N° 82

SÉNAT

SESSION ORDINAIRE DE 2015-2016

Enregistré à la Présidence du Sénat le 14 octobre 2015

RAPPORT D´INFORMATION

FAIT

au nom de la mission commune d'information sur la **commande publique** *(1),*

Par M. Martial BOURQUIN,

Sénateur.

Tome I : Rapport.

(1) Cette commission est composée de : M. Philippe Bonnecarrère, *président ;* M. Martial Bourquin, *rapporteur* ; M. Pascal Allizard, Mme Marie-France Beaufils, MM. Alain Bertrand, Éric Doligé, Joël Labbé, Mme Marie-Françoise Perol-Dumont, *vice-présidents* ; M. François Bonhomme, Mme Natacha Bouchart, MM. Gérard César, Claude Kern, Georges Labazée, Jean-Baptiste Lemoyne, Mme Anne-Catherine Loisier, MM. Didier Mandelli, Rachel Mazuir, Robert Navarro, Cyril Pellevat, Jackie Pierre, Daniel Raoul, Mme Sylvie Robert, M. René Vandierendonck.

S O M M A I R E

Pages

SYNTHÈSE 9

PROPOSITIONS 13

PREMIÈRE PARTIE – UNE COMMANDE PUBLIQUE AUX MODALITÉS PERFECTIBLES 17

I. UNE ARCHITECTURE JURIDIQUE COMPLEXE 17

A. LES MARCHÉS PUBLICS : DES RÈGLES PLUS OU MOINS CONTRAIGNANTES SELON L'ACHETEUR ET L'ACTIVITÉ CONCERNÉS 17
1. Les cinq régimes de marchés publics 17
2. Une manière de réduire les exigences procédurales : les centrales d'achat et les groupements de commandes 22

B. LES CONCESSIONS : UN MODÈLE PLUS SOUPLE RÉPONDANT À DES BESOINS DE LONG TERME 22

C. LES CONTRATS GLOBAUX : DES OUTILS RÉCENTS ET COMPLEXES 23
1. Les marchés publics globaux 24
2. Les partenariats public-privé (PPP), dont les contrats de partenariat 25

II. UNE COMMANDE PUBLIQUE DONT LE MONTANT APPROCHE 400 MILLIARDS D'EUROS 27

A. UNE ABSENCE D'OUTILS DE MESURE ADAPTÉS 27
1. Des achats des administrations publiques de près de 200 milliards d'euros (Insee) mais des marchés publics de moins de 100 milliards d'euros (OEAP) 27
2. Un chiffre d'affaires des concessions de l'ordre de 130 milliards d'euros par an selon l'Institut de la gestion déléguée 29
3. La forte diminution depuis 2012 du nombre de contrats de partenariat 29

B. UNE TENTATIVE DE CHIFFRAGE GLOBAL : DES DÉPENSES ANNUELLES DE PRÈS DE 400 MILLIARDS D'EUROS 30

III. UNE COMMANDE PUBLIQUE QUI CONTRIBUE TOUJOURS TROP PEU AU DÉVELOPPEMENT DES PME 32

A. LA PLACE DES PME DANS LA COMMANDE PUBLIQUE DEMEURE INSUFFISANTE 32
1. La donnée de base : les PME remportent environ un quart du montant global des marchés publics 32
2. La sous-représentation des PME dans la commande publique ne s'explique pas par des discriminations manifestes 33
a) Les difficultés des PME pour accéder aux marchés de plus d'un million d'euros 33

b) Les PME représentent plus d'un tiers du chiffre d'affaires des entreprises, mais un quart du montant des marchés publics 34
3. Les marchés publics apparaissent moins ouverts aux PME en France qu'en Allemagne 34
4. La nécessité d'accroître la part des PME dans les marchés publics 35

B. DES MESURES SIGNIFICATIVES ONT ÉTÉ PRISES EN FAVEUR DES PME 36
1. Le code des marchés publics de 2006 comprend diverses mesures favorables aux PME 36
a) L'obligation d'allotir 36
b) Autres dispositions du code des marchés publics favorables aux PME 36
2. Un effort significatif pour raccourcir les délais de paiement 37
a) Le délai maximal est de 30 jours pour l'État et les collectivités territoriales 37
b) En 2013, un délai de paiement de 19 jours pour l'État et de 27 jours pour les collectivités territoriales 37

C. LES MODALITÉS DE LA COMMANDE PUBLIQUE FONT QU'ELLE CONTRIBUE TOUJOURS TROP PEU AU DÉVELOPPEMENT DES PME 38

DEUXIÈME PARTIE – LA TRANSPOSITION EN COURS DES TROIS DIRECTIVES DU 26 FÉVRIER 2014 : DES OPPORTUNITÉS À SAISIR 41

I. LE CONTENU DES DIRECTIVES : UN IMPACT VARIABLE SUR LE DROIT INTERNE 41

A. LES DEUX DIRECTIVES « MARCHÉS » : SIMPLIFIER LES PROCÉDURES ET FACILITER LA NÉGOCIATION POUR METTRE LES MARCHÉS PUBLICS AU SERVICE DE L'ÉCONOMIE 42
1. Les marchés publics mis au service de l'économie 42
2. Un recours plus large à la négociation 44
3. Une simplification des procédures 44

B. LA DIRECTIVE « CONCESSIONS » : UNE LÉGISLATION COMMUNAUTAIRE NOUVELLE À CONCILIER AVEC LE DROIT INTERNE 45
1. La reprise de notions françaises par la directive 46
2. De nouvelles règles pour les concessions 46
3. L'articulation avec le droit interne 47

II. LA TRANSPOSITION DES DIRECTIVES EN DROIT INTERNE 48

A. SUR LE PLAN PROCEDURAL, UN RENFORCEMENT DU PARLEMENT A CONFORTER 49
1. Le recours aux ordonnances, un rôle limité pour le Parlement 49
2. Une avancée essentielle : l'insertion des principes fondamentaux de la commande publique dans le domaine législatif 52

B. SUR LA FORME, UNE VOLONTÉ SALUTAIRE DE SIMPLIFICATION DU DROIT DE LA COMMANDE PUBLIQUE 52

C. LA TRANSPOSITION DES DIRECTIVES « MARCHÉS PUBLICS » ET « SECTEURS SPÉCIAUX » 54
1. Les apports de la transposition 54
a) La consécration des objectifs économiques des marchés publics 54
b) De nouveaux outils pour les acheteurs publics 55
c) La rationalisation et la sécurisation des marchés globaux 55

2. Une réforme favorable aux PME 56
a) Il paraît peu probable que la réforme suscite un nouvel essor des marchés globaux 56
b) L'extension de l'obligation d'allotissement aux acheteurs actuellement soumis à l'ordonnance de 2005 57

D. LA TRANSPOSITION DE LA DIRECTIVE « CONCESSIONS » 59
1. L'articulation entre les procédures formalisées et simplifiées 59
2. Un nouveau cadre juridique pour les acheteurs 60

TROISIÈME PARTIE – LES PROPOSITIONS DE LA MISSION POUR UNE COMMANDE PUBLIQUE PLUS SIMPLE, PLUS EFFICACE ET AU SERVICE DE L'ÉCONOMIE 61

I. MIEUX PRENDRE EN COMPTE LA SITUATION DES PME 61

A. FAVORISER L'ACCÈS DES PME AUX MARCHÉS PUBLICS 61
1. Une impasse : les politiques généralisées de réservations 62
a) Une probable inconstitutionnalité et une incompatibilité avec les règles de l'OMC 62
b) La réservation de marchés, un instrument inadapté 63
2. Faciliter l'accès des PME à la commande publique 64
a) Favoriser les groupements temporaires d'entreprises 64
b) Mieux accompagner et former les PME en matière de marchés publics, grâce aux chambres consulaires et aux syndicats professionnels 66
c) Écarter systématiquement les offres anormalement basses 67
d) Se fixer des objectifs d'accès des PME à la commande publique 69

B. RENDRE LES CONDITIONS D'EXÉCUTION DES CONTRATS PLUS FAVORABLES AUX PME 69
1. Améliorer la trésorerie des PME 69
a) Faire passer l'avance obligatoire de 5 % à 10 % du montant du marché et la rendre obligatoire pour les marchés de plus de 25 000 euros HT 70
b) Ramener la retenue de garantie de 5 % à 3 % et accélérer son paiement à l'entreprise 71
2. Faire des clauses sociales et environnementales des clauses d'exécution plutôt que d'attribution 71
3. Améliorer les conditions de la sous-traitance 73
a) Un cadre juridique amélioré par les directives de 2014 73
b) Faire face au recours massif du travail détaché dans l'exécution des contrats de commande publique 74
c) Lutter contre la fraude dans le pays d'origine 79

C. POUR UNE ÉCONOMIE DE PROXIMITÉ 82
1. Des collectivités attentives à l'impact de leurs achats sur l'économie locale 82
2. Les collectivités territoriales ont vocation à favoriser l'achat local et les PME 84
a) Privilégier les circuits courts 84
b) Privilégier certains groupements ou types d'entreprises 84

D. FAVORISER LE DÉVELOPPEMENT DES PME INNOVANTES 85
1. Étendre l'objectif d'attribution de 2 % des marchés publique à des PME innovantes en 2020 à l'ensemble des administrations publiques, et le porter à 4 % en 2025 85
a) Un objectif de 2 % en 2020 fixé en 2012 à l'État et à ses opérateurs 85
b) Un objectif à porter à 4 % en 2025 pour l'ensemble des administrations publiques 85

2. Se donner les moyens d'atteindre cet objectif ... 86
a) Ouvrir le jeu en permettant les variantes ... 86
b) Encourager et sécuriser le recours au partenariat d'innovation ... 87
c) Sensibiliser les principaux acheteurs à l'achat public innovant ... 89
d) Ouvrir la plate-forme des achats d'innovation de l'État à l'ensemble des administrations publiques ... 89

II. L'IMPACT DE LA RÉDUCTION DU DÉFICIT SUR LA COMMANDE PUBLIQUE ... 90

A. LE PROGRAMME DE STABILITÉ D'AVRIL 2015 ... 90
1. Une baisse programmée de l'achat public en 2014-2018 ... 90
2. D'importantes mesures de soutien de la commande publique ... 90
a) Des mesures pour préserver l'investissement local ... 90
b) Le plan Juncker et le programme des investissements d'avenir ... 91

B. LA RECHERCHE D'ÉCONOMIES PAR LES ADMINISTRATIONS PUBLIQUES ... 92

III. RÉDUIRE LE COÛT DE LA PROCÉDURE ... 93

A. UN COÛT DE PROCÉDURE QUI POURRAIT ATTEINDRE 3 MILLIARDS D'EUROS PAR AN, ESSENTIELLEMENT SUPPORTÉ PAR LES ENTREPRISES ... 93
1. Un coût de procédure d'environ 30 000 euros par marché, selon la Commission européenne ... 93
2. Un coût global potentiellement élevé ... 94

B. COMMENT RÉDUIRE LE COÛT DE LA PROCÉDURE ? ... 95
1. Les simplifications en cours ... 95
a) Les marchés publics simplifiés ... 95
b) Le document unique de marché européen (DUME) ... 96
c) L'augmentation du seuil des MAPA ... 97
d) Les mesures de publicité ... 98
2. Approfondir la démarche de simplification ... 100
a) Les logiciels d'assistance à la rédaction des marchés ... 100
b) Dématérialiser les procédures ... 101
3. Davantage mutualiser les marchés : des économies de procédure de moins de 100 millions d'euros en cas d'alignement sur le Royaume-Uni ... 103

IV. DE LA DEFIANCE À LA CONFIANCE : FAIRE EMERGER UNE VERITABLE CULTURE DE L'ACHAT PUBLIC ... 105

A. FAIRE EMERGER UNE VERITABLE CULTURE DE LA COMMANDE PUBLIQUE ... 105
1. Former et reconnaître les acheteurs publics ... 105
a) La formation des acheteurs ... 105
b) Le statut des acheteurs ... 105
2. Donner toute sa place à la logique économique de l'achat public ... 106
3. Donner à une direction générale de la commande publique un rôle d'impulsion, de conseil et de coordination pour l'ensemble des administrations publiques ... 107
a) Unifier les administrations de l'État au sein d'une direction générale de la commande publique ... 107
b) Encourager les bonnes pratiques ... 108
c) Assister juridiquement les entreprises françaises pour l'accès à la commande publique étrangère ... 109

B. FAVORISER LA MUTUALISATION DES ACHATS 110
1. Pourquoi davantage mutualiser l'achat public ? 110
a) L'effet volume et la réduction du coût de procédure : des avantages à relativiser 110
b) Les principaux avantages de la mutualisation : l'expertise et la possibilité d'une utilisation stratégique de la commande publique 111
2. Permettre aux collectivités qui le souhaitent de mutualiser leurs achats 112
a) Faciliter le recours aux centrales d'achat 112
b) Faciliter la mutualisation des services acheteurs à l'échelle locale 117

C. LIBERER LES ACHETEURS D'UNE APPROCHE PUREMENT FORMELLE DE LA COMMANDE PUBLIQUE 117
1. Rendre la pratique de la commande publique plus favorable aux PME 117
2. Étendre la possibilité de régulariser les offres non conformes 118
3. Sécuriser le « sourçage » en précisant les notions de délit de favoritisme et de conflit d'intérêts 120
a) L'exagération du risque de contentieux administratif 120
b) La nécessité de recentrer le délit de favoritisme sur l'intention dolosive 122
c) Une prévention efficace des conflits d'intérêts 124
d) Généraliser les rencontres entre les acheteurs publics et les entreprises sous l'égide des organismes consulaires 125

V. METTRE FIN AU « TROU NOIR » STATISTIQUE 126

A. AMÉLIORER LA QUALITÉ DE LA COLLECTE DU RECENSEMENT DES MARCHÉS PUBLICS 126

B. RECENSER LES CONCESSIONS 126

C. MESURER LA PART DES PME DANS LES MARCHÉS PUBLICS 127
1. Disposer de séries homogènes dans le temps 127
2. Mesurer la sous-traitance 129
a) Une information quasi nulle sur la sous-traitance 129
b) La solution : utiliser les données de CHORUS et HELIOS ? 130

D. PERMETTRE LA COMPARAISON AVEC LES DONNÉES DE L'INSEE 130

VI. ETRE ATTENTIF AU CONTENU DU FUTUR TTIP 131

CONTRIBUTION DE JOËL LABBÉ AU NOM DU GROUPE ÉCOLOGISTE, RÉPUBLICAIN ET CITOYEN 135

ANNEXES 137

I. LISTE DES PERSONNALITÉS AUDITIONNÉES 137

II. NOTE ADRESSÉE PAR LE PRÉSIDENT ET LE RAPPORTEUR AU MINISTRE DE L'ÉCONOMIE, DE L'INDUSTRIE ET DU NUMÉRIQUE LE 15 JUIN 2015 140

III. DÉPLACEMENT DE TROIS MEMBRES DE LA MISSION À BRUXELLES (25 JUIN 2015) 145

IV. COMPTE-RENDU DU DÉPLACEMENT DE QUATRE MEMBRES DE LA MISSION EN ALLEMAGNE (3-4 SEPTEMBRE 2015) 146

V. LEXIQUE 153

VI. LE CHIFFRAGE DE LA COMMANDE PUBLIQUE 155

VII. L'ÉTAT ACTUEL DU PROJET DE DOCUMENT UNIQUE DE MARCHÉ DES ENTREPRISES (DUME) 179

EXAMEN EN RÉUNION 203

SYNTHÈSE

Mesdames, Messieurs,

La commande publique française représente près de **400 milliards d'euros (soit 20 points de PIB)** de dépenses annuelles[1].

Les marchés publics, les concessions et les partenariats public-privé jouent ainsi un rôle essentiel dans notre économie. Pourtant, ils sont **trop souvent résumés à leur dimension juridique** et leur potentiel en tant qu'instrument de politique économique est encore trop sous-estimé.

Les acheteurs publics se trouvent enfermés dans un formalisme obérant leurs capacités d'initiative : la complexité des normes applicables à la commande publique et le risque – largement surestimé – de contentieux conduisent les acheteurs à lancer des marchés similaires aux précédents afin de ne prendre aucun risque sur le plan juridique. *In fine*, ce formalisme est susceptible de nuire à la qualité et à l'adaptabilité de la commande publique car il ne permet guère de s'adapter aux évolutions du besoin des acheteurs.

Ce constat s'applique clairement aux petites et moyennes entreprises (**PME**) qui **ne profitent que trop peu du potentiel de la commande publique**. En 2011, alors qu'elles ont représenté 35,7% du chiffre d'affaires des entreprises françaises, elles n'ont exécuté en tant que titulaires que 25 % du montant total des marchés publics. Un « *décrochage* » est en outre constaté pour les contrats dont le montant est supérieur à un million d'euros alors que les PME pourraient généralement les exécuter avec succès en formant des groupements d'entreprises. L'enjeu est essentiel : les achats publics étant de plus de 200 milliards d'euros[2], augmenter d'un point la part des PME correspond à augmenter leur chiffre d'affaires de plus 2 milliards d'euros.

Trop souvent reléguées à un rôle de sous-traitant, les PME subissent les réductions de marge imposées par les titulaires des contrats de la commande publique.

Les **acheteurs se privent ainsi des capacités d'innovation des PME** – les PME innovantes ne représentant que 0,01 % des marchés de l'État – et de leur participation à une économie de proximité que votre rapporteur appelle de ses vœux.

L'enjeu est aujourd'hui de profiter de l'**opportunité** que représente la **transposition du « *paquet commande publique* » du 26 février 2014** pour

[1] *Cf. chiffrage en annexe.*

[2] *260 milliards d'euros, selon le chiffrage présenté ci-après. L'écart par rapport au montant total de la commande publique (390 milliards d'euros) provient des concessions.*

asseoir la place des PME dans la commande publique. La mission d'information a d'ailleurs souhaité participer à ce travail de transposition afin de faire part de ses orientations et de ses suggestions[1]. Elle se réjouit que plusieurs de ses propositions aient été suivies, comme l'établissement de seuils minimum pour le recours aux marchés de partenariat.

Force est de constater que la **palette d'outils** mise à la disposition des acheteurs publics pour élaborer une véritable politique d'achat est **en voie d'extension**. Les directives introduisent par exemple la possibilité de négocier dans le cadre d'un appel d'offres, dès lors qu'il ne s'agit pas d'un achat *« sur étagères »* de produits standards. Elles permettent en outre d'étendre l'allotissement obligatoire aux entités adjudicatrices, comme la SNCF ou EDF, ce qu'a décidé de faire le Gouvernement et ce dont votre rapporteur se réjouit.

La mission d'information propose des mesures concrètes en faveur des PME (hausse de l'avance obligatoire, généralisation des variantes techniques, *etc.*) afin d'approfondir la logique des directives.

Toutefois, elle constate qu'il ne suffit pas de créer des outils. Encore faut-il que les acheteurs publics les connaissent et se les approprient. Or, cette appropriation n'est possible qu'à trois conditions.

En premier lieu, il s'agit de **simplifier des procédures encore trop complexes**. Il existe par exemple cinq régimes juridiques différents pour les marchés publics selon que l'acheteur intervient dans un secteur *« classique »*, dans un secteur de réseaux (eau, électricité, *etc.*) ou dans l'armement. Ce foisonnement de normes représente un poids pour les administrations mais également une barrière à l'entrée dans la commande publique pour les PME, souvent démunies face à tant de complexité.

La mission d'information propose dès lors de faire passer le seuil de mise en concurrence de 25 000[2] à 40 000 euros HT d'ici trois ans. Elle préconise également d'exploiter les potentialités de la dématérialisation des procédures. Généraliser l'utilisation des logiciels d'assistance à la rédaction des marchés dégagerait ainsi une économie de plusieurs dizaines de millions d'euros par an pour les acheteurs.

En second lieu, la mission d'information appelle de ses vœux **l'émergence d'une véritable communauté de la commande publique** comprenant des acheteurs mieux formés et reconnus pour leur spécialisation. Outre l'extension des enseignements pratiques relatifs à la commande publique, elle propose de mieux intégrer la dimension « achat public » dans les corps et cadres d'emploi de la fonction publique.

---

[1] *Dès le 15 juin 2015, son président et son rapporteur ont adressé à Emmanuel Macron, Ministre de l'Économie, de l'Industrie et du Numérique, une note conjointe traduisant les principales orientations adoptées par la mission lors de sa réunion du 10 juin.*

[2] *Seuil applicable depuis le 1er octobre 2015. Pour mémoire, le précédent seuil s'élevait à 15 000 euros HT.*

Il convient également de diffuser les bonnes pratiques locales qui sont souvent méconnues malgré leur intérêt. Tel est par exemple le cas du groupement associatif des PME du bâtiment (CRRI 2000) mentionné par le présent rapport.

Les centrales d'achats et les organismes consulaires doivent jouer leur rôle dans la diffusion de cette culture de la commande publique. Ils semblent en effet les mieux placés pour expliquer aux acheteurs comment mobiliser les outils facilitant l'accès des PME à la commande publique.

Dans un contexte de tension des finances publiques, cette communauté de la commande publique constituerait une source d'économie car des « *gains achats* » seraient dégagés sur les marchés représentant une charge de fonctionnement (achat de fournitures courantes, contrats de maintenance, *etc.*). Ces gains permettraient ainsi de retrouver des marges de manœuvre en investissement et de faire autant que possible profiter les PME du Plan Juncker et du Programme d'investissements d'avenir, de même que des mesures annoncées par le Président de la République lors de la réunion du comité interministériel aux ruralités du 14 septembre dernier.

En dernier lieu, les acteurs de la commande publique seront en mesure de s'approprier les outils à leur disposition si l'actuel climat de défiance évolue vers **un climat de confiance**. Il s'agit de passer d'une logique de pur formalisme juridique à une réflexion économique en faveur du mieux-disant.

La mission d'information propose ainsi de **desserrer le carcan** dans lequel les acheteurs publics se trouvent pour leur permettre de développer de véritables stratégies d'achats.

Le « *sourçage* » – qui consiste à étudier l'état de l'offre avant de lancer son marché – doit être généralisé et sécurisé.

Pour ce faire, encore faut-il préciser la notion de délit de favoritisme (art. 432-14 du code pénal), délit qui demeure peu fréquent mais qui suscite une grande crainte chez les acheteurs publics.

Loin de souhaiter sa suppression, la mission d'information propose de recentrer le délit de favoritisme en rappelant qu'il doit se fonder sur l'existence d'une intention dolosive et non sur une simple méconnaissance involontaire des règles de la commande publique. Elle rejoint en cela le rapport au Président de la République « *Renouer avec la confiance publique* » de M. Jean-Louis Nadal[1] pour proposer de modifier l'article 432-14 du code pénal.

Ce climat de confiance, que la mission d'information appelle de ses vœux, nécessite, en retour, une responsabilisation et un volontarisme des différents acteurs de la commande publique.

---

[1] *Rapport de janvier 2015, p. 126 à 128 (http://www.ladocumentationfrancaise.fr/var/storage/rapports-publics/154000023.pdf).*

La **responsabilisation de l'acheteur** consiste à assumer l'étendue de ses prérogatives, notamment en rejetant toute offre anormalement basse – comme le prévoit l'article 55 du code des marchés publics – et en luttant contre les travailleurs détachés illégaux. Les auditions de la mission d'information ont en effet démontré l'ampleur de ces deux phénomènes et les inquiétudes qu'ils provoquent sur le terrain (éviction des PME locales, retard dans l'exécution des prestations, malfaçons, *etc*.).

Le **volontarisme** suppose que la commande publique soit mise au service d'une politique économique clairement définie et laissant toute sa place aux PME. Il revient ainsi à l'acheteur public d'allotir ses marchés de manière à les rendre accessibles à ces dernières, de privilégier les solutions innovantes, de connaître l'offre locale, *etc*.

Ce n'est qu'à cette condition que l'achat public ne sera plus un enchevêtrement de règles juridiques mais un véritable levier au service de l'économie en général et de l'économie de proximité en particulier.

PROPOSITIONS

Objectif 1 : transposer les directives de février 2014 de manière démocratique et pédagogique

1. Laisser toute sa place au débat parlementaire en :

   - débattant des projets de ratification des ordonnances ;

   - ne considérant pas l'ordonnance comme la voie de « droit commun » pour légiférer sur la commande publique ;

   - organisant en 2016 un débat d'initiative sénatoriale consacré au rôle économique de la commande publique.

Objectif 2 : mieux prendre en compte la situation des PME, favoriser le développement des PME innovantes et développer l'économie de proximité territoriale

2. Utiliser pleinement la procédure de l'article 55 du code des marchés publics en rejetant toute offre anormalement basse, comme la directive « marchés » l'impose et la procédure contradictoire le permet en toute sécurité.

3. Prévoir l'obligation, pour les collectivités territoriales, de publier la proportion de leurs marchés attribués aux PME en même temps que la liste annuelle des marchés.

4. Améliorer la trésorerie des PME en prenant, dans leur cas, les mesures suivantes :

   - faire passer l'avance obligatoire de 5 % à 10 % du montant du marché et la rendre obligatoire pour les marchés de plus de 25 000 euros HT ;

   - ramener la retenue de garantie de 5 % à 3 % et accélérer son paiement à l'entreprise.

5. Faire des clauses sociales et environnementales des clauses d'exécution plutôt que des critères d'attribution.

6. Éviter que le recours aux travailleurs détachés dans les marchés publics conduise à une concurrence déloyale :

   - rejeter les offres anormalement basses (*Cf.* recommandation n° 5) en particulier dans ce cas ;

   - mobiliser les corps de contrôle concernés pour que les normes édictées ne restent pas lettre morte ;

   - lutter contre la fraude dans le pays d'origine en faisant de la délivrance du formulaire A1 la condition préalable à tout détachement, et examiner la

possibilité de donner la faculté aux organismes sociaux du pays d'accueil de prélever, pour le compte du pays d'origine, les cotisations sociales ;

- renégocier la directive 96/71/CE, de manière à prévoir que le régime des cotisations sociales applicables est celui du pays d'accueil.

7. Favoriser l'innovation dans les marchés publics en :

   - étendant l'objectif de part des PME innovantes dans le montant des achats publics à l'horizon 2020 (actuellement de 2 %) à l'ensemble des administrations publiques, et le porter à 4 % à l'horizon 2025 ;

   - étendant aux appels d'offres la règle selon laquelle, sauf indication contraire du pouvoir adjudicateur, les variantes sont autorisées ;

   - sécurisant les partenariats d'innovation ;

   - ouvrant la plate-forme des achats d'innovation à l'ensemble des administrations publiques, en particulier aux collectivités territoriales.

Objectif 3 : réduire les coûts de procédure

8. Généraliser les marchés publics simplifiés.

9. Simplifier le document unique de marché européen (DUME) pour le rendre opérationnel.

10. Relever le seuil inférieur des MAPA à 40 000 euros HT d'ici trois ans tout en prévoyant des procédures d'autocontrôle, comme le cas échéant le contrôle du président de la commission d'appel d'offres.

11. Simplifier les conditions de publicité des contrats de la commande publique.

12. Généraliser l'utilisation des logiciels d'assistance à la rédaction des marchés en donnant un libre accès à ORME.

13. Dématérialiser progressivement l'ensemble des procédures en :

    - établissant un calendrier d'actions précis et une programmation financière pour le « plan national de dématérialisation des marchés publics » ;

    - étalant dans le temps l'obligation de dématérialisation des marchés inférieurs aux seuils européens en fonction de la taille des acheteurs.

Objectif 4 : faire émerger une communauté de la commande publique

14. Mieux former et accompagner les acheteurs, notamment en :

    - accompagnant de manière pédagogique la refonte du droit de la commande publique ;

    - sensibilisant les collectivités territoriales au risque d'entente, et en les assistant lors des actions en réparation ;

- rappelant aux acheteurs qu'il y a de « bons » gains achats (meilleure définition du besoin, mutualisation) et de « mauvais » gains achats (compression excessive des marges des entreprises) ;

- intégrant des enseignements pratiques relatifs à la commande publique dans les cursus de l'enseignement supérieur ;

- intégrant mieux la dimension achat public dans les corps et cadres d'emploi de la fonction publique ;

- rédigeant un manuel d'accompagnement aux acheteurs faisant référence à l'échelle nationale ;

- assistant juridiquement les entreprises françaises pour l'accès à la commande publique étrangère.

Objectif 5 : favoriser la mutualisation

15. Asseoir les centrales d'achat en :

– favorisant leur coopération ;

- développant leur nouvelle mission de conseil aux acheteurs ;

– étendant leur activité dans les autres États membres de l'Union européenne.

16. Poursuivre la mutualisation des achats à l'échelle locale.

Objectif 6 : Libérer les acheteurs d'une approche purement formelle de la commande publique

17. En cas d'irrégularité purement formelle :

- permettre la régularisation de l'offre, même en appel d'offres ;

- s'il y a une seule offre régulière, prévoir l'obligation de demander la régularisation des offres irrégulières.

18. Rendre les règles relatives à la transparence plus compatibles avec un achat public efficace, en :

- recentrant le délit de favoritisme sur l'intention dolosive de l'acheteur public et l'étendant aux concessions de travaux et de services « non publics » ;

- alignant la notion de conflits d'intérêts de l'ordonnance n° 2015-899 du 23 juillet 2015 relative aux marchés publics sur celle retenue par la loi n° 2013-907 du 11 octobre 2013 relative à la transparence de la vie publique.

19. Inciter au *sourçage* en généralisant les rencontres entre les acheteurs publics et les entreprises sous l'égide des organismes consulaires.

Objectif 7 : mieux connaître la commande publique

20. Mettre en place un dispositif statistique permettant effectivement :

- le recensement des marchés publics, des concessions et de la sous-traitance ;

- la mesure de la place des PME dans la commande publique.

Objectif 8 : préserver les principes français du droit de la commande publique

21. Veiller à ce que le partenariat transatlantique de commerce et d'investissement (TTIP) ne remette pas en cause les principes français du droit de la commande publique.

PREMIÈRE PARTIE
UNE COMMANDE PUBLIQUE AUX MODALITÉS PERFECTIBLES

I. UNE ARCHITECTURE JURIDIQUE COMPLEXE

A. LES MARCHÉS PUBLICS : DES RÈGLES PLUS OU MOINS CONTRAIGNANTES SELON L'ACHETEUR ET L'ACTIVITÉ CONCERNÉS

1. Les cinq régimes de marchés publics

Les **marchés publics** sont des **contrats à titre onéreux** conclus par des personnes publiques ou certaines entités privées accomplissant des missions d'intérêt général pour **répondre à leurs besoins de travaux, de fourniture ou de service**[1].

Les règles applicables sont hétérogènes car il convient de distinguer, en application du **droit communautaire** :

a) les **pouvoirs adjudicateurs** soumis pour la très large majorité à la première partie du code des marchés publics : l'État, ses établissements publics administratifs, les collectivités territoriales et l'ensemble de leurs établissements publics ;

b) les **entités adjudicatrices** – qui sont principalement des entreprises publiques exerçant une **activité de réseau** (transport, énergie, services postaux, *etc.*) – répondant généralement aux règles de l'ordonnance n° 2005-649 du 6 juin 2005[2] ;

c) les **marchés publics de défense et de sécurité**, soumis à la troisième partie du code des marchés publics.

En outre, la distinction entre les pouvoirs adjudicateurs du code des marchés publics *(a*) et les entités adjudicatrices de l'ordonnance n° 2005-649 *(b)* n'est pas si claire car :

- certains pouvoirs adjudicateurs interviennent dans une activité de réseau comme, par exemple, une collectivité territoriale proposant à d'autres de leur fournir de l'eau potable à titre onéreux. Ils sont en ce cas des entités

[1] *Les conventions de délégation de service public, les concessions de travaux publics, les contrats de partenariat, les baux emphytéotiques administratifs (BEA), les autorisations d'occupation temporaire du domaine public (AOT) ne sont pas des marchés publics* (Cf. infra).

[2] *Ordonnance relative aux marchés passés par certaines personnes publiques ou privées non soumises au code des marchés publics.*

adjudicatrices au sens du droit communautaire, et une partie spécifique du code des marchés publics – la deuxième – leur est applicable ;

- d'autres pouvoirs adjudicateurs ne sont pas soumis au code des marchés publics mais à l'ordonnance n° 2005-649 et obtiennent ainsi plus de souplesse. Tel est par exemple le cas de la Banque de France ou de la Caisse des dépôts et consignations.

En croisant ces différents critères, on constate qu'il n'existe pas moins de **cinq régimes applicables aux marchés publics**, comme le montre le tableau ci-après.

Ces distinctions de régime sont importantes car les **règles** applicables aux marchés publics sont **plus ou moins contraignantes en fonction de l'acheteur et du type d'activité concernés**.

Pour ne prendre qu'un exemple, alors que les pouvoirs adjudicateurs soumis à la première partie du cadre des marchés publics ont l'obligation d'allotir leurs marchés, l'allotissement n'est qu'une simple faculté pour les entités adjudicatrices soumises à l'ordonnance n° 2005-649 précitée.

