d'identifier les solutions existantes et les fournisseurs susceptibles de répondre à un besoin. Il aide aussi les fournisseurs à comprendre le contexte d'achat particulier et les contraintes afférentes pour les prendre en compte lors de la construction de leur offre. Il permet également de prendre connaissance de solutions inconnues de l'acheteur, qui peuvent être innovantes.

La DAE⁹⁴ a publié en 2019 un guide intitulé « Le *sourcing* opérationnel »⁹⁵ qui vient compléter le guide OECF consacrant une fiche au *sourcing*.

Les illustrations sont nombreuses : l'UGAP pratique une démarche systématique de *sourcing* incluant la détection de solutions innovantes et valorise les offres innovantes auprès de ses clients publics. L'UGAP indique avoir atteint, en 2019, 3,5 % d'achats innovants en montant. Les collectivités territoriales sont de plus en plus nombreuses à promouvoir l'innovation : par exemple, France Urbaine⁹⁶ propose à son réseau de métropoles une démarche d'intégration du *sourcing*.

La publication en amont de la programmation pluriannuelle des achats pour favoriser le positionnement des opérateurs, notamment auprès des structures les plus innovantes et/ou culturellement éloignées des marchés publics, est encore une pratique émergente mais qui tend à se diffuser. L'État (avec la DAE) et certaines collectivités territoriales le font déjà.

L'ouverture aux variantes

Les variantes, permettant de disposer d'offres alternatives aux prescriptions fixées dans le cahier des charges mentionnées à l'article 45 de la Directive 2014/24/UE et codifiées à l'article R. 2151-8 et suivants du code de la commande publique ne sont pas nouvelles. Malgré l'ouverture de la réglementation permettant à l'acheteur de ne plus exiger l'offre de base, l'usage des variantes pose toujours des difficultés : soit les entreprises craignent, en déposant seulement la variante, que leur offre soit considérée comme non conforme, soit elle est interdite expressément car leur recours peut rendre plus complexe l'analyse des offres, ce qui freine les acheteurs.

⁹⁴ La Direction des achats de l'État définit, sous l'autorité du Premier ministre, la politique des achats de l'État, à l'exception des achats de défense et de sécurité. Elle s'assure notamment que les achats des ministères et des établissements publics sont réalisés dans des conditions facilitant l'accès des petites et moyennes entreprises à la commande publique et qu'ils contribuent à la diffusion de l'innovation (Décret n° 2016-247 du 3 mars 2016 créant la direction des achats de l'État et relatif à la gouvernance des achats de l'État : <https://www.legifrance.gouv.fr/jorf/id/JORFTEXT000032148548>)

⁹⁵ Guide du *sourcing* opérationnel :

https://www.economie.gouv.fr/files/files/directions_services/dae/doc/Guide_sourcing.pdf

⁹⁶ France urbaine est une association de référence qui regroupe des métropoles, communautés urbaines, communautés d'agglomération et grandes villes.

Pourtant les variantes peuvent faciliter l'accès des PME, qui n'ont pas nécessairement la capacité de proposer une offre de base, et valorisent les solutions novatrices, surtout si l'acheteur l'a clairement annoncé.

Parmi les exemples cités dans le guide relatif aux achats innovants de l'OECP, la Métropole de Nice Côte d'Azur a lancé un marché afin de rénover l'une des infrastructures routières majeures de la ville de Nice (faisant l'objet d'un flux très important de véhicules à certaines périodes de la journée), tout en laissant une flexibilité permettant de proposer des solutions alternatives et innovantes tout aussi pertinentes que celles envisagées par l'acheteur.

L'appui de l'État sur les questions de propriété intellectuelle

Le guide de l'OECP a consacré une fiche à la propriété intellectuelle, sujet souvent méconnu et pourtant crucial sur les questions d'innovation. La mission APIE, anciennement Agence du patrimoine immatériel de l'État, accompagne l'innovation publique qu'elle soit portée par un agent dans un « lab » public ou qu'elle fasse l'objet d'un partenariat avec des industriels ou bien encore qu'elle prenne la forme d'un hackathon ou d'un marché public. .

De plus en plus sollicitée sur des questions de R&D à l'occasion de réflexion sur la propriété intellectuelle menée par des acheteurs qui s'interrogent sur la frontière entre R&D et achats innovants, elle promeut le partage des bonnes pratiques et publie des guides pratiques et pédagogiques destinés à faciliter l'appropriation d'une démarche de valorisation de l'innovation au sein des entités publiques.

5.2.1.4 Les marchés de l'État ouverts à l'innovation

Au cours de la période 2017-2019, la DAE a poursuivi sa démarche de promotion de l'innovation, de ses méthodes et de ses outils au bénéfice des acteurs de l'État :

- à travers l'organisation d'événements ciblés sur des acteurs relais au sein des services de l'État ;
- en accompagnant les établissements publics dont le budget achat annuel dépasse 10 millions d'euros (ainsi, les 200 plus gros établissements publics ont bénéficié d'actions de communication et de sensibilisation pour les inciter à recourir aux achats innovants) ;
- en développant la visibilité de l'offre d'entreprises innovantes auprès des acheteurs de l'État.

Depuis sa création en décembre 2018, le « guichet unique des achats de l'État⁹⁷ » a enregistré 282 dépôts de dossier, avec un équilibre entre propositions de solutions standards et solutions innovantes. Cette plateforme permet aux entreprises innovantes de rentrer plus facilement en contact avec des acheteurs de l'État.

La structuration du réseau des référents innovation dans les ministères, établissements publics et en régions a également été renforcée depuis 2018. Un réseau externe a également été organisé. Il s'appuie sur des associations qui rassemblent un écosystème de startup, des pôles de compétitivité et les acteurs publics qui accompagnent et/ou financent les entreprises innovantes. Cela a permis d'établir une cartographie des acteurs principaux de l'écosystème

⁹⁷ Guichet unique des achats de l'Etat : <https://www.economie.gouv.fr/dae/guichet-unique-achats-letat>

de l'innovation dans toutes ses dimensions et des secteurs d'activité concernés ainsi que de définir avec ces acteurs des axes de collaboration.

Le dispositif expérimental du décret du 24 décembre 2018

Le décret n° 2018-1225 du 24 décembre 2018 portant diverses mesures relatives aux contrats de la commande publique promeut l'achat innovant en mettant en place une expérimentation sur une période de trois ans qui ouvre la possibilité pour les acheteurs de passer des marchés publics négociés, sans publicité ni mise en concurrence préalables, portant sur des travaux, fournitures ou services innovants répondant à un besoin dont la valeur estimée est inférieure à 100 000 euros HT.

Le dispositif ne subordonne pas le bénéfice de l'expérimentation à la condition que le besoin ne puisse pas être satisfait par l'acquisition de produits, services ou travaux déjà disponibles sur le marché. Il est en vigueur jusqu'au 25 décembre 2021, et vise à simplifier l'acquisition de solutions innovantes auprès de tous types d'entreprises mais surtout des PME innovantes afin de permettre à ces dernières d'intégrer davantage le secteur public et parapublic.

Dans un contexte de facilitation de la mise en relation entre les acheteurs et les entreprises innovantes, cette mesure, qui allège le formalisme de la passation des marchés publics innovants, constitue un levier important de débouchés économiques en faveur des entreprises et tout particulièrement pour le secteur industriel.

Tout au long de l'année 2019, ce décret a fait l'objet d'un accompagnement par la DAJ, notamment pour rassurer les acheteurs et de les inciter à réaliser un premier achat innovant.

Ces achats font l'objet d'un suivi particulier et doivent être déclarés auprès de l'OECP⁹⁸. L'évaluation du dispositif sur la base des déclarations faites à l'OECP dans le cadre du recensement des contrats publics est prévue au bout de 2 ans et demi, soit en juin 2021.

5.2.2. Documents à l'appui

Toute(s) preuve(s) ou pièce(s) justificative(s) disponible(s) pour le point V.2, illustrant les mesures, les réalisations ou les défis rencontrés en matière de promotion de l'achat public innovant.

- **Communication de la Commission européenne du 15 mai 2018 « Orientations sur la passation de marchés de solutions innovantes » :**

<https://ec.europa.eu/transparency/regdoc/rep/3/2018/FR/C-2018-3051-F1-FR-MAIN-PART-1.PDF>

⁹⁸ Observatoire économique de la commande publique

➤ **Pacte national pour la croissance, la compétitivité et l'emploi du 6 novembre 2012:**

https://www.entreprises.gouv.fr/files/files/directions_services/politique-et-enjeux/competitivite/pacte-croissance/pacte-national-croissance-competitivite-emploi-DP.pdf

<https://www.economie.gouv.fr/files/PR-competitiveness.pdf> (*english version*)

➤ **Plateforme des achats d'innovation de l'État et ses établissements publics :**

<http://www.achatspublics-innovation.fr/>

➤ **Rapport de la mission dirigée par Cédric Villani sur l'intelligence artificielle (IA) du 28 mars 2018**

https://fichiers.acteurspublics.com/redac/pdf/2018/2018-03-28_Rapport-Villani.pdf

➤ **Article 49 de la loi ESSOC pour un État au service d'une société de confiance du 10 août 2018**

<https://www.legifrance.gouv.fr/jorf/id/JORFTEXT000037307624/>

➤ **La loi PACTE du 22 mai 2019**

<https://www.legifrance.gouv.fr/dossierlegislatif/JORFDOLE000037080861/>

➤ **Guide des achats innovants 2019 de la DAJ du Ministère de l'Economie, des Finances:**

https://www.economie.gouv.fr/files/2020-08/guide-pratique-achat-public-innovant_0.pdf

➤ **Fiches DAJ de conseil aux acheteurs :**

- Procédure concurrentielle avec négociation :

https://www.economie.gouv.fr/files/files/directions_services/daj/marches_publics/conseil_acheteurs/fiches-techniques/mise-en-oeuvre-procedure/procedure-avec-negociation-2019.pdf

- Partenariat d'innovation :

https://www.economie.gouv.fr/files/files/directions_services/daj/marches_publics/conseil_acheteurs/fiches-techniques/preparation-procedure/partenariat-innovation-2019.pdf

- L'expérimentation « achats innovants » :

https://www.economie.gouv.fr/files/files/directions_services/daj/marches_publics/conseil_acheteurs/fiches-techniques/mise-en-oeuvre-procedure/experimentation-achats-innovants-2019.pdf

5.3 Dématérialisation des marchés publics : vers la simplification des procédures administratives

Dans le prolongement des dispositions des directives européennes 2014/24/UE et 2014/25/UE du 26 février 2014, la dématérialisation des procédures de passation pour l'ensemble des acheteurs est effective en France depuis le 1^{er} octobre 2018.

La réforme du droit de la commande publique, initiée avec la transposition des directives européennes de 2014 et matérialisée par l'entrée en vigueur du code de la commande publique, le 1^{er} avril 2019, a fixé un double objectif :

- **un objectif de simplification** avec, d'une part, une complète **dématérialisation** des procédures de passation des marchés publics d'un montant de plus de 25 000 € HT, avec l'obligation de mettre à la disposition des opérateurs économiques l'ensemble des documents de la consultation sur le profil d'acheteur ainsi que d'effectuer les communications et échanges d'informations par voie électronique ;
- **un objectif de transparence** avec le déploiement d'une démarche d'**Open Data** sur les données essentielles des marchés publics et contrats de concessions.

La dématérialisation porte des enjeux opérationnels structurants pour les acheteurs et les entreprises, qui ne doivent pas se heurter à des difficultés d'accès à la commande publique et à des lourdeurs administratives inadaptées. L'objectif affiché dans le cadre du processus de dématérialisation a bien été « *de simplifier la vie des acteurs de la commande publique* » (réponse ministérielle n° 17726 : JOAN 4 juin 2019⁹⁹). Pour ce faire, la France s'est fortement mobilisée afin de rendre obligatoire la dématérialisation des procédures de passation et s'est dotée de certains outils incontournables, y compris en dessous des seuils de procédure formalisée.

Au-delà de son travail d'élaboration de la réglementation, la DAJ du ministère de l'Économie, des Finances et de la Relance a parallèlement appuyé cette réforme en accentuant son action d'accompagnement.

5.3.1 Point sur le cadre juridique de la dématérialisation de la commande publique

5.3.1.1 Les profils d'acheteurs

La dématérialisation des procédures de passation des marchés publics (sauf exceptions) est obligatoire depuis le 1^{er} avril 2017 pour les centrales d'achat et depuis le 1^{er} octobre 2018 pour les autres acheteurs. L'article R.2132-2¹⁰⁰ du code de la commande publique définit le profil d'acheteur.

⁹⁹ <https://questions.assemblee-nationale.fr/q15/15-17726QE.htm>

¹⁰⁰ « Le profil d'acheteur est la plateforme de dématérialisation permettant notamment aux acheteurs/autorités concédantes de mettre les documents de la consultation à disposition des opérateurs économiques par voie

L'annexe n°7 du code de la commande publique précise les fonctionnalités et les exigences minimales des profils d'acheteurs, notamment celles à même de garantir la sécurité, la confidentialité, l'intégrité et la traçabilité des échanges. Une fiche de la DAJ relative au profil d'acheteur précise les modalités de recours auprès des acteurs et indique notamment :

- les fonctionnalités minimales obligatoirement proposées par les profils d'acheteurs : celles devant être proposées aux acheteurs et/ou autorités concédantes et celles devant être proposées aux opérateurs économiques;
- les exigences techniques, d'accessibilité et de sécurité ;
- les modalités d'acquisition d'un profil d'acheteur.