Les cinq régimes applicables aux marchés publics

	Code des marchés publics		**Ordonnance n° 2005-649 du 6 juin 2005 précitée**	
	Définitions	*Exemples*	*Définitions*	*Exemples*
Pouvoirs adjudicateurs (directive 2004/18/CE sur les marchés publics, dite « *secteurs classiques* »)	**REGIME 1** *Première partie du code des marchés publics :* 1° L'État et ses établissements publics administratifs ; 2° Les collectivités territoriales et l'ensemble de leurs établissements publics	Établissements publics nationaux de sécurité sociale (CNAM, CNAV, CNAF, ACOSS) Communes, départements, régions	**REGIME 2** Pouvoirs adjudicateurs non soumis au code des marchés publics	Certains organismes mentionnés par l'ordonnance (Banque de France, Caisse des dépôts…) Établissements publics à caractère scientifique, culturel et professionnel
Entités adjudicatrices (directive 2004/17/CE portant coordination des procédures de passation des marchés dans les secteurs de l'eau, de l'énergie, des transports et des services postaux, dite « *secteurs spéciaux* »)	**REGIME 3** *Deuxième partie du code des marchés publics :* Les pouvoirs adjudicateurs au sens du code des marchés publics exerçant une activité de réseaux	Une collectivité territoriale distribuant à titre onéreux l'eau potable à d'autres	**REGIME 4** Les entreprises publiques qui exercent une des activités d'opérateur de réseaux Les organismes de droit privé bénéficiant de droits spéciaux ou exclusifs ayant pour effet de leur réserver l'exercice d'une ou de plusieurs des activités de réseaux et d'affecter substantiellement la capacité des autres opérateurs économiques d'exercer ces activités	GDF, EDF, Compagnie nationale du Rhône, SNCF, RFF, RATP, La Poste, *etc.*
Marchés publics de défense et de sécurité (directive 2009/81/CE sur les marchés publics à caractère sensible dans les domaines de la défense et de la sécurité)	**REGIME 5** *Troisième partie du code des marchés publics :* Les acheteurs acquérant des équipements ou des services de défense et de sécurité	La direction générale de l'armement		

Source : mission d'information

Les différents régimes de marchés publics : vue synthétique

		Régime 1 *(majorité des pouvoirs adjudicateurs)*	**Régime 2** *(pouvoirs adjudicateurs soumis à l'ordonnance n°2005-649)*	**Régime 3** *(pouvoirs adjudicateurs agissant dans les secteurs spéciaux, où ils sont donc des entités adjudicatrices)*	**Régime 4** *(entités adjudicatrices soumises à l'ordonnance n°2005-649)*	**Régime 5** *(marchés publics de défense et de sécurité)*
Procédure de mise en concurrence	Obligation d'allotissement	Oui *(art. 10 du code des marchés publics)*	Non, simple faculté *(art. 11 du décret n°2005-1742)*	Oui *(art. 141 du code des marchés publics)*	Non, simple faculté *(art. 11 du décret n°2005-1308 du 20 octobre 2005)*	Non, simple faculté *(art. 189)*
	Seuil de dispense de procédure à 15 000 € HT	Oui *(art. 28)*	Non *(art. 10)*	Oui mais le seuil est fixé à 20 000 € HT *(art. 146)*	Non *(art. 10)*	Oui *(art. 203)*
	Publicité normée à partir du seuil de 90 000 € HT	Oui *(art. 40)*	Non *(art. 15 du décret)*	Oui *(art. 150)*	Non *(art. 15)*	Oui *(art. 213)*
	Dématérialisation obligatoire pour les marchés supérieurs à 90 000 € HT	Oui *(art. 56)*	Non, simple faculté *(art. 14 du décret)*	Oui *(art. 142)*	Non, simple faculté *(art. 14 du décret)*	Oui *(art. 237)*
	Pondération des critères d'attribution précisée lors de la consultation	Oui *(art. 53)*	Oui *(art. 24 du décret)*	Oui *(art. 142)*	Oui *(art. 29)*	Oui *(art. 234)*
	Système de qualification des opérateurs[1]	Non	Non	Oui *(art. 152)*	Oui (art. 24)	Non
Exécution	Versements d'avances obligatoires	Oui *(art. 87)*	Non, simple faculté *(art. 47.1)*	Oui *(art. 173)*	Non, simple faculté *(art. 46.1)*	Oui mais dans des conditions particulières *(art. 261)*

[1] Système de présélection d'opérateurs jugés en mesure de réaliser tel ou tel type de prestations et remis en concurrence lors de l'émergence de nouveaux besoins.

Source : mission d'information

Les règles spécifiques applicables aux achats de défense et de sécurité

Le cadre communautaire

L'**article 346** du traité sur le fonctionnement de l'Union européenne (**TFUE**) prévoit que « *tout État membre peut prendre les mesures qu'il estime nécessaires à la protection des intérêts essentiels de sa sécurité et qui se rapportent à la production ou au commerce d'armes, de munitions et de matériel de guerre* ».

Le Parlement européen et le Conseil ont adopté en 2009 la **directive 2009/81/CE du 13 juillet 2009** relative à la coordination des procédures de passation de certains marchés de travaux, de fournitures et de services par des pouvoirs adjudicateurs ou entités adjudicatrices dans les domaines de la défense et de la sécurité, communément dénommée **« marchés publics de défense et de sécurité » (MPDS)**.

La directive MPDS avait pour objet de fournir un dispositif souple aux États membres, afin de réduire l'incitation à recourir à l'article 346 TFUE, et de favoriser le développement d'un marché européen de défense et de sécurité.

Elle a été transposée par la **loi n° 2011-702 du 22 juin 2011** et le décret n° 2011-1104 du 14 septembre 2011.

Comme cela lui était permis par la directive et par les règles de l'organisation mondiale du commerce (OMC), la France a décidé de ne pas ouvrir ces marchés au-delà de l'Union européenne.

Trois régimes juridiques différents pour les achats réalisés par le ministère de la défense

Il convient donc de distinguer trois types d'achats réalisés par le ministère de la défense :

a) ceux soumis au **droit commun**, c'est-à-dire à la première partie du code des marchés publics. Il s'agit en pratique de biens et services non spécifiques (restauration du personnel…) ;

b) ceux soumis à la troisième partie du code des marchés publics, qui concerne les **achats « standard » de défense et de sécurité**. Les règles sont moins strictes que le droit commun : en particulier, il n'y a pas d'obligation d'allotissement et le recours à la négociation est facilité ;

c) ceux exonérés des règles de la commande publique en application de la directive MPDS précitée, soit :

- les achats relevant de l'article 346 du TFUE. La direction générale de l'armement (DGA) considère qu'entrent dans ce champ tous les programmes relatifs à la dissuasion nucléaire, des décisions étant prises au cas par cas dans d'autres domaines (communications protégées, guerre électronique, réduction de signature radar…) ;

- les marchés « *passés en vertu d'une procédure propre à une agence internationale et dans le cadre des missions de celle-ci* » (7° de l'article 180 du CMP). Cette disposition, anodine en apparence, couvre un champ très vaste, les programmes européens étant en pratique confiés à de telles agences internationales : la NAHEMA (*NATO Helicopter Management Agency*, agence de gestion de l'hélicoptère de l'OTAN) pour l'hélicoptère NH90, et surtout l'OCCAR (Organisation conjointe de coopération en matière d'armement) pour l'hélicoptère de combat Tigre[1], les frégates multi-missions (FREMM), l'avion de transport tactique A400M. L'OCCAR suit des règles spécifiques en matière de commande publique, prévoyant en principe une mise en concurrence[2].

[1] *Programme transféré à l'OCCAR à la création de celle-ci.*

[2] *Les principes de l'attribution sont définis dans la Convention OCCAR (publiée par le décret 2001-238 du 14 mars 2001) en ses articles 24 à 30.*

2. Une manière de réduire les exigences procédurales : les centrales d'achat et les groupements de commandes

Les acheteurs publics peuvent réduire ces exigences procédurales en **mutualisant leurs commandes**.

Deux dispositifs sont alors possibles : les **groupements de commandes** (art. 8 du code des marchés publics) et les **centrales d'achat** (art. 9 et 31 du même code)[1].

B. LES CONCESSIONS : UN MODÈLE PLUS SOUPLE RÉPONDANT À DES BESOINS DE LONG TERME

Les concessions sont les contrats par lesquels **une personne publique** (l'autorité concédante) **confie l'exploitation d'un service public ou la construction d'un ouvrage à un concessionnaire** (une personne privée en règle générale).

À la différence des marchés publics, le concessionnaire assume une partie substantielle du **risque d'exploitation**[2] dans le cadre d'un contrat d'une durée suffisante pour lui permettre d'amortir ses investissements[3]. La durée moyenne des concessions oscille entre sept ans pour les transports publics urbains ou la restauration collective et vingt-cinq ans pour les réseaux de chaleur.

Il existe à ce jour **trois grandes catégories** de concessions :

a) les **délégations de service public (DSP)** régies par la loi n° 93-122 du 18 janvier 1993[4] dite *« loi Sapin »* et les articles L. 1411-1 et suivants du code des collectivités territoriales (CGCT). Tel est, par exemple, le cas d'une commune confiant la gestion d'un théâtre municipal à une société privée ;

b) les **concessions de services** « ***non publics*** », plus rares, qui ne sont régies par aucun texte spécifique ;

c) les **concessions de travaux** soumises à l'ordonnance n° 2009-864 du 15 juillet 2009[5] et aux articles L. 1415-1 et suivants du CGCT. Il s'agit ici pour une commune de confier la réalisation de travaux dans un bâtiment public – un théâtre pour reprendre l'exemple précédent – à un opérateur économique qui obtient, en contrepartie, le droit d'exploiter l'ouvrage.

---

[1] Cf. *troisième partie du présent rapport.*

[2] *Conseil d'État, 7 novembre 2008,* département de Vendée, *n° 291794.*

[3] *En outre, sauf justification particulière, les délégations de service public d'eau potable, d'assainissement, d'ordures ménagères et autres déchets ont une durée limitée à vingt ans (art. L. 1411-2 du CGCT).*

[4] *Loi relative à la prévention de la corruption et à la transparence de la vie économique et des procédures publiques.*

[5] *Ordonnance relative aux contrats de concession de travaux publics.*

Les **procédures** mises en œuvre pour les concessions sont **beaucoup plus souples que celles des marchés publics** car elles sont régies par les principes de l'***intuitu personae***, c'est-à-dire du libre choix du concessionnaire, le juge administratif se bornant à un contrôle de l'erreur manifeste d'appréciation. Le concessionnaire se voyant confier la gestion d'un service public, il est apparu important de laisser une grande marge de manœuvre à l'autorité concédante lors de sa désignation.

Si les procédures d'attribution des concessions doivent respecter les principes fondamentaux de la commande publique (liberté d'accès, égalité de traitement des candidats et transparence), il n'est par exemple pas obligatoire de hiérarchiser les critères d'attribution[1] et les modalités de publicité sont allégées par rapport aux marchés publics[2].

De même, les négociations relatives aux concessions sont moins normées. Dans le cas des DSP, par exemple, la jurisprudence a confirmé « *qu'aucune règle n'encadre les modalités de l'organisation des négociations par la personne publique qui n'est en particulier ni tenue de fixer un calendrier préalable de négociation ni de faire connaître son choix de ne pas poursuivre les négociations avec l'un des candidats* »[3]. Il est ainsi possible d'adapter l'objet d'un contrat d'assainissement en cours de négociation en prolongeant de six mois sa durée d'exécution dans l'intérêt du service public[4].

En contrepartie de cette souplesse administrative et pour assurer une gestion concertée des services publics, les **DSP** sont **soumises à des procédures spécifiques comme le recueil de l'avis de la commission consultative des services publics** (article L.1411-4 du CGCT) ou le rapport d'exécution qui doit être transmis chaque année par le concessionnaire (article L.1411-3 du CGCT) et inscrit à l'ordre du jour de l'assemblée délibérante de l'autorité concédante.

C. LES CONTRATS GLOBAUX : DES OUTILS RÉCENTS ET COMPLEXES

À la différence des marchés publics *stricto sensu* et des concessions, les contrats globaux **associent le partenaire privé de l'acheteur public à l'ensemble des étapes du projet** : la conception (phase études), la réalisation (phase travaux) ainsi que, le cas échéant, l'exploitation et la maintenance de l'ouvrage.

---

[1] *Conseil d'État, 23 décembre 2009,* Établissement public musée et domaine de Versailles, *n° 328827.*

[2] *Pour les DSP par exemple, il suffit d'une annonce dans un journal habilité à recevoir des annonces légales et dans une publication spécialisée correspondant au secteur économique concerné (décret n°93-471 du 24 mars 1993).*

[3] *Conseil d'État, 18 juin 2010,* Communauté urbaine de Strasbourg, *n° 336170.*

[4] *Conseil d'État, 21 juin 2000,* Syndicat intercommunal des Côtes-d'Armor et de la presqu'île guérandaise, *n° 209319.*

Le **recours** à de tels contrats est **strictement encadré** car, comme l'a rappelé le Conseil constitutionnel[1], ils sont de nature à « *priver de garanties légales les exigences constitutionnelles inhérentes à l'égalité devant la commande publique* », notamment parce qu'ils ne sont pas soumis aux règles de l'allotissement et qu'ils sont l'apanage, en pratique, de grands groupes industriels.

La passation des contrats globaux répond aux grands principes de la commande publique (libre accès, transparence, *etc.*). Ils font l'objet d'appels d'offres ou de procédures adaptées en fonction de leur montant.

Cinq catégories de contrats globaux doivent être distinguées.

1. Les marchés publics globaux

Deux contrats globaux ne prévoient **pas de long étalement dans le temps** du paiement de l'investissement par la personne publique, et ne constituent donc **pas** des partenariats public-privé (PPP). Il s'agit de formes particulières de **marchés publics** :

a) les marchés de **conception-réalisation** dans lesquels la mission du prestataire comprend les études et les travaux. Le recours à ce type de contrats doit être justifié par des motifs d'ordre technique – difficultés techniques particulières notamment – ou par un engagement contractuel portant sur un niveau d'amélioration de l'efficacité énergétique (article 37 du code des marchés publics). Un tel dispositif a par exemple été utilisé par la région Nord-Pas-de-Calais pour construire l'Institut européen de génomique du diabète (EGID) à Lille dont les travaux ont commencé en septembre 2014 ;

b) les **marchés de réalisation et d'exploitation ou de maintenance** (REM) ou les **marchés de conception, de réalisation et d'exploitation ou de maintenance** (CREM) définis par l'article 73 du code des marché publics. Il s'agit de contrats globaux dans lesquels le prestataire s'engage sur des **objectifs chiffrés** concernant un niveau d'activité, de qualité de service, d'efficacité énergétique ou d'incidence écologique. Les **contrats de performance énergétique** entrent dans cette catégorie à l'instar du contrat signé en juin 2014 par la commune de Lons-le-Saunier pour améliorer la performance énergétique de huit bâtiments municipaux, dont cinq écoles ou groupes scolaires[2].

---

[1] *Conseil constitutionnel, 26 juin 2003,* Loi habilitant le Gouvernement à simplifier le droit, *décision n° 2003-473 DC.*

[2] *Dans cet exemple, le prestataire s'est engagé à réduire de 42 % les consommations énergétiques et de 63 % les émissions de CO_2 dans un délai de seize ans.*

2. Les partenariats public-privé (PPP), dont les contrats de partenariat

Les trois autres catégories de contrats globaux prévoient **l'étalement dans le temps des paiements de la personne publique**, et constituent donc des **partenariats public-privé (PPP)** :

a) les **baux emphytéotiques administratifs (BEA) qui, sauf cas particuliers, ne concernent que les collectivités territoriales[1],** sont avant tout régis par le droit de la domanialité publique. D'une durée comprise entre 18 et 99 ans, ils confèrent au prestataire un droit réel sur le bâtiment public, et notamment un droit à hypothèque sous certaines conditions[2]. Durant la durée du bail, le prestataire accomplit une mission de service public ou une opération d'intérêt général, comme l'exécution de travaux de rénovation du bâtiment. La ville de Pornic a ainsi lancé une procédure de ce type en juin 2015 pour la conception, la construction et l'exploitation du nouveau casino de la ville ;

b) Les **autorisations d'occupation temporaire (AOT)** permettent à l'État et aux collectivités territoriales d'accorder à des tiers des droits réels sur leur domaine public, afin qu'ils construisent un ouvrage qu'ils exploitent ou louent à la collectivité. À l'issue du titre d'occupation, l'ouvrage devient propriété de la collectivité. Dans le seul cas de l'État, le régime de l'**autorisation d'occupation temporaire – location avec option d'achat (AOT-LOA)**, permet à la personne publique d'acheter le bien construit par le partenaire privé avant le terme de la location ;

c) les **contrats de partenariat**, créés par l'ordonnance n° 2004-559 du 17 juin 2004, dans lesquels le prestataire prend en charge le financement initial du projet, la construction ou la transformation du bâtiment, son exploitation et sa maintenance. L'acheteur public lui verse, en contrepartie, un loyer durant toute la durée du contrat.

Le recours aux contrats de partenariat doit être **justifié par l'un des trois critères suivants[3]** :

- la **complexité du projet** ;

- l'**urgence** ;

- les **avantages comparatifs** des contrats de partenariat par rapport aux autres contrats de la commande publique.

---

[1] Ces cas particuliers concernent les BEA sectoriels autorisés, par exemple, pour les établissements hospitaliers (actuel article L. 6148-2 du code de la santé publique).

*[2] Sous peine de nullité, le contrat constituant l'hypothèque doit être approuvé par la personne publique propriétaire du bien. Cette dernière a également la faculté de se substituer au prestataire concernant la charge des emprunts en résiliant ou en modifiant le bail (*Cf. *par l'exemple l'article L. 1311-3 du CGCT).*

[3] Articles L. 1414-2 du CGCT et 2 de l'ordonnance n° 2004-559 du 17 juin 2004 sur les contrats de partenariat.

Le respect de ces critères n'est toutefois pas facile à démontrer – comme l'illustre l'exemple de la cité municipale de Bordeaux –, ce qui porte atteinte à la sécurité juridique des contrats de partenariat.

La difficile appréciation des critères des contrats de partenariat : l'exemple de la cité municipale de Bordeaux

La ville de Bordeaux a souhaité réunir 850 de ses agents d'accueil dans un même bâtiment à énergie positive. Pour ce faire, elle a attribué un **contrat de partenariat** d'une valeur de **65 millions** d'euros et d'une durée de vingt ans pour la conception, la réalisation, l'exploitation et la maintenance de ce bâtiment. Ce dernier a été **inauguré le 18 septembre 2014** après quatorze mois de travaux.

Le **tribunal administratif** de Bordeaux a toutefois **annulé** la délibération attribuant ce contrat. Il a estimé que le critère de recours au contrat de partenariat évoqué par la commune – la complexité – n'était pas rempli[1] dans la mesure où d'autres acheteurs publics comme la région Aquitaine étaient parvenus à construire des bâtiments à énergie positive sans avoir recours aux PPP.

Le tribunal a par conséquent **enjoint la commune de Bordeaux à résilier le contrat de partenariat**, ce qui aura deux conséquences :

- un nouveau marché devra être lancé concernant l'exploitation-maintenance de la cité municipale inaugurée en 2014 ;

- l'attributaire du contrat de partenariat devrait être indemnisé.

La commune a fait appel de cette décision, et la Cour administrative d'appel a eu un raisonnement inverse à celui du tribunal administratif, ce qui prouve la complexité des critères de recours aux contrats de partenariat. La Cour a notamment constaté que la ville était dans l'impossibilité, eu égard à ses moyens propres, de définir avec précision le contenu des prestations[2].

Enfin, la loi n° 2014-744 du 1er juillet 2014 a instauré une nouvelle forme de coopération entre les secteurs public et privé : la société d'économie mixte à opération unique (**semOp**). Cette société est issue d'une coopération entre une collectivité territoriale et une entreprise sélectionnée après une mise en concurrence préalable.

Les semOp

La **loi n° 2014-744 du 1er juillet 2014**, votée par le Sénat à l'unanimité, s'inscrit dans le prolongement des travaux qui avaient donné aux collectivités locales un nouvel outil d'intervention : les sociétés publiques locales (SPL).

La semOp vient donc s'ajouter à la gamme des entreprises publiques locales. Elle est constituée à titre exclusif pour la conclusion et l'exécution d'un contrat dont **l'objet unique** est la réalisation d'une opération de construction ou d'aménagement, la gestion d'un service public ou une opération d'intérêt général.

[1] *Tribunal administratif de Bordeaux, 11 février 2015, décision n° 1299574.*
[2] *CAA Bordeaux, 15 septembre 2015, n° 15BX01209.*

La collectivité ne porte pas nécessairement la totalité ou la majorité du capital de la semOp mais elle en assure la présidence et détient *a minima* une minorité de blocage.

Ainsi, cette nouvelle loi présente plusieurs avantages :

- elle donne aux entreprises privées la possibilité de concourir à un service public dont la collectivité conserve le contrôle en cours d'exécution ;

- elle renforce l'action des collectivités dans le développement économique local ; le co-investissement public-privé est en effet un levier important permettant de favoriser les programmes d'investissement locaux.

II. UNE COMMANDE PUBLIQUE DONT LE MONTANT APPROCHE 400 MILLIARDS D'EUROS

A. UNE ABSENCE D'OUTILS DE MESURE ADAPTÉS

1. Des achats des administrations publiques de près de 200 milliards d'euros (Insee) mais des marchés publics de moins de 100 milliards d'euros (OEAP)

Comme le montre le tableau ci-après, les estimations des achats publics varient entre environ **100 milliards d'euros pour l'OEAP et 200 milliards d'euros pour l'Insee**.

Bien que les concepts soient différents, l'ampleur de l'écart suggère que le dispositif de recensement de l'OEAP connaît **d'importantes lacunes**, essentiellement en ce qui concerne les **collectivités territoriales**.

Montant des achats publics réalisés dans le cadre de marchés publics en 2012* : comparaison des données de l'Insee et de l'OEAP

(en milliards d'euros)

Insee		**OEAP**			**Écart**
Formation brute de capital fixe + consommations intermédiaires Concepts de la comptabilité nationale		Marchés conclus			
Catégories d'acheteurs	**Montant TTC**	**Catégories d'acheteurs**	**Montant HT**	**Montant TTC estimé****	
	A		**B**	**C = B*1,196**	**D=A-C**
État et organismes divers d'administration centrale	58,6	État	29,2	34,9	23,6
Administrations publiques locales	97,1	Collectivités territoriales	25,3	30,3	66,9
Administrations de sécurité sociale	36,1				36,1
		Opérateurs de réseaux***	21,0	25,1	-25,1
Total	**191,8**		**75,5**	**90,3**	**101,5**
Total hors « opérateurs de réseaux »*	***191,8***		***54,5***	***65,2***	***126,6***

* Les données publiées par l'OEAP sur son site Internet ne distinguent les catégories d'acheteurs que jusqu'en 2012.

** On applique par convention le taux normal de TVA en 2012, soit 19,6 %. Montants calculés par la mission d'information.

*** Ce concept de l'OEAP correspond à l'ensemble constitué par les entités adjudicatrices (c'est-à-dire les opérateurs des secteurs spéciaux) et les quelques pouvoirs adjudicateurs soumis à l'ordonnance de 2005.

Source : d'après l'Insee et l'OEAP

La formation brute de capital fixe et les consommations intermédiaires

La formation brute de capital fixe (FBCF) est constituée, selon les termes de l'Insee, « *par les acquisitions moins cessions d'actifs fixes réalisées par les producteurs résidents* ». Schématiquement, il s'agit de l'investissement.

Les consommations intermédiaires sont la « *valeur des biens et services transformés ou entièrement consommés au cours du processus de production* ». Il s'agit des dépenses de fonctionnement hors dépenses de personnel.

2. Un chiffre d'affaires des concessions de l'ordre de 130 milliards d'euros par an selon l'Institut de la gestion déléguée

Les données ci-avant ne comprennent pas le montant des concessions, payées par les usagers. L'Institut de la gestion déléguée l'évalue à environ 130 milliards d'euros par an[1].

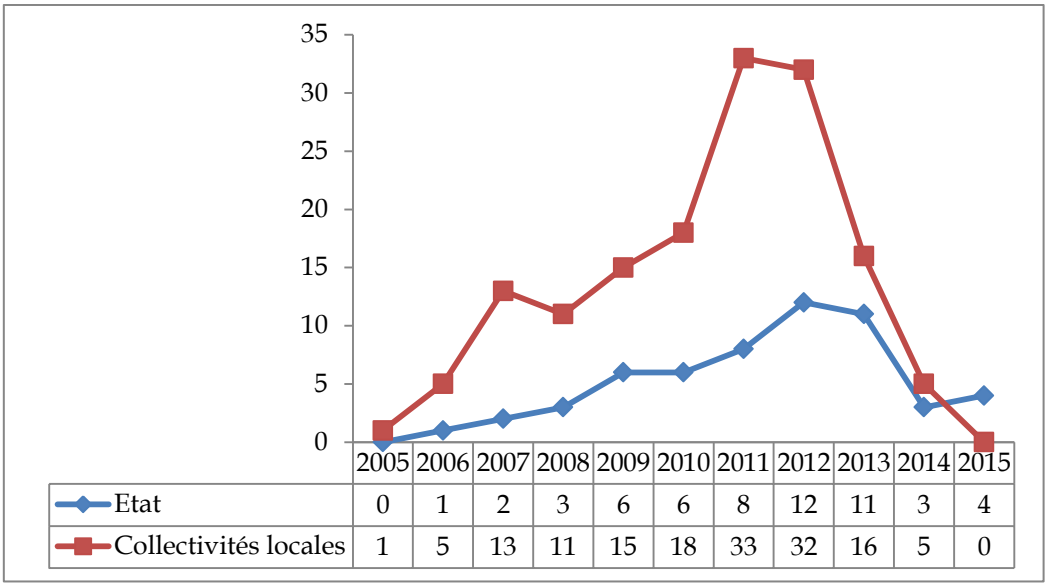
3. La forte diminution depuis 2012 du nombre de contrats de partenariat

Les seuls chiffrages disponibles relatifs aux marchés globaux concernent les contrats de partenariat.

Selon la mission d'appui aux partenariats public-privé (MAPPP), le « *stock* » de contrats de partenariat correspondait à un montant de 13 milliards d'euros fin 2012.

Le nombre de contrats conclus, après avoir culminé en 2011 et en 2012, a fortement diminué en 2013 et en 2014, comme le montre le graphique ci-après.

Nombre d'avis d'attribution de contrats de partenariat publiés



	2005	2006	2007	2008	2009	2010	2011	2012	2013	2014	2015
Etat	0	1	2	3	6	6	8	12	11	3	4
Collectivités locales	1	5	13	11	15	18	33	32	16	5	0

2015 : données disponibles lors de la rédaction du présent rapport.

Source : d'après MAPPP, « Liste des projets CP publiés dans le BOAMP depuis 2004 », *2015*

[1] *Source : audition par la mission d'information de Hubert du Mesnil et Pierre-Emeric Chabanne, respectivement président et délégué général de l'Institut de la gestion déléguée (IGD), 16 juillet 2015. Il s'agit de la part du chiffre d'affaires des 48 membres publics et privés de l'IGD correspondant aux concessions.*

Le fait que cette diminution du nombre de contrats de partenariat concerne non seulement les collectivités locales, mais aussi l'État, suggère qu'il ne s'agit pas d'un simple phénomène de « *cycle électoral* », et que l'engouement pour ce type de contrats est désormais à relativiser, au moins à moyen terme[1].

B. UNE TENTATIVE DE CHIFFRAGE GLOBAL : DES DÉPENSES ANNUELLES DE PRÈS DE 400 MILLIARDS D'EUROS

L'ensemble des dépenses correspondant à la commande publique (achats publics et concessions) est proche de **400 milliards d'euros (soit 20 points de PIB) par an**, comme le montre le tableau ci-après :

- 190 milliards d'euros pour les achats des administrations publiques (on reprend ici le chiffrage résultant des données de l'Insee) ;

- un montant des achats des opérateurs de réseaux, évalué ici, de manière en partie conventionnelle, à 70 milliards d'euros[2] (le chiffrage de l'OEAP, de l'ordre de 20 milliards d'euros et relatif aux seuls marchés, semblant nettement inférieur au total de ces achats) ;

- des concessions d'environ 130 milliards d'euros (selon l'Institut de la gestion déléguée).

---

[1] *Cette baisse résulte vraisemblablement de plusieurs facteurs. Elle est d'une part le reflet de la baisse plus générale de l'investissement public. Dans un contexte de raréfaction de la ressource financière, les acheteurs publics peuvent hésiter à se lancer dans des projets de long terme qui engagent à verser des loyers sur des périodes de dix ou vingt ans. Par ailleurs, les PPP sont victimes des interrogations qui se sont exprimées au cours des dernières années sur leur utilité, leur rigidité et leur coût réel à long terme pour les acheteurs publics. Enfin, la baisse du nombre et du montant des PPP par rapport aux années 2011-2012 paraît extrêmement forte parce que 2011 et 2012 sont deux années exceptionnelles pour les PPP. La baisse est moins marquée si, au lieu de prendre pour point de référence ce pic d'activité, on la mesure par rapport au flux moyen de PPP sur les années précédentes.*

[2] *Selon la Commission européenne, en 2011 les achats des « services publics » ont été de l'ordre de 75 milliards d'euros (source : Commission européenne, « Public procurement indicators 2011 », 5 décembre 2012).*

La commande publique : une tentative (indicative) d'estimation globale pour une « *année-type* »

(en milliards d'euros)

	Achats publics				Concessions	Total
	Code des marchés publics	Ordonnance n° 2005-649 du 6 juin 2005	Hors règles achat public	Total		
Sphère non marchande	165	10	15	190		190
Pouvoirs adjudicateurs (directive « secteurs classiques »)	*160*	*10*	*10*	*180*		
*Défense et sécurité**	*5*		*5*	*10*		
Sphère marchande	10	30	30	70	130	200
Entités adjudicatrices (directive « secteurs spéciaux »)	*10*	*30*	*30*	*70*		
Total	**175**	**40**	**45**	**260**	**130**	**390**

* Hors contrats « civils ».

Source : mission d'information (Cf. annexe)

La sous-déclaration à l'OEAP pourrait ainsi approcher **120 milliards d'euros**, écart qui semble essentiellement porté sur les **administrations publiques locales** et les **opérateurs de réseaux**, comme le montre le tableau ci-après.

Les marchés publics : une tentative (indicative) de décomposition de l'écart par rapport aux estimations de l'OEAP pour une « *année-type* »

(en milliards d'euros)

		Montants TTC
A	**Marchés publics conclus annuellement selon l'OEAP**	**90**
B	Non prise en compte des marchés de faible montant	10
C	Exclusion de certains contrats du champ des directives « *secteurs classiques* » et « *secteurs spéciaux* », en raison de leur objet	40
D	*Dont défense*	*10*
E	Sous-déclaration [K-C-B-A]	120
F	*Dont :*	
G	*Administrations publiques locales*	*50*
H	*Opérateurs des secteurs spéciaux*	*30*
I	*Opérateurs de l'État*	*15*
J	*Administrations de sécurité sociale*	*25*
K	**Achats publics annuels (hors concessions)**	**260**

Source : mission d'information (Cf. annexe)

Ces chiffrages reposent cependant sur des hypothèses en partie conventionnelles, en raison des lacunes du dispositif statistique. La problématique du chiffrage est abordée plus en détail en **annexe** au présent rapport d'information.

III. UNE COMMANDE PUBLIQUE QUI CONTRIBUE TOUJOURS TROP PEU AU DÉVELOPPEMENT DES PME

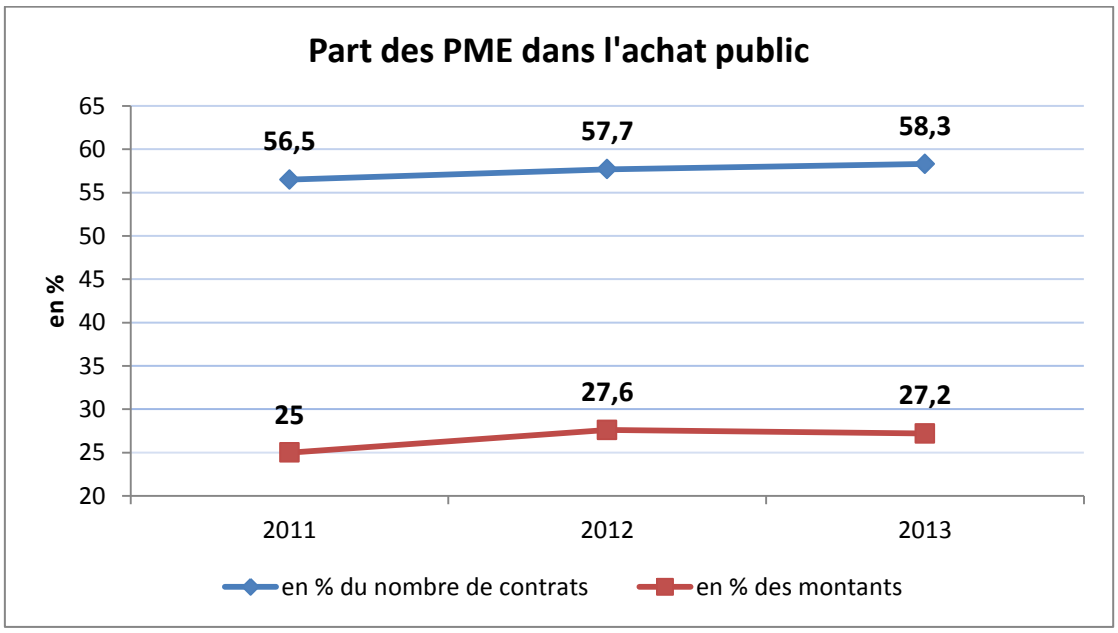
A. LA PLACE DES PME DANS LA COMMANDE PUBLIQUE DEMEURE INSUFFISANTE

1. La donnée de base : les PME remportent environ un quart du montant global des marchés publics

Selon le dernier recensement effectué par l'OEAP, **la part des PME dans les marchés publics (en tant que titulaires) représentait en 2013 58,3 % du nombre total des marchés publics recensés et 27,2 % de leur montant global**.

La notion de PME

La définition communautaire de la PME se trouve dans l'annexe I au règlement CE 800/2008 du 6 août 2008. Il s'agit des « *entreprises qui occupent 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* ». 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.