En pratique, le profil d'acheteur est un site, généralement appelé « plateforme » ou « salle des marchés », qui se compose d'un espace à disposition de l'acheteur ou de l'autorité concédante lui permettant de mettre en ligne son marché ainsi que tous les documents de la consultation (dont les AAPC¹⁰¹), puis de récupérer les candidatures et les offres. Il présente parallèlement une interface visible par l'opérateur économique permettant à ce dernier de consulter les avis de publicité, de télécharger les documents de la consultation, et de déposer sa candidature et son offre. Des dispositions imposent le recours au profil d'acheteur pour publier les données essentielles.

L'utilisation de la plateforme simplifie les tâches incombant à l'acheteur public puisqu'une partie d'entre elles est automatisée et que la procédure est sécurisée par l'utilisation de l'horodatage, du chiffrement et de la signature électronique.

5.3.1.2 Les données essentielles des contrats de la commande publique

L'ouverture des données ou « open data » appliquée à la commande publique constitue un véritable levier de nouvelles stratégies d'action à la fois pour les acheteurs mais également pour les opérateurs économiques ainsi que pour les tiers. Dans le cadre de la politique internationale d'ouverture des données portée par le « Partenariat pour un gouvernement ouvert¹⁰² », la France a formalisé le principe de la transparence de la vie publique en rendant obligatoire l'« Open data ».

L'article 133 du code des marchés publics de 2006 qui prévoyait que l'acheteur devait publier la liste des marchés conclus l'année précédente, était une première étape. Toutefois, ces données, limitées, n'étaient pas normées et étaient publiées sur des supports très divers, ce qui rendait leur exploitation complexe et difficilement accessible aux citoyens.

Possible depuis avril 2016, les acheteurs publics et les autorités concédantes doivent présenter depuis le 1^{er} avril 2018 (codifié aux articles R. 2196-1 et R. 3131-1) sur leurs profils d'acheteurs, un accès libre, direct et complet aux données des marchés publics et des contrats de

électronique et de réceptionner par voie électronique les documents transmis par les candidats et les soumissionnaires ».

¹⁰¹ Avis d'appel public à la concurrence

¹⁰² <https://www.opengovpartnership.org/fr/>. Présidence de la France jusqu'en septembre 2017.

concession considérées comme essentielles, à l'exception des informations dont la divulgation serait contraire à l'ordre public.

L'annexe n° 15 du code de la commande publique relative aux données essentielles de la commande publique précise les listes des données devant être publiées sur les profils d'acheteur (procédure de passation, contenu du contrat et exécution) ainsi que les modalités de leur publication. Elle standardise aussi les formats, normes et nomenclatures dans lesquels les données doivent être publiées pour faciliter leur mise à disposition dans un format exploitable et facilement réutilisable.

Ce libre accès aux données essentielles des contrats de la commande publique présente plusieurs avantages : il doit concourir à la prévention et la lutte contre la corruption (cf. Partie III Prévention, détection et signalement adéquat des cas de fraude, de corruption, de conflits d'intérêts et d'autres irrégularités graves en matière d'achat public), à la bonne gestion des deniers publics, au pilotage des politiques d'achat et au développement économique des entreprises, qui pourront se saisir de ces données pour mieux répondre aux besoins des acheteurs publics ou encore pour développer de nouveaux services pour le perfectionnement des politiques de la commande publique.

5.3.1.3 La facturation électronique

Avec la publication du décret n°2019-748 du 18 juillet 2019¹⁰³, le code de la commande publique a enrichi ses dispositions encadrant l'exécution financière des marchés publics et des contrats de concessions.

La directive 2014/55/UE du Parlement européen et du Conseil du 16 avril 2014 relative à la facturation électronique dans le cadre des marchés publics est désormais complètement transposée dans le code de la commande publique. Ceci a renforcé et modernisé le dispositif de facturation électronique issue des dispositions de l'ordonnance n°2014-697 du 26 juin 2014 et du décret n° 2016-1478 du 2 novembre 2016, et réduit, pour les acheteurs publics comme pour les opérateurs économiques, les tâches à faible valeur ajoutée et les délais de paiement.

L'article 3 de l'ordonnance a instauré un passage progressif à la facturation électronique pour les différents types d'entreprises :

- le 1^{er} janvier 2017 pour les GE (plus de 5 000 salariés) et les personnes publiques ;
- le 1^{er} janvier 2018 pour les ETI (250 à 5 000 salariés) ;
- le 1^{er} janvier 2019 pour les PME (10 à 250 salariés) ;
- le 1^{er} janvier 2020 pour les microentreprises (moins de 10 salariés).

Pour permettre aux entreprises de répondre à cette obligation, l'AIFE¹⁰⁴, a bâti et développé une plateforme selon l'arrêté du 9 mars 2017 modifiant l'arrêté du 17 avril 2014 portant création d'un télé-service dénommé « Chorus Portail Pro ». Ce portail a été spécifiquement développé pour la facturation électronique de l'ensemble de la sphère publique afin de permettre la transmission des demandes de paiement aux structures du secteur public. La

¹⁰³ relatif à la facturation électronique dans la commande publique

¹⁰⁴ Agence pour l'informatique financière de l'Etat

conception de la solution Chorus Pro a donné lieu à une large concertation, notamment avec les représentants des administrations (dont la direction générale des finances publiques du ministère de l'Économie, des Finances et de la Relance), des associations d'élus, des entreprises, des opérateurs de dématérialisation, ainsi qu'avec un ensemble d'établissements publics de toutes tailles. Cette concertation a permis d'ouvrir les services au 1^{er} janvier 2017 et de traiter les factures émises par voie électronique, après une phase pilote de 6 mois. Chorus Pro a permis de traiter plus de 110 millions de factures depuis son ouverture, dont plus de 45 millions pour la seule année 2019.

5.3.1.4 La signature électronique

La signature électronique, indissociable de la dématérialisation de la procédure de passation des marchés publics, constitue également l'un des éléments de la transformation numérique et de la modernisation des administrations.

Un précédent arrêté du 15 juin 2012 précisait les catégories de certificats de signature électronique utilisables dans les marchés publics qui devaient être conformes au référentiel général de sécurité (RGS). Il a été abrogé et remplacé depuis par l'annexe n° 12 du code de la commande publique. Conformément aux dispositions du règlement n°910/2014 du 23 juillet 2014 (dit « eIDAS¹⁰⁵ »), l'annexe prescrit aux acheteurs qui requièrent la signature électronique dans le cadre de leurs marchés de se doter, au moins, d'une signature électronique avancée basée sur un certificat qualifié et conforme au règlement « eIDAS », ainsi que d'un dispositif de création de signature électronique. Cette annexe opère également une transition entre le certificat de signature électronique « RGS » et le certificat « eIDAS » et, à titre transitoire, laisse la possibilité aux acheteurs disposant déjà d'un certificat « RGS » de l'utiliser jusqu'au terme de sa période de validité.

5.3.1.5 Le Document unique de marché européen (DUME)

Depuis le 1^{er} avril 2018, les acheteurs publics sont dans l'obligation d'accepter les DUME envoyés par voie électronique pour tous les marchés publics indépendamment du seuil de procédure formalisée.

Afin d'accompagner les acheteurs, la DAJ a confié à l'AIFE, la mise en œuvre d'un service permettant aux acheteurs et aux opérateurs économiques de se conformer à l'obligation de recevoir un DUME électronique : la solution Service DUME, permettant de remplir et réutiliser le formulaire, a été mise en œuvre le 1^{er} avril 2018. Le service se présente sous la forme de 2 volets techniques :

- un ensemble de services exposés (API) pouvant être implémenté directement dans les profils d'acheteurs afin de proposer des parcours « utilisateur » de création des DUME, intégré aux cinématiques de construction des consultations et des réponses ;
- un utilitaire accessible depuis le portail Chorus Pro permettant à un utilisateur, acheteur ou opérateur économique, de générer et de consulter des DUME de manière

¹⁰⁵ Electronic IDentification And Trust Services

déconnectée (sans identification sur un profil d'acheteur). Il s'agit essentiellement d'un formulaire en ligne.

Afin de répondre aux besoins exprimés par les acheteurs et les représentants des TPE-PME pour les achats de moindre montant et peu techniques, depuis le 1^{er} mai 2019, les acheteurs peuvent aussi proposer aux entreprises le « **DUME simplifié** », venu remplacer le dispositif MPS (« Marché public simplifié » initié en 2014). Le « DUME simplifié » est basé sur le même formulaire que le DUME complet, mais l'entreprise n'aura que deux critères à renseigner : le chiffre d'affaires et les effectifs.

L'intérêt du DUME, tout en facilitant la dématérialisation complète de la procédure est de permettre la récupération automatique des données et des attestations administratives des entreprises.

Depuis la mise en service de la solution Service DUME, plus de 175 954 DUME ont été créés, dont 87 453 par les acheteurs publics.

5.3.2 Accompagnement des acteurs

La parution et l'actualisation de deux guides très pratiques de la dématérialisation des marchés publics à destination des acheteurs et des opérateurs économiques

La DAJ édite deux guides¹⁰⁶ pour accompagner acheteurs et opérateurs économiques dans le processus de dématérialisation de la procédure de passation des contrats de la commande publique.

La première version des guides, publiée en juin 2018, permettait de répondre aux principales interrogations qui sont apparues suite à l'obligation de dématérialiser les communications et échanges d'informations des procédures lancées à compter du 1^{er} octobre 2018.

Ces guides font l'objet de mises à jour régulières afin de répondre aux questions concrètes nouvellement posées par les acteurs de la commande publique ou pour apporter des précisions complémentaires notamment sur la base des remarques adressées par les acheteurs et les opérateurs économiques : ainsi une actualisation a été faite en 2018 et deux autres en 2019.

Comprenant actuellement respectivement 144 (Acheteurs) et 120 (Opérateurs économiques) questions-réponses, ces guides présentent par grandes rubriques les renseignements essentiels à connaître pour passer le cap de la transformation numérique de la commande publique (TNCP):

- le profil d'acheteur (publication des documents de la consultation, données essentielles etc.) ;
- les échanges dématérialisés (documents de la consultation, dépôt/réception des candidatures et des offres, copie de sauvegarde, coffre-fort électronique, etc.) ;
- les documents de la consultation ;

¹⁰⁶ <https://www.economie.gouv.fr/daj/nouvelle-edition-des-guides-tres-pratiques-de-la-dematerialisation-des-marches-publics>

- les outils ;
- la réponse électronique ;
- la copie de sauvegarde ;
- la notification des décisions ;
- l'archivage et l'exécution du marché ;
- la signature électronique ;
- le DUME.

Par exemple, pour remédier aux difficultés rencontrées par les entreprises, notamment les TPE/PME et faciliter la transition vers le « 100% démat », la France a adapté la réglementation (décret du 24 décembre 2018 portant diverses mesures relatives aux contrats de la commande publique). En cas de dépôt de candidature (ou offre) sous format papier, hors cas prévus par le code de la commande publique, l'acheteur peut ainsi régulariser cette situation pour tous les candidats concernés.

Ces guides, dont les publications successives sont très attendues des acteurs, ont été téléchargés plus de 800 000 fois depuis leur 1^{ère} version.

Le Plan de Transformation numérique de la commande publique (PTNCP)

Adopté en décembre 2017, ce plan constitue la feuille de route partagée dans le processus de la dématérialisation des marchés publics pour la période 2018-2022.

Tirant parti de toutes les opportunités qu'offre le numérique pour simplifier, améliorer la performance de l'achat, renforcer l'efficacité et la transparence des marchés publics, le PTNCP 2017 vise à accélérer la dématérialisation sur tous les maillons de la chaîne.

Gage de compétitivité de l'ensemble de l'économie française, ce plan implique un accompagnement, notamment en termes de compétences, d'usages ou d'organisation.

Cinq axes ont été identifiés puis déclinés en dix-neuf actions : un axe 1 "Gouvernance", un axe 2 "Simplification", un axe 3 "Interopérabilité", un axe 4 "Transparence", et un axe 5 "Archivage".

Synthèse des actions du PTNCP :

AXE	N°	ACTION	RÉSULTAT ATTENDU
Axe 1 - Pilotage	1	Mettre en place un pilotage national des évolutions	Pilotage structuré et lisible des acteurs et des actions sur la commande publique
	2	Mettre en commun les outils ou applicatifs et mutualiser les ressources documentaires	Favoriser la mutualisation et la mise en commun des outils, des fonctions supports et des ressources documentaires ou des bonnes pratiques

	3	Développer les compétences et accompagner les acteurs dans la transformation numérique de la commande publique	Développement d'une politique d'accompagnement et de formation des acteurs à la transformation numérique de la commande publique
Axe 2 - simplification	4	Créer des avis nationaux simplifiés et en faciliter la publication	Créer des avis nationaux et les dématérialiser afin de structurer et simplifier la publicité nationale
	5	Simplifier les modes de candidatures	Uniformiser le mode de candidature sur l'ensemble du territoire pour ne conserver que le DUME afin de simplifier l'accès à la commande publique
	6	Diminuer la charge administrative des entreprises en généralisant le dispositif «Dites-le nous une fois »	Généraliser l'échange de documents entre administrations afin d'éviter à l'entreprise de les transmettre à l'acheteur ("Dîtes le nous une fois" - DLNUF)
	7	Développer les échanges de données afin d'éviter les redondances de saisies pour les acheteurs	Appréhender de manière globale la dématérialisation de la commande publique afin de simplifier le quotidien des acheteurs et éviter la redondance des saisies (principe du "Saisissez-le une fois")
	8	Développer un usage de la signature électronique adapté et proportionné aux besoins de la commande publique	Faciliter l'usage de la signature électronique dans la commande publique et harmoniser les niveaux de certificats de bout en bout de la chaîne
	9	Mutualiser les mécanismes d'identification et d'authentification des profils d'acheteurs	Harmoniser les modes d'identification et d'authentification et créer des passerelles de confiance vers les autres outils
	10	Elaborer un cadre commun d'urbanisation des systèmes d'information de la commande publique	Favoriser l'interopérabilité des systèmes d'information de la commande publique en proposant aux acteurs un cadre d'urbanisation
Axe 3 - Interopérabilité	11	S'inspirer du modèle européen pour implanter un référentiel sémantique	Création d'un référentiel sémantique national favorisant l'interopérabilité