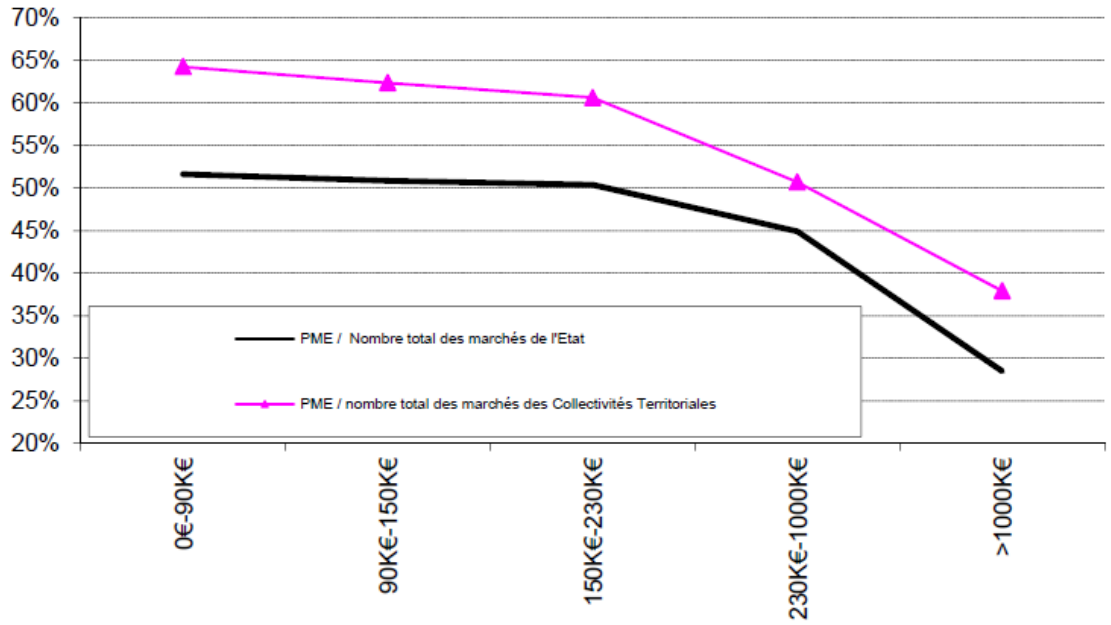
Source : données OEAP, exercices 2011-2013

2. La sous-représentation des PME dans la commande publique ne s'explique pas par des discriminations manifestes

a) Les difficultés des PME pour accéder aux marchés de plus d'un million d'euros

La part des PME dans le nombre de marchés attribués chute fortement à partir d'un million d'euros, comme le montre le graphique ci-après.

Part des PME dans le nombre de marchés par tranches de montant (2011)



Source : observatoire économique de l'emploi public, « Place des PME dans les marchés publics en 2011 et comparaison 2010-2011 », assemblée plénière du 18 décembre 2012

Dans le cas de l'État[1], il résulte des données figurant dans le système « *PLACE* »[2] qu'en 2014, les contrats supérieurs ou égaux à un million d'euros ont représenté 85 % du montant total des marchés de l'État.

Cette part importante des « *gros* » marchés dans le montant total n'est évidemment pas favorable aux PME.

Comme on le verra ci-après, l'exclusion des PME des « gros » marchés n'est pourtant pas une fatalité.

[1] *Les chiffres ne sont pas disponibles dans le cas des collectivités territoriales.*
[2] *« Plate-forme des achats de l'État ». Les fichiers relatifs aux années 2010 à 2014 ont été transmis à la mission d'information.*

b) Les PME représentent plus d'un tiers du chiffre d'affaires des entreprises, mais un quart du montant des marchés publics

Les PME représentant environ 45 % de la valeur ajoutée (c'est-à-dire du PIB), le fait qu'elles ne correspondent qu'à 25 % de la commande publique peut être considéré comme une anomalie.

Il est vrai qu'en toute rigueur, il faudrait comparer leur part dans le montant des marchés publics à leur part dans le **chiffre d'affaires**[1] des **entreprises**, de l'ordre de 35 %. Toutefois l'écart demeure significatif – de l'ordre de 10 points –, et ne peut probablement pas être totalement expliqué par la structure sectorielle de l'achat public.

La part des PME dans le montant total des marchés publics : quelques éléments de comparaison (2011)

	Part des PME (en %)	Source	Écart par rapport à la part des PME dans les marchés publics (en points)
Marchés publics	25,0	Jaune budgétaire annexé au PLFI pour 2015 *« Effort financier de l'État en faveur des petites et moyennes entreprises »*	-
PIB	43,9	Idem	18,9
Chiffre d'affaires des entreprises	35,7	Gouvernement, réponses au questionnaire budgétaire relatif au projet de loi de finances pour 2015	10,7

Source : mission d'information

3. Les marchés publics apparaissent moins ouverts aux PME en France qu'en Allemagne

En France, selon la Commission européenne, en 2009-2011, 31 % du montant des marchés publics a été attribué à des PME, soit légèrement plus que la moyenne communautaire (29 %).

En revanche, les marchés publics en Allemagne apparaissent sensiblement plus ouverts aux PME qu'en France, puisque 49 % des marchés leur reviennent[2].

---

[1] *On rappelle que la valeur ajoutée est égale au chiffre d'affaires moins les consommations intermédiaires (c'est-à-dire les dépenses de fonctionnement hors dépenses de personnel). La somme des valeurs ajoutées brutes est égale au produit intérieur brut (PIB).*

[2] *Ce* « bon score » *des PME allemandes s'explique probablement par des données structurelles : les PME allemandes sont, en moyenne, plus grosses que les PME françaises, ce qui leur permet de remporter des marchés publics d'un montant plus élevé que leurs homologues françaises. Par ailleurs, il est vraisemblable que la structure de l'offre des PME allemandes soit davantage tournée vers le* B to B *(*« business to business », *commerce interentreprises) que celle des PME françaises, ce qui aurait pour conséquence une meilleure adéquation* a priori *entre l'offre des PME et la demande des administrations publiques allemandes.*

Part des PME dans le montant des contrats au-dessus des seuils communautaires (2009-2011)

	Micro	Petites	Moyennes	Total PME	Grandes
Grèce	24	23	32	79	22
Lettonie	17	22	35	74	26
Luxembourg	4	11	41	56	43
Bulgarie	8	26	18	52	48
Hongrie	4	20	27	51	49
Allemagne	10	20	19	49	52
Chypre	6	16	24	46	53
Roumanie	8	12	24	44	56
Belgique	12	11	14	37	63
Slovénie	6	13	18	37	64
Danemark	5	18	13	36	64
République tchèque	5	9	21	35	65
France	**7**	**12**	**12**	**31**	**69**
Lituanie	2	13	16	31	70
Autriche	4	11	15	30	70
Finlande	7	8	15	30	71
UE-27	4	9	15	28	71
Royaume-Uni	1	7	18	26	74
Malte	3	8	16	27	74
Pologne	6	7	13	26	75
Irlande	6	7	12	25	75
Slovaquie	2	11	12	25	75
Estonie	3	6	16	25	76
Espace économique européen	2	6	14	22	78
Pays-Bas	3	7	11	21	78
Espagne	3	4	14	21	79
Italie	2	6	12	20	80
Suède	2	8	9	19	81
Portugal	2	7	10	19	81

Source : SME's access to public procurement markets and agregation of demand in the UE, PWC, février 2014[1]

4. La nécessité d'accroître la part des PME dans les marchés publics

Il ne résulte pas des éléments qui précèdent que la part des PME dans les marchés publics devrait être considérée comme satisfaisante.

En effet, les politiques publiques doivent autant que possible contribuer à leur développement, pour favoriser la croissance, l'emploi et la compétitivité.

Par ailleurs, il est manifeste que la part des PME dans la commande publique peut être accrue par diverses techniques (*Cf. infra*).

[1] *Cette étude s'appuie sur la définition communautaire de la PME.*

B. DES MESURES SIGNIFICATIVES ONT ÉTÉ PRISES EN FAVEUR DES PME

Le **code des marchés publics français, dans sa version de 2006**, instaure un corpus de règles qui, sans constituer une entorse à l'exigence constitutionnelle d'égal accès à la commande publique, ont pour objectif de favoriser l'accès des PME à l'achat public.

1. Le code des marchés publics de 2006 comprend diverses mesures favorables aux PME

a) L'obligation d'allotir

Depuis 2006, le code des marchés publics prévoit, en son article 10, que **le pouvoir adjudicateur passe le marché en lots séparés**, sauf si son objet ne permet pas l'identification de prestations distinctes. À cette fin, l'acheteur choisit librement le nombre de lots, en tenant notamment compte des caractéristiques techniques des prestations demandées et de la structure du secteur économique. Les candidatures et les offres sont examinées lot par lot. L'allotissement permet ainsi à des PME de se porter candidates pour un ou plusieurs lots, alors qu'elles ne pourraient pas toujours le faire pour un marché global.

Même si l'allotissement est théoriquement le fer de lance de la politique d'ouverture des PME à la commande publique, il n'existe aucune donnée statistique sur le recours à cette procédure[1] ni, semble-t-il, aucune évaluation de son impact. En particulier, l'OEAP a déclaré ne pas être en mesure de fournir de série homogène sur longue période de la part des PME dans les marchés publics.

b) Autres dispositions du code des marchés publics favorables aux PME

Le code des marchés publics (CMP) comprend d'autres dispositions favorables aux PME :

- encadrement des exigences des acheteurs au niveau de la sélection des candidatures (articles 45 et 52 du CMP) ;

- possibilité pour plusieurs entreprises de candidater sous la forme d'un groupement (article 51 du CMP) ;

- obligation de motiver les décisions de rejet des offres (articles 80 et 83 du CMP).

[1] *En effet, tel que fonctionne aujourd'hui le recensement de l'OEAP, chaque lot est considéré comme un marché isolé, sans qu'il soit possible de rattacher les différents lots à l'appel d'offre dont ils sont issus. On ne peut donc pas comparer systématiquement les chances d'accès à la commande publique des PME de marchés de taille équivalente selon qu'ils sont ou non divisés en lots.*

2. Un effort significatif pour raccourcir les délais de paiement

Raccourcir les délais de paiement est essentiel pour éviter que les PME ne soient confrontées à des problèmes de trésorerie. Les mesures applicables à l'État et aux collectivités territoriales en matière de délais de paiement commencent à porter leurs fruits. Cet effort doit désormais s'appliquer à l'ensemble des entreprises publiques et le problème des délais de paiement reste entier concernant la chaîne de sous-traitance.

a) Le délai maximal est de 30 jours pour l'État et les collectivités territoriales

Un décret du 29 mars 2013 prévoit que le délai maximal de paiement est de 30 jours pour l'État et ses établissements publics (autres que ceux ayant un caractère industriel et commercial), les collectivités territoriales et les établissements publics locaux.

Les règles relatives aux délais de paiement des administrations publiques

Par un décret du 28 avril 2008, le délai maximum de paiement pour les marchés publics de l'État et ses établissements publics a été **réduit de 45 à 30 jours**. Cette disposition a été étendue aux collectivités territoriales depuis le 1er juillet 2010.

Une seconde étape a été franchie avec la loi n° 2013-100 du 28 janvier 2013 portant diverses dispositions d'adaptation de la législation au droit de l'Union européenne en matière économique et financière (titre IV).

Le dispositif ainsi constitué soumet l'ensemble des contrats de la commande publique à un **régime juridique unique pour le paiement des sommes dues** (y compris avances et intérêts moratoires). Il renforce également les sanctions en cas de retard de paiement, en instaurant une indemnité forfaitaire pour frais de recouvrement d'un montant de 40 euros, en sus des intérêts moratoires.

Le décret n° 2013-269 du 29 mars 2013 a poursuivi la réduction des délais de paiement légaux au sein de la sphère publique en fixant les délais suivants :

- **30 jours** pour l'État et ses établissements publics (autres que ceux ayant un caractère industriel et commercial), les collectivités territoriales et les établissements publics locaux, ainsi que pour les pouvoirs adjudicateurs mentionnés à l'article 3 de l'ordonnance du 6 juin 2005 qui ne sont pas des entreprises publiques ;

- **50 jours** pour les établissements publics de santé ;

- **60 jours** pour les pouvoirs adjudicateurs mentionnés à l'article 3 de l'ordonnance du 6 juin 2005 qui sont des entreprises publiques[1].

b) En 2013, un délai de paiement de 19 jours pour l'État et de 27 jours pour les collectivités territoriales

Dans le cadre du Pacte national pour la compétitivité, la croissance et l'emploi, adopté le 6 novembre 2012, l'État s'est engagé à ramener ses

[1] *Ces délais plus longs se justifient par le fait qu'il s'agit d'entreprises ayant une activité commerciales et soumises à la concurrence d'entreprises privées qui, elles, bénéficient de délais de paiement plus longs.*

délais de paiement effectifs de 30 jours à 20 jours, notamment en généralisant les services facturiers ou encore en accélérant la dématérialisation des paiements.

L'obligation des personnes publiques de dématérialiser leurs paiements à compter de 2017

Dans la perspective de la transposition de la directive 2014/55/UE[1], la récente loi n° 2014-1[2] a autorisé le Gouvernement à prendre des mesures en vue de développer la **facturation électronique** dans les relations de l'État, des collectivités territoriales et de leurs établissements publics avec leurs fournisseurs.

L'État, sauf impératif de défense ou de sécurité nationale, les collectivités territoriales et les établissements publics, ainsi que les titulaires et les sous-traitants admis au paiement direct de leurs contrats, sont tenus d'utiliser la facture électronique à partir :

- du 1er janvier 2017 pour les grandes entreprises et les personnes publiques ;

- du 1er janvier 2018 pour les entreprises de taille intermédiaire ;

- du 1er janvier 2019 pour les petites et moyennes entreprises ;

- du 1er janvier 2020 pour les micro-entreprises.

L'ordonnance correspondante a été publiée le 27 juin 2014. Elle prévoit la mise à disposition d'un « ***portail de facturation*** » permettant le dépôt, la réception et la transmission des factures sous forme électronique.

Ces efforts ont déjà commencé à porter leurs fruits. Le **délai global de paiement de l'État** a en effet poursuivi son mouvement à la baisse en 2013 pour atteindre **19 jours**. Sur deux ans, entre 2011 et 2013, le délai global de paiement de l'État aura ainsi diminué de 46%, ce qui est tout à fait considérable.

Pour les **collectivités territoriales**, le délai de paiement global s'établit à **27 jours**. Il reste donc inférieur au seuil légal de 30 jours et n'a cessé de diminuer.

C. LES MODALITÉS DE LA COMMANDE PUBLIQUE FONT QU'ELLE CONTRIBUE TOUJOURS TROP PEU AU DÉVELOPPEMENT DES PME

Outre le problème de la part des PME dans **la commande publique**, il faut souligner que celle-ci **contribue encore insuffisamment, par ses modalités, au développement des PME** :

- les contraintes de trésorerie des PME ne sont pas assez prises en compte ;

---

[1] *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.*

[2] *Loi habilitant le Gouvernement à prendre par ordonnances diverses mesures de simplification et de sécurisation de la vie des entreprises.*

- l'acheteur continue trop souvent à se focaliser sur le prix, suscitant un écrasement des marges préjudiciable aux PME ;

- la part des PME innovantes dans les achats publics est quasi nulle.

La troisième partie du présent rapport fait plusieurs propositions tendant à remédier à cette situation.

DEUXIÈME PARTIE
LA TRANSPOSITION EN COURS DES TROIS DIRECTIVES DU 26 FÉVRIER 2014 : DES OPPORTUNITÉS À SAISIR

I. LE CONTENU DES DIRECTIVES : UN IMPACT VARIABLE SUR LE DROIT INTERNE

Le « ***paquet commande publique*** », qu'il convient de transposer avant le 18 avril 2016, comprend **trois directives** en date du 26 février 2014 :

a) la **directive** « ***marchés publics*** » 2014/24/UE, qui concerne principalement les achats des pouvoirs adjudicateurs ;

b) la **directive** « ***secteurs spéciaux*** » 2014/25/UE, qui porte sur les marchés des entités adjudicatrices (secteurs de l'eau, de l'énergie, des transports et des services postaux) ;

c) la **directive** « ***concessions*** » 2014/23/UE, dont l'objet est de réglementer les concessions de travaux et de services.

Ces directives auront un **impact variable** en droit interne. Dans les deux premiers cas (a et b), il s'agit d'actualiser et d'améliorer deux directives de 2004[1]. La directive « *concessions* » (c) sera plus difficile à transposer étant donné qu'il s'agit du premier texte communautaire en cette matière.

Chacune de ces trois directives ne s'appliquera qu'aux achats dont le montant est supérieur à un seuil qu'elles définissent. Les autres commandes continueront d'être régies par des règles nationales[2].

---

[1] *Soit la directive 2004/18/CE relative à la coordination des procédures de passation des marchés publics de travaux, de fournitures et de services et la directive 2004/17/CE portant coordination des procédures de passation des marchés dans les secteurs de l'eau, de l'énergie, des transports et des services postaux.*

[2] *À ce jour, les appels d'offres sont par exemple régis par le droit communautaire alors que les marchés à procédure adaptée, d'un montant inférieur, répondent aux règles nationales.*

Les seuils d'application des trois directives

(en euros HT)

	Travaux	**Fournitures et services (État)**	**Fournitures et services (collectivités)**	**Services sociaux**
Directive « *marchés publics* » 2014/24/UE *(art. 4)*	5 186 000	134 000	207 000	750 000
Directive « *secteurs spéciaux* » 2014/25/UE *(art. 15)*	5 186 000	414 000	414 000	1 000 000
Directive « *concessions* » 2014/23/UE *(art. 8)*	5 186 000			

Source : mission d'information

A. LES DEUX DIRECTIVES « MARCHÉS » *: SIMPLIFIER LES PROCÉDURES ET FACILITER LA NÉGOCIATION POUR METTRE LES MARCHÉS PUBLICS AU SERVICE DE L'ÉCONOMIE*

Par rapport aux directives de 2004, le « *paquet commande publique* » de février 2014 comprend **trois nouveaux objectifs** qui ne peuvent qu'être salués : une **utilisation stratégique des marchés publics**, un recours plus fréquent à la **négociation** et une **simplification** des procédures.

1. Les marchés publics mis au service de l'économie

Alors que le droit européen de la commande publique s'est construit à partir d'un objectif de mise en concurrence et d'égal traitement des entreprises, les directives « *marchés publics* » 2014/24/UE et « *secteurs spéciaux* » 2014/25/UE consacrent de **nouvelles ambitions**.

Elles affirment en effet que les marchés publics « *jouent un rôle essentiel dans la stratégie Europe 2020*[1] » et qu'ils constituent « *l'un des instruments (…) pour parvenir à une croissance intelligente, durable et exclusive* »[2].

Le droit communautaire assume désormais l'apport économique des marchés publics en cherchant à favoriser l'innovation et le développement des petites et moyennes entreprises.

---

[1] *Pour mémoire, cette stratégie a été adoptée par la Commission européenne en mars 2010 afin d'établir les priorités économiques de l'Union d'ici 2020.*

[2] *Considérant 2 de la directive* « marchés publics » *2014/24/UE.*

La directive 2014/24/UE crée ainsi les **partenariats d'innovation** (art. 31) qui regroupent au sein d'une même procédure les phases de recherche, de développement et d'achat d'un produit innovant[1].

S'agissant des **PME**, ces deux directives posent le principe que « *la passation des marchés publics doit être adaptée aux besoins des PME* » étant donné leur « ***potentiel de création d'emplois, de croissance et d'innovation*** ». Les directives comprennent ainsi des mesures concrètes envers ces entreprises mais encouragent également les « ***initiatives nationales*** »[2].

Les mesures concrètes des directives « *marchés publics* » et « *secteurs spéciaux* » en faveur des PME

Ces deux directives posent tout d'abord le **principe de l'allotissement** et laissent aux États membres la faculté de le rendre obligatoire, ce qui constitue une **nouveauté pour les marchés des entités adjudicatrices** (auxquelles le Gouvernement a décidé d'étendre l'obligation d'allotir).

Au stade de la **candidature**, la directive « *marché publics* » 2014/24/UE dispose que le **montant de chiffre d'affaires exigé par l'acheteur ne peut être supérieur au double de la valeur estimée du marché** (art. 58)[3].

En outre, les acheteurs publics pourront désormais analyser les offres avant les candidatures (art. 56). Si l'offre d'une PME est crédible, elle risquera donc moins d'être éliminée au stade de la candidature.

Les deux directives comprennent également des mesures de **simplification** (*Cf. infra*) susceptibles de favoriser les candidatures des PME en allégeant les procédures.

Enfin, l'accès des PME aux marchés publics devra être l'un des éléments du « ***rapport de contrôle*** » que chaque État membre doit transmettre à la Commission avant le 18 avril 2017 pour évaluer la mise en œuvre des directives (art. 83).

Outre des ambitions économiques, les directives « *marchés publics* » et « *secteurs spéciaux* » consacrent des **objectifs environnementaux et sociaux** avec, par exemple :

- la reconnaissance du cycle de vie du produit[4] comme un possible critère d'attribution des offres (art. 83 de la directive « *secteurs spéciaux* » 2014/25/UE) ;

[1] Cf. *la troisième partie du présent rapport.*
[2] *Considérants 87 et 130 de la directive* « secteurs spéciaux » *2014/25/UE.*
[3] *La France a transposé cette disposition par anticipation (décret n° 2014-1097 du 26 septembre 2014 portant mesures de simplification applicables aux marchés publics).*
[4] *Le cycle de vie du produit correspond aux étapes successives qui ont permis la création et l'exploitation de l'ouvrage ou du service faisant l'objet de l'achat public (recherche, production, commercialisation, transport, maintenance,* etc.*).*

- la possibilité de réserver des marchés à des ateliers comprenant 30 % de travailleurs handicapés ou défavorisés, contre 50 % dans les précédentes directives (art. 38).

2. Un recours plus large à la négociation

Les directives *« marchés publics »* et *« secteurs spéciaux »* accordent une **plus grande confiance aux acheteurs publics** en affirmant qu'il est *« absolument indispensable que les pouvoirs adjudicateurs disposent de plus de souplesse »*[1].

La directive *« marchés publics »* créé ainsi la « ***procédure concurrentielle avec négociation*** » (art. 29) qui permettra aux pouvoirs adjudicateurs de négocier au-dessus des seuils communautaires (soit en appel d'offres) pour des achats non standards[2] alors, qu'auparavant, seules des demandes de précision sur l'offre des candidats étaient admises.

En outre, les pouvoirs adjudicateurs se voient explicitement reconnaître le droit de mener des **« *consultations préalables du marché* »** (ou **« *sourçage* »,** art. 40 de la directive *« marchés publics »* 2014/24/UE). Les acheteurs publics pourront ainsi **préparer la publication de leurs marchés en consultant les entreprises** compétentes avant la mise en concurrence, ce qui leur permettra de mieux définir leur besoin.

En contrepartie, les États membres ont l'obligation de prendre les mesures appropriées pour *« prévenir, détecter et corriger de manière efficace les **conflits d'intérêt*** » (art. 24 de la directive précitée).

3. Une simplification des procédures

Objectif commun des directives *« marchés publics »* et *« secteurs spéciaux »*, cette simplification passe notamment par l'adoption à l'échelle communautaire d'un **« *document unique de marché européen* »** (DUME) qui permettra de centraliser en un seul document les informations des nombreuses attestations et déclarations sur l'honneur requises au stade de la candidature des entreprises[3].

Autre mesure de simplification, la **dématérialisation des procédures** de mise en concurrence sera obligatoire au 18 octobre 2018 pour les pouvoirs adjudicateurs (art. 22 et 90 de la directive *« marchés publics »* 2014/24/UE). Cette évolution complète l'obligation d'accepter et de traiter les factures électroniques à compter du 1er janvier 2017 (*Cf.* supra).

---

[1] *Considérant 42 de la directive* « marchés publics » *2014/24/UE.*

[2] *Soit les besoins du pouvoir adjudicateur qui ne peuvent être satisfaits sans adapter des solutions immédiatement disponibles dans la sphère marchande.*

[3] Cf. *la troisième partie du présent rapport.*

Enfin, les directives « *marchés publics* » et « *secteurs spéciaux* » **codifient des jurisprudences de la Cour de justice de l'Union européenne** afin de les expliciter et de faciliter leur mise en œuvre. Tel est par exemple le cas de la « ***coopération public-public*** », des **contrats « *in house* »** (*Cf. infra*) et du montant des **avenants**. Dans ce dernier exemple, les directives fixent à 10 % pour les marchés de fourniture ou de services et à 15 % pour les travaux le montant maximum des avenants qu'il est possible de signer[1].

La coopération public-public et les contrats de quasi-régie (« *in house* »)

Il s'agit ici d'une reprise de la jurisprudence communautaire[2] **dispensant de mise en concurrence** :

- les prestations fournies par une personne publique à une autre personne publique (« ***coopération public-public*** ») ;

- les prestations que les acheteurs publics confient à des entreprises liées[3] (contrats de quasi-régie ou « ***in house*** »). C'est dans ce cadre que les **sociétés publiques locales** (SPL) se sont développées, à la différence des sociétés d'économie mixte (SEM) pour qui la mise en concurrence est obligatoire[4].

Ces deux dispositifs sont **encadrés** par les directives afin qu'ils n'entrent pas en concurrence avec l'activité du secteur privé :

- la « *coopération public-public* » doit porter sur un service public et représenter moins de 20 % des activités du secteur économique correspondant ;

- pour le « *in house* », l'entreprise liée doit réaliser plus de 80 % de son activité dans l'exécution des tâches qui lui sont confiées par l'acheteur public.

B. LA DIRECTIVE « CONCESSIONS » : UNE LÉGISLATION COMMUNAUTAIRE NOUVELLE À CONCILIER AVEC LE DROIT INTERNE

La directive 2014/23/UE « *concessions* » représente une opportunité pour la France car elle ouvre la voie à une **uniformisation des règles à l'échelle européenne** et donc à une plus forte présence à l'international des entreprises françaises.

---

[1] *Auparavant, la jurisprudence interdisait toute* « modification substantielle du contrat » *par avenant, sans préciser à partir de quel seuil ces évolutions contractuelles étaient considérées comme* « substantielles » *(CJUE, 19 juin 2008,* Pressetext Nachrichtenagentur, *C-454/06).*

[2] Cf. *les deux arrêts suivants : CJUE, 18 novembre 1999,* Teckal Srl, *C-107/98 et CJUE, 9 juin 2009,* Commission c/ Allemagne, *C-480/06.*

[3] *Une entreprise liée est une structure publique sur laquelle le pouvoir adjudicateur exerce un contrôle analogue à celui qu'il détient sur ses propres services. Tel est par exemple le cas d'une société publique locale créée par une commune pour gérer la distribution de son eau potable.*

[4] *Cette différence entre les SPL et les SEM s'explique par la présence d'actionnaires privés dans le capital des SEM.*

Si la directive reprend de nombreuses notions françaises, elle fixe également un cadre juridique nouveau pour les concessions.

1. La reprise de notions françaises par la directive

La directive reprend tout d'abord des notions d'origine française, en maintenant par exemple la **distinction entre les concessions de travaux et les concessions de services** (publics ou non publics).

La directive 2014/23/UE part, comme le droit français, de la notion de « ***risque*** » assumé par le concessionnaire pour définir les concessions et les distinguer des marchés publics[1] (art. 5).

En outre, la directive reprend le principe de **limitation de la durée des concessions**. Pour celles supérieures à cinq ans, la durée du contrat ne doit pas excéder le délai « *raisonnablement escompté par le concessionnaire pour qu'il recouvre les investissements réalisés* » (art. 18).

Enfin, la directive 2014/23/UE intègre les spécificités procédurales des concessions qui, historiquement, sont beaucoup moins formalisées que les procédures de marché public. Elle **reconnaît** par exemple à l'autorité concédante **un libre choix dans l'organisation de la mise en concurrence** (art. 30) ainsi que la faculté d'**organiser librement les négociations** (art. 37).

2. De nouvelles règles pour les concessions

Le **droit français** des concessions était basé sur le principe de l'***intuitu personae***, ce qui se traduisait par un encadrement juridique très souple (*Cf.* supra). La directive 2014/23/UE comporte de **nouvelles règles procédurales** afin d'assurer une égalité de traitement entre tous les candidats. Elle prévoit notamment :

- la mise en œuvre d'une **traçabilité** de la mise en concurrence et des **négociations** (art. 29 et 37) ;

- la **hiérarchisation des critères d'attribution** (art. 41) ;

- l'imposition de **délais minimaux** pour la conduite de la procédure comme, par exemple, un délai de trente jours entre la date d'envoi de l'avis de concession et la réception des candidatures (art. 39) ;

- l'obligation de publier des avis au Journal officiel de l'Union européenne (JOUE) pour les concessions entrant dans le périmètre de la directive (art. 33) alors, qu'auparavant, une publication au niveau national suffisait pour les DSP.

---

[1] *Pour mémoire, le prestataire d'un marché public est rémunéré selon des modalités ne prenant pas en compte la notion de risque.*

L'article 43 de la directive procède également à une clarification des possibilités d'avenant alors que le droit français paraissait peu lisible sur ce point[1]. Un avenant serait notamment possible si sa valeur est inférieure à 10 % du montant global de la concession.

3. L'articulation avec le droit interne

La **directive 2014/23/UE et les normes françaises** en vigueur – comme la loi « *Sapin* » – **ne présentent pas le même périmètre**.

Régime applicable aux concessions

Type de concessions	Régime applicable	
	Droit communautaire	**Droit français (avant l'ordonnance « *concessions* »)**
Concessions de services ou de travaux dont le montant est égal ou supérieur à 5 186 000 € HT	Directive 2014/23/UE	Pour les concessions de services : Loi Sapin pour l'État et articles L. 1411-1 à L. 1411-19 du CGCT pour les collectivités territoriales Pour les concessions de travaux : ordonnance n° 2009-864 pour l'État et articles L. 1415-1 à L. 1415-9 du CGCT pour les collectivités territoriales
Concessions (délégations) de service public dont le montant est inférieur à 5 186 000 € HT	Principes généraux de la commande publique à l'échelle communautaire[2]	
Concessions de services exclues de la directive 2014/23/UE *(exemple : l'eau potable)*		
Concessions de services « *non publics* » dont le montant est inférieur à 5 186 000 € HT		Aucune règlementation
Concessions de travaux dont le montant est inférieur à 5 186 000 € HT		Ordonnance n° 2009-864 pour l'État et articles L. 1415-1 à L. 1415-9 du CGCT pour les collectivités territoriales

Source : mission d'information

Le projet d'ordonnance « *concessions* » propose de **fusionner les dispositions applicables en droit interne en un seul texte** (*Cf. infra*). Les

[1] *Conseil d'État, avis de la section des finances du 8 juin 2000, n° 364.803 : il est possible de conclure un avenant concernant une DSP mais celle-ci ne doit pas être modifiée de manière* « substantielle », *terme qui n'avait jamais été défini avec précision.*
[2] *CJUE, 7 décembre 2000,* Telaustria et Telefonadress, *C-324/98.*

dispositions de la loi « *Sapin* »[1] relatives aux DSP seraient ainsi abrogées au profit d'une ordonnance regroupant l'ensemble des règles applicables aux concessions.

Ce système **pourrait maintenir les actuelles distorsions de concurrence**. Ainsi, une entreprise communale allemande *(Stadtwerk)* ne sera toujours pas mise en concurrence pour les concessions d'**eau potable** dans son propre pays – ce secteur ayant été exclu du champ de la directive 2014/23/UE –, alors que ce même type de prestations fera l'objet, en France, d'une délégation de service public. Le constat est identique pour les services publics de transport de voyageurs.

II. LA TRANSPOSITION DES DIRECTIVES EN DROIT INTERNE

Le processus de **transposition** du « *paquet commande publique* » est **en cours** à la date de publication du présent rapport :

- **l'ordonnance n° 2015-899 du 23 juillet 2015** relative aux **marchés publics** transpose les directives « *marchés publics* » 2014/24/UE et « *secteurs spéciaux* » 2014/25/UE. Elle fait suite à une large consultation engagée par le Gouvernement entre décembre 2014 et janvier 2015 et doit donner lieu à la publication d'un décret d'application ;

- l'exécutif a soumis à consultation publique le 22 juillet 2015 des **projets d'ordonnance et de décret** concernant la transposition de la **directive « *concessions* » 2014/23/UE**, l'objectif étant de publier ces textes avant fin 2015.

La mise en application de ces ordonnances est différée à une date à préciser par voie règlementaire mais qui, en tout état de cause, ne dépassera pas le délai limite de transposition fixé au 18 avril 2016.

La mission d'information a souhaité **jouer un rôle dans cette transposition.** Pour ce faire, elle a **adressé au ministre de l'Économie, de l'Industrie et du Numérique une lettre d'intention** en date du 15 juin 2015 exprimant sa position sur la transposition des directives « *marchés publics* » 2014/24/UE et « *secteurs spéciaux* » 2014/25/UE. La mission d'information se réjouit que certaines de ses propositions aient été retenues (*Cf. infra*).