		national	des outils de la commande publique (nationaux et européens)
	12	Créer un cadre d'interopérabilité des SI commande publique	Rendre interopérables les outils utilisés dans la commande publique
	13	Créer des passerelles vers les autres outils utilisés dans la commande publique	Favoriser la dématérialisation de bout en bout de la commande publique (de la passation, en passant par l'exécution et en allant jusqu'à l'archivage électronique)
	14	Travailler à la standardisation des catalogues électroniques	Faciliter le recours aux catalogues électroniques
Axe 4 - Transparence	15	Accompagner les acheteurs dans l'ouverture des données des marchés publics	Accompagnement de l' <i>Open Data</i> de la commande publique et développement de la <i>Data Science</i>
	16	Enrichir et faire converger les données essentielles avec les données du recensement des marchés publics	Recenser les contrats de la commande publique grâce aux données essentielles et libérer ainsi les acheteurs de leur obligation liée au recensement
	17	Rendre accessibles en open data l'ensemble des avis de la commande publique	Meilleure diffusion des avis et création de service à valeur ajoutée pour les entreprises : faciliter l'accès à la commande publique
	18	Accompagner les autorités concédantes dans l'ouverture des données d'intérêt général	Accompagnement des autorités concédantes dans l'ouverture des données d'intérêt général
Axe 5 - Archivage	19	Mettre en place et promouvoir un archivage sûr	Conception mutualisée de profils SEDA et définition des modalités d'une GED efficace, rationalisée et transverse

5.3.3. Documents à l'appui

Toute preuve ou pièce justificative disponible pour le point V.3, illustrant les mesures de dématérialisation des procédures de passation des marchés publics

➤ **Code de la commande publique :**

https://www.legifrance.gouv.fr/codes/texte_lc/LEGITEXT000037701019?etatTexte=VIGUEUR&etatTexte=VIGUEUR_DIFF

➤ **Arrêté du 22 mars 2019 relatif aux fonctionnalités et exigences minimales des profils d'acheteurs :**

<https://www.legifrance.gouv.fr/loda/id/JORFTEXT000038318516/>

➤ **Décret n°2019-748 du 18 juillet 2019 relatif à la facturation électronique dans la commande publique**

<https://www.legifrance.gouv.fr/jorf/id/JORFTEXT000038793215/>

➤ **Arrêté du 9 mars 2017 modifiant l'arrêté du 17 avril 2014 portant création d'un télé-service dénommé « Chorus Portail Pro » JORF n°0080 du 4 avril 2017 texte n° 6**

<https://www.legifrance.gouv.fr/jorf/id/JORFTEXT000034356608/>

➤ **Arrêté du 22 mars 2019 relatif aux exigences minimales des moyens de communication électronique utilisés dans la commande publique :**

<https://www.legifrance.gouv.fr/jorf/id/JORFTEXT000038318542>

➤ **Arrêté du 22 mars 2019 relatif aux données essentielles dans la commande publique :**

<https://www.legifrance.gouv.fr/jorf/id/JORFTEXT000038318675?r=eX5dF6ALH0>

➤ **Arrêté du 22 mars 2019 relatif à la signature électronique des contrats de la commande publique :**

<https://www.legifrance.gouv.fr/loda/id/JORFTEXT000038318621/>

➤ **Service DUME**

<https://dume.chorus-pro.gouv.fr/#/>

➤ **Plan de Transformation numérique de la commande publique (PTNCP)**

<https://www.economie.gouv.fr/daj/plan-transformation-numerique-commande-publique>

➤ **Guides « très pratiques » de la DAJ pour accompagner acheteurs et opérateurs économiques dans la dématérialisation des marchés publics**

<https://www.economie.gouv.fr/daj/nouvelle-edition-des-guides-tres-pratiques-de-la-dematerialisation-des-marches-publics>

➤ **Fiche DAJ 01/04/2019 relative au profil d'acheteur :**

https://www.economie.gouv.fr/files/files/directions_services/daj/marches_publics/dematerialisation/fiche_profil_acheteur.pdf

- **Fiche DAJ 01/04/2019 relative à la publication des données essentielles de la commande publique :**

https://www.economie.gouv.fr/files/files/directions_services/daj/marches_publics/ouverture-donnees/Fiche_Open_data.pdf

6. Informations sur l'entité en charge de la rédaction du rapport et celles contribuant au contrôle des marchés publics

Cette section présente l'entité chargée de la rédaction du rapport à fournir à la Commission européenne sur les résultats des activités de surveillance des marchés publics ainsi que les organismes assurant cette surveillance requise par les directives (par exemple, organes de contrôle / anti-corruption).

6.1 L'entité en charge de la rédaction du rapport

Le présent rapport est rédigé par la DAJ¹⁰⁷ placée sous l'autorité du ministère de l'Economie, des Finances et de la Relance.

La DAJ constitue un pôle d'expertise juridique, à vocation ministérielle et interministérielle au service des politiques publiques économiques, qui a notamment pour mission¹⁰⁸ la coordination ou l'élaboration des textes législatifs et réglementaires, à la demande des ministres.

La sous-direction du droit de la commande publique analyse et pilote l'élaboration du droit national de la commande publique. Elle représente la France aux conseils et groupes d'experts en marchés publics, aux niveaux communautaire et international. Pour assurer la simplification des procédures et la modernisation du secteur, elle conduit les réformes en matière de dématérialisation de l'achat public.

C'est à ce titre que la DAJ est en charge de la rédaction du rapport national triennal destiné à la Commission européenne.

La DAJ est chargée également :

- de la représentation de l'État devant les juridictions judiciaires (le directeur des affaires juridiques est agent judiciaire de l'État (AJE);
- d'une mission de conseil, d'expertise et d'assistance auprès des ministres, des directions des ministères économiques et financiers ou à la demande des autres administrations centrales de l'État et de ses établissements publics. Ces prestations de conseil juridique, sur saisine écrite ou électronique s'adressent aussi au service des autres acheteurs publics, tels que les collectivités territoriales et leurs regroupements, pour sécuriser leurs procédures via notamment la cellule d'informations juridiques des acheteurs publics (CIJAP) à Lyon.