[1] *Loi n° 93-122 du 29 janvier 1993 relative à la prévention de la corruption et à la transparence de la vie économique et des procédures publiques.*

La transposition des directives : rappel des principaux éléments calendaires

1. Cadre européen

- Directives « marchés », « secteurs spéciaux » et « concessions » : 26 février 2014
- Délai limite de transposition : 18 avril 2016
- Transmission d'un rapport d'évaluation à la commission européenne : 18 avril 2017 au plus tard
- Dématérialisation des procédures régies par le droit communautaire : 18 avril 2018 au plus tard

2. Cadre français

2.1. Transposition des directives « marchés » et « secteurs spéciaux »

- Habilitation : article 42 de la loi 2014-1545 du 20 décembre 2014 relative à la simplification de la vie des entreprises (délai d'habilitation de neuf mois)
- Consultation : début en décembre 2014 ; participation de la commission des lois du Sénat : 11 février 2015 ; participation de la présente MCI : 15 juin 2015
- Ordonnance n° 2015-899 du 23 juillet 2015 relative aux marchés publics : dépôt d'un projet de loi de ratification dans un délai de cinq mois, soit d'ici le 23 décembre 2015
- Décret d'application : en cours d'élaboration (consultation prévue à l'automne 2015)
- L'ordonnance prévoit qu'elle entre en vigueur à une date fixée par voie réglementaire et au plus tard le 1er avril 2016

2.2. Transposition de la directive « concessions »

- Habilitation : article 209 de la loi n° 2015-990 du 6 août 2015 pour la croissance, l'activité et l'égalité des chances économiques (délai d'habilitation de neuf mois, avec un dépôt du projet de loi de ratification dans les 5 mois, soit si l'ordonnance est promulguée fin 2015 d'ici la fin mai 2016)
- Consultation : juillet – 30 septembre 2015
- Publication de l'ordonnance et du décret d'application : prévue pour fin 2015

Remarque : la ratification peut également être réalisée par amendement à un projet de loi connexe.

A. SUR LE PLAN PROCEDURAL, UN RENFORCEMENT DU PARLEMENT A CONFORTER

1. Le recours aux ordonnances, un rôle limité pour le Parlement

Le Gouvernement a souhaité transposer le « *paquet commande publique* » par le biais du dispositif des **ordonnances** prévu à l'article 38 de la

Constitution. Il justifie ce choix par les « *délais très contraints* » de cette transposition et par la technicité des directives[1].

Les habilitations correspondantes ont été accordées par l'article 42 de la loi 2014-1545 du 20 décembre 2014 relative à la simplification de la vie des entreprises[2] et par l'article 209 de la loi n° 2015-990 du 6 août 2015 pour la croissance, l'activité et l'égalité des chances économiques[3].

L'importance de la commande publique dans l'activité économique et la vie administrative de notre pays **aurait pourtant justifié le recours à des projets de loi**, méthode suivie par plusieurs États européens comme l'Allemagne, la Belgique ou l'Espagne.

La transposition des directives « marchés » en Allemagne : calendrier prévisionnel

- 7 janvier 2015	décision du cabinet : cadre de la réforme ;
- 8 juillet 2015	adoption par le cabinet du projet de réforme du GWB (*Wettbewerbsbeschränkungen* – loi sur les restrictions de concurrence) ;
- 25 sept. 2015	1ère lecture au Bundesrat (qui doit donner son accord)
- automne 2015	1ère lecture Bundestag ;
- hiver 2015	2ème / 3ème lecture Bundestag ;
- printemps 2016	2ème lecture Bundesrat ;
- 18 avril 2016	entrée en vigueur.

Source : informations obtenues par la mission lors du déplacement de quatre de ses membres à Berlin

Des projets de loi auraient été d'autant plus pertinents que le Gouvernement ne s'est pas borné à transposer ces directives mais a plus largement souhaité unifier et simplifier les règles de la commande publique. La commission des lois du Sénat avait d'ailleurs estimé que « *la définition d'un cadre juridique unifié pour ces contrats nécessitait un examen parlementaire* »[4].

Le Sénat s'est toutefois impliqué directement dans cette réforme de la commande publique en transmettant son avis au Gouvernement sur le projet d'ordonnance transposant les directives « *marchés publics* » et « *secteurs*

[1] *Source : réponse écrite de la direction des affaires juridiques des ministères économiques et financiers au questionnaire de la mission d'information.*
[2] *Pour les directives* « marchés publics » *2014/24/UE et* « secteurs spéciaux » *2014/25/UE.*
[3] *Pour la directive* « concessions » *2014/23/UE.*
[4] *Rapport n°59 (2014-2015) de M. André Reichardt sur le projet de loi relatif à la simplification de la vie des entreprises, p. 77 (http://www.senat.fr/rap/l14-059/l14-0591.pdf).*

spéciaux ». Outre la communication d'André Reichardt présentée devant la commission des lois le 11 février 2015[1], la mission d'information a formulé ses observations au ministre de l'Économie, de l'Industrie et du Numérique le 15 juin dernier (*Cf.* annexe). Celles-ci ont été en partie suivies.

La mission d'information se réjouit de l'insertion dans l'ordonnance n° 2015-899 du 23 juillet 2015 relative aux marchés publics de plusieurs de ses propositions et notamment :

- d'éléments de niveau législatif qui ne figuraient pas dans les premiers projets de texte comme la mention à l'article 42 de l'ensemble des procédures de mise en concurrence existant (appels d'offres, procédures négociées, *etc.*) ;

- de la prise en compte de ses considérations faisant de la commande publique un outil au service de l'économie, l'ordonnance mettant en avant « *les considérations relatives à l'économie, à l'innovation, à l'environnement, au domaine social ou à l'emploi* » (art. 38).

La mission d'information constate également que le Gouvernement a suivi sa suggestion de réintroduire la notion de seuils en dessous desquels il ne sera pas possible d'avoir recours aux marchés de partenariat (art. 75).

Pour approfondir ce travail législatif, il serait souhaitable que la **ratification** des ordonnances relatives à la commande publique fasse l'objet de **projets de loi spécifiques** et non d'amendements de ratification votés à l'occasion de textes législatifs connexes.

Le **Sénat a également vocation à jouer un rôle dans l'évolution de la culture de l'achat public**, que votre rapporteur appelle de ses vœux : outre son travail législatif sur la règlementation de la commande publique, il est proposé qu'un **débat d'initiative sénatoriale**[2] consacré au rôle économique de la commande publique soit organisé en 2016.

Proposition n° 1 : laisser toute sa place au débat parlementaire en :

- débattant des projets de ratification des ordonnances ;

- ne considérant pas l'ordonnance comme la voie de « *droit commun* » pour légiférer sur la commande publique ;

- organisant en 2016 un débat d'initiative sénatoriale consacré au rôle économique de la commande publique.

[1] *Communication disponible au lien suivant : http://www.senat.fr/compte-rendu-commissions/20150209/lois.html.*

[2] *Sur la base de l'article 73* undecies *du règlement du Sénat, qui prévoit qu'un tel débat est inscrit à l'ordre du jour* « à la demande d'un groupe politique, d'une commission, de la commission des affaires européennes ou d'une délégation ».

2. Une avancée essentielle : l'insertion des principes fondamentaux de la commande publique dans le domaine législatif

Avant la transposition des directives du 26 février 2014, les sources du droit de la commande publique étaient hétérogènes : si les concessions et les partenariats publics-privés étaient régis par des normes de niveau législatif, le code des marchés publics relevait du domaine règlementaire[1].

Bien que les marchés publics affectent la libre administration des collectivités territoriales et doivent, en principe, relever de la loi (art. 34 de la Constitution), le Gouvernement s'appuyait sur une habilitation ancienne, voire archaïque : le décret-loi du 12 novembre 1938[2]. Cette interprétation apparaissait fragile malgré sa validation par le Conseil d'État[3].

Le recours aux ordonnances pour la transposition du « *paquet commande publique* » semble plus respectueux des prérogatives du Parlement car il permet de **fixer des principes fondamentaux au rang législatif**. Leur modification nécessitera donc l'intervention du Parlement, ce qui n'était pas le cas de l'actuel code des marchés publics.

B. SUR LA FORME, UNE VOLONTÉ SALUTAIRE DE SIMPLIFICATION DU DROIT DE LA COMMANDE PUBLIQUE

En l'état actuel du droit, les sources juridiques de la commande publique sont très dispersées, ce qui nuit à leur lisibilité. Les dispositions relatives aux seuls marchés publics et partenariats public-privé sont ainsi réparties dans 17 vecteurs juridiques (3 codes, 10 lois ou ordonnances et 4 décrets en Conseil d'État)[4].

L'ambition du Gouvernement est de **regrouper ces normes dans un nombre limité de textes** : deux ordonnances et deux à trois décrets comme le montrent les schémas suivants.

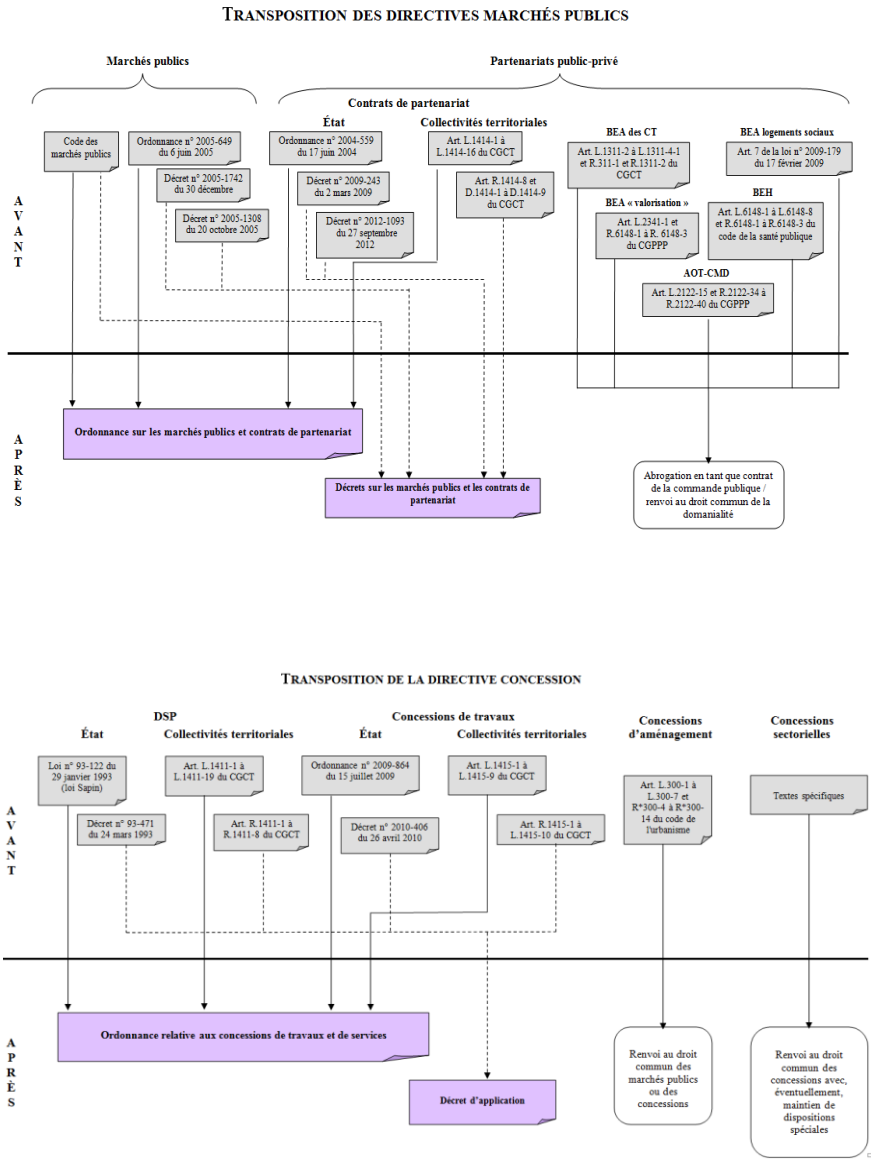
---

[1] *L'actuel code des marchés publics est ainsi issu du décret n° 2006-975 du 1er août 2006.*

[2] *Décret-loi portant extension de la réglementation en vigueur pour les marchés de l'État aux marchés des collectivités locales et des établissements publics.*

[3] Cf. *notamment l'arrêt* EGF-BTP *du 9 juillet 2007, n° 297711.*

[4] *Source : projet d'étude d'impact sur l'ordonnance relative aux marchés publics (décembre 2014) disponible à l'adresse suivante : http://www.economie.gouv.fr.*



Source : Gouvernement

Cette initiative d'unification des textes constitue une **simplification** qui facilitera la compréhension du droit de la commande publique, notamment pour les PME. Le nombre d'articles normatifs traitant des marchés publics serait ainsi réduit de 40 %.

Un exemple de simplification : les clauses d'exclusion des concessions

Il existe aujourd'hui plusieurs clauses **interdisant certaines entreprises de soumissionner** aux contrats de concession mais ces **clauses** sont très **hétérogènes** et donc peu lisibles. Il convient en effet de distinguer :

- les **exclusions de la loi « *Sapin* »** pour les délégations de service public (DSP) de l'État qui renvoient en réalité à l'ordonnance n° 2005-649 du 6 juin 2005 portant sur les marchés des entités adjudicatrices (irrégularités fiscales et sociales, condamnations inscrites au bulletin n° 2 du casier judiciaire, *etc*). Ces exclusions s'appliquent également aux **concessions de travaux**[1] ;

- **celles des DSP des collectivités territoriales** définies par l'article 39 de la loi n° 54-404 du 10 avril 1954 qui comprennent seulement les irrégularités fiscales et sociales.

Enfin, il n'existe aucune clause d'exclusion pour les concessions de services « *non publics* », ces dernières n'étant régies par aucun texte.

Le **projet d'ordonnance « *concessions* »** présenté le 22 juillet dernier par le Gouvernement se propose d'**uniformiser les exclusions de l'ensemble de ces concessions** afin de simplifier leur régime juridique (art. 29 et 32). Il existerait ainsi cinq exclusions « *obligatoires et générales* » – comme les condamnations pénales – et quatre exclusions « *facultatives* » – comme l'existence d'un conflit d'intérêts. Ces clauses d'exclusion seraient également très proches de celles relatives aux marchés publics[2], ce qui est de nature à accroître leur lisibilité.

En **2016**, le Gouvernement souhaite également regrouper l'ensemble des nouveaux décrets et ordonnances relatifs aux marchés et concessions au sein d'un **code de la commande publique** afin de parachever ce mouvement d'unification des textes.

C. LA TRANSPOSITION DES DIRECTIVES « MARCHÉS PUBLICS » ET « SECTEURS SPÉCIAUX »

1. Les apports de la transposition

Au cours de ses travaux, la mission d'information n'a **pas constaté de « *sur-transposition* » manifeste concernant l'ordonnance n° 2015-899 du 23 juillet 2015** mettant en œuvre les directives « *marchés publics* » 2014/24/UE et « *secteurs spéciaux* » 2014/25/UE, même si des ajustements techniques pourraient s'avérer utiles lors de sa ratification.

a) La consécration des objectifs économiques des marchés publics

L'ordonnance du 23 juillet 2015 reprend tout d'abord l'esprit des directives **en consacrant les objectifs économiques des marchés publics**, que ce soit dans la définition du besoin (art. 30 de l'ordonnance) ou l'exécution du contrat (art. 38).

---

[1] *En vertu de l'article 9 de l'ordonnance n° 2009-864 du 15 juillet 2009 relative aux contrats de concession de travaux publics.*

[2] Cf. *les articles 45 et 48 l'ordonnance n° 2015-899 du 23 juillet 2015 relative aux marchés publics.*

Apparaissent ainsi les notions « *d'objectifs de développement durable dans leurs dimensions économique, sociale et environnementale* » ou de « *considérations relatives à l'économie, à l'innovation, à l'environnement, au domaine social ou à l'emploi* ».

À la différence de l'actuel article 53 du code des marchés publics[1], l'article 52 de l'ordonnance n'énumère pas les critères d'attribution que l'acheteur peut fixer. Ce silence doit être interprété comme une plus grande liberté pour les acheteurs : ils peuvent choisir tout critère d'attribution tant que celui-ci présente un lien avec le marché.

b) De nouveaux outils pour les acheteurs publics

L'ordonnance précitée confie de **nouveaux outils aux acheteurs** qui permettront d'accroître leurs marges de manœuvre, notamment vis-à-vis des PME :

- le recours à la négociation même au-delà des seuils européens est consacré grâce à la nouvelle « *procédure concurrentielle avec négociation* » (art. 42 de l'ordonnance) ;

- le cadre juridique de la « *quasi-régie* » (art. 17) et de la « *coopération public-public* » (art. 18) est précisé et sécurisé ;

- l'acheteur public est en droit d'interdire à une entreprise de soumissionner à ses marchés si elle a été sanctionnée à cause d'un « *manquement grave ou persistant* » lors de l'exécution d'un précédent contrat (art. 48)[2] ;

- l'acheteur peut enfin prévoir des mesures restrictives limitant la candidature d'entreprises relevant d'États n'ayant pas signé l'accord sur les marchés publics de l'Organisation mondiale du commerce (OMC).

c) La rationalisation et la sécurisation des marchés globaux

Enfin, l'ordonnance n° 2015-899 du 23 juillet 2015 **rationalise et sécurise les marchés globaux**, et notamment les partenariats public-privé, désormais dénommés « *marchés de partenariat* ».

La mission a constaté avec satisfaction que le Gouvernement a suivi plusieurs préconisations du rapport d'information de nos collègues Hugues Portelli et Jean-Pierre Sueur intitulé « *les contrats de partenariats : des bombes à retardement ?* »[3]. Les préconisations suivies concernent notamment la réservation d'une partie de l'exécution du contrat aux PME

---

[1] *L'actuel code des marchés publics mentionne notamment comme possibles critères d'attribution :* « la qualité, le prix, la valeur technique, le caractère esthétique et fonctionnel, les performances en matière de protection de l'environnement », *etc.*

[2] *Dans la limite d'un délai de* « prescription » *de trois ans.*

[3] *Rapport d'information n° 733 (2013-2014) fait au nom de la commission des lois du Sénat et disponible à l'adresse suivante :* http://www.senat.fr/rap/r13-733/r13-7331.pdf.

(recommandation n° 5 du rapport) et la refonte des études préalables (recommandations n° 11 à 13).

Les trois critères (non cumulatifs) qui justifiaient le recours aux partenariats public-privé (complexité, urgence, avantages comparatifs) – dont la mise en œuvre n'était pas aisée[1] – sont remplacés par un **critère unique** : celui du **bilan** (art. 75 de l'ordonnance). L'acheteur public devra démontrer que « *compte tenu des caractéristiques du projet envisagé, des exigences de service public ou de la mission d'intérêt général (…), ou des insuffisances et difficultés observées dans la réalisation de projets comparables, le recours à un tel contrat présente un bilan plus favorable, notamment sur le plan financier, que celui des autres modes de réalisation du projet* ».

En outre, le recours aux marchés de partenariat est encadré par **trois « *garde-fous* »** :

a) l'existence de **seuils** en dessous desquels il ne sera pas possible de recourir à ce type de contrats. Ces seuils seront fixés par voie règlementaire et dépendront de « *la nature et de l'objet du contrat, des capacités techniques et financières de l'acheteur et de l'intensité du risque encouru* » (art. 75 de l'ordonnance) ;

b) une **étude préalable** soumise pour avis à un organisme expert sera nécessaire avant le lancement du marché ;

c) une **étude de soutenabilité budgétaire** qui devra être présentée pour avis au service de l'État compétent (art. 74 et 76 de l'ordonnance).

L'article 101 de l'ordonnance précitée supprime les baux emphytéotiques « *aller-retour* »[2]. Si ce type de contrats – qui a vocation à être remplacé par les marchés de partenariat - a été utilisé pour construire de nombreuses infrastructures, les risques de requalification en marché public ont semblé trop élevés.

2. Une réforme favorable aux PME

a) Il paraît peu probable que la réforme suscite un nouvel essor des marchés globaux

Plusieurs personnes entendues par la mission d'information ont énoncé leurs craintes de voir se multiplier le nombre de marchés globaux au détriment des marchés allotis.

La sécurisation des **marchés de partenariat** pourrait en effet remettre en cause l'orientation « *pro-PME* » de la réforme si elle conduisait à évincer les PME de certains chantiers. Les PME ne sont en effet que rarement les

[1] Cf. *la première partie du présent rapport.*
[2] Cf. *la première partie du présent rapport.*

titulaires des marchés de partenariat, qui tendent à les réduire à un rôle de sous-traitant, quand ils ne les évincent pas totalement.

C'est pour prévenir une telle éviction que l'article 87 de l'ordonnance n° 2015-899 du 23 juillet 2015 réserve une part minimale de l'exécution aux PME[1].

À ce stade, il n'est pas possible de déterminer si l'ordonnance précitée va conduire à un accroissement ou à une réduction du nombre de marchés de partenariat. Cela dépendra en effet:

- de l'interprétation qui va être donnée au nouveau critère du bilan ;

- du niveau des seuils minimaux au-dessous desquels le recours à ce type de marchés ne sera pas permis.

Il faut toutefois garder à l'esprit que **les contrats de partenariat, après le « *pic* » de 2011-2012, sont désormais peu nombreux**. Schématiquement, depuis la création des contrats de partenariat en 2004, environ 200 ont été conclus (soit environ 20 par an), pour un montant moyen de 75 millions d'euros (soit un total de 15 milliards d'euros). S'il n'y avait en « *régime de croisière* » que 10 marchés de partenariats par an[2], leur montant annuel serait de 750 millions d'euros, soit moins de 0,5 % des achats publics annuels.

Il paraît peu probable que les ajustements juridiques réalisés par l'ordonnance du 23 juillet 2015 permettent de contrebalancer ce qui apparaît, au moins à moyen terme, comme un « *essoufflement* » des contrats de partenariat.

b) L'extension de l'obligation d'allotissement aux acheteurs actuellement soumis à l'ordonnance de 2005

Parallèlement, l'ordonnance n° 2015-899 contient des dispositions favorables aux PME : de nouveaux moyens pour contrôler les sous-traitants[3], et, surtout, **l'extension de l'obligation d'allotissement aux acheteurs actuellement soumis à l'ordonnance n° 2005-649 du 6 juin 2005**. Cette extension – qui n'était pas imposée par la directive – concerne les entreprises agissant dans les secteurs dits « *spéciaux* » (eau, énergie, transports, services postaux), comme la SNCF ou EDF[4].

Selon l'étude d'impact du projet d'ordonnance « *marchés* », reposant sur des hypothèses par nature conventionnelles, cette mesure **permettrait aux PME de se voir attribuer 1,25 milliard d'euros de marchés supplémentaires**.

---

[1] *Cette part minimale sera fixée par voie règlementaire.*
[2] *A titre de comparaison, 8 avis d'attribution ont été publiés en 2014.*
[3] *L'article 62 permet ainsi d'écarter un sous-traitant pratiquant des prix anormalement bas. Il s'agit de réduire le risque que les PME locales soient affectées par une concurrence déloyale.*
[4] *Ainsi que quelques pouvoirs adjudicateurs comme la Banque de France.*

Les entreprises de réseaux s'inquiètent de cette nouvelle obligation d'allotir[1], et plus généralement du « *durcissement* » des règles qui leur sont appliquées, car elles craignent d'être défavorisées dans la compétition internationale (augmentation du coût de procédure, difficulté à assurer un service identique sur l'ensemble du territoire…). Ces craintes ont notamment été exprimées par Florence Parly, directrice générale déléguée chargée de la stratégie et des finances de la SNCF, lors de son audition du 29 juin 2015.

Elles **ne sont pas partagées par la mission d'information**.

(1) L'extension de l'obligation d'allotir ne devrait pas entraîner de bouleversement

On rappelle que l'article 32 de l'ordonnance du 23 juillet 2015 précitée n'a pas pour objet d'imposer l'allotissement quand cela est pratiquement ou financièrement absurde[2], mais d'éviter que les acheteurs publics s'adressent par facilité à de grandes entreprises.

En outre, les opérateurs de réseaux attribuent déjà aux PME une part de leurs marchés supérieure à celle de l'État (23 % du montant contre 18 % en 2012).

(2) Les autres modifications relatives aux opérateurs de réseaux ne posent pas de problème particulier

La limitation de la possibilité de négocier au-delà des seuils communautaires paraît pertinente. On rappelle que dans le nouveau système, il ne sera possible de négocier au-dessus de ces seuils que quand il ne s'agit pas d'achats *« sur étagères »*[3]. Cette limitation, qui a pour objet d'éviter des négociations portant uniquement sur les prix et risquant d'aggraver le problème d'écrasement des marges des PME, est parfaitement justifiée selon la mission d'information.

Plusieurs opérateurs de réseaux ont fait part de leurs craintes concernant un éventuel abaissement, dans le décret d'application de l'ordonnance, du seuil de publicité obligatoire au bulletin officiel d'annonces des marchés publics (BOAMP). Toutefois on calcule que, dans le cas de

---

[1] *La SNCF, Aéroports de Paris, la SNCF, RTE et la RATP ont adressé le 29 juillet 2014 à Arnaud Montebourg, alors ministre de l'économie, un courrier en ce sens.*

[2] *L'article 32 de l'ordonnance n° 2015-899 du 23 juillet 2015 relative aux marchés publics prévoit que* « les marchés publics autres que les marchés publics de défense ou de sécurité sont passés en lots séparés, sauf si leur objet ne permet pas l'identification de prestations distinctes », *ou si les acheteurs* « ne sont pas en mesure d'assurer par eux-mêmes les missions d'organisation, de pilotage et de coordination ou si la dévolution en lots séparés est de nature à restreindre la concurrence ou risque de rendre techniquement difficile ou financièrement plus coûteuse l'exécution des prestations ».

[3] *Ce qui constitue un assouplissement pour les pouvoirs adjudicateurs (qui actuellement ne peuvent jamais négocier au-dessus des seuils communautaires), mais un durcissement pour les entités adjudicatrices (qui actuellement peuvent toujours négocier).*

SNCF mobilités, le surcoût serait égal à moins de 0,1 % du montant de ses achats[1].

D. LA TRANSPOSITION DE LA DIRECTIVE « CONCESSIONS »

Les projets d'ordonnance et de décret transposant la directive « *concessions* » 2014/23/UE regroupent en leur sein les normes applicables aux **trois types de concessions** – concessions de services publics, de services « non publics » et de travaux **– qu'elles soient, ou non, soumises au droit communautaire**.

Ils ont donc vocation à **abroger les articles de la loi « *Sapin* » relatifs aux délégations de service public**.

1. L'articulation entre les procédures formalisées et simplifiées

Pour fusionner ces régimes dans un même texte, le Gouvernement propose de distinguer :

- les « ***procédures formalisées*** » pour les concessions entrant dans le cadre de la directive précitée et devant donc répondre à ses exigences ;

- les « ***procédures simplifiées*** » pour les concessions non soumises à la directive, soit en raison de leur montant (moins de 5 186 000 euros HT), soit en raison de leur objet (concessions d'eau potable et de transport de voyageurs). Plus souples, ces procédures reprennent le droit interne en vigueur tout en l'adaptant aux évolutions de la commande publique et en l'harmonisant *a minima* avec la directive.

[1] *Selon les informations transmises à la mission d'information, si le seuil de publicité était abaissé à 90 000 euros HT, cela se traduirait pour SNCF mobilités par un surcoût de 6 millions d'euros par an (et un rallongement des procédures d'un mois). Par ailleurs, Florence Parly a indiqué lors de son audition que les achats de SNCF Mobilités étaient de 7,5 milliards d'euros.*

Les principales différences entre les procédures formalisées et simplifiées d'attribution des concessions

	Procédures formalisées	Procédures simplifiées
	Périmètre	
	Concessions dont le montant est supérieur à 5 186 000 € HT *(art. 9)*[1]	Concessions dont le montant est inférieur à 5 186 000 € HT + celles relatives à l'eau potable et au transport de voyageurs *(art. 10)*
	Modalités procédurales	
Délais minimums de réception des candidatures et des offres	Oui *(art. 17)*	Non *(art. 17)*
Supports de la publicité	Profil acheteur + Journal officiel de l'Union européenne (JOUE) *(art. 14. I)*	Profil acheteur +, en cas de nécessité, bulletin officiel des annonces des marchés publics, journal d'annonces légales ou publications spécialisées *(art. 14. II)*
Hiérarchisation des critères d'attribution	Oui *(art. 25)*	Non *(art. 25)*
Traçabilité de la négociation	Obligatoire *(art. 9)*	Faculté non mentionnée par le projet de décret
Notification des résultats aux candidats évincés	Obligation *(art. 28)*	Faculté non mentionnée par le projet de décret
Avis de modification d'une concession après avenant	Obligation sous certaines hypothèses *(art. 35)*	Faculté non mentionnée par le projet de décret

Source : mission d'information

D'après le Gouvernement, les procédures simplifiées, plus souples, devraient concerner 80 % des concessions contre 20 % pour les procédures formalisées[2].

Ces projets d'ordonnance et de décret offrent également **de nouvelles possibilités aux acheteurs publics** avec, notamment, la faculté d'imposer au titulaire d'une concession de **confier au moins 10 % de l'exécution du contrat aux PME**[3].

2. Un nouveau cadre juridique pour les acheteurs

Ces textes imposent ainsi de nouvelles règles fixées au niveau communautaire (*Cf. supra*).

Comme pour les directives « *marchés* » et « *secteurs spéciaux* », votre rapporteur n'a pas constaté de surtransposition manifeste de la directive « *concessions* ».

---

[1] *Les articles mentionnés dans le présent tableau correspondent à ceux du projet de décret de transposition rendu public le 22 juillet dernier.*

[2] *Source : étude d'impact du projet de décret transposant la directive* « concessions » *2014/23/UE, p. 32.*

[3] *Art. 44 du projet d'ordonnance et 33 du projet de décret.*

TROISIÈME PARTIE
LES PROPOSITIONS DE LA MISSION POUR UNE COMMANDE PUBLIQUE PLUS SIMPLE, PLUS EFFICACE ET AU SERVICE DE L'ÉCONOMIE

I. MIEUX PRENDRE EN COMPTE LA SITUATION DES PME

Le développement des PME doit être un objectif essentiel de la politique économique, pour deux raisons principales :

- la France **manque de PME à forte croissance** (parfois qualifiées de « *gazelles* »[1]), nécessaires à l'augmentation de son potentiel de croissance ;

- le développement insuffisant des PME françaises **dégrade les performances à l'exportation**[2], qui sont devenues un enjeu majeur avec la crise de la zone euro.

A. FAVORISER L'ACCÈS DES PME AUX MARCHÉS PUBLICS

Une circulaire du Premier ministre du 31 juillet 2013 relative à la modernisation des achats de l'État a débouché sur la publication du décret n° 2013-623 du 16 juillet 2013 qui réforme le Service des achats de l'État (SAE). Ce dernier a désormais la mission de « *s'assurer que les achats de l'État sont réalisés dans des conditions favorisant le plus large accès des PME à la commande publique* ».

Les **PME** peuvent accéder aux marchés publics **en tant que titulaire** ou en tant que sous-traitants. C'est le premier cas qu'il convient de privilégier.

Participer à un marché en tant que titulaire (et non en tant que sous-traitant) **est toujours plus intéressant pour une PME** :

- le titulaire d'un marché étant généralement en position favorable pour négocier avec ses sous-traitants, il conditionne le choix de ceux qu'il retient à l'acceptation d'une baisse de leur tarif et donc de leurs marges, surtout en cas de conjoncture économique difficile comme c'est le cas actuellement. Les professionnels interrogés par la mission évoquent à cet égard des **remises de prix de 20-30 % ou plus lorsqu'ils interviennent en**

[1] *Cf. Jean-Paul Betbèze et Christian Saint-Étienne,* « Une stratégie PME pour la France : favoriser l'essor des gazelles, entreprises moyennes en forte croissance », *Conseil d'analyse économique, rapport n°61, 13 juillet 2006.*

[2] Cf. *en particulier Patrick Artus et Lionel Fontagné,* « Évolution récente du commerce extérieur français », *Conseil d'analyse économique, rapport n°64, 15 novembre 2006.*

tant que sous-traitants par rapport au prix de prestations équivalentes fournies en tant que titulaires d'un marché ;

- une entreprise qui intervient sur un marché public en tant que sous-traitant de rang 2 ou plus ne peut bénéficier des **délais de paiement** très courts qui s'imposent aux acheteurs publics, mais se voit appliquer les délais de paiement du secteur privé. Or, ces derniers sont nettement moins avantageux pour les fournisseurs et les sous-traitants. Par ailleurs, le non-respect des règles de délais de paiement est plus fréquent dans le crédit interentreprises que dans les relations impliquant un acheteur public, ce qui expose alors les sous-traitants à des problèmes de trésorerie et ce d'autant plus qu'ils se situent loin dans la chaîne de sous-traitance ;

- enfin, participer à un marché public en tant que titulaire permet d'accroître la notoriété d'une entreprise, de renforcer ses références, et d'accéder ensuite plus facilement à d'autres marchés publics ou privés.

1. Une impasse : les politiques généralisées de réservations

Dans un rapport[1] fait en 2006 pour le Conseil d'analyse économique, Paul Betbèze et Christian Saint-Étienne préconisaient un « *small business act* » européen et la réservation d'« *une partie des commandes publiques à des PME au niveau européen* », en leur garantissant « *35 % des commandes d'État* ».

a) Une probable inconstitutionnalité et une incompatibilité avec les règles de l'OMC

Toutefois, à court ou moyen terme, cette voie des réservations est fermée par un **double verrou juridique** national et international :

- au niveau national, le Conseil constitutionnel a reconnu une valeur constitutionnelle au principe de la liberté d'accès à la commande publique, d'égalité de traitement des candidats et de transparence des procédures (Décision n° 2003-473 DC du 26 juin 2003). Bien que le principe d'égalité ne s'applique strictement qu'à des situations comparables, il est vraisemblable que le respect de ces principes constitutionnels interdise une politique de réservation pour les PME dans l'attribution des contrats relevant de la commande publique ;

- au niveau international, il existe des règles relatives aux marchés publics prévues par l'AMP (**Accord sur les marchés publics**) qui encadrent la possibilité, pour les parties à l'accord, de réserver certains marchés publics à leurs PME[2]. L'AMP garantit le principe de **non-discrimination entre les**

[1] *Jean-Paul Betbèze et Christian Saint-Étienne, « Une stratégie PME pour la France : favoriser l'essor des gazelles, entreprises moyennes en forte croissance », Conseil d'analyse économique, rapport n°61, 13 juillet 2006.*

[2] *Cet accord plurilatéral, conclu en 1994, n'est signé que par quelques membres de l'Organisation mondiale du commerce (OMC), dont l'Union européenne et ses États-membres, les États-Unis, le Canada ou encore la Corée du sud.*

produits, les services et les fournisseurs des différentes parties. Toutefois, l'AMP permet à ses signataires de prévoir des exemptions à ces règles de non-discrimination.

Les **États-Unis,** le Canada et la Corée du Sud, à la différence de l'Union européenne, ont ainsi veillé à **obtenir une dérogation** en faveur de leurs PME. Par exemple, les États-Unis ont précisé dans leur liste d'engagements que leur mécanisme préférentiel en faveur des PME, tel qu'issu du *Small business Act* de 1953, est exclu des disciplines de l'AMP. Aucune règle n'interdit à l'Union européenne de demander une telle exemption à l'occasion d'une renégociation de l'accord, mais elle supposerait, en externe, l'accord de tous les autres signataires de l'AMP[1] et, en interne, le consensus des États membres – qui est loin d'exister sur cette question.

b) La réservation de marchés, un instrument inadapté

Vaut-il la peine de s'engager dans une bataille de longue haleine au niveau européen pour lever ces verrous juridiques et changer de paradigme ?

La voie qui a été choisie par l'Europe et la France pour faciliter l'accès des PME à la commande publique semble plus pertinente que la réservation de marchés.

(1) Les réservations de marchés ne sont pas nécessairement le moyen le plus efficace d'augmenter la part des PME

Sur le plan de l'efficacité, on constate que les taux d'accès respectifs des PME aux marchés publics aux États-Unis et en Europe sont assez proches, avec même un léger désavantage pour les États-Unis.

Rappelons que la loi américaine impose que les marchés publics fédéraux de fourniture et de service inférieurs à 100 000 dollars soient réservés aux PME. Pour les marchés de montants supérieurs, elle impose une réservation partielle, équivalente à l'allotissement, et impose aux grandes entreprises de fournir « un plan de sous-traitance » montrant la part à laquelle les PME ont le droit (pour les marchés de plus de 500 000 dollars).

Par ailleurs, l'État fédéral fixe à chaque administration un objectif annuel d'attribution des marchés publics aux PME de 23 % hors sous-traitance et de 40 % dans le cas de la sous-traitance.

Or, l'Europe dans son ensemble, et la France en particulier, atteignent cet objectif sans avoir besoin de recourir à des réservations.

[1] *Une version révisée de l'accord est applicable depuis le 6 avril 2014. Une révision périodique est prévue.*

(2) Les réservations contraignent excessivement les acheteurs

Sur le plan des principes, la politique européenne et française en matière d'accès des PME à la commande publique **s'appuie sur des incitations à agir** et quelques obligations circonscrites. Elle apparaît donc plus respectueuse de la liberté des acteurs, notamment des acheteurs publics, que l'approche américaine. De ce point de vue, elle s'inscrit davantage dans la philosophie générale privilégiée par la mission d'information, à savoir : passer d'une logique de la défiance à une **logique de la confiance** dans l'achat public.

Un des points de consensus concernant la commande publique est qu'elle souffre encore d'un **excès de règles**.

Dans un mouvement global qui se caractérise par la volonté de simplifier les procédures, promouvoir une politique générale de réservations en faveur des PME apparaîtrait largement à contre-courant.

2. Faciliter l'accès des PME à la commande publique

Votre mission d'information propose des solutions concrètes pour conforter la place des PME dans la commande publique.

a) Favoriser les groupements temporaires d'entreprises

Les groupements temporaires d'entreprises sont une voie à suivre pour accroître l'accès des PME à la commande publique. Le droit actuel non seulement les permet déjà, mais interdit même à l'acheteur de rejeter *a priori* une offre au simple motif qu'elle serait portée par un groupement.

La mission d'information a pu entendre à plusieurs reprises, au cours de ses travaux, que l'exigence par l'acheteur public d'une responsabilité solidaire des cocontractants constituait un obstacle à la constitution de groupements d'entreprises. Ceci étant, on voit mal comment interdire à un acheteur public de se prémunir contre une défaillance de l'un des cocontractants par cet outil simple et efficace qu'est la garantie solidaire. Un groupement conjoint, où chaque cotraitant n'est responsable que de la partie des prestations dont il a la charge, peut entraîner de complexes recherches en responsabilité et de longs contentieux au cours desquels, en définitive, l'acheteur public assume seul le risque de l'opération. L'exigence de bonne utilisation des deniers publics implique donc qu'on **laisse à l'acheteur public le choix de déterminer**, au cas par cas, s'**il exige ou pas une responsabilité solidaire** du groupement ou de son mandataire.

C'est sans doute moins l'évolution des normes juridiques en matière de cotraitance que **l'évolution de la culture et des pratiques des acheteurs et des chefs d'entreprises** qui permettra le développement de la cotraitance dans les marchés publics :

- du côté des acheteurs publics, certaines bonnes pratiques gagneraient à être généralisées. On peut citer les dispositifs de ***« bourse à la cotraitance »*** évoquée par le directeur du Service des achats de l'État (SAE) lors de son audition. Inspirée du dispositif Maximilien, qui existe déjà en Ile-de-France, cette bourse de la cotraitance est en cours de développement sur la plateforme dématérialisée de l'État, « PLACE ». L'outil développé par le SAE permettra aux entreprises intéressées de « *pointer* » un marché et d'indiquer qu'elles recherchent des partenaires cotraitants sur celui-ci ;

- du côté des syndicats professionnels et des **chambres consulaires**, il appartient d'inclure, dans les modules de formation sur les marchés publics proposés aux entreprises, des éléments relatifs aux groupements d'entreprises afin d'en souligner l'intérêt et d'en expliquer les modalités concrètes.

À titre d'illustration, l'encadré ci-après présente le cas d'un groupement de la région de Belfort et Montbéliard.

Une forme originale et économiquement efficace de groupements d'entreprises : le groupement associatif des PME du bâtiment, CRRI 2000

Le Groupement des entrepreneurs du bâtiment et des travaux publics (**GEBTP**) et **CRRI 2000** sont deux structures permanentes. Le GEBTP de forme associative (loi de 1901) fondé en 1957, regroupe 37 entreprises, essentiellement des PME de 15 salariés ou plus, du secteur du bâtiment sur l'aire urbaine de Belfort, Héricourt et Montbéliard. CRRI 2000, société par actions simplifiée unipersonnelle (SASU) créée en 1987, dont le seul actionnaire est le GEBTP, a été constituée pour répondre aux appels d'offres publics.

L'objet de CRRI 2000 est de permettre aux entreprises adhérentes de l'association de **répondre de manière conjointe à des appels d'offre publics ou privés** auxquels les entreprises membres ne pourraient pas répondre individuellement, soit parce que les délais exigés ne seraient pas tenables, soit parce que la taille du chantier excèderait les capacités d'intervention d'une seule entreprise. Les sociétés adhérentes interviennent ainsi, conjointement, sur des marchés d'un montant moyen de 3 millions d'euros et pouvant atteindre, pour les plus importants, jusqu'à 4 ou 5 millions d'euros. Le **chiffre d'affaires** des activités du groupement est en moyenne de **27,4 millions d'euros** (chiffres 2007-2009). Bien entendu, les entreprises adhérentes ont par ailleurs une activité économique propre, en-dehors des chantiers pilotés par CRRI 2000.

Le **coût de l'adhésion** au groupement est **minime** pour les PME membres : 300 euros par an. L'association via CRRI 2000 couvre ses coûts de fonctionnement en prélevant une partie du chiffre d'affaires réalisé lors des réponses conjointes aux marchés remportés. GEBTP étant une structure à but non lucratif, sa filiale CRRI 2000 ne prélève que le montant nécessaire pour couvrir ses coûts. L'association compte dix salariés (un directeur, un comptable/conseiller juridique, deux secrétaires, deux salariés officiant dans le bureau d'étude chargés d'étudier les marchés et de construire les offres et quatre conducteurs de chantier chargés de coordonner le travail des sociétés impliquées dans la réponse aux appels d'offre). Un chiffre d'affaires de 16 millions d'euros par an est nécessaire pour atteindre le point « zéro » à partir duquel le coût de la structure est couvert.

CRRI 2000 intervient **en appui aux entreprises adhérentes à tous les stades d'un marché** :

- en amont de la réponse aux appels d'offre, la société réalise du *sourcing* auprès des acheteurs publics ou privés. Elle effectue également un travail de veille pour connaître les appels d'offre notamment grâce à un abonnement à une société spécialisée dans la collecte des annonces de mise en concurrence ;

- au stade de la **candidature**, CRRI 2000 élabore des offres techniquement et économiquement pertinentes en sollicitant principalement ses entreprises membres, gère toute la procédure administrative de candidature et intervient en tant que co-traitant chargé de piloter l'intervention conjointe des sociétés adhérentes et d'apporter les garanties financières exigées par les acheteurs ;

- au stade de l'exécution, la société **coordonne l'intervention des entreprises** membres en offrant un interlocuteur unique aux clients. Elle assure également la bonne exécution du contrat en mobilisant, le cas échéant, un de ses membres en remplacement d'un membre défaillant, de sorte que la continuité et les délais du chantier sont tenus.

Concrètement, lorsqu'il s'agit de répondre de manière groupée à un appel d'offre, toutes les entreprises pressenties pour intervenir dans l'exécution du marché ne se portent pas candidates en tant que cotraitantes. Il n'y a en effet formellement que deux cotraitants : CRRI 2000 et une des entreprises du groupement[1]. Ces deux cotraitants sont solidaires ou conjoints.

Les autres entreprises adhérentes de CRRI 2000 qui interviennent dans l'exécution du contrat le font en tant que sous-traitantes de rang 1. Il s'agit cependant d'une sous-traitance qu'on pourrait qualifier de vertueuse, dans la mesure où l'association, à but non lucratif, via CRRI 2000, ne réalise pas de marge propre : la totalité du chiffre d'affaires, hormis la fraction permettant de faire fonctionner l'association, profite aux PME intervenant sur le chantier. Une « charte » (qui est en réalité un vrai contrat entre l'association et ses membres adhérents) définit les obligations respectives de chacun et garantit la discipline collective permettant au groupement de préserver son avantage compétitif au profit des membres.

b) Mieux accompagner et former les PME en matière de marchés publics, grâce aux chambres consulaires et aux syndicats professionnels

Mieux accompagner les entreprises vers la commande publique relève principalement de la responsabilité des organisations représentant les entreprises, qu'il s'agisse des **chambres consulaires** ou des **syndicats professionnels** – fédérations sectorielles ou organisations professionnelles transversales telles que la CGPME.

Si de nombreux documents didactiques (guides pratiques généraux ou spécialisés par secteurs d'activité) existent déjà et sont mis à jour régulièrement, ces instruments quoiqu'utiles restent insuffisants. **Une véritable ambition de formation des chefs d'entreprises à la commande publique doit maintenant être mise en place**. La priorité doit désormais être

[1] *CRRI 2000 ne peut se porter candidate seule car c'est une simple structure formelle qui n'est pas en mesure de faire la preuve (obligatoire) de sa capacité d'intervention opérationnelle. C'est la raison pour laquelle une des PME du groupement intervient formellement comme sous-traitante.*

l'appropriation des règles par les PME, ce qui passera par un effort de pédagogie.

(1) Réaliser des séances de sensibilisation

Il convient en premier lieu de développer les séances de sensibilisation pour rompre avec un discours général et galvaudé sur la « *complexité de la commande publique* » et encourager, voire « *décomplexer* », les entreprises hésitant à se lancer. « ***Osons la commande publique*** » : c'est le titre pertinent du guide publié par le médiateur des marchés publics.

Ce travail a bien entendu déjà commencé. La chambre de commerce et d'industrie (CCI) de Paris-Ile-de-France organise par exemple une session par mois ou par trimestre pour une cinquantaine de personnes. Des formations, pratiques ou juridiques, sont aussi déclinées au plus près du terrain, au niveau des CCI départementales ou territoriales.

Toutefois, les différentes chambres consulaires ne sont pas au même niveau quantitatif et qualitatif dans l'accompagnement vers la commande publique. L'Assemblée permanente des chambres de métiers et de l'artisanat (APCMA) reconnaît par exemple que, si l'accompagnement fait partie du référentiel pour les prestataires adopté au niveau national, ce dernier est diversement appliqué sur le territoire.

(2) Accompagner les entreprises dans la dématérialisation des procédures

Dans la mesure où une bonne part des gains de simplification attendus les prochaines années est liée à la dématérialisation des procédures, il est essentiel que les syndicats professionnels et les groupements consulaires **accompagnent les PME dans cette dématérialisation**, notamment en mettant l'accent sur les outils de sécurisation des données.

Certains instruments existent déjà ou sont en voie de déploiement. C'est le cas par exemple du Plan Transition Numérique dans le Bâtiment (PTNB), lancé en décembre 2014, qui vise à accélérer le déploiement des outils numériques à l'échelle de l'ensemble du secteur du bâtiment et qui est doté d'un fonds de 20 millions d'euros.

Il convient de veiller à ce que l'ensemble des secteurs professionnels soient intégrés dans des programmes de ce genre.

c) Écarter systématiquement les offres anormalement basses

L'article 55 du code des marchés publics permet à l'acheteur de rejeter une offre anormalement basse (OAB), cette offre représentant une **concurrence déloyale** pour les autres candidats – notamment les PME – et risquant de **mettre en danger la bonne exécution du marché**.

La procédure de l'OAB s'organise en **plusieurs phases** : l'acheteur détecte les offres suspectes, **demande à l'entreprise concernée de justifier**

ses prix, analyse ses réponses puis émet une décision motivée de rejet de l'offre.

L'analyse des offres suspectes consiste à examiner un **faisceau d'indices** démontrant le caractère anormalement bas du prix proposé par l'entreprise : comparaison avec l'offre des autres candidats et avec l'estimation du pouvoir adjudicateur, examen du coût estimatif de la main-d'œuvre, *etc*. Il s'agit donc d'une analyse casuistique pratiquée après que l'entreprise a été mise en mesure de présenter ses observations.

La mission d'information se réjouit que la Commission européenne ait renoncé à fixer une formule mathématique à partir de laquelle des niveaux de prix *« anormalement bas »* auraient été déterminés et les offres correspondantes éliminées, sans moyen pour l'entreprise de se justifier.

La procédure en vigueur nécessite, au contraire, que l'acheteur prenne ses responsabilités et comprenne que **l'élimination d'une offre anormalement basse après analyse contradictoire fait partie de ses obligations** comme le rappelle l'article 53 de l'ordonnance *« marchés »* n° 2015-899 qui entrera en vigueur prochainement. Suivre cette procédure est d'ailleurs dans l'intérêt de l'acheteur car, comme l'a rappelé Dominique Moreno, responsable du département de droit public à la chambre de commerce et d'industrie d'Ile-de-France lors de son audition du 18 juin 2015, *« ce type d'offres anormalement basses se paie ensuite lors de la phase d'exécution du contrat, avec des avenants, des retards… »*.

Or, les auditions ont permis de démontrer que **la procédure de l'offre anormalement basse n'est pas systématiquement mise en œuvre** par les acheteurs par crainte de contentieux, ce que la mission d'information déplore. Elle rappelle ainsi que le juge exerce un contrôle restreint sur le rejet d'une OAB[1] mais également sur la décision de l'acheteur de ne pas exclure ce type d'offres. Le Conseil d'État a ainsi considéré que *« le fait pour un pouvoir adjudicateur de retenir une offre anormalement basse porte atteinte à l'égalité entre les candidats à l'attribution d'un marché public »*[2].

En d'autres mots, il n'est **pas plus risqué pour les acheteurs de rejeter une offre anormalement basse que de la déclarer conforme** par crainte du contentieux. La mission d'information les incite donc à avoir recours à la procédure de l'article 55 du code des marchés publics dès lors que les prix proposés par un candidat semblent anormalement bas.

Proposition n° 2 : utiliser pleinement la procédure de l'article 55 du code des marchés publics en rejetant toute offre anormalement basse, comme la directive « marchés » l'impose et la procédure contradictoire le permet en toute sécurité.

[1] *Conseil d'État, 15 avril 1996,* Commune de Poindimie, *n° 133171.*

[2] *Conseil d'État, 29 mai 2013,* Ministère de l'Intérieur c/ Sté Artés, *n° 366606.*

d) Se fixer des objectifs d'accès des PME à la commande publique

L'**État** s'est fixé pour **objectif** de **conclure 25** % de ses achats auprès de PME au 31 décembre 2015. Au 1er janvier, cette part avait atteint 23 % pour les administrations centrales et 29 % pour les établissements publics de l'État.

S'il ne saurait être question de biaiser l'attribution d'un marché au profit d'une PME, il est possible pour les acheteurs de concevoir leurs marchés de manière à les rendre les plus favorables possible aux PME (en pratiquant l'allotissement, en travaillant sur les conditions d'exécution, *etc.*).

À titre d'illustration, les achats publics étant de plus de 200 milliards d'euros[1], augmenter d'un point la part des PME correspond à augmenter leur chiffre d'affaires de plus de 2 milliards d'euros.

Les résultats obtenus par l'État démontrent qu'il est possible d'**améliorer la place des PME dans la commande publique en se fixant un objectif clair** et en faisant preuve de **volontarisme** pour l'atteindre.

Il convient donc d'inciter les collectivités territoriales à poursuivre un objectif comparable.

Pour ce faire, votre rapporteur propose de prévoir au niveau réglementaire que la **place des PME** dans la commande publique est jointe à la **liste annuelle des marchés** prévue par l'article 133 du code des marchés publics.

Il encourage en outre les collectivités territoriales à se fixer un objectif en la matière lors des **débats d'orientation budgétaires (DOB)** prévus par le code général des collectivités territoriales[2].

Proposition n° 3 : prévoir l'obligation, pour les collectivités territoriales, de publier la proportion de leurs marchés attribués aux PME en même temps que la liste annuelle des marchés

B. RENDRE LES CONDITIONS D'EXÉCUTION DES CONTRATS PLUS FAVORABLES AUX PME

1. Améliorer la trésorerie des PME

Comme le rapporteur l'a indiqué précédemment, les administrations publiques, et particulièrement l'État, ont déjà accompli des efforts importants pour réduire leurs délais de paiement. Les délais observés sont

[1] *260 milliards d'euros, selon le chiffrage présenté dans le présent rapport. L'écart par rapport au montant total de la commande publique (390 milliards d'euros) provient des concessions.*
[2] *Articles L. 2312-1 (communes), L. 3312-1 (départements) et L. 4312-1 (régions).*

très sensiblement inférieurs à ce qu'on observe dans le crédit interentreprises[1].

Des progrès supplémentaires sont cependant possibles. Ils sont à rechercher dans l'ensemble des dispositions et des clauses contractuelles qui affectent la procédure de paiement, ce qui inclut les règles et les pratiques relatives aux avances et aux garanties, et pas seulement le paiement du solde au terme de l'exécution.

a) Faire passer l'avance obligatoire de 5 % à 10 % du montant du marché et la rendre obligatoire pour les marchés de plus de 25 000 euros HT

La mission d'information propose tout d'abord de **faire évoluer les règles relatives à l'avance obligatoire**.

Pour mémoire, le versement d'une avance, qui est dérogatoire par rapport à la règle du service fait, est de droit pour le titulaire d'un marché dont le montant initial est supérieur à 50 000 euros HT et dont le délai d'exécution dépasse deux mois. L'article 87 du CMP indique que le montant de cette avance correspond à au moins 5 % du montant total des prestations.

Le pouvoir adjudicateur a par ailleurs la faculté de prévoir une avance pour les marchés qui ne remplissent pas les conditions fixées par cet article 87. Il peut également majorer le taux minimal de 5 % et porter l'avance à un maximum de 60 %[2].

La mission d'information préconise plusieurs changements de ces règles :

- d'une part, l'**augmentation du montant de l'avance obligatoire**, qui pourrait passer par exemple de 5 à 10 % du montant du marché ;

- d'autre part, **l'assouplissement des conditions de durée et de montant du contrat**, l'avance devenant obligatoire pour les marchés d'un montant supérieur à 25 000 euros HT (contre 50 000 euros HT actuellement) et d'une durée supérieure à un mois (contre deux mois actuellement).

Si les marchés publics conclus une année donnée sont de 200 milliards d'euros, porter le montant de l'avance de 5 % à 10 % revient à **améliorer la trésorerie de l'ensemble des entreprises de 10 milliards d'euros**.

Limiter cette mesure aux PME permettrait de diviser ce coût par quatre, et de le ramener à 2,5 milliards d'euros.

---

[1] Bien entendu, il s'agit de moyennes. Sur les plus de 400 000 marchés publics passés chaque année en France, il est possible de trouver de nombreux exemples de pratiques de paiement non vertueuses et parfois même franchement contraires au droit.

[2] Pour un taux d'avance compris entre 5 et 30%, l'acheteur public peut conditionner le versement de l'avance à la constitution d'une garantie à première demande couvrant tout ou partie du remboursement de l'avance. Pour un taux compris entre 30 et 60%, l'entreprise qui en bénéficie constitue une garantie à première demande garantissant la totalité du montant préfinancé.

Il est à noter que ces mesures amélioreraient également la trésorerie des sous-traitants de rang 1 – puisque les règles d'avance s'appliquent aussi à ces entreprises – au prorata de leur part dans le montant total du marché.

b) Ramener la retenue de garantie de 5 % à 3 % et accélérer son paiement à l'entreprise

La mission d'information propose également de **faire évoluer les règles relatives à la retenue de garantie**.

Aux termes de l'article 101 du CMP, un marché public peut prévoir, à la charge du titulaire, une retenue de garantie qui est prélevée par fractions sur chacun des versements autres qu'une avance. Le montant de la retenue de garantie ne peut être supérieur à 5 % du montant initial augmenté, le cas échéant, du montant des avenants[1].

La mission d'information propose de réduire le montant de la retenue de garantie. Elle pourrait **passer par exemple de 5 à 3 % du montant du marché** et sa libération pourrait être effective dès l'expiration du délai de garantie[2].

Proposition n° 4 : Améliorer la trésorerie des PME en prenant, dans leur cas, les mesures suivantes :

- faire passer l'avance obligatoire de 5 % à 10 % du montant du marché et la rendre obligatoire pour les marchés de plus de 25 000 euros HT ;

- ramener la retenue de garantie de 5 % à 3 % et accélérer son paiement à l'entreprise.

2. Faire des clauses sociales et environnementales des clauses d'exécution plutôt que d'attribution

La promotion des **objectifs sociaux ou environnementaux** par l'introduction de clauses spécifiques dans les critères d'attribution ou d'exécution des marchés publics est possible en droit et elle est même encouragée par les directives.

On observe d'ailleurs que le recours à ces clauses spécifiques se développe de façon continue en France. En effet, en 2013, selon le recensement de l'OEAP, **6,1 % des marchés publics comportaient une clause sociale et 6,7 % une clause environnementale** – alors qu'en 2009, ces taux se limitaient respectivement à 1,9 % et 2,6 %. Il faut noter, qu'en la matière, les

[1] *La retenue de garantie a pour seul objet de couvrir les réserves à la réception des travaux, fournitures ou services ainsi que celles formulées, le cas échéant, pendant le délai de garantie.*
[2] *À titre de comparaison, la retenue est actuellement remboursée dans un délai de 30 jours à compter de la date d'expiration du délai de garantie.*

collectivités territoriales sont un élément moteur, puisque les clauses sociales et environnementales apparaissent dans, respectivement, 10,2 % et 8,7 % de leurs marchés.

Lors de son audition par la mission d'information, l'économiste Stéphane Saussier a souligné que l'introduction de ce type de clauses pouvait produire des effets économiques pervers. Une clause d'insertion sociale ou environnementale **peut en effet exclure certaines entreprises de l'appel d'offres** et réduire ainsi la concurrence. Il a rappelé également que, théoriquement, d'autres outils plus efficaces existent pour atteindre ces objectifs comme la fiscalité écologique.

La mission d'information estime cependant que ces **effets d'éviction** qui pourraient conduire à éliminer une offre économiquement et techniquement pertinente (notamment dans le cas de PME) au motif qu'elle permet insuffisamment de promouvoir des objectifs environnementaux ou sociaux risquent davantage de se produire si les clauses environnementales ou sociales sont des **critères d'attribution** du marché que s'il s'agit de **clauses d'exécution**.

En effet, si certaines entreprises (notamment des PME) peuvent avoir du mal à fournir, dès leur offre, des indications précises sur leurs engagements sociaux ou environnementaux, rien n'interdit à l'acheteur, dans la rédaction des **clauses d'exécution**, d'imposer au titulaire des contraintes spécifiques en matière environnementale ou sociale, en veillant à ce qu'elles ne soient pas inaccessibles à des PME. La mission recommande donc que les acheteurs qui le souhaitent utilisent ces clauses spécifiques au niveau des règles d'exécution des contrats.

L'organisation de la Conférence des Nations unies sur les changements climatiques à Paris (**COP 21**) en décembre 2015 constitue d'ailleurs une opportunité pour diffuser cette orientation.

Proposition n° 5 : faire des clauses sociales et environnementales des clauses d'exécution plutôt que des critères d'attribution

Enfin, la mission d'information constate que le projet de transposition la directive « *concessions* » 2014/23/UE[1] semble un peu moins ouvert que les normes communautaire concernant la possibilité de **réserver le contrat aux personnes handicapées ou défavorisées.**

Alors que la directive autorise cette réservation pour les entreprises dont **30** % du personnel répond à ces caractéristiques (art. 24), ce seuil s'élève à **50** % dans le projet de décret (art. 3), ce qui aurait pour effet de

[1] *Projet de décret soumis à consultation en juillet dernier.*

réduire le nombre de structures éligibles au dispositif. L'impact global de cette disposition sur le public visé reste difficile à évaluer.

3. Améliorer les conditions de la sous-traitance

a) Un cadre juridique amélioré par les directives de 2014

(1) Un cadre normatif de la sous-traitance stable, bien maîtrisé par les acteurs

Il est à noter la **grande stabilité du cadre juridique de la sous-traitance dans la commande publique**. Depuis 1975, ne sont intervenues que des évolutions mineures dans ce domaine.

Pour mémoire, les conditions dans lesquelles l'entrepreneur titulaire d'un marché public peut faire appel à un ou plusieurs sous-traitants, leur acceptation et l'agrément de leurs conditions de paiement, ainsi que les modalités de règlement de leurs prestations sont issus de la **loi n°75-1334 du 31 décembre 1975 relative à la sous-traitance** et détaillés aux **articles 112 à 117 du code des marchés publics**[1].

Les principales dispositions à retenir dans le droit en vigueur sont les suivantes :

- le code de marchés publics interdit de sous-traiter l'ensemble de la prestation (art. 112) ;

- le choix de sous-traiter à un tiers peut être opéré par une entreprise au moment de sa candidature (ce qui se produit en réalité dans un nombre très minoritaire de cas) ou en cours d'exécution du marché public ;

- la loi de 1975 précise que, dans les marchés de l'État, des collectivités locales, des établissements publics et des entreprises publiques, les sous-traitants directs doivent être acceptés et leurs **conditions de paiement agréées** par les acheteurs concernés. Cet agrément leur permet de vérifier la qualité et la situation juridique des sous-traitants qui leur sont proposés ;

- les articles 6 à 8 de la loi de 1975 et les articles 115 et 116 du code des marchés publics prévoient que le sous-traitant direct du titulaire d'un marché public a droit au **paiement direct** des prestations qui lui sont confiées, dès lors que le montant de sa créance est d'au moins 600 euros TTC.

(2) L'extension des règles relatives aux offres anormalement basses aux sous-traitants

Ce cadre stable et plutôt consensuel ne devrait être impacté que marginalement par la transposition des directives « *marchés* » 2014/24/UE

[1] *Les sous-traitants directs peuvent à leur tour contracter avec des sous-traitants, et ainsi de suite, dans les conditions fixées par la loi de 1975 sur la sous-traitance.*

et « *secteurs spéciaux* » 2014/25/UE du 26 février 2014, compatibles avec les dispositions du droit français.

La transposition de ces nouvelles mesures européennes devrait cependant permettre d'apporter **quelques précisions et compléments utiles**.

La plus importante figure à l'article 62 de l'ordonnance n° 2015-899 du 23 juillet 2015 relative aux marchés publics. Elle prévoit l'**extension des règles relatives aux offres anormalement basses aux sous-traitants.** Lorsque le montant des prestations sous-traitées semble anormalement bas, l'acheteur pourra exiger que l'opérateur économique lui fournisse des précisions et justifications sur le montant de ces prestations. Si, après vérification, l'acheteur établit que le montant des prestations sous-traitées est anormalement bas, « *il rejette l'offre lorsque la demande de sous-traitance intervient au moment du dépôt de l'offre ou n'accepte pas le sous-traitant proposé lorsque la demande de sous-traitance est présentée après le dépôt de l'offre, dans des conditions fixées par voie réglementaire* ».

b) Faire face au recours massif du travail détaché dans l'exécution des contrats de commande publique

Les conditions dans lesquelles les PME participent, en tant que sous-traitantes, à la commande publique se sont fortement dégradées, au cours des dernières années, en raison du **développement du travail détaché illégal** dans notre pays.

En 2013, on dénombrait 67 000 déclarations et 212 000 salariés détachés. Les 67 000 déclarations effectuées équivalent à plus de 7,4 millions de jours de détachement, soit plus de 32 000 équivalents temps plein (ETP). Le nombre de déclarations a progressé de 12 % par rapport à 2012 et le nombre de jours d'emploi détachés de 30 %, continuant ainsi la progression à deux chiffres observée depuis plusieurs années[1]. Toutefois, il faudrait ajouter à ces chiffres – déjà conséquents – de nombreux travailleurs détachés illégaux.

À titre de comparaison, il y aurait en Allemagne un million de travailleurs détachés[2], dont 100 000 dans l'industrie alimentaire (boucheries et abattoirs essentiellement), soit 80 % des emplois du secteur, 300 000 dans le secteur agricole, ainsi qu'une part importante des emplois dans les secteurs logistique et des transports[3].

Le recours croissant au travail détaché a été souligné lors de plusieurs auditions réalisées par la mission d'information. Un secteur d'activité comme le BTP, déjà fortement impacté par une conjoncture

[1] *Étude d'impact du projet de loi pour la croissance, l'activité et l'égalité des chances économiques, décembre 2014.*

[2] *Il s'agit du nombre de travailleurs détachés une année donnée, et non des ETP correspondants.*

[3] *Source : Johannes Jakob, chef du bureau de la politique du marché du travail, Fédération allemande des syndicats (DGB), rencontré par quatre membres de la mission d'information lors de leur déplacement à Berlin.*

difficile, fait aujourd'hui figure de secteur sinistré en raison de l'arrivée massive de travailleurs détachés employés dans des conditions illégales. Dans certains gros chantiers publics en France, l'on ne trouve presque pas de salariés résidant en France. Ce n'est pas une situation économiquement et politiquement saine.

Certes cette question du travail détachée déborde du cadre de la mission, puisqu'elle concerne autant la commande privée que publique. Le rapporteur ne pouvait toutefois pas l'ignorer compte tenu de ses conséquences économiques, sociales et politiques. La commande publique se doit en effet d'être exemplaire. Elle doit être utilisée comme un levier pour la croissance et l'emploi. Or, si nos concitoyens et nos PME devaient constater que le recours au travail détaché permet de moins en moins aux territoires et aux entreprises locales de bénéficier des retombées économiques de la commande publique financée par leurs impôts, cela poserait à terme un vrai problème d'acceptabilité politique des règles européennes.

(1) Un essor déstabilisant du travail détaché alimenté par les écarts sensibles de taux de cotisations sociales entre États membres

Régi par la **directive européenne 96/71/CE** du 16 décembre 1996 sur le détachement des travailleurs, le détachement de salariés au sein de l'Union est en soi légal. En cas de détachement à l'étranger, les textes prévoient que c'est le **droit du travail du pays d'accueil et le droit de la sécurité sociale du pays d'origine qui s'appliquent**. Ainsi, par exemple, un salarié étranger détaché en France doit se voir appliquer les règles françaises en ce qui concerne le salaire minimum ou le repos journalier et hebdomadaire. En revanche, le régime des cotisations sociales applicables sera celui de son pays de provenance.

Il est évident que le différentiel parfois considérable de taux de cotisations sociales entre le régime applicable aux travailleurs résidents et celui applicable aux travailleurs détachés issus de certains pays de l'Union européenne crée des conditions propices à une mise en concurrence directe entre travailleurs résidents et travailleurs détachés. Dans un pays comme la France, où la qualité du système de protection sociale s'accompagne d'un niveau de cotisations relativement élevé, un donneur d'ordres pourra en effet être tenté de recourir à un sous-traitant étranger plutôt qu'à un sous-traitant installé en France ; une entreprise locale pourra également être tentée d'embaucher des intérimaires proposés par une société d'intérim basée à l'étranger.

Il serait **souhaitable**, pour éviter une substitution massive de travailleurs détachés aux travailleurs résidents dans certains secteurs d'activité, que **l'Union européenne s'engage rapidement dans une réforme de la directive sur le détachement des travailleurs en revenant sur le principe d'application du droit de la sécurité sociale du pays d'origine**. Il ne s'agit pas, ce faisant, de remettre en question la libre circulation des

travailleurs dans l'Union, mais d'éviter des distorsions de concurrence assimilables à du dumping social.

(2) Une action résolue contre le travail détaché illégal

À court terme, et à défaut de pouvoir s'attaquer à la cause première du problème, les pouvoirs publics en France se sont efforcés de limiter les effets déstabilisants de l'essor du travail détaché en ciblant le **travail détaché illégal**.

Il faut remarquer à cet égard que s'il permet des économies de cotisations sociales, l'emploi d'une main d'œuvre détachée occasionne aussi des surcoûts spécifiques (coût de transport et coût d'hébergement) qui tendent à compenser au moins partiellement le différentiel de cotisations. Un salarié détaché employé dans le respect de l'ensemble des règles de son pays d'accueil (et notamment des règles sur le temps de travail, sur la rémunération, sur la dignité de l'hébergement) est donc en réalité moins compétitif, à qualification égale, que ne le laisse penser la comparaison directe des prélèvements sociaux entre son pays d'origine et son pays de destination.