L'OECP¹⁰⁹ placé au sein de la DAJ dont elle assure le secrétariat général, est en charge du recensement (REAP) et de l'analyse économique des contrats de la commande publique.

¹⁰⁷ Direction des Affaires juridiques

¹⁰⁸ Arrêté du 24 décembre 2019 portant organisation de la direction des affaires juridiques des ministères économiques et financiers

¹⁰⁹ Observatoire économique de la commande publique

L'OECP a pour mission de rassembler et d'analyser les données relatives aux aspects économiques et techniques de la commande publique. Il effectue notamment chaque année, sur la base des informations transmises par les pouvoirs adjudicateurs et les entités adjudicatrices, un recensement économique des contrats publics. Dans ce cadre, il collecte les données comptables, financières et économiques relatives à la commande publique. Les données quantitatives présentées dans ce rapport sont en partie issues des travaux de l'Observatoire et en partie issues de contributions externes.

L'OECP constitue également une instance de concertation et d'échanges d'informations entre les différents acteurs de la commande publique (opérateurs économiques, acheteurs,...) et contribue à la diffusion des bonnes pratiques.

6.2 Les entités contribuant au contrôle des marchés publics

6.2.1 Autorités juridictionnelles

La France se caractérise depuis la Révolution française par son dualisme juridictionnel, fruit de son histoire. Les deux ordres de juridictions ont compétence pour intervenir en matière de litiges résultant de marchés publics, mais sur des plans différents :

L'ordre judiciaire est décomposé de juridictions pénales (sanctionnant les auteurs d'infractions aux lois pénales) et civiles (litiges opposant des personnes privées et n'impliquant pas de peines). La Cour de cassation en est la plus haute juridiction. Elle a pour fonction d'assurer l'application correcte et uniforme des lois par les tribunaux et les cours d'appel. L'ordre judiciaire intervient principalement au titre des infractions pénales commises dans le cadre de marchés publics (exemples : corruption, prise illégale d'intérêt, délit de favoritisme, détournement de fonds publics...). A ce titre, la DACG¹¹⁰ du ministère de la justice, en charge d'élaborer, d'animer et de suivre la politique pénale, a contribué au présent rapport. (cf. III.3 Indicateurs quantitatifs relatifs aux manquements à la probité).

L'ordre administratif est supervisé par le Conseil d'Etat, qui assure l'unité de la jurisprudence des tribunaux administratifs et cours administratives d'appel sur le plan national en tant que juge de cassation. L'ordre administratif est compétent pour tous les litiges qui impliquent une personne publique mettant en œuvre des prérogatives de puissance publique ou agissant dans le cadre d'un service public. Il est compétent par nature en matière de contentieux des marchés publics (passation et/ou exécution) hors volet pénal.

La Cour des comptes a notamment pour mission de juger les comptes des comptables publics dans le cadre d'un programme de contrôle défini annuellement, qui peut conduire à mettre en jeu la responsabilité personnelle et pécuniaire du comptable si un déficit ou un manquement a été constaté, si une recette n'a pas été recouvrée ou si une dépense a été irrégulièrement payée.

¹¹⁰ Direction des affaires criminelles et des grâces

Les suites contentieuses éventuelles d'une opération de contrôle sont les suivantes :

- déclaration de gestion de fait pour les agents non habilités qui ont détenu irrégulièrement des fonds publics ;
- référé à la Cour de discipline budgétaire et financière (CDBF) des faits présumptifs d'irrégularités Cf. ci-après ;
- saisine du Garde des Sceaux, par l'intermédiaire du Procureur général ;
- communication auprès des services fiscaux et des services chargés de la concurrence et de la répression des fraudes.

Cette mission, qui est la plus ancienne de la Cour, ne constitue plus l'essentiel de son activité. Sa mission de contrôle de la gestion mais également ses compétences en matière de certification des comptes et d'évaluation des politiques publiques prennent de plus en plus d'importance. Les chambres régionales et territoriales des comptes exercent également une mission de jugement des comptes et d'examen de la gestion des collectivités territoriales et de leurs établissements publics. Elles constituent des partenaires de l'autorité judiciaire dans la détection des atteintes à la probité et dans la révélation de faits frauduleux, en raison de l'étendue de leur contrôle et de la nature des informations auxquelles elles ont accès.

La Cour de discipline budgétaire et financière (CDBF) est une juridiction administrative spécialisée chargée de réprimer les infractions commises par les gestionnaires publics en matière de finances publiques. Elle est présidée par le Premier président de la Cour des comptes et régie par le code des juridictions financières. Elle peut être saisie par l'intermédiaire du ministère public¹¹¹ dans les cinq ans suivant l'infraction. Les sanctions prononcées par la Cour sont des peines d'amende qui peuvent faire l'objet d'un pourvoi en cassation devant le Conseil d'Etat, à l'instar des jugements de la Cour des Comptes.

6.2.2 Autorités administratives indépendantes

L'Autorité de la concurrence (ADLC) est une autorité administrative indépendante, spécialisée dans l'analyse et la régulation du fonctionnement de la concurrence sur les marchés, pour la sauvegarde de l'ordre public économique. Comme le Conseil de la concurrence avant elle, l'autorité peut émettre des avis et sanctionner des pratiques anticoncurrentielles. Elle intervient, de sa propre initiative ou à la demande de plaignants, dès que la concurrence est faussée sur un marché, quelle que soit l'activité concernée ou le statut des opérateurs. (Pour une présentation plus détaillée de l'ADLC cf. III.1. Rapport qualitatif sur la fraude, la corruption, les conflits d'intérêts dans les marchés publics).

La Haute autorité pour la transparence de la vie publique (HATVP) est également une autorité administrative indépendante, chargée quant à elle, de promouvoir la probité et l'exemplarité des responsables publics. Créée en 2013 en remplacement de la Commission pour la transparence financière de la vie politique, elle reçoit et contrôle les déclarations d'intérêts de

¹¹¹ Soit le président de l'Assemblée nationale ou du Sénat, le Premier ministre, le Ministre chargé des finances, tout membre du Gouvernement pour les faits relevés à l'encontre de fonctionnaires et agents placés sous son autorité, la Cour des comptes ou les chambres régionales des comptes.

l'ensemble des députés, sénateurs, des grands élus locaux, des ministres et des présidents des assemblées ou des dirigeants d'organismes publics.

6.2.3 Services de l'État

L'Agence française anticorruption (AFA) est un service à compétence nationale placé auprès du ministre de la Justice et du ministre de l'Economie, des Finances et de la Relance, dont la mission est d'aider les autorités compétentes et les personnes qui y sont confrontées à prévenir et à détecter les faits de corruption, de trafic d'influence, de concussion, de prise illégale d'intérêt, de détournement de fonds publics et de favoritisme. (Pour une présentation plus détaillée de l'AFA cf. III.1. Rapport qualitatif sur la fraude, la corruption, les conflits d'intérêts dans les marchés publics).