Le salarié détaché est en revanche incontestablement plus compétitif si, en plus de bénéficier d'un avantage lié aux cotisations sociales, son employeur profite aussi des difficultés de contrôle administratif propres au détachement pour tenter d'échapper aux règles sur le temps de travail, sur le repos, sur la rémunération (notamment des heures supplémentaires) ou sur l'hébergement.

C'est pourquoi **les difficultés de certains secteurs d'activité s'expliquent peut-être autant par les règles sur le détachement des travailleurs que par le recours massif à un travail détaché illégal**.

De fait, la fraude liée aux travailleurs détachés non déclarés est substantielle. Dans un rapport de septembre 2014, la Cour des comptes estime qu'elle est à l'origine d'une perte de recettes sociales de près de 380 millions d'euros par an[1].

(3) Une législation fortement « durcie » en 2014 et en 2015

Face à cette situation, les pouvoirs publics ont adopté depuis un an une série de mesures pour lutter contre le travail détaché illégal.

(a) La « loi Savary » de 2014

La loi n° 2014-790 du 10 juillet 2014 visant à lutter contre la concurrence sociale déloyale, dite **loi Savary**, a **renforcé les contrôles et**

[1] *Dans le cas des « faux travailleurs détachés », qui devraient en réalité être soumis au système français de cotisations sociales. Cette somme est estimée en se fondant sur l'hypothèse conventionnelle que ces emplois détachés non déclarés reviendraient, en l'absence de fraude, à des travailleurs non-détachés rémunérés au SMIC.*

sanctions contre les entreprises fautives. Elle est devenue applicable grâce au décret n° 2015-364 du 30 mars 2015 relatif à la lutte contre les fraudes au détachement de travailleurs et à la lutte contre le travail illégal.

(i) L'obligation de fournir divers documents sous peine d'amende (2 000 euros par travailleur détaché, dans la limite de 10 000 euros)

Ces textes permettent tout d'abord de **renforcer le contrôle par l'administration des déclarations préalables de salariés détachés en France**.

En effet, l'employeur établi hors de France est désormais tenu de désigner un représentant sur le territoire national pour accomplir en son nom les obligations qui lui incombent. L'employeur, via son représentant, doit notamment être en mesure de fournir à tout moment à l'inspection du travail l'autorisation de travail du salarié détaché, le document attestant d'un examen médical dans le pays d'origine, le bulletin de paie, un relevé d'heures indiquant les horaires de travail. L'entreprise étrangère doit également être en mesure de fournir les documents prouvant qu'elle exerce elle-même « *une activité réelle* » dans son pays.

Une **amende administrative de 2 000 euros par travailleur détaché** sanctionne le manquement à ces obligations de déclaration administrative (le montant total de l'amende ne pouvant toutefois être supérieur à 10 000 euros aux termes de la loi Savary).

(ii) L'obligation du donneur d'ordres et du maître d'ouvrage de demander certains documents, sous peine de connaître la même amende administrative que l'employeur et de devoir se substituer à lui pour certaines de ses obligations

Par ailleurs, la loi Savary instaure une **obligation de vigilance de la part du donneur d'ordres ou du maître d'ouvrage.**

Ce dernier doit en effet **vérifier que le prestataire étranger a bien rempli ses obligations de déclaration** et de désignation d'un référent. À défaut, il encourt lui-même **une sanction administrative identique** à celle encourue par le prestataire qui n'a pas effectué sa déclaration préalable.

Donneur d'ordres ou maître d'ouvrage doivent demander au sous-traitant, avant le début du détachement une copie de la déclaration de détachement transmise à la Direccte et une copie du document désignant le représentant. Ils sont réputés avoir procédé aux vérifications dès lors qu'ils se sont fait remettre ces documents.

Si l'employeur des travailleurs détachés n'a pas déclaré ces derniers, le donneur d'ordres ou maître d'ouvrage doit l'enjoindre à rétablir la situation dans les sept jours. Si tel n'est pas le cas, ils sont **tenus solidairement au paiement des rémunérations et indemnités dues à chaque salarié et des cotisations et contributions sociales** afférentes.

Lorsque le constat d'indignité du logement est établi, l'employeur dispose de vingt-quatre heures pour faire savoir au maître d'ouvrage ou au donneur d'ordres les mesures qu'il met en place. En cas d'absence de régularisation effective de la situation par l'employeur, **le maître d'ouvrage ou le donneur d'ordres est tenu de prendre sans délai à sa charge l'hébergement collectif des salariés**.

On rappelle en outre que **rien n'interdit à l'acheteur public de demander aux candidats d'indiquer s'ils ont l'intention de recourir au travail détaché**, et d'en tenir compte indirectement dans la notation de leur offre (au titre par exemple des compétences du personnel).

(iii) La possibilité de peines complémentaires

Enfin, la loi Savary autorise les juges à prononcer des peines complémentaires pour les principales infractions de travail illégal :

- inscription sur une « liste noire » accessible sur un site internet dédié, pour une durée maximale de deux ans, des personnes condamnées ;

- interdiction de percevoir toute aide publique pendant une durée maximale de cinq ans.

(b) Un dispositif renforcé par la « loi Macron » de 2015

Le dispositif de la loi Savary a été renforcé par la **loi n° 2015-990 du 6 août 2015 pour la croissance, l'activité et l'égalité des chances économiques** (dite « loi Macron ») :

- la nouvelle loi relève de 10 000 à **500 000 euros** le **montant total de la sanction administrative** encourue par le prestataire étranger, ainsi que par le donneur d'ordres ou le maître d'ouvrage qui recourt à ses services, en cas de violation des règles relatives à la déclaration préalable de détachement ;

- elle permet aux Direccte, après une injonction non suivie d'effet, de **suspendre l'activité d'un prestataire étranger** qui a détaché des salariés en violant les principales règles du droit du travail ;

- enfin, elle instaure une **carte d'identité professionnelle obligatoire pour tous les travailleurs présents sur des chantiers BTP**. Cette carte comporte les informations relatives au salarié, à son employeur, ainsi qu'à l'organisme l'ayant délivré. En cas de non-respect de cette formalité, l'employeur ou, le cas échéant, l'entreprise utilisatrice est passible d'une amende administrative d'un montant maximal de 2 000 euros par salarié, porté à 4 000 euros en cas de récidive[1].

[1] *Le montant total de l'amende ne pouvant être supérieur à 500 000 euros comme indiqué précédemment.*

(c) L'extension par l'ordonnance *« marchés publics »* du dispositif sur les offres anormalement basses à la sous-traitance

On rappelle en outre que l'ordonnance « marchés publics » étend le dispositif sur les offres anormalement basses à la sous-traitance (*Cf. supra*).

c) Lutter contre la fraude dans le pays d'origine

(1) L' « arsenal juridique » paraît désormais suffisant en ce qui concerne la situation des travailleurs détachés en France

Le rapporteur constate donc que, depuis un an, un important travail législatif et règlementaire a été accompli pour créer des outils capables de juguler l'essor massif du travail détaché illégal.

Un arsenal juridique assez complet reprenant la plupart des mesures réclamées par les professionnels des secteurs concernés est aujourd'hui en place. On peut donc espérer que ces nouveaux instruments seront suffisants pour faire face aux difficultés rencontrées jusqu'à présent dans la lutte contre la fraude au détachement.

En tout cas, il importe, avant d'en proposer de nouveaux ou de modifier ceux qui ont été créés, de **s'employer à les mettre pleinement en œuvre sans délai.** À cet égard, il est impératif que les corps de contrôle concernés par la fraude au travail détaché, à commencer par l'inspection du travail, soient fortement mobilisés sur le terrain pour que les normes édictées ne restent pas lettre morte. Le contrôle des chantiers doit devenir une priorité d'action pour ces personnels qui devront être mis en capacité d'intervenir au moment où les contrôles sont le plus efficace, c'est-à-dire en fin de semaine et la nuit.

(2) Le problème de la fraude aux cotisations sociales n'est toujours pas réglé

La mission d'information note cependant, comme l'a d'ailleurs récemment fait le Conseil économique, social et environnemental dans son avis sur les travailleurs détachés[1], que la fraude au droit du travail dans le pays de détachement n'est que l'un des deux volets du travail détaché illégal. La **fraude au droit de la sécurité sociale dans le pays d'origine** en constitue le second.

Le morcellement du droit applicable aux travailleurs détachés, avec d'un côté le droit du travail du pays d'accueil, dont le respect incombe principalement aux autorités du pays d'accueil, et, de l'autre, le droit social du pays d'origine, dont l'application effective relève de la responsabilité du pays d'origine, favorise les contournements.

[1] *Jean Grosset, Bernard Cieutat, « Les travailleurs détachés », avis présenté au nom de la section du travail et de l'emploi, CESE, 22 septembre 2015.*

D'une part en effet, la législation européenne, à travers le règlement n° 883-2004 portant sur la coordination des systèmes de sécurité sociale, pose un principe de coopération loyale entre les organismes sociaux des États membres de l'Union. En application de ce principe, dès lors que le salarié détaché, en produisant le formulaire A1[1], apporte la preuve qu'il est bien affilié aux régimes d'assurance obligatoire de son pays d'origine, le pays d'accueil perd toute compétence pour intervenir dans ce domaine, puisque les procédures de prélèvement et de contrôle sont censées être mises en œuvre par le pays d'origine. Le pays d'accueil doit donc se fier entièrement à la diligence et à l'efficacité des organismes sociaux du pays d'origine.

D'autre part, les organismes sociaux du pays d'origine en sont réduits à se fier aux déclarations des employeurs, car un contrôle de la réalité des déclarations supposerait d'exercer les vérifications dans le pays où travaillent effectivement les travailleurs détachés, c'est-à-dire dans le pays d'accueil.

En somme, le **droit communautaire a mis en place un système essentiellement déclaratif sans prévoir de mécanisme de contrôle de l'exactitude des déclarations**. Pourtant il est évident que l'employeur d'un travailleur détaché qui ne respecte pas les règles sur le salaire minimal ou la durée du travail en vigueur dans le pays d'accueil ne déclare vraisemblablement pas non plus dans son pays d'origine l'assiette réelle sur laquelle portent les cotisations sociales et qu'il ne paie donc pas l'intégralité des sommes dues.

La fraude sociale étant en quelque sorte le prolongement direct de la fraude au droit du travail, la suite naturelle de la lutte contre la première devrait être la lutte contre la seconde. Or, si la France a fortement renforcé ses outils de contrôle et de sanction dans le domaine du respect du droit du travail, la question du respect du droit social du pays d'origine a jusqu'à présent peu avancé. Comme le CESE, la mission d'information souhaite donc que des avancées concrètes aient lieu dans ce domaine également. On peut envisager à cet égard **plusieurs pistes de réforme**.

On pourrait ainsi envisager de **prélever en France les cotisations sociales pour le compte du pays d'origine** :

- la mission d'information souhaite qu'une réflexion s'engage de façon déterminée en vue de **faire évoluer le règlement n°883-2004 portant sur la coordination des systèmes de sécurité sociale.** Il serait envisageable en effet, même si l'on admet que le droit social du pays d'origine est bien le droit applicable aux travailleurs détachés[2], que les cotisations dues soient

[1] *Le formulaire E 101/A1 atteste que le salarié détaché est bien affilié aux régimes de protection sociale obligatoire de son pays d'origine et prouve que les cotisations de sécurité sociale n'ont pas à être versées dans l'État d'accueil.*

[2] *Autrement dit même si l'on reste dans le cadre de la directive de 1996 sur le détachement des travailleurs.*

prélevées dans le pays d'accueil pour être reversées ensuite au pays d'origine (déductions faites évidemment des frais de gestion). Il y a une justification technique forte à ceci, à savoir que seul le pays d'accueil dispose des moyens pour contrôler la réalité des assiettes sociales déclarées sur son territoire par les employeurs des travailleurs détachés ;

- à défaut ou dans l'attente d'une telle renégociation du règlement n° 883-2004, la mission d'information souhaite que le Gouvernement réfléchisse à la possibilité d'intégrer dans les **conventions de coopération bilatérale** organisant les modalités de détachement des travailleurs des clauses prévoyant la délégation au pays d'accueil de la responsabilité du prélèvement des cotisations sociales et du contrôle des déclarations d'assiette. En effet, il semble que le cadre législatif européen permette une telle délégation. Ce serait bien le droit social du pays d'origine qui s'appliquerait et les salariés seraient bien soumis à un unique corpus de règles. Simplement, la mise en œuvre des règles seraient déléguée au pays d'accueil pour une raison d'efficacité[1].

A défaut ou dans l'attente des mesures précédentes, il est nécessaire de pallier les défauts les plus criants du système déclaratif actuel. La mission soutient la proposition de CESE de **faire de la délivrance du formulaire A1 la condition préalable à tout détachement**. Elle souhaite également, au niveau national et international, une **meilleure coopération entre les organismes de contrôle**. L'inspection du travail, lorsqu'elle constate que le non-respect de certaines règles du droit du travail est susceptible d'avoir un impact sur la détermination des assiettes sociales, doit systématiquement en informer les organismes nationaux en charge du contrôle des prélèvements sociaux, et ces derniers doivent à leur tour partager cette information avec les organismes sociaux du pays d'origine afin qu'ils puissent procéder aux redressements d'assiette et appliquer les sanctions prévues par leur droit interne.

Le contexte européen actuel paraît propice à des avancées vers une meilleure régulation du recours au travail détaché.

Rappelons en effet qu'en décembre 2014, la Commission européenne a indiqué dans son programme de travail pour 2015 qu'elle entendait proposer un « *paquet sur la mobilité des travailleurs* ». Celui-ci viserait à améliorer la coordination des régimes de sécurité sociale et contiendrait une révision ciblée de la directive sur le détachement des travailleurs. Cette annonce n'a pas débouché, pour l'heure, sur un texte, mais il est important que la France fasse pression pour que ce sujet soit rouvert.

---

[1] *Des variantes sont possibles. Afin de ne pas alourdir excessivement les coûts de gestion ou éviter le risque de contentieux lié à l'application d'un droit étranger, on pourrait par exemple envisager que ce dispositif ne soit utilisé que si le pays d'accueil constate une fraude ; ou que le pays d'accueil se contente de transmettre au pays d'origine les données relatives à l'assiette, à charge pour ce dernier de calculer le montant des cotisations et de les prélever.*

Par ailleurs, la Commission européenne a présenté, en avril 2014, une proposition de décision visant à créer une « *plateforme de lutte contre le travail illégal* » qui pourrait réunir les différents organes nationaux en charge de la lutte contre le travail non déclaré (inspections du travail et des impôts, organismes de sécurité sociale et offices de contrôle des migrations). Cela pourrait constituer le cadre institutionnel adéquat pour avancer sur les questions de recouvrement de cotisations sociales.

Proposition n° 6 : Éviter que le recours aux travailleurs détachés dans les marchés publics conduise à une concurrence déloyale :

- rejeter les offres anormalement basses (*Cf.* recommandation n° 5) en particulier dans ce cas ;

- mobiliser les corps de contrôle concernés pour que les normes édictées ne restent pas lettre morte ;

- lutter contre la fraude dans le pays d'origine en faisant de la délivrance du formulaire A1 la condition préalable à tout détachement et examiner la possibilité de donner la faculté aux organismes sociaux du pays d'accueil de prélever, pour le compte du pays d'origine, les cotisations sociales ;

- renégocier la directive 96/71/CE, de manière à prévoir que le régime des cotisations sociales applicables est celui du pays d'accueil.

C. POUR UNE ÉCONOMIE DE PROXIMITÉ

1. Des collectivités attentives à l'impact de leurs achats sur l'économie locale

Les collectivités territoriales sont conscientes de l'impact de leurs achats sur l'économie locale.

Tel est en particulier le cas de celles qui, par le montant de leurs achats, ne peuvent se désintéresser de leurs conséquences économiques. On peut indiquer à cet égard que les 600 plus gros acheteurs locaux correspondent à près de la moitié de l'achat public local (*Cf.* encadré ci-après). Par ailleurs, la réforme territoriale va renforcer cette concentration.

Un achat public local plus concentré qu'il n'y paraît

Le chiffre de 130 000 acheteurs publics n'a guère de signification

Certains chiffres suggèrent une dispersion alarmante de l'achat public entre un très grand nombre d'acheteurs et un très grand nombre de marchés :

- le **nombre théorique d'acheteurs publics**[1] dans notre pays est ainsi considérable, puisqu'il dépasse 130 000. Il y a ainsi autant d'acheteurs en France que dans tout le reste de l'Union européenne ;

- s'il n'est pas connu avec exactitude, le nombre estimé des marchés publics[2] conclus dans notre pays est également très élevé, puisqu'il dépasse 250 000 et atteint peut-être même 400 000[3].

Toutefois, chaque année, l'OEAP recense seulement 5 000 acheteurs distincts et ses bases de données comportent à peine un peu plus de 10 000 acheteurs ayant fait parvenir à l'observatoire au moins une fiche de recensement.

Même si les *« mailles du filet »* de l'OEAP sont très larges et de nombreux acheteurs publics omettent d'accomplir les formalités de transmission des informations sur leurs marchés, le très faible **nombre d'acheteurs publics recensés par l'OEAP**[4] suggère qu'**une part prépondérante des acheteurs** théoriques **ne passent jamais ou presque de marchés supérieurs au seuil de 90 000** euros HT – raison pour laquelle ils échappent au *« radar »* de l'OEAP.

Sur les 40 000 collectivités territoriales, 600 réalisent la moitié des achats

Les lacunes du dispositif statistique relatif aux marchés publics ne permettent pas d'évaluer la concentration de l'achat public local.

Il est toutefois possible de réaliser un tel calcul, à partir des comptes administratifs des collectivités territoriales, en faisant la somme des agrégats relatifs aux dépenses d'*« achats et charges externes »* et d'*« équipement »* pour différentes catégories ou strates de collectivités, publiés par l'Observatoire des finances locales[5].

En s'appuyant sur ces données, et sur quelques hypothèses[6], on arrive aux résultats suivants :

- les communes de plus de 100 000 habitants, les départements et les régions, soit seulement **169 acheteurs** (0,4 % du total), représentent environ **un tiers des achats** des collectivités territoriales ;

- si l'on inclut dans cet ensemble les communes de plus de 20 000 habitants, le nombre d'acheteurs passe à **578** (1,5 % du total), pour **près de la moitié des achats** des collectivités territoriales.

---

[1] *Ce nombre théorique correspond au nombre de personnes publiques, privées ou de services administratifs dont les achats sont soumis aux règles de la commande publique. L'Insee en a dressé la liste exhaustive à partir des numéros SIRET associés à ces personnes.*

[2] *Il s'agit ici des contrats (plusieurs par marché en cas de marché alloti).*

[3] Cf. *annexe pour plus de détails sur la méthode d'estimation.*

[4] *10 000 acheteurs « actifs » par rapport aux 130 000 acheteurs « théoriques », soit moins de 10%.*

[5] *http://www.collectivites-locales.gouv.fr/files/files/OFL_2015%281%29.pdf.*

[6] *La mission d'information n'a pu obtenir les montants des deux agrégats précités par strate de communes. Elle a donc dû calculer des estimations à partir des populations concernées.*

2. Les collectivités territoriales ont vocation à favoriser l'achat local et les PME

Avant même l'adoption et la transposition en droit interne des directives de février 2014 sur les marchés publics, le droit applicable rendait possible la mise en œuvre, en matière de **restauration collective** notamment, de **politiques locales d'approvisionnement** tendant à favoriser une **offre de proximité** et ce en pleine conformité avec la jurisprudence communautaire[1].

a) Privilégier les circuits courts

L'article 53 du code des marchés publics, tel qu'issu du décret n° 2011-1104 du 14 septembre 2011, prévoit en effet que, pour attribuer un marché, le pouvoir adjudicateur peut se fonder sur une pluralité de critères non discriminatoires et liés à l'objet du marché, parmi lesquels les performances en matière de protection de l'environnement, les performances en matière de développement des approvisionnements directs de produits de l'agriculture ou les délais et la sécurité d'approvisionnement. « *Ainsi, les pouvoirs adjudicateurs peuvent à bon droit mettre en place une grille de critères pondérés dans laquelle les circuits courts prennent toute leur place* »[2].

Bien entendu, certaines précautions sont à prendre pour ne pas entrer en conflit avec les principes de la commande publique. L'acheteur public, en l'occurrence la commune ou l'intercommunalité, doit, au moment de la définition de son besoin, justifier que ses critères sont en lien avec l'objet du marché. Un tel lien peut, pour reprendre l'exemple précédent de la restauration scolaire, être établi en invoquant des objectifs de sensibilisation des enfants à l'équilibre alimentaire, de respect des saisonnalités ou encore de la connaissance de leurs produits régionaux.

Le ministère de l'agriculture, de l'agroalimentaire et de la forêt a d'ailleurs publié, en novembre 2014, un guide pratique, intitulé « Favoriser l'approvisionnement local et de qualité en restauration collective », qui rappelle les moyens et les précautions à prendre pour mettre en place une politique de restauration collective locale ancrée dans le tissu productif de proximité.

b) Privilégier certains groupements ou types d'entreprises

Par ailleurs, l'article 53 précité du code des marchés publics prévoit qu'un droit de préférence est attribué, à égalité de prix ou à équivalence d'offres, à l'offre présentée par une société coopérative ouvrière de production, par un groupement de producteurs agricoles, par un artisan, une

---

[1] *Qui ne permet pas de retenir des critères de choix liés à l'origine géographique des candidats (CJCE, 3 juin 1992, C-360/89).*

[2] *Assemblée nationale, question n° 28023 au ministère de l'agriculture. Réponse émise le 7 janvier 2014.*

société coopérative d'artisans ou par une société coopérative d'artistes ou par des entreprises adaptées.

C'est un autre levier pour favoriser une offre de proximité portée par des TPE ou des PME, même s'« *il n'est pas judicieux de parler de critère de proximité, car le localisme, au-delà de la notion de circuit court développée ci avant, reste prohibé* »[1].

D. FAVORISER LE DÉVELOPPEMENT DES PME INNOVANTES

La **commande publique** peut constituer un **moteur de l'innovation,** comme le démontre l'objectif de l'État de compter des PME innovantes parmi ses fournisseurs. Cela nécessite toutefois une réelle volonté de l'acheteur.

1. Étendre l'objectif d'attribution de 2 % des marchés publique à des PME innovantes en 2020 à l'ensemble des administrations publiques, et le porter à 4 % en 2025

a) Un objectif de 2 % en 2020 fixé en 2012 à l'État et à ses opérateurs

L'objectif 32 du Pacte national pour la croissance, l'économie et l'emploi, annoncé le 6 novembre 2012, est intitulé « *accompagner le développement des PME de croissance innovantes en mobilisant l'achat public* ». Il consiste à « *mobiliser l'achat public pour accompagner le développement des PME de croissance innovantes* ».

Cela correspond à un objectif de 2 % des achats de l'État et de ses opérateurs attribués aux PME innovantes à l'horizon 2020.

Cet objectif est ambitieux, si l'on prend en compte le fait, qu'en 2014, le taux a été de 0,01 % pour l'État et de 0,57 % pour ses établissements publics.

b) Un objectif à porter à 4 % en 2025 pour l'ensemble des administrations publiques

La mission d'information considère que cet objectif d'attribution de 2 % des marchés à des PME innovantes en 2020 **doit être étendu à l'ensemble des administrations publiques, et en particulier aux collectivités territoriales**.

En effet, les dépenses de R&D augmentent le PIB potentiel. Contrairement à la plupart des autres dépenses, elles sont donc bénéfiques non seulement à court terme, mais aussi à long terme.

Quelques calculs suggèrent (de manière purement illustrative) que l'impact sur le PIB pourrait être de 0,2 point à l'horizon 2035, voire **0,4 point**

[1] *Comme le souligne la réponse ministérielle précitée.*

à l'horizon 2040, si la part des PME innovantes dans les achats publics était portée à 2 % en 2020 puis à **4 %** en 2025.

Quel impact sur le PIB de l'attribution d'une partie des achats publics à des PME innovantes ?

L'attribution de 2 % des achats des administrations publiques à des PME innovantes (contre quasiment 0 % aujourd'hui) correspond à un montant global de l'ordre de 3 milliards d'euros (si l'on retient une « assiette » de marchés d'un peu moins de 200 milliards[1]).

On peut supposer, de manière optimiste, que, sur ce montant, 1,5 milliard correspond à des dépenses de R&D (ou à des dépenses d'innovation ayant un impact comparable).

Ce montant de 1,5 milliard équivaut à la moitié de celui de la réforme du crédit d'impôt recherche (CIR) de 2008, de l'ordre de 3 milliards d'euros.

Dans un rapport[2] de 2012 de la commission des finances du Sénat, notre collègue Michel Berson calculait que cette réforme augmentait vraisemblablement le PIB de 0,4 point de PIB au bout de 15 ans[3].

Par analogie, on peut évaluer l'impact de l'attribution de 2 % des achats des administrations publiques à la moitié de ce montant. Le PIB serait donc accru de **0,2 point de PIB** à l'horizon 2035.

Si l'effort était poursuivi entre 2020 et 2025, ce taux étant alors porté de 2 % **à 4 %**, l'impact sur le PIB de long terme serait doublé, et donc porté à environ **0,4 point de PIB** à l'horizon 2040.

Proposition n° 7a : étendre l'objectif de part des PME innovantes dans le montant des achats publics à l'horizon 2020 (actuellement de 2 %) à l'ensemble des administrations publiques, et le porter à 4 % à l'horizon 2025.

2. Se donner les moyens d'atteindre cet objectif

a) Ouvrir le jeu en permettant les variantes

Il existe un moyen simple de favoriser l'achat public innovant : les **variantes techniques** qui permettent aux candidats de répondre au besoin de l'acheteur en proposant une solution technique différente de ce que préconise le cahier des charges techniques.

En l'état actuel du droit, l'article 50 du code des marchés publics prévoit que :

---

[1] *Le montant de 260 milliards d'euros mentionné notamment en introduction concerne l'ensemble des achats publics. On se limite ici aux seuls marchés des administrations publiques.*

[2] *Rapport n°677, 18 juillet 2012.*

[3] *Scénario d'effet de levier de 1 (un euro de CIR augmentant les dépenses de R&D d'un euro).*

- dans le cas des MAPA, les variantes sont autorisées, sauf si elles sont explicitement prohibées par le pouvoir adjudicateur ;

- dans le cas des appels d'offre, c'est le contraire : elles sont interdites sauf si elles sont explicitement autorisées par le pouvoir adjudicateur.

Cette restriction applicable aux appels d'offre entre en contradiction avec la logique de l'achat innovant. Il convient ainsi **d'étendre aux appels d'offres la règle selon laquelle, sauf indication contraire, les variantes sont autorisées**. Cet ajustement pourrait être réalisé dans le cadre du décret d'application de l'ordonnance n° 2015-899 du 23 juillet 2015 relative aux marchés publics.

Selon la Commission européenne, en 2009 la France autorisait les variantes dans environ un tiers des cas, contre près de 40 % pour l'Allemagne. Il y a donc une marge de progression possible.

Proportion des contrats acceptant des variantes (2009)

	Taux
France	33%
Allemagne	39%
Royaume-Uni	38%
Italie	20%
Espagne	7%
Pologne	1%

Source : document de travail de la Commission européenne, "*Evaluation Report – Impact and Effectiveness of EU Public Procurement Legislation*", 27 juin 2011

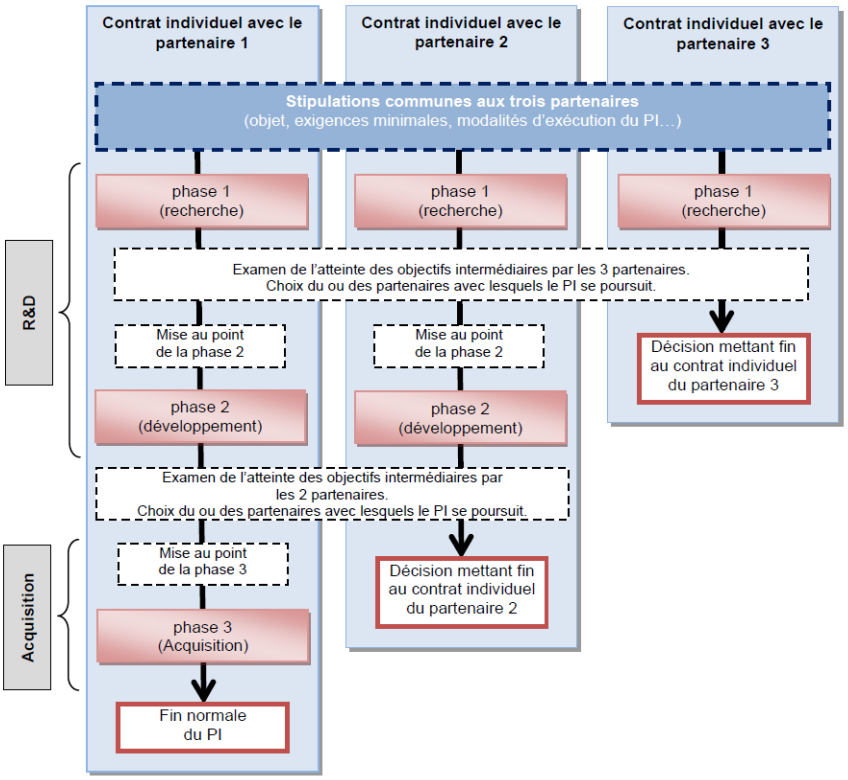
b) Encourager et sécuriser le recours au partenariat d'innovation

En parallèle du dialogue compétitif qui permet de développer une ou plusieurs solutions avec les entreprises pour un besoin complexe[1], un outil spécifique à l'innovation a été créé en 2014 : le **partenariat d'innovation**[2]**,** destiné à faire émerger des solutions répondant à un besoin que ne peut être satisfait par les produits disponibles dans la sphère marchande.

Ce marché permet à l'acheteur de contracter avec une ou plusieurs entreprises pour mener toutes les phases de conception du produit : recherche et développement, réalisation d'un prototype, achat du « *produit fini* ». Des objectifs sont fixés pour chaque phase et l'acheteur reste libre de mettre fin au marché ou de réduire le nombre d'entreprises consultées au fil de la procédure.

[1] Cf. *l'actuel article 36 du code des marchés publics.*
[2] *Décret n° 2014-1097 du 26 septembre 2014 portant mesures de simplification applicables aux marchés publics.*

Structuration du partenariat d'innovation



Source : direction des affaires juridiques (DAJ) des ministères économiques et financiers

Les auditions du rapporteur conduisent toutefois à **douter de l'opérationnalité de ce dispositif**, notamment au regard de sa complexité juridique. Comme l'a souligné Florence Jacquemot de la Chambre de commerce et d'industrie (CCI) Paris Ile-de-France lors de son audition du 18 juin 2015, *« la transposition en droit interne du partenariat d'innovation est achevée, mais ne permet pas son utilisation »*.

Les acheteurs semblent avoir des difficultés à intégrer cette procédure complexe. Il serait donc opportun que l'**État** joue un **rôle pédagogique** en établissant un guide relatif aux partenariats d'innovation. Les services de l'État pourraient également **mettre eux-mêmes en œuvre ce type de marchés** et partager leur expérience avec les autres acheteurs publics afin de mettre en lumière les bonnes pratiques à intégrer et les pièges à éviter.

En outre, le seul fait pour l'acheteur public d'avoir à **démontrer qu'aucun produit n'existe dans la sphère marchande** pour répondre à son besoin constitue une difficulté. L'acheteur public n'est pas à l'abri, en effet, qu'une entreprise qu'il ne connaissait pas se manifeste après le lancement d'un partenariat d'innovation et affirme pouvoir lui fournir ce produit, ce qui constituerait une source majeure de contentieux.

Pour répondre concrètement à cette problématique, la mission d'information propose de **créer un avis de publicité allégé spécifique aux**

partenariats d'innovation. Il s'agirait pour l'acheteur d'annoncer son attention de lancer un tel marché sauf si une entreprise pouvant répondre à son besoin se manifeste. Si tel n'est pas le cas, l'acheteur aura alors démontré qu'aucun produit n'existe et il pourra lancer un partenariat d'innovation en toute sécurité juridique.

c) Sensibiliser les principaux acheteurs à l'achat public innovant

Comme indiqué précédemment, l'achat public est assez concentré, les 600 principaux acheteurs locaux représentant environ la moitié de l'achat public local. Ce sont eux qui ont la capacité de développer l'achat innovant.

Le service des achats de l'État pourrait sensibiliser ces acteurs aux enjeux de l'achat public innovant, et en particulier à la nécessité de recourir au « *sourçage* ».

d) Ouvrir la plate-forme des achats d'innovation de l'État à l'ensemble des administrations publiques

La **plate-forme des achats d'innovation**[1], mise en œuvre par l'association Pacte PME pour le Service des achats de l'État (SAE), permet aux entreprises de se signaler, en amont du lancement des marchés, soit en répondant à un appel à compétences[2] soit en transmettant une proposition spontanée.

L'État ou l'établissement public concerné peut alors sélectionner les entreprises qu'il souhaite rencontrer lors d'un rendez-vous direct. Il semble donc opportun d'ouvrir ce dispositif aux autres acheteurs publics.

Proposition n° 7 (suite) : Favoriser l'innovation dans les marchés publics en :

b. étendant aux appels d'offres la règle selon laquelle, sauf indication contraire du pouvoir adjudicateur, les variantes sont autorisées ;

c. sécurisant les partenariats d'innovation ;

d. ouvrant la plate-forme des achats d'innovation à l'ensemble des administrations publiques, en particulier aux collectivités territoriales

[1] http://www.achatspublics-innovation.fr/

[2] *Par exemple, une consultation du site réalisée en septembre 2015 concerne des* « systèmes d'arrêt des véhicules non coopératifs ».

II. L'IMPACT DE LA RÉDUCTION DU DÉFICIT SUR LA COMMANDE PUBLIQUE

A. LE PROGRAMME DE STABILITÉ D'AVRIL 2015

1. Une baisse programmée de l'achat public en 2014-2018

La politique de réduction du déficit public du Gouvernement de 2014 à 2018 repose sur la maîtrise des dépenses publiques[1].

Il résulte des données figurant dans le programme de stabilité d'avril 2015[2] que, par rapport à la tendance en 2014-2018, l'effort programmé sur les achats publics est de 35 milliards d'euros[3] :

- 15 milliards pour les consommations intermédiaires ;

- 20 milliards pour la formation brute de capital fixe.

Par rapport à 2013, la formation brute de capital fixe (FBCF) diminuerait de 10 milliards d'euros. Ce serait la seule catégorie de dépenses en diminution significative. La mission d'information considère toutefois qu'il convient de **préserver l'investissement public**, et de faire porter l'effort sur les dépenses de fonctionnement.

2. D'importantes mesures de soutien de la commande publique

a) Des mesures pour préserver l'investissement local

Lors de la réunion du comité interministériel aux ruralités du 14 septembre dernier, le Président de la République a annoncé diverses mesures tendant à soutenir l'investissement local :

- création d'un fonds pour l'investissement local doté d'un milliard d'euros ;

---

[1] *Selon le programme de stabilité d'avril 2015, en 2014-2018 les mesures nouvelles sur les prélèvements obligatoires augmenteront le déficit de 0,2 point de PIB, alors que l'effort sur les dépenses le diminuera de 3 points de PIB. Parmi les allégements de prélèvements obligatoires, on peut mentionner notamment la monté en puissance du crédit d'impôt pour la compétitivité et l'emploi (CICE) et du Pacte de responsabilité et de solidarité, ou l'allégement d'impôt sur le revenu prévu en 2016 en faveur des ménages modestes.*

[2] *Tableau de la page 77, somme des lignes* « Consommations intermédiaires » *et* « Formation brute de capital fixe ».

[3] *De 2001 à 2013, l'ensemble des dépenses publiques ont augmenté en moyenne de 34 milliards d'euros par an, ce qui correspondrait à une augmentation de 170 milliards d'euros en 2014-2018. Or, le programme de stabilité prévoit une augmentation des dépenses publiques de seulement 90 milliards d'euros en 2014-2018. L'écart, de 80 milliards d'euros, peut être considéré comme correspondant aux économies réalisées par rapport à la tendance.*

- élargissement des remboursements de TVA réalisés par le Fonds de compensation de la TVA (FCTVA), pour un montant de 140 millions d'euros par an.

b) Le plan Juncker et le programme des investissements d'avenir

Le programme de stabilité d'avril 2015 prend en compte le **plan Juncker** de décembre 2014 et les **investissements d'avenir,** lancés en 2010. Si comptablement ces programmes n'auront qu'un impact marginal sur les achats publics de la France, leur importance ne doit pas être sous-estimée. Ils sont en effet à l'origine d'effets d'entraînement (« ***effet levier*** ») permettant une hausse de la commande publique et privée supérieure à la somme initialement dépensée.

Dans le cas du plan Juncker, la quasi-totalité des 40 milliards d'euros que la France espère obtenir sur trois ans sont des investissements privés, qui pourront être matérialisés dans le cadre de concessions et de partenariats public-privé.

Le plan Juncker

Annoncé en décembre 2014, le plan Juncker vise à stimuler l'investissement en Europe à hauteur de 315 milliards d'euros sur trois ans, la **France** devant bénéficier pour sa part du plan à hauteur de **40 milliards**, selon les estimations du ministre de l'économie.

La somme de 315 milliards correspond à l'estimation du surcroît d'investissement auquel on peut s'attendre compte tenu de l'effet de levier des 21 milliards d'euros qui seront engagés, sous forme de garanties ou de fonds propres, par le Fonds européen pour les investissements stratégiques (**FEIS**).

Il est à noter que le plan Juncker vise principalement la stimulation de l'investissement privé du fait même de ses critères d'éligibilité. En effet, les projets pouvant bénéficier d'un financement doivent attirer des capitaux privés en palliant les défaillances du marché (la Commission européenne précise que la participation d'investisseurs privés est un aspect essentiel du mécanisme) et être économiquement et techniquement viables (ce qui dans le lexique propre des institutions européennes signifie que les projets devront permettre de dégager un résultat d'exploitation permettant la rémunération des capitaux engagés).

Le plan Juncker pourra contribuer à soutenir certains projets sous forme de partenariats public-privé ou sous forme de concessions.

De même, si comptablement le programme des investissements d'avenir (PIA) – qui finance notamment le Plan numérique, particulièrement important pour les PME – correspond en quasi-totalité à des subventions, il s'agit bien d'investissements au sens large, comme en témoigne son intitulé. Les décaissements des administrations publiques ont été de 4 milliards d'euros en 2014, contre 2 milliards en 2012 et en 2013. Ce relatif dynamisme atténue la baisse de l'investissement public « *classique* ».

Les décaissements des administrations publiques au titre du programme des investissements d'avenir

(en milliards d'euros)

	2010	2011	2012	2013	2014
Décaissements	0,91	0,98	2,28	1,98	4,29

Source : commissariat général à l'investissement, réponse au questionnaire du rapporteur

Le programme d'investissements d'avenir

Le programme d'investissements d'avenir (PIA), décidé en 2010, était doté initialement d'une enveloppe de **35 milliards d'euros** ; le deuxième, décidé en 2013, apporte **12 milliards d'euros** de crédits supplémentaires. Une partie de ces sommes est constituée de dotations non consommables : placées, elles permettent aux organismes qui en bénéficient, notamment les universités et les organismes de recherche, de bénéficier des intérêts générés.

Au total, ce sont déjà plus de 32 milliards d'euros de crédits qui ont été engagés, environ pour moitié sous forme de dotations non consommables, et 9 milliards d'euros qui ont été décaissés[1].

Si cette enveloppe ne finance pas forcément de l'investissement public au sens strict (en ce sens que l'intégralité des crédits du PIA n'alimente pas la formation brute de capital fixe des administrations publiques), elle est cependant utilisée par **les grands opérateurs de l'État** partenaires du PIA (Commissariat à l'énergie atomique, Ademe, BPI, etc.) pour financer tout ou partie des projets de recherche, d'innovation ou de développement industriels conduits par des acteurs publics ou en partenariat avec ces derniers, notamment dans le cadre de pôles de compétitivité.

Le commissariat général à l'investissement, qui est aussi chargé de l'évaluation du PIA, chiffre ainsi à près de 25 milliards d'euros le montant des cofinancements accompagnant l'engagement des crédits du plan lui-même et il indique que, sur ces 25 milliards d'euros, 6 proviennent des collectivités locales, 1,4 des opérateurs publics partenaires et 1,2 d'autres financeurs publics.

La mission d'information considère que le plan Juncker et les investissements d'avenir doivent autant que possible bénéficier aux PME.

B. LA RECHERCHE D'ÉCONOMIES PAR LES ADMINISTRATIONS PUBLIQUES

Dans ce contexte budgétaire très contraint, les administrations publiques se sont fixé des objectifs de baisse des prix, dits de « *gains achat* » :

- le ministère de la santé a lancé début octobre 2011 le programme « *performance **hospitalière** pour des achats responsables* » (PHARE), qui doit permettre 540 millions d'euros d'économies par an à partir de 2017[1] ;

[1] *Rapport relatif à la mise en œuvre et au suivi des investissements d'avenir, annexe au projet de loi de finances pour 2015.*

- le comité interministériel pour la modernisation de l'action publique (CIMAP) du 2 avril 2012 a fixé pour l'**État** et ses établissements publics un objectif global de gains achats sur la période triennale 2013-2015 de 2 milliards d'euros, soit près de 670 millions d'euros par an. Cet objectif ne sera probablement pas atteint[2].

La réduction de 12,2 milliards d'euros en 2014-2017 des dotations de l'État amènera nécessairement les collectivités territoriales à chercher à réaliser des gains achats. Toutefois elles ne disposent bien souvent pas des compétences nécessaires. L'État doit donc **mettre en place dès 2016 un dispositif de formation et de conseil aux collectivités territoriales**.

Il s'agit de privilégier les gains achat « v*ertueux* » (meilleure définition du besoin, standardisation, mutualisation…) et non ceux comprimant des marges des entreprises de manière excessive. Ils porteraient essentiellement sur des marchés de fournitures courantes, ce qui permettrait de dégager des marges de manœuvre en investissement.

Une **meilleure détection des pratiques anticoncurrentielles**, notamment par la DGCCRF et l'Autorité de la concurrence, permettrait également de réduire « *intelligemment* » les prix[3].

III. RÉDUIRE LE COÛT DE LA PROCÉDURE

A. UN COÛT DE PROCÉDURE QUI POURRAIT ATTEINDRE 3 MILLIARDS D'EUROS PAR AN, ESSENTIELLEMENT SUPPORTÉ PAR LES ENTREPRISES

1. Un coût de procédure d'environ 30 000 euros par marché, selon la Commission européenne

Selon la **Commission européenne[4]**, le coût de la mise en concurrence dans le cadre des marchés publics est en moyenne dans l'Espace économique européen de l'ordre de **30 000 euros par marché, répartis entre environ 6 000 euros pour les pouvoirs adjudicateurs et 4 000 euros pour chacune des 6 entreprises candidates (soit en moyenne 2 pour chacun des 3 lots[5]).**

---

[1] *Montant des nouveaux gains achats réalisés chaque année depuis 2012.*

[2] *Les gains achats auraient donc dû être de plus de 1,3 milliard d'euros fin 2014. Or, ils n'ont été que de 981 millions d'euros. Au total, les gains achats de l'État et de ses établissements publics en 2013-2015 seront probablement de l'ordre de 1,5 milliard d'euros, et non 2 milliards d'euros.*

[3] *Lors de son audition par la mission d'information, Virginie Beaumeunier, rapporteure générale de l'Autorité de la concurrence, a indiqué, en s'appuyant sur quelques exemples, que le surprix lié à l'existence d'un cartel semblait compris entre 10 % et 20 %.*

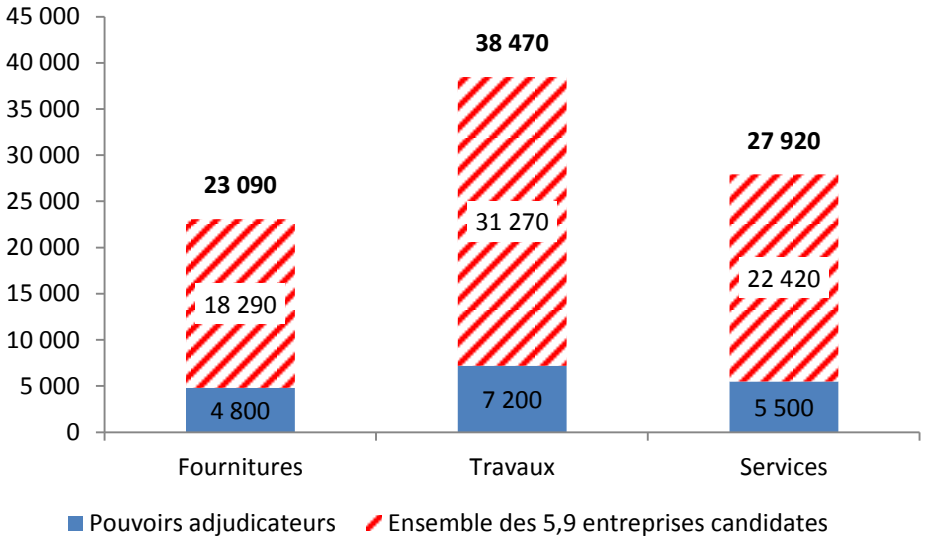
[4] *Commission européenne, « Impact and Effectiveness of EU Public Procurement Legislation », SEC(2011) 853 final, document de travail, 27 juin 2011.*

[5] *En 2008, 28 % des marchés ont été allotis (avec en ce cas 8 lots en moyenne), d'où un nombre moyen de 3 lots par marché.*

Le coût de la mise en concurrence, par type de marché, selon la Commission européenne

(dans l'Espace économique européen ; les marchés peuvent comprendre plusieurs lots)

(en euros)



Source : d'après PwC, London Economics, Ecorys, in Commission européenne, « Impact and Effectiveness of EU Public Procurement Legislation », SEC(2011) 853 final, document de travail, 27 juin 2011

L'originalité de l'estimation de la Commission européenne est de prendre en compte le coût **non seulement** pour l'acheteur public, mais aussi pour les **entreprises candidates**.

Ses ordres de grandeur sont confirmés par les études existant dans le cas des **seuls acheteurs** publics. Ainsi, dans un article[1] publié en 2011, Thierry Beaugé, formateur et consultant dans le domaine des marchés publics, estime le coût de gestion d'un MAPA pour les administrations publiques à 3 162 euros de coûts directs (correspondant en quasi-totalité à 19 personnes jours, ce qui est proche des 22 personnes jour de l'étude précitée de la Commission européenne[2]), auxquels s'ajoutent des coûts indirects estimés, de manière largement conventionnelle, à 3 000 euros, soit environ **6 000 euros** au total.

2. Un coût global potentiellement élevé

Le nombre de marchés publics en France n'est, on l'a vu, pas connu avec précision. Si l'on suppose qu'il y en a 100 000 (avec chacun 4 lots en moyenne), l'estimation de la Commission européenne[3] correspond à des

[1] *« Lettre d'actualité sur les marchés publics n°03-2011 », Thierry Beaugé Conseil, novembre 2011.*
[2] *Qui concerne les marchés supérieurs aux seuils communautaires, soit les appels d'offres.*
[3] *Qui, il est vrai, ne concerne pas spécifiquement la France.*

coûts de l'ordre de 3 milliards d'euros (dont la moitié pour les acheteurs). Si l'on suppose que le montant total des marchés est de l'ordre de 200 milliards d'euros[1], cela correspond à 1,5 % du montant des marchés.

Il ne s'agit bien entendu que d'ordres de grandeur.

B. COMMENT RÉDUIRE LE COÛT DE LA PROCÉDURE ?

1. Les simplifications en cours

Conscient de la complexité des procédures de la commande publique, le Gouvernement a engagé une démarche de rationalisation. Il a créé plusieurs instruments de simplification qu'il convient aujourd'hui de conforter.

a) Les marchés publics simplifiés

Expérimentés depuis avril 2014, les marchés publics simplifiés (MPS) permettent aux entreprises de **se porter candidates** à un marché public en **ne transmettant que leur numéro SIRET**[2] et non les diverses attestations de conformité aux règles sociales et fiscales requises par l'actuel article 46 du code des marchés publics (extrait Kbis, attestations URSSAF, *etc.*).

Les MPS font partie du projet « ***dites-le nous une seule fois*** » qui consiste à éviter qu'une même information ne soit demandée plusieurs fois aux citoyens grâce à la mutualisation des informations détenues par les administrations (collectivités territoriales, administrations fiscales et sociales, *etc.*)[3]. Le décret n° 2014-1097 du 26 septembre 2014 portant mesures de simplification applicables aux marchés publics prévoit ainsi que « *les candidats ne sont pas tenus de fournir les documents et renseignements que le pouvoir adjudicateur peut obtenir directement par le biais d'un système électronique de mise à disposition d'informations administré par un organisme officiel ou d'un espace de stockage numérique, à condition que figurent dans le dossier de candidature toutes les informations nécessaires à la consultation de ce système ou de cet espace et que l'accès à ceux-ci soit gratuit* »[4].

---

[1] *Le montant de 260 milliards d'euros indiqué notamment dans l'introduction correspond à l'ensemble des achats publics.*

[2] *Composé de quatorze chiffres, le numéro SIRET permet l'identification administrative de la société.*

[3] *Outre les marchés publics simplifiés, ce projet tend également à développer les* « aides publiques simplifiées » *(APS) qui permettent aux entreprises de solliciter une subvention publique à partir de leur numéro SIRET.*

[4] *Ce décret dispose également que* « le pouvoir adjudicateur peut prévoir, dans l'avis d'appel public à la concurrence ou dans les documents de la consultation, que les candidats ne sont pas tenus de fournir les documents et renseignements qui lui ont déjà été transmis dans le cadre d'une précédente consultation et qui demeurent valables ».

D'après le Gouvernement, les marchés publics simplifiés offrent un **gain de temps de deux heures par marché** aux entreprises candidates et pourraient dégager, à terme, une économie de 60 millions d'euros par an[1].

Ce nouveau dispositif est encore en phase d'expérimentation. **2 086 marchés publics simplifiés** ont été **attribués** au 4 juillet 2015 par 450 acheteurs[2], ce qui représente environ 1,8 % des marchés signés sur le territoire français.

Il faut généraliser cette expérimentation, comme l'a récemment constaté un rapport fait au nom de la commission des lois du Sénat par nos collègues Hugues Portelli et Jean-Pierre Sueur[3].

Proposition n° 8 : généraliser les marchés publics simplifiés

b) Le document unique de marché européen (DUME)

Prévu par l'article 59 de la directive 2014/24/UE pour les marchés dont le montant est supérieur aux seuils communautaires, le DUME est un document que la Commission européenne doit élaborer sous la forme d'un règlement et qui permettra de **centraliser en un document unique les informations demandées au stade de la candidature** (chiffre d'affaires, recours à la sous-traitance, *etc.*).

Le DUME constitue une déclaration sur l'honneur des candidats. Ces derniers sont alors dispensés de produire leurs attestations fiscales et sociales. L'acheteur public peut vérifier à tout moment les informations qui y figurent et devra, en tout état de cause, procéder à une telle vérification pour l'entreprise désignée attributaire du marché.

Le contenu de ce document unique est toujours en négociation au niveau communautaire plus d'un an et demi après la publication de la directive précitée. La négociation s'avère compliquée car les États membres, au premier rang desquels la France, souhaitent une simplification du document proposé par la Commission.

Le **projet de DUME** qui a été mis à la disposition de la mission **est encore très complexe** : il compte quatorze pages et requiert de la part des candidats des informations qui semblent peu utiles comme la date d'une

---

[1] *Le Gouvernement ne précise pas la nature de son calcul, mais indique retenir une hypothèse de 300 000 contrats annuels. Si l'on suppose que 300 000 contrats sont conclus chaque année, qu'il y a trois candidats par contrat (dont un seul devant effectivement fournir les pièces), et que le coût horaire est de 40 euros, on parvient bien à cet ordre de grandeur.*

[2] *Source : contribution écrite du secrétariat d'état chargé de la réforme de l'État et de la simplification.*

[3] *Rapport n° 629 (2014-2015) relatif au bilan d'application de la loi n° 2013-1005 du 12 novembre 2013 habilitant le Gouvernement à simplifier les relations entre l'administration et les citoyens (http://www.senat.fr/rap/r14-629/r14-6291.pdf).*

éventuelle condamnation pénale de leurs dirigeants, le ratio de leurs actifs par rapport à leurs dettes, *etc*.

En l'état, il ne constitue donc pas un outil de simplification et doit encore être drastiquement simplifié pour devenir opérationnel.

Proposition n° 9 : simplifier le document unique de marché européen (DUME) pour le rendre opérationnel

c) L'augmentation du seuil des MAPA

Dans une optique de simplification, le Gouvernement a publié un **décret**[1] qui fait passer le **seuil** en dessous duquel les acheteurs publics sont **dispensés de publicité** et de mise en concurrence préalables de 15 000 euros HT à **25 000 euros** HT au 1er octobre 2015 pour les **pouvoirs adjudicateurs** et de 20 000 euros HT à **25 000 euros** HT pour les **entités adjudicatrices**.

La mission d'information soutient cette initiative qui réduira la charge administrative des acheteurs publics et des entreprises. Elle regrette toutefois que le Gouvernement ne soit pas en mesure de chiffrer son impact financier[2], ce qui prouve une nouvelle fois l'existence d'un *« trou noir statistique »* (*Cf. infra*).

Le seuil de 25 000 euros HT proposé par le Gouvernement semble raisonnable. Il aurait toutefois vraisemblablement été possible de le porter sans grand risque à **40 000 euros HT**, comme le suggère l'encadré ci-après.

Le seuil inférieur idéal pour les MAPA : entre 20 000 et 80 000 euros HT ?

Plus le seuil de dispense de procédure est fixé à un niveau élevé, plus le coût de la procédure est faible, mais plus les « *mauvais* » acheteurs paient des prix élevés[3]. La question est de savoir quel phénomène l'emporte sur l'autre.

Le tableau ci-après suggère que le seuil idéal se situe entre 20 000 euros et 80 000 euros, en fonction des hypothèses que l'on retient relativement à ces deux phénomènes.

Par exemple, si on suppose que le surcoût de la « *procédure MAPA* » est de 2 000 euros pour l'acheteur, et que la réduction de la concurrence augmente les prix de 5 % en moyenne, les deux phénomènes s'équilibrent pour un seuil de 2 000/0,05 = 40 000 euros.

[1] *Décret n° 2015-1163 du 17 septembre 2015 modifiant certains seuils relatifs aux marchés publics*.

[2] Cf. *la page 13 de l'étude d'impact du projet de décret mettant en œuvre cette mesure et disponible au lien suivant :* http://www.economie.gouv.fr/files/files/directions_services/daj/marches_publics/actualites/PJ-02-Fiche-impact-Decret-seuils-CMP-19-08-2015.pdf

[3] *Dans une étude pour la Commission européenne (PWC, Ecorys,* « Identifying and Reducing Corruption in Public Procurement in the EU »*, 30 juin 2013), PWC et Ecorys estiment que le mauvais respect des procédures susciterait en Europe, pour une proportion de marchés comprise entre 22,3 % et 33,8 %, un surcoût moyen de 13 % (soit un surcoût global de 2,9 % à 4,4 %).*

Calcul du seuil idéal pour les MAPA, en fonction de diverses hypothèses

(en euros)

	Surcoût de la procédure MAPA de 2 000 € pour l'acheteur	**Surcoût de la procédure MAPA de 4 000 € pour l'acheteur**
Réduction de la concurrence augmentant les prix de 10 %	20 000	40 000
Réduction de la concurrence augmentant les prix de 5 %	40 000	80 000

Source : mission d'information

La mission d'information **appelle néanmoins les acheteurs publics à la vigilance** car cette dispense de mise en concurrence peut conduire à avoir toujours recours aux mêmes entreprises – dont les acheteurs connaissent la qualité – pour les besoins de faible ampleur alors que l'article 28 du code des marchés publics précise, au contraire, qu'il convient de « ***ne pas contracter systématiquement avec un même prestataire*** *lorsqu'il existe une pluralité d'offres potentielles susceptibles de répondre au besoin* ».

Faire face à ce risque nécessite pour l'acheteur public de créer des **procédures d'autocontrôle spécifiques** aux marchés dont le montant est inférieur au seuil des MAPA afin de s'assurer du respect du droit de la commande publique. Ces procédures peuvent consister à établir une liste des attributaires de ce type de marchés, à examiner leur diversité, à prévoir un contrôle spécifique du président de la commission d'appel d'offres le cas échéant, à demander trois devis pour chaque besoin, *etc*.

Il est également rappelé que les marchés d'un montant supérieur à 20 000 euros doivent figurer dans la liste annuelle prévue à l'article 133 du code des marchés publics[1], ce qui permet une transparence *a posterori*.

Proposition n° 10 : relever le seuil inférieur des MAPA à 40 000 euros HT d'ici trois ans tout en prévoyant des procédures d'autocontrôle, comme le cas échéant le contrôle du président de la commission d'appel d'offres

d) Les mesures de publicité

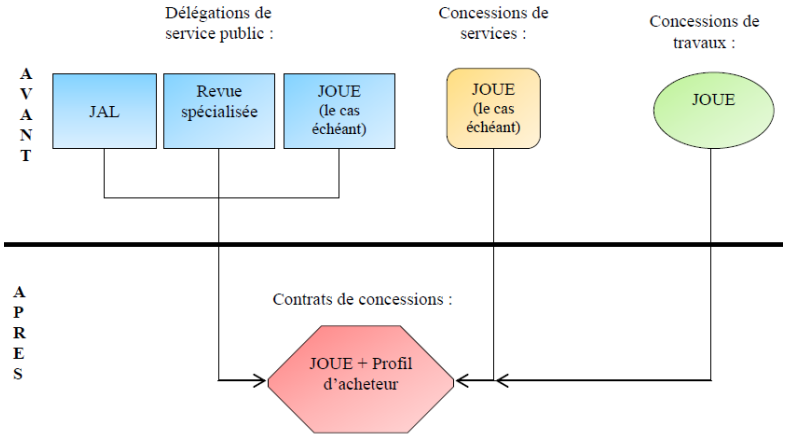
Les publicités à mettre en œuvre dans le cadre d'une consultation relèvent d'un régime particulièrement **complexe** car il comprend **plusieurs**

[1] *Arrêté du 21 juillet 2011 pris en application de l'article 133 du code des marchés publics et relatif à la liste des marchés conclus l'année précédente par les pouvoirs adjudicateurs et les entités adjudicatrices.*

seuils et plusieurs supports (Journal officiel de l'Union européenne (JOUE), Bulletin officiel des annonces des marchés publics (BOAMP), journaux d'annonces légales, *etc.*).

Dans son projet de décret transposant la directive 2014/23/UE, le Gouvernement propose d'amorcer une simplification pour les concessions dont le montant est supérieur aux seuils communautaires.

Simplification des mesures de publicité pour les concessions dont le montant est supérieur aux seuils communautaires



Source : étude d'impact du projet de décret relatif aux concessions, p. 13

Un tel **effort de simplification** doit être consenti **pour les autres contrats de la commande publique**, à savoir : les marchés publics, y compris les nouveaux marchés de partenariat, et les concessions dont le montant est inférieur aux seuils communautaires.

Pour ces dernières, l'article 14 du projet du décret *« concessions »* prévoit en effet un système complexe de publication dans lequel l'acheteur devrait publier une annonce sur sa plateforme dématérialisée mais également, s'il l'estime nécessaire, dans le BOAMP, un journal d'annonces légales ou *« une publication spécialisée correspondant au secteur économique concerné »*. Ce choix laissé à l'acheteur représente en réalité une contrainte pour ce dernier car il devra démontrer, pour chaque procédure, qu'il a assuré l'information des *« opérateurs économiques raisonnablement vigilants pouvant être intéressés par le contrat de concession compte tenu de la nature et des caractéristiques du besoin »*.

La question du **coût** de ces mesures de publicité est également posée. Pour une concession de service public, un acheteur doit par exemple

débourser 1 215 euros TTC au total pour financer l'avis initial, l'avis d'attribution et l'avis d'intention de conclure[1].

Il ne paraît cependant pas souhaitable de bouleverser le dispositif actuel. En particulier, pour la direction de l'information légale et administrative (DILA)[2], le BOAMP représente une recette de plus de 85 millions d'euros, soit 43 % de son budget. La Cour des comptes a d'ailleurs qualifié dans son rapport annuel de 2014 le modèle économique de la DILA de « *fragile* » face au risque de contraction des recettes issues du BOAMP.

Proposition n° 11 : simplifier les conditions de publicité des contrats de la commande publique

2. Approfondir la démarche de simplification

La mission d'information propose d'aller plus loin dans les mesures concrètes de simplification de la commande publique.

a) Les logiciels d'assistance à la rédaction des marchés

La **rédaction des pièces** d'une consultation (acte d'engagement, cahier des clauses administratives particulières, *etc.*) est un travail à la fois **technique** et **chronophage**. C'est pourquoi il semble nécessaire de développer les logiciels d'assistance à la rédaction qui permettent de travailler à partir de documents types adaptés en fonction des spécificités des marchés à rédiger.

La ville de Paris (logiciel *Élaboration et Passation des Marchés*, **EPM**) et l'État (logiciel *Outil de rédaction des marchés de l'État*, **ORME**) travaillent à partir de ces instruments qui ont fait leur preuve en termes de gains de productivité.

---

[1] *Le tarif du BOAMP est calculé à partir* « d'unités de publication » *(UP). La publication de ces trois avis représente 12 UP. Dans l'exemple pris ci-dessus, l'acheteur possède un forfait de 16 UP dont le coût est de 1 620 € TTC. Le tarif de 12 UP est ici calculé au prorata. Le fait d'acquérir un forfait plus conséquent – allant jusqu'à 552 UP – permet de réduire marginalement les coûts.*

[2] *Qui gère notamment le* Journal officiel *et les sites www.legifrance.gouv.fr et www.service-public.fr.*

L'exemple du logiciel ORME

Ce logiciel permet de rédiger les pièces d'un marché à partir d'un **canevas programmé pour chaque procédure** (appel d'offres, marchés à procédure adaptée, *etc.*). De nombreuses informations communes à l'ensemble des marchés sont pré-remplies (caractéristiques de l'acheteur, montant des pénalités, etc.), ce qui évite de le ressaisir.

En cas de changement de règlementation, il suffit d'adapter ce canevas pour que cette évolution figure dans tous les marchés de l'acheteur.

ORME permettrait de faire passer le **temps moyen de rédaction des pièces** d'un marché **de deux jours à deux heures**[1].

Si l'on suppose que le coût horaire de rédaction d'un marché est de 30 euros, cela correspond à une réduction du coût de la procédure de l'ordre de **500 euros par marché** (pour un coût total estimé ci-avant à 6 000 euros). L'utilisation d'un tel dispositif pour rédiger 50 000 marchés par an[2] correspondrait donc à une économie de l'ordre de **25 millions d'euros**.

Or, peu d'acheteurs publics ont connaissance de ce type de logiciels alors même que la ville de Paris a mis en **libre accès** son programme EPM dès 2009 et organise régulièrement des réunions d'information d'une demi-journée à ce sujet. Développer ces outils nécessite que l'État fasse de même avec ORME et en informe les acheteurs publics.

Proposition n° 12 : généraliser l'utilisation des logiciels d'assistance à la rédaction des marchés en donnant un libre accès à ORME

b) Dématérialiser les procédures

La dématérialisation constitue tout d'abord une **obligation juridique**. L'article 22 de la directive 2014/24/UE « *marchés publics* » du 26 février 2014 impose en effet la dématérialisation des marchés dont le montant est supérieur aux seuils communautaires à compter du 18 octobre 2018. Cette contrainte de dématérialisation est plus flexible concernant les concessions, contrats pour lesquels seuls les avis de publicité doivent obligatoirement être transmis sous forme électronique (art. 29 de la directive 2014/23/UE, « *concessions* »).

La dématérialisation permettrait, en outre, une **réduction comprise entre 5 et 20 % du coût administratif** des mises en concurrence pour les administrations publiques, d'après les évaluations de la Commission européenne[3].

---

[1] *Source : site du service des achats de l'État (http://www.economie.gouv.fr/sae/orme-lapplication-qui-simplifie-lacces-aux-marches-publics).*

[2] *Sur un total d'environ 100 000 (correspondant à environ 400 000 lots).*

[3] *Commission européenne,* « Des économies pour l'Europe: vers des marchés publics entièrement électroniques en 2016 », *20 avril 2012 (http://europa.eu/rapid/press-release_IP-12-389_fr.htm?locale=fr).*

Toutefois, **seuls 5 % des marchés sont aujourd'hui dématérialisés au-delà de la seule publicité**, chiffre qui illustre l'effort à fournir pour respecter les normes communautaires d'ici trois ans.

Les obstacles pratiques auxquels se heurtent aujourd'hui les PME qui souhaitent candidater de manière dématérialisée ont amené la confédération générale des PME (CGPME) et la chambre nationale des huissiers de justice à décider de la prochaine mise en place d'une plateforme *ad hoc*, **« *Securao* »**.

Le projet de plateforme « Securao »

Cette plateforme, qui doit être prochainement mise en place par la CGPME et la chambre nationale des huissiers de justice, remplirait les fonctions « *classiques* » de celles qui existent déjà, en permettant aux entreprises d'accéder aux appels d'offres.

La différence serait que celles-ci pourraient voir la conformité formelle de leur offre validée par un huissier de justice, l'offre demeurant déposée dans le « *coffre-fort électronique* » de la chambre nationale des huissiers de justice.

Cette procédure a ainsi pour objectif de sécuriser l'envoi de l'offre, en particulier en ce qui concerne la signature électronique.

C'est également dans ce contexte que le Gouvernement a lancé en juillet 2015 un **« *plan national de dématérialisation des marchés publics* »** qui apporte des solutions concrètes pour généraliser la dématérialisation des procédures : harmonisation des plateformes « *acheteurs* », simplification du régime des signatures électroniques et des rubriques obligatoires des avis de publicité, *etc*. La généralisation de la dématérialisation des marchés publics impliquera de **surmonter les difficultés découlant de la grande variété de profils d'acheteurs**. Organisés et fonctionnant selon des normes différentes, ces profils impliquent en effet un coût d'adaptation important pour les entreprises qui passent d'un profil à l'autre. C'est pourquoi le plan de dématérialisation propose de standardiser les outils qui servent de support à la dématérialisation grâce à des mesures concrètes :

- création d'un document unique de candidature (DUME national) ;

- création de formulaires électroniques standardisés, la priorité étant de dématérialiser les avis de publicité, les avis d'attribution et l'acte d'engagement ;

- définition des fonctionnalités minimum des profils acheteurs et adoption d'un « format » commun pour ces profils ;

- encouragement à la mutualisation des profils pour réduire les points d'accès à l'information. Cette mutualisation pourrait se faire selon trois logiques actuellement à l'étude (mutualisation à l'échelon régional, pour tenir compte des initiatives existantes ; mutualisation au niveau national, par exemple en impliquant les associations représentatives des

collectivités territoriales ou des acheteurs publics ; ouverture à tous les acheteurs du profil d'acheteur de l'État, PLACE).