Au sein du ministère de l'Economie, des Finances et de la Relance, **la direction générale de la Concurrence, de la Consommation et de la Répression des fraudes (DGCCRF)** veille au bon fonctionnement des marchés, au bénéfice des consommateurs et des opérateurs économiques.

Dans le cadre de la régulation concurrentielle des marchés, elle a pour missions principales :

- la lutte contre les ententes et les abus de position dominante ;
- la modernisation des règles de fonctionnement des marchés afin de garantir l'existence de structures concurrentielles dans le tissu économique ;
- la lutte contre les pratiques commerciales déloyales pour assurer notamment la loyauté des relations entre les fournisseurs et les distributeurs ;
- l'examen de la situation de la commande publique pour en assurer l'accès équitable et transparent.

Au ministère de l'Intérieur, **la direction générale des Collectivités locales (DGCL)** est l'interlocuteur privilégié des collectivités territoriales pour le compte de l'État. Elle est notamment chargée d'élaborer les dispositions les concernant (et doit donc être consultée pour l'établissement des règles applicables en matière de commande publique), de répartir les concours financiers de l'État entre ces collectivités et de mettre en place les statuts des acteurs locaux (élus et personnels).

Au sein de la DGCL, la sous-direction des compétences et des institutions locales traite toutes les questions institutionnelles intéressant les compétences des collectivités territoriales, la coopération entre ces collectivités, la démocratie locale, leurs actions dans le domaine de la coopération décentralisée, les services publics locaux et les marchés publics.

7. Méthodologie Reproductibilité des données

7.1 Chiffres globaux

Le périmètre des indicateurs concerne les marchés d'un montant supérieur à 25 000 € HT.

Les montants sont exprimés en millions d'euros.

Concernant les collectivités territoriales, les chiffres ont été redressés selon la méthodologie décrite ci-après.

7.2 Méthodologie de redressement des données des collectivités territoriales

Afin de redresser la catégorie « collectivités territoriales » du recensement, on considère la « nomenclature » 2013. Cette dernière catégorie est elle-même subdivisée en une vingtaine de rubriques.

En considération des poids prépondérants des différentes sous-classes, on en retient les suivantes :

- communes ;
- départements ;
- intercommunalités ;
- régions

Lors de la deuxième étape, on calcule les « coefficients de redressement ». Ces derniers nécessitent la considération d'un « point de référence ». Pour les exercices 2017 et 2018, ce point a été calculé sur la base d'exercices plus complets (2011,2012). Pour l'exercice 2019 et grâce à une amélioration très nette de la collecte des données, des échantillons ont été réalisés sur la base de ces mêmes données selon des classes.

Le principe de notre méthode est de chercher à subdiviser les rubriques de la catégorie « Collectivités territoriales » en classes homogènes de manière à calculer des coefficients de redressement à l'intérieur de ces classes.

L'idée est d'utiliser la taille des collectivités territoriales par tranche en nombre d'habitants afin d'avoir des classes homogènes qui permettent d'avoir des données comparables.

Les « coefficients de redressement » peuvent être calculés :

- en nombre de contrats recensés (contrats initiaux) ;
- en valeur ;
- en termes de représentativités des collectivités territoriales recensées décomptées via leur « SIREN unique ». (Pour chaque classe, le nombre des collectivités territoriales distinctes recensées).

Puis, on introduit dans le raisonnement un niveau de complexité supplémentaire : le seuil de déclaration (inférieur ou supérieur à 90 K€).

Cette étape fait sortir que le manque à recenser concerne surtout les marchés de faibles montants qui sont inférieurs au seuil obligatoire de déclaration. Ce qui induit une nécessité plus forte pour redresser cette partie des données.

7.3 Part des PME titulaires

La notion de PME recouvre les entreprises qui emploient moins de 250 personnes et dont le chiffre d'affaires annuel n'excède pas 50 millions d'euros ou dont le total du bilan annuel n'excède pas 43 millions d'euros.

Les données du recensement ont été enrichies par les données INSEE qui caractérise les entreprises selon la définition ci-dessus.

Les ratios sont calculés en rapportant les nombres et montants de marchés d'une des catégories d'entreprises (PME, ETI, GE) par rapport aux nombres et montants de tous les marchés pris dans le périmètre du rapport.

7.4 Ratios des clauses environnementales et sociales

Le seuil de calcul harmonisé pour tous les types d'acheteurs débute à 90 000 € HT.

Les marchés d'un montant inférieur à ce seuil n'entrent pas dans les calculs car bien que des données soient disponibles, elles sont toutefois incomplètes.

Les ratios calculés livrent, au titre des exercices 2017 à 2019, une représentation de la proportion d'utilisation d'une ou de plusieurs clauses de nature « environnementale » ou « sociale » entendues plus largement que la notion stricte de clause d'exécution incluse dans le contrat et imposant au titulaire du marché une action ou un comportement.

Sont notamment pris en compte les marchés dont l'objet porte sur des considérations environnementales ou sociales par exemple, pour un service d'insertion de publics en difficulté, ou les marchés réservés aux opérateurs économiques qui emploient des travailleurs handicapés ou défavorisés ou encore aux entreprises de l'économie sociale et solidaire.

Ainsi, même si l'acheteur a mis plusieurs clauses environnementales dans son contrat, la comptabilisation ne porte que sur une clause environnementale d'une part, et sociale d'autre part, sans élément de comparaison qualitatif. Ces statistiques ne concernent pas pour cette période, d'autres dispositifs, comme l'existence d'un critère de sélection des offres ou des candidatures dans la procédure de passation.

Il s'agit donc d'une mesure quantitative de l'effort de la commande publique pour prendre en compte le développement durable. Quoique relative, cette mesure est intéressante car il s'agit du seul indicateur national, intégré dans le plan national d'action pour des achats publics durables (PNAAPD) décrit dans la partie V.1 Déploiement des politiques d'achats responsables).

S'agissant des données relatives aux « autres acheteurs » publics ou pouvoirs adjudicateurs ou encore entités adjudicatrices¹¹² (établissements publics, opérateurs de réseaux...), l'échantillon est l'objet d'une réduction volontaire. Il ne prend pas en compte les acheteurs qui, comme les opérateurs EDF, ENEDIS¹¹³, SNCF, RATP¹¹⁴ déclarent systématiquement, dans les données du recensement, l'ensemble de leurs contrats comme comportant a minima une clause de nature « environnementale » ou « sociale », quelle que soit la portée réelle de la clause.

Ce retrait constitue une marge de précaution qui garantit la robustesse des résultats, mais entraîne une sous-estimation de l'effort réel en faveur de l'environnement et de la préoccupation sociale.

¹¹² Les entités adjudicatrices sont les pouvoirs adjudicateurs ou les entreprises publiques ou les organismes de droit privé qui exercent une activité d'opérateur de réseaux dans les secteurs de l'énergie (gaz, chaleur, électricité, etc.), de l'eau, des transports et des services postaux. La liste non exhaustive des entités adjudicatrices annexée à l'ancienne directive 2004/17/CE du 31 mars 2004 n'a pas été reprise dans la nouvelle directive 2014/25/UE du 26 février 2014 relative à la passation de marchés par des entités opérant dans les secteurs de l'eau, de l'énergie, des transports et des services postaux. Il convient donc d'effectuer une analyse au cas par cas pour leur qualification au regard des critères posés par la directive 2014/25/UE et le Code de la commande publique.

¹¹³ Anciennement ERDF, société anonyme à conseil de surveillance et directoire, filiale à 100 % d'EDF

¹¹⁴ Régie autonome des transports parisiens (RATP) est un établissement public à caractère industriel et commercial de l'État assurant l'exploitation d'une partie des transports en commun de Paris et de sa banlieue.

ANNEXES

Annexe 1 : Catégories juridiques de l'OIEP

La variable « Catégorie juridique » est construite par l'Observatoire pour ses besoins de traitements statistiques. Elle se définit comme suit :

Catégorie juridique	Rattachement (cf. partie I)
Autorités indépendantes	Etat
Secteur hospitalier	
Etablissements publics industriels et commerciaux de l'Etat	
Etablissements publics nationaux (dont hôpitaux)	
Ministères	
Services déconcentrés de l'Etat	
Caisses communales des écoles	Collectivités
Communes	
Départements	
Etablissements publics locaux	
Etablissements publics locaux d'enseignement	
Intercommunalités	
Etablissements médico-sociaux (hors hôpitaux)	
Régies	
Régions	
Services départementaux d'incendie et de secours	
Syndicats intercommunaux à vocation multiple	
Syndicats intercommunaux à vocation unique	
Syndicats de communes	
Associations	« Autres »
Chambres de commerce et d'industrie	
Divers (SNCF, RATP, EDF...)	
Groupements d'intérêt public	
SA de HLM (Habitations à Loyer Modéré)	
Organismes de Sécurité sociale, Mutuelles agricoles, Retraites	
Sociétés d'économie mixte	

Annexe 2 : Liste des sigles

AAPC : Avis d'appels publics à la concurrence
ADLC : Autorité de la concurrence
ADEME : Agence de l'environnement et de la maîtrise de l'énergie
AFA : Agence française anticorruption
AIFE : Agence de l'informatique financière de l'État
APIE : Appui au patrimoine immatériel de l'État
BOAMP : Bulletin officiel des annonces des marchés publics
CCP : code de la commande publique
CCRA : Comité consultatif de règlement amiable
CCTP : Cahier des clauses techniques particulières
CDBF : Cour de discipline budgétaire et financière
CGDD : Commissariat général au développement
CII : Crédit d'impôt innovation
CIR : Crédit d'impôt recherche
CRC : Chambre régionale des comptes
DACG : direction des Affaires criminelles et des grâces (ministère de la Justice)
DAE : direction des Achats de l'État (ministères économiques et financiers)
DAJ : direction des Affaires juridiques (ministères économiques et financiers)
DC : Dossier de Consultation
DGCCRF : direction générale de la Concurrence, de la Consommation et de la Répression des fraudes (Ministères économiques et financiers)
DGCL : direction générale des Collectivités locales (ministère de l'Intérieur)
DGE : direction générale des Entreprises (ministères Economiques et Financiers)
DGFIP : direction générale des Finances publiques (ministères Economiques et Financiers)
DGP : Délai global de paiement
DILA : direction de l'Information légale et administrative
DNLF : délégation nationale à la Lutte contre la fraude
DREETS : directions régionales de l'Économie, de l'Emploi, du Travail et des Solidarités (ministère du Travail, de l'Emploi et de l'Insertion)
DUME : Document unique de marché européen
EDF : Électricité de France
ESS : Économie sociale et solidaire
ETI : Entreprise de taille intermédiaire
FTS : Fournitures, travaux et services
GE : Grande entreprise
GEM : Groupe d'étude des marchés
HATVP : Haute autorité pour la transparence de la vie publique
HT : Valeur hors taxes
INSEE : Institut national de la statistique et des études économiques

M€ : Million d'euros
MTE : ministère de la Transition écologique
OCDE : Organisation de coopération et de développement économiques
OECP : Observatoire économique de la commande publique
PFRA : Plateforme régionale d'achats
PME : Petites et moyennes entreprises
PNAAPD : Plan national d'action pour les achats publics durables
PTNCP : Plan de Transformation numérique de la commande publique
RAPIDD : Réseau des acheteurs publics intégrant le développement durable
REAP : Recensement économique de l'achat public
RGPD : Règlement général sur la protection des données
R&D : Recherche et développement
RMA : Responsable ministériel des achats
RSE : Responsabilité sociétale des entreprises
SCPC : service central de Prévention de la corruption
SGAR : secrétariat général aux Affaires régionales
SNCF : Société nationale des chemins de fer français
SPASER : Schéma de promotion des achats socialement responsables
TPE : Très petites entreprises
UGAP : Union des groupements d'achats publics
UE : Union européenne.

Annexe 3 : Liste des contributeurs

La Direction des Affaires juridiques des ministères économiques et financiers tient particulièrement à remercier l'ensemble des organismes et services ayant contribué à la rédaction du présent rapport (par ordre alphabétique) :

- l'Autorité de la Concurrence ;
- le Conseil d'État, Secrétariat général ;
- la direction de l'Information légale et administrative
- le ministère de la Justice, Direction des Affaires criminelles et des grâces ;
- le ministère de la Transition écologique, Commissariat général au développement durable (CGDD).

Au sein des ministères économiques et financiers :

- l'Agence française anticorruption (AFA) ;
- la Direction des Achats de l'Etat (DAE) ;
- le Médiateur des entreprises.

Autres administrations ou regroupement d'administrations :

- APESA (Association Aquitaine des achats publics responsables) ;
- ARPE PACA (Réseau Provinces Alpes Côtes d'Azur) ;
- AURA-EE (Réseau Auvergne Rhône Alpes) ;
- APuRe HDF (Réseau régional des acheteurs publics responsables des Hauts de France) ;
- France urbaine (métropoles, communautés urbaines, communautés d'agglomération et grandes villes) ;
- Maximilien (Réseau francilien des achats responsables) ;
- Ran Coper (Réseau des acheteurs normands pour la commande publique éco-responsables) ;
- RESECO (Réseau achats responsables Bretagne, les Pays-de-la-Loire et le Centre-Val-de-Loire) ;
- UGAP (Union des groupements d'achats publics).

DIRECTION DES AFFAIRES JURIDIQUES

Observatoire économique
de la commande publique

Immeuble Condorcet
6, rue Louise Weiss
Télédoc 351
75703 Paris Cedex 13

Tél. : +33 01 44 87 17 17