Ces propositions d'action rejoignent les principales orientations du rapporteur et ne peuvent qu'être encouragées. La mission d'information **regrette** toutefois que **ce plan national n'ait pour l'heure fait l'objet d'aucun calendrier précis ni d'aucune programmation financière**. L'ampleur du chemin à parcourir en trois ans suppose en effet d'appuyer les acheteurs publics de manière concrète en leur proposant un volume suffisant de formations relatives à la dématérialisation.

La volonté du **Gouvernement** est de **rendre obligatoire la dématérialisation dès octobre 2018** de tous les marchés publics dont le montant est supérieur à **20 000 euros**[1], soit un seuil beaucoup moins élevé que ce qu'exigent les directives[2]. Cette proposition suscite toutefois la **réserve de la mission d'information**. Elle rappelle en effet que dématérialiser les procédures ne constitue pas un processus aisé, notamment pour les acheteurs de petite taille, car cela implique l'acquisition de nouveaux systèmes d'information et une profonde modification de la culture administrative.

Il semble donc préférable d'**étaler cette obligation dans le temps en fonction de la taille des acheteurs.** Cela pourrait conduire à accorder un délai supplémentaire (par exemple jusqu'en 2020) pour les petites communes de moins de 10 000 habitants, dans le cas des marchés inférieurs aux seuils européens.

Proposition n° 13 : Dématérialiser progressivement l'ensemble des procédures en :

- établissant un calendrier d'actions précis et une programmation financière pour le « plan national de dématérialisation des marchés publics » ;

- étalant dans le temps l'obligation de dématérialisation des marchés inférieurs aux seuils européens en fonction de la taille des acheteurs.

3. Davantage mutualiser les marchés : des économies de procédure de moins de 100 millions d'euros en cas d'alignement sur le Royaume-Uni

Une autre manière de réduire le coût de la procédure est de mutualiser davantage les marchés.

[1] Cf. *la proposition n° 1 du plan national précité.*

[2] *Pour rappel, les normes communautaires n'imposent la dématérialisation des marchés qu'à partir d'un montant de 5 186 000 € pour les marchés de travaux et de 134 000 (État) ou 207 000 € (collectivités territoriales) pour ceux portant sur des services ou des fournitures.*

La mutualisation des commandes permet de faire des économies. À partir de 5 participants, le coût par participant serait quasiment divisé par 4 en cas de mutualisation.

Coût de la procédure, en fonction du nombre d'acheteurs publics parties au contrat (en Europe)

(en euros)

	Coût total	Coût par participant
Seulement un participant (absence de mutualisation)	4 900	4 900
De 1 à 5 participants	4 500	1 800
De 6 à 10 participants	10 100	1 300
Plus de 10 participants	11 700	1 200

Source : PwC, ICF GHK, Ecorys, SMEs' access to public procurement markets and aggregation of demand in the EU », étude pour la Commission européenne, février 2014

La France mutualise déjà 5 % de ses marchés en nombre (6 % en montant).

Un calcul simple suggère que si elle s'alignait sur le Royaume-Uni, qui mutualise la proportion de marchés la plus élevée en Europe (12 %), une économie de l'ordre de **84 millions d'euros** serait réalisée chaque année.

La réduction du coût de procédure permise par un renforcement de la mutualisation des achats : chiffrage d'un scénario « *maximaliste* »

		Alignement sur le Royaume-Uni
A	Nombre total de contrats*	400 000
B	Proportion du nombre de contrats actuellement mutualisés (%)**	5
C	Proportion du nombre de contrats mutualisés après alignement (%)**	12
D	Ecart (points) [C-B]	7
E	Nombre de contrats mutualisés supplémentaires [A×D/100]	28 000
F	Economie par contrat mutualisé (hypothèse)	3 000
G	Economie totale [E×G]	84 000 000

* Estimation (le nombre total de contrats n'est pas connu).

** Source : *PwC, ICF GHK, Ecorys, « SMEs' access to public procurement markets and aggregation of demand in the EU », étude pour la Commission européenne, février 2014.*

Source : mission d'information

Le principal avantage de la mutualisation n'est pas de réaliser de (faibles) économies de procédure, mais de permettre une meilleure formation

des acheteurs et une utilisation « stratégique » de la commande publique, notamment en faveur des PME (*Cf. infra*).

IV. DE LA DEFIANCE À LA CONFIANCE : FAIRE EMERGER UNE VERITABLE CULTURE DE L'ACHAT PUBLIC

A. FAIRE EMERGER UNE VERITABLE CULTURE DE LA COMMANDE PUBLIQUE

1. Former et reconnaître les acheteurs publics

a) La formation des acheteurs

Un constat unanime a émergé des auditions : **les acheteurs publics ne sont, d'une manière générale, pas suffisamment formés**. Comme l'a par exemple expliqué Michel Grévoul, directeur du service des achats de l'État, lors de son audition du 23 juillet 2015, *« il est certain que la formation des acheteurs reste à améliorer »,* car ils ont souvent tendance à lancer des marchés similaires aux précédents afin de ne prendre aucun risque juridique. Cette **démarche « *du précédent* » nuit** toutefois à la **qualité** et à l'adaptabilité de l'**achat public,** car elle ne permet pas de s'adapter aux évolutions du besoin des acheteurs.

Il semble également que **certains outils du code des marchés publics** soient **sous-utilisés**. Tel est par exemple le cas des critères d'attribution que les acheteurs ont tendance à résumer aux critères « *prix* » et « *valeur technique* » alors que l'actuel article 53 du code des marchés publics offre bien d'autres possibilités (caractère esthétique et fonctionnel de l'achat, performances environnementales, délais de livraison, *etc.*).

Ces difficultés sont liées à un **manque d'enseignements spécifiques à la commande publique** dans les cursus de l'enseignement supérieur, même si certaines structures s'engagent pour répondre à ce *« vide pédagogique »,* comme Sciences-Po Bordeaux, qui propose un cycle certifiant sur six mois consacré aux *« acteurs de la commande publique »*. Dans bien des cas, la commande publique n'est qu'un sous-chapitre des cours de droit public, et les **enseignements pratiques** – comment rédiger un marché ? comment négocier ?, *etc.* **– sont rares voire inexistants**.

b) Le statut des acheteurs

Parallèlement, la **professionnalisation** des acheteurs reste **insuffisante** : le métier d'acheteur public n'est pas reconnu en tant que tel. Il est principalement exercé par des fonctionnaires ou des contractuels qui se forment à la commande publique lors de leur prise de poste mais sont ensuite appelés à d'autres fonctions par les dispositifs de mobilité dans la

fonction publique. Ce *turnover* semble rendre plus difficile l'émergence d'une culture de la commande publique.

Bien que le répertoire des métiers du Centre national de la fonction publique territoriale (CNFPT) comprenne le poste de « *chargé de la commande publique* », il n'existe ni de corps ni de cadre d'emplois spécifiques[1] à l'achat public.

Le rapporteur estime que la création d'un tel corps ou cadre d'emplois susciterait une rigidité excessive pour la gestion des ressources humaines.

Il convient en revanche de **mieux intégrer la dimension « achat public » dans les corps et cadres d'emploi de la fonction publique**. En particulier, la diffusion d'une culture de la commande publique doit être favorisée, en permettant à un acheteur public d'assumer ses fonctions dans les services « *achat* » de différents ministères.

2. Donner toute sa place à la logique économique de l'achat public

L'objectif premier des acheteurs publics est souvent de sécuriser leurs marchés d'un point de vue juridique, ce qui les conduit à sous-estimer l'objectif d'optimisation économique.

Or, comme l'a déclaré Jean Maïa, directeur des affaires juridiques des ministères économiques et financiers, lors de son audition du 21 mai 2015, « ***l'achat est avant tout un acte économique*** ». Jean Tirole et Stéphane Saussier rejoignent d'ailleurs ce constat en écrivant que « *les fonctions d'acheteur (…) requièrent non seulement des compétences en droit mais aussi en analyse économique et gestion financière* »[2].

Réaliser un achat public nécessite ainsi de connaître l'état de l'offre, les entreprises en mesure de se porter candidates ainsi que les externalités que l'achat implique (participation des PME locales, potentiel d'innovation, impacts sur l'environnement, *etc.*).

L'État s'est déjà engagé dans cette logique en se fixant cinq objectifs que le service des achats de l'État (SAE) a pour mission de relayer et de mesurer.

---

[1] *Pour mémoire, les corps (fonction publique d'État ou hospitalière) ou cadres (fonction publique territoriale) d'emplois regroupent des fonctionnaires soumis à un même statut particulier fixé par décret. Constituent par exemple un corps les administrateurs de l'Insee (décret n°67-328 du 31 mars 1967) et constituent un cadre les attachés territoriaux (décret n°87-1099 du 30 décembre 1987).*

[2] *Note n° 22 du conseil d'analyse économique intitulée* « Renforcer l'efficacité de la commande publique », *avril 2015, p. 5 (http://www.cae-eco.fr/Renforcer-l-efficacite-de-la-commande-publique.html).*

Les objectifs fixés aux achats de l'État et à ses établissements publics

Objectifs	Résultats au 1er janvier 2015	Probabilité de remplir l'objectif
Gain d'achats de 2 milliards d'euros entre 2013 et le 31 décembre 2015	**981 M€**, *dont :* *État : 605 M€* *Établissement public (EP) : 376 M€*	Faible
25 % des achats auprès de PME au 31 décembre 2015	**État : 23 %** **EP : 29 %**	Forte
2 % des achats auprès de PME innovantes au 31 décembre 2020	**État : 0,01 %** **EP : 0, 57%**	Faible
10% (2015) 15% (2020) des marchés supérieurs à 90 K€ comportant au moins une clause sociale *(en nombre)*	**État : 3,2 %** **EP : 3,7 %**	Très faible pour 2015 et moyenne pour 2020
15% (2015) 30% (2020) des marchés supérieurs à 90 K€ comportant au moins une disposition environnementale *(en nombre)*	**État : 8,7 %** **EP : 18, 6%**	Moyenne pour 2015 (sauf pour les EP qui ont déjà rempli l'objectif) et pour 2020

Source : service des achats de l'État, sauf pour la dernière colonne qui correspond à une appréciation de la mission d'information

Force est de constater que cette logique économique de l'achat public est encore largement absente chez les acheteurs publics – et notamment chez ceux de plus petite taille – car ils privilégient l'approche juridique qui a prédominé jusqu'à présent.

3. Donner à une direction générale de la commande publique un rôle d'impulsion, de conseil et de coordination pour l'ensemble des administrations publiques

La mission d'information appelle de ses vœux **l'émergence d'une « *communauté de la commande publique* »** afin que les acheteurs puissent s'échanger leurs expériences et leurs bonnes pratiques. Pour ce faire, il convient d'agir sur l'organisation administrative de l'État.

a) Unifier les administrations de l'État au sein d'une direction générale de la commande publique

L'État est le plus à même de diffuser les bonnes pratiques de la commande publique.

Or, les **compétences correspondantes** sont aujourd'hui **partagées** entre :

- la direction des affaires juridiques (DAJ) des ministères économiques et financiers en charge de la règlementation de la commande publique et responsable de l'Observatoire économique de l'achat public (OEAP) ;

- la mission d'appui aux partenariats public-privé (MAPPP) qui a une triple mission de conseil, d'évaluation et de promotion auprès des acheteurs publics souhaitant recourir à ce type de contrats ;

- le service des achats de l'État (SAE) chargé de définir, de mettre en œuvre et d'évaluer une stratégie d'achat à l'échelle interministérielle ;

- l'Union des groupements d'achat public (UGAP), centrale d'achat ;

- le médiateur des marchés publics, qui aide à régler à l'amiable des litiges entre les acheteurs publics et les entreprises ;

- le commissariat général à l'investissement, rattaché au Premier ministre. Celui-ci est chargé, outre de la mise en œuvre du programme des « *investissements d'avenir* », de l'émission d'un avis sur tous les projets d'investissement de l'État de plus de 100 millions d'euros, et de la remise chaque année d'un rapport sur l'évaluation des grands projets d'investissement annexé au projet de loi de finances.

Il apparaît donc urgent de regrouper ces services au sein d'une **direction générale de la commande publique**, le cas échéant **rattachée au Premier ministre**, enfin d'accroître leur visibilité et de mieux coordonner leur action.

Le programme national de réforme d'avril 2015 prévoit déjà la mise en place, au premier trimestre 2016, d'une « *direction des achats de l'État dotée de pouvoirs interministériels et assurant le pilotage rapproché des fonctions « Achat » dans l'ensemble des ministères* ». Il s'agirait ici d'aller plus loin en prenant en compte l'ensemble de la commande publique.

b) Encourager les bonnes pratiques

Une fois cette direction générale créée, elle devra veiller à jouer tout son rôle concernant la diffusion de la culture de la commande publique. Pour ce faire, la mission d'information propose qu'il soit publié un **manuel d'accompagnement aux acheteurs** faisant référence dans la « *communauté de la commande publique* ».

Aujourd'hui, l'information aux acheteurs assurée par la DAJ est en effet dispersée entre plusieurs vadémécums, aucun d'entre eux ne traitant la commande publique de manière globale : certains sont principalement juridiques *(Vadémécum des marchés publics)* alors que d'autres se concentrent sur les bonnes pratiques *(Guide de bonnes pratiques en matière de marchés publics)* ou sur des questions sectorielles *(Guide sur le prix dans les marchés publics)*.

Il semble plus opportun de mettre à la disposition des acheteurs un document unique partant d'exemples concrets pour exposer de manière pédagogique l'ensemble du droit en vigueur et les marges de manœuvre laissées aux acheteurs.

c) Assister juridiquement les entreprises françaises pour l'accès à la commande publique étrangère

Les entreprises françaises, en particulier les PME, ont parfois du mal à accéder à la commande publique dans d'autres pays.

Il semblerait en particulier que le **label GS** (« *Geprüfte Sicherheit* »), qui existe depuis 1977 en Allemagne, soit parfois utilisé par les acheteurs publics allemands pour attribuer des marchés à des entreprises allemandes, ce qui paraît en contradiction avec le droit communautaire (*Cf.* encadré ci-après).

Les pouvoirs publics doivent aider les entreprises françaises à surmonter ce type de protectionnisme déguisé, au besoin en leur apportant une assistance juridique.

Le « label GS »

Le label GS (« *Geprüfte Sicherheit* », soit « Sécurité vérifiée »), qui existe depuis 1977, garantit que les produits à caractère technique ou d'usage courant commercialisés en Allemagne sont conformes aux exigences posées par la loi allemande relative à la sécurité du matériel de travail technique.

Ce label « national » n'est pas obligatoire (seul le marquage CE l'est), sans quoi la labellisation GS serait ouvertement contraire aux règles de libre circulation des biens dans le marché unique. Il peut en outre être décerné par de multiples organismes habilités dans plusieurs pays d'Europe, et est toléré par la Commission européenne.

Toutefois, le label GS est parfois accusé, de la part des exportateurs français notamment, de constituer **une forme de barrière non tarifaire aux échanges**, car il est *de facto* indispensable pour commercialiser en Allemagne des produits à caractère technique ou d'usage courant. Les acheteurs privés allemands y sont en effet très attachés et exigent généralement de leurs fournisseurs qu'ils obtiennent cette labellisation.

Si le label GS n'a pas fait l'objet en tant que tel d'une décision de la Cour de justice de l'Union européenne, cette dernière a déjà eu l'occasion de se prononcer sur le caractère illégal de l'obligation de respecter un label qu'imposerait un acheteur public. Dans son arrêt du 10 mai 2012 (affaire C-368/10), qui concernait un éco-label, en l'occurrence le label Max Havelaar, la Cour indique que, si un pouvoir adjudicateur peut exiger ou souhaiter que certains produits à fournir soient issus de l'agriculture biologique ou du commerce équitable, il doit cependant utiliser des spécifications techniques plutôt que se référer à des éco-labels ou à des labels déterminés.

Par extension, si le label GS constitue bien un indice qu'une offre répond aux exigences techniques posées par un acheteur public allemand, son absence ne saurait suffire à éliminer une offre qui ne l'intègre pas, pour autant que cette dernière fait la preuve que le produit répond aux spécifications techniques attendues par l'acheteur.

Proposition n° 14 : Mieux former et accompagner les acheteurs, notamment en :

- accompagnant de manière pédagogique la refonte du droit de la commande publique ;

- sensibilisant les collectivités territoriales au risque d'entente, et en les assistant lors des actions en réparation ;

- rappelant aux acheteurs qu'il y a de « bons » gains achats (meilleure définition du besoin, mutualisation) et de « mauvais » gains achats (compression excessive des marges des entreprises) ;

- intégrant des enseignements pratiques relatifs à la commande publique dans l'enseignement supérieur ;

- intégrant mieux la dimension achat public dans les corps et cadres d'emploi de la fonction publique ;

- rédigeant un manuel d'accompagnement aux acheteurs faisant référence à l'échelle nationale ;

- assistant juridiquement les entreprises françaises pour l'accès à la commande publique étrangère.

B. FAVORISER LA MUTUALISATION DES ACHATS

1. Pourquoi davantage mutualiser l'achat public ?

a) L'effet volume et la réduction du coût de procédure : des avantages à relativiser

(1) La massification des achats peut avoir des effets économiques pervers

La **massification des achats** permet d'obtenir un **pouvoir de négociation** plus important face aux entreprises.

Cette massification n'est **pas automatiquement défavorable aux PME.** Ainsi, 62 % des fournisseurs de l'UGAP sont par exemple des PME, ce qui représente 25 % du volume des commandes de cet établissement public dont la surface d'achat a atteint 2,147 milliards d'euros en 2014.

Toutefois certains économistes[1] soulignent qu'il faut **éviter de se rapprocher d'une situation où un seul acheteur se trouverait face à un grand nombre de vendeurs**. En effet, dans une telle situation les sociétés n'ayant pas remporté le marché public disparaissent ou sont contraintes

[1] *Cf. en particulier Albert Sánchez Graells,* « Distortions of Competition Generated by the Public (Power) Buyer: A Perceived Gap in EC Competition Law and Proposals to Bridge It », *Université d'Oxford, document de travail CCLP (L) 23.*

d'augmenter leurs prix pour compenser le moindre chiffre d'affaires, et la production globale s'en trouve réduite.

(2) Le faible montant des coûts administratifs

L'argument selon lequel une plus grande concentration de l'achat public permet de réduire les coûts administratifs doit également être relativisé (*Cf. supra*).

b) Les principaux avantages de la mutualisation : l'expertise et la possibilité d'une utilisation stratégique de la commande publique

(1) Une plus grande expertise

Un des principaux avantages d'une plus forte concentration de l'achat public est de bénéficier de **l'expertise de professionnels** de l'achat public, ce que démontre la réussite du marché de gaz naturel lancé par l'UGAP.

Un exemple de mutualisation réussie : le gaz naturel

La fin des tarifs règlementés de ce secteur **au 31 décembre 2015**[1] a contraint les acheteurs publics à **mettre en concurrence leur fournisseur historique**, GDF-Suez.

Les **marchés** de l'énergie sont toutefois très **spécifiques** et nécessitent une expertise particulière pour comprendre l'évolution des tarifs, les conditions d'approvisionnement, *etc*., **expertise dont nombre d'acheteurs publics ne disposent pas en interne.**

Dans ce contexte, l'UGAP a proposé à ses « clients » d'acheter cette prestation de fourniture de gaz par son intermédiaire et a recruté des spécialistes du secteur en conséquence. Cela lui a permis de mettre en œuvre une ingénierie contractuelle spécialement adaptée aux marchés de l'énergie : un accord-cadre alloti avec une formule de révision des prix spécifique.

Cette initiative s'est avérée fort utile car environ 3 800 acheteurs publics ont eu recours à l'UGAP dans ce cadre, ce qui représente 24 530 points de livraison de gaz. Si l'on suppose que le coût administratif d'un marché public est de 6 000 euros pour un acheteur, et que celui-ci est ramené à 1 000 euros par le recours à l'UGAP, cela correspond à une économie de près de 20 millions d'euros.

(2) La possibilité de faire de la commande publique un outil de politique économique

Un autre avantage d'une plus grande mutualisation des achats est de pouvoir faire de la commande publique un véritable outil de politique économique. En effet, un « gros » acheteur est plus incité à prendre en compte l'impact économique de ses décisions.

Ainsi, la Corée du Sud a mis en place en juin 1949 le service de la commande publique (*Public Procurement Service*, PPS), qui assure un tiers de

[1] *Loi n° 2014-344 du 17 mars 2014 relative à la consommation*.

l'ensemble de la commande publique, elle-même de l'ordre de 10 points de PIB[1]. Le PPS s'est vu attribuer plusieurs prix par les Nations-Unies[2].

2. Permettre aux collectivités qui le souhaitent de mutualiser leurs achats

a) Faciliter le recours aux centrales d'achat

(1) Centrales d'achat stricto sensu et groupements de commandes

D'un point de vue juridique, on peut distinguer deux types de centrales d'achat.

(a) Les centrales d'achat stricto sensu

Les centrales d'achat *stricto sensu* (art. 9 et 31 du code des marchés publics) acquièrent des fournitures ou des services pour le compte des pouvoirs adjudicateurs.

Depuis le décret portant code des marchés publics du 7 janvier 2004, les personnes publiques ayant recours à une centrale d'achats sont considérées comme ayant satisfait à leurs obligations en matière de publicité et de mise en concurrence.

La principale centrale d'achat est l'Union générale des achats publics (UGAP), dont les achats annuels sont de l'ordre de 2 milliards d'euros.

Un exemple de centrale d'achat *stricto sensu* : l'UGAP

Créé en 1985, l'UGAP est une centrale d'achat prenant la forme d'un établissement public à caractère industriel et commercial (EPIC)[3]. Il intervient dans cinq domaines : l'informatique (31 % du volume des commandes de l'UGAP), les véhicules (29 %), les services (14 %), l'équipement médical (17 %) et l'équipement général et immobilier (9 %).

Chaque année, l'UGAP passe plus de **500 000 commandes à ses 535 fournisseurs** pour un montant qui a atteint **2,147 milliards** d'euros en 2014, contre 450 millions en 2001, soit une multiplication par 4,7.

Ses principaux « *clients* » sont l'État et ses opérateurs (37 % du volume des commandes de l'UGAP) et les collectivités territoriales (35 %). Suivent les secteurs hospitalier (21 %) et social (7 %).

[1] *Source : Ho In Kang,* « e-Procurement Experience in Korea : Implementation and Impact », *juin 2012.*

[2] *Les Nations-Unies ont accordé au système de coréen commande publique en ligne (Korea ON-line E-Procurement System, « KONEPS ») le titre de* « modèle de meilleure pratique en termes d'e-commande ».

[3] *Décret n°85-801 du 30 juillet 1985 relatif au statut et au fonctionnement de l'Union des Groupements d'Achats Publics (UGAP).*

(b) Les groupements de commandes

Le groupement de commandes (art. 8 du code des marchés publics) est créé par des pouvoirs adjudicateurs souhaitant acheter des fournitures et des services ensemble. Il est institué par une convention constitutive entre ses membres, qui définit ses modalités de fonctionnement et désigne un coordonnateur ayant la qualité de pouvoir adjudicateur.

Ce dispositif de mutualisation est couramment utilisé aujourd'hui, **83** % des établissements publics de coopération intercommunale (**EPCI**) déclarant y avoir recours[1]. C'est par exemple le cas de la communauté d'agglomération du Niortais et de ses communes membres qui ont formé un groupement de commandes pour acquérir ensemble des fournitures administratives courantes pour un montant total estimé à 700 000 euros HT sur quatre ans[2].

L'exemple de la Métropole européenne de Lille

La Métropole européenne de Lille (MEL) regroupe 85 communes. Plusieurs groupements de commandes ont été lancés, coordonnés soit par la MEL, soit par une commune membre.

Exemple d'achats groupés déjà réalisés :

- dans le cas des télécommunications, marché de 2011 concernant 6 communes et 1 CCAS (exemples d'économie générée : MEL : 20 % ; Ville de Lille : 22 % ; Ville d'Hantay : 50 %) ;

- achat groupé de papier (14 communes et organismes) ;

- achat groupé de matériel d'impression de proximité (21 communes et organismes) ;

- achat groupé de sel de déneigement sur le territoire des Weppes (13 communes).

La MEL vient de lancer deux groupements de commandes à l'échelle intercommunale :

- un nouveau groupement de commandes sur les télécommunications, en avril 2015 (34 communes, 7 CCAS, la Caisse des écoles de la mairie de Lille et la SPL Euralille) ;

- un groupement de commandes sur un progiciel pour la gestion informatisée des autorisations d'urbanisme, qui concerne 70 des 85 communes (et la totalité à terme).

Source : Métropole européenne de Lille

Le rapport[3] sur la police municipale publié en septembre 2012 par la commission des lois du Sénat préconise de renforcer la mutualisation

[1] *Source : Assemblée des Communautés de France*, «Panorama et enjeux de la mutualisation entre communes et communautés », *janvier 2015, p. 28 (www.adCf.org/files/panorama-enjeux-mutualisation-2015.pdf).*

[2] *Avis n° 2856983 du Bulletin officiel des annonces des marchés publics (BOAMP) publié le 29 juillet 2015.*

[3] *François Pillet, René Vandierendonck, « De la police municipale à la police territoriale : mieux assurer la tranquillité publique », rapport n° 782, commission des lois, septembre 2012.*

intercommunale des polices municipales, et mentionne notamment l'exemple de la Communauté d'agglomération du Val de Montmorency (CAVAM)[1].

Selon le rapport précité de l'Assemblée des communautés de France (AdCF), « *les groupements de commande sont utilisés par la majeure partie des communautés (83%) et ce, principalement avec leurs communes membres (75%), et dans une moindre mesure avec une ou plusieurs autres communautés (40%).*

L'objet de ces groupements de commande est sensiblement différent s'ils sont réalisés avec les communes membres ou d'autres collectivités. Dans le premier cas, les domaines principalement concernés sont l'achat de fournitures, la voirie et les assurances. Dans le second cas, ces groupements portent davantage sur la réalisation d'études, la gestion des déchets ou l'installation du réseau internet (ADSL ou Très haut débit).

Enfin, ce dispositif semble être mis en pratique essentiellement pour des raisons d'économies budgétaires comme l'affirment plus de la moitié des communautés interrogées (52%). La simplification administrative liée à la rédaction d'un marché public unique n'est retenue que par seulement 23% des répondants »[2].

(2) Le développement des centrales d'achat

De **nombreuses centrales d'achat** ont **été créées en complément de l'UGAP**. Ces structures sont de deux types : certaines concernent des secteurs spécifiques (comme la centrale d'achat de l'Union des hôpitaux pour les achats, UniHA) alors que d'autres sont plus généralistes mais concentrent leur action sur des territoires donnés (comme Approlys, centrale d'achats créée par les départements du Loiret, de l'Eure-et-Loir et du Loir-et-Cher).

Cette multiplication des centrales d'achat ne pose pas un problème en soi, comme l'ont souligné Jean Tirole et Stéphane Saussier pour qui il est nécessaire d'instaurer *« une concurrence entre centrales d'achat complètement indépendantes et professionnelles »*[3].

Il semble toutefois essentiel de **coordonner l'action de ces centrales** comme le montre la réussite du partenariat qu'entretiennent l'UGAP et UniHA depuis 2008. Ce partenariat repose sur une **spécialisation de chaque structure** comme l'a expliqué Philippe Jahan lors de son audition du 9 juillet 2015. Concrètement, l'UGAP intervient pour les achats hospitaliers « *sur étagère* » (ambulances, tables de massage, *etc.*) alors que UniHA se

[1] « Le premier avantage de la mutualisation est d'ordre financier, lié en particulier aux économies d'échelles consécutives à la passation de marchés uniques pour l'acquisition des matériels ou des technologies utilisées par la police intercommunale. Ainsi, à la CAVAM, les achats groupés de véhicules (36 véhicules motorisés) et d'uniformes auraient permis une économie de 10 % à 15 % par rapport à la somme des dépenses que chacune des communes aurait eu à sa charge. Il en va de même des équipements de radio-transmission : talkies-walkies et matériel embarqué dans les véhicules ».

[2] *ADGCF, op.cit.*

[3] *Note n° 22 du conseil d'analyse économique,* Cf. *supra.*

concentre sur des achats plus techniques, comme les médicaments qui représentent 60 % de ses commandes.

La transposition de la directive « *marchés publics* » 2014/24/UE donne également l'occasion de **diversifier l'action des centrales d'achat** en ajoutant à leur rôle de mutualisation des commandes une **mission « *d'auxiliaire d'achat* »**[1].

Ce nouveau dispositif permettra aux centrales d'achat d'**assister les acheteurs publics** qui le souhaitent dans la passation de leurs marchés voire de gérer les procédures de mise en concurrence en leur nom. Il suffira aux acheteurs de passer un contrat de gré à gré avec une centrale d'achat sans avoir à mettre en œuvre une procédure de mise en concurrence pour cette prestation de conseil.

Développer cette nouvelle fonction des centrales d'achat semble répondre à un véritable besoin des acheteurs publics, dont certains sont démunis face à la complexité de la règlementation.

La directive précitée autorise aussi explicitement les **centrales d'achat à proposer leurs prestations dans d'autres États membres** de l'Union européenne, ce qui représente un potentiel d'activité supplémentaire à valoriser.

(3) Créer des centrales d'achat régionales dans les régions qui le souhaitent

En simplifiant le « *mille-feuille administratif* », la réforme territoriale en cours[2] a vocation à **concentrer davantage l'achat public** en **renforçant** particulièrement deux strates de collectivités : les **régions** d'une part et les **structures intercommunales** d'autre part.

L'impact de la réforme territoriale sur l'achat public local

S'agissant des **régions**, leur nombre passant **de 22 à 13** grâce à des fusions[3], le volume d'achat de chaque région a vocation à s'accroître de manière mécanique.

De nouveaux achats seront aussi nécessaires pour assumer les **nouvelles compétences** qui leur sont dévolues en lieu et place des départements à l'instar des transports routiers non urbains.

[1] *Article 26 de l'ordonnance n° 2015-899 du 23 juillet 2015 relative aux marchés publics.*

[2] *Pour mémoire, cette réforme comporte trois lois : la loi n° 2015-29 du 16 janvier 2015 relative à la délimitation des régions, aux élections régionales et départementales et modifiant le calendrier électoral, la loi n° 2014-58 du 27 janvier 2014 de modernisation de l'action publique territoriale et d'affirmation des métropoles (MAPTAM) et la loi n° 2015-991 du 7 août 2015 portant nouvelle organisation territoriale de la République (NOTRe).*

[3] *Si six régions resteront inchangées (Bretagne, Pays de la Loire, Centre, Ile-de-France, Provence-Alpes-Côte d'Azur, Corse), sept seront le fruit des fusions suivantes : a) Alsace, Lorraine et Champagne-Ardenne, b) Nord-Pas-de-Calais et de la Picardie, c) Bourgogne et Franche Comté, d) Haute-Normandie et Basse-Normandie, e) Rhône-Alpes et Auvergne, f) Midi-Pyrénées et Languedoc-Roussillon, g) Aquitaine, Limousin et Poitou-Charentes.*

Les **structures intercommunales** verront également leur taille augmenter :

- au 1er janvier 2017, les établissements publics de coopération intercommunale (EPCI) devront compter au moins **15 000 habitants** sauf dérogations, contre 5 000 en l'état actuel du droit. Selon la société EDATER, environ **780 EPCI devraient modifier leur périmètre** en conséquence, soit 36,5 % des 2 115 EPCI français[1] ;

- les **métropoles** permettent de fusionner des EPCI compris dans des ensembles de plus de 400 000 habitants et dans une aire urbaine de plus de 650 000 habitants. Onze métropoles ont été créées au 1er janvier 2015[2] et deux (Grand Paris et Aix-Marseille-Provence) le seront à compter du 1er janvier 2016. Grenoble-Alpes Métropole est par exemple le fruit de la fusion en 2014 des communautés de communes du Balcon sud de Chartreuse, de celle du Sud Grenoblois et de la communauté d'agglomération de Grenoble.

Les **compétences des intercommunalités** ont également été étendues.

Les communautés d'agglomération **reprennent des compétences aux communes** comme l'aménagement de zones d'activité industrielle et des aires d'accueil des gens du voyage ou la promotion du tourisme. La collecte et le traitement des déchets deviennent des compétences obligatoires alors qu'elles étaient auparavant facultatives. À partir de 2020, les EPCI exerceront également les compétences communales en matière d'eau et d'assainissement.

Les **métropoles cumulent** pour leur part les **compétences des EPCI** et certaines missions habituellement dévolues aux **communes** (lutte contre la pollution de l'air, amélioration du parc immobilier bâti, *etc.*). Elles peuvent aussi exercer par **convention** des compétences des **départements** (aide aux jeunes en difficulté, aménagement des collèges, gestion des routes départementales, *etc.*) ou des **régions** (développement économique, soutien à l'accès au logement, *etc.*)[3].

Si la taille des **communes** et des **départements** n'évolue guère[4], leurs compétences ont vocation à se réduire du fait du renforcement de l'intercommunalité et des régions (*Cf.* supra). Toutefois, les communes conservant la clause générale de compétence – au contraire des régions et des départements – et les transferts de compétences des départements vers les métropoles s'effectuant pour partie par convention et sur la base du volontariat, l'impact de la réforme territoriale sur les achats des communes et des départements est **plus difficile à appréhender à ce stade**.

La réforme territoriale pourrait ainsi être l'occasion de mettre en place des **groupements d'achat au niveau régional**, dans une double logique d'économies d'échelle et d'utilisation « stratégique » de la commande publique.

Proposition n° 15 : Asseoir les centrales d'achat en :

– favorisant leur coopération ;

– développant leur nouvelle mission de conseil aux acheteurs ;

[1] *Étude d'août 2015 disponible au lien suivant : http://datater.edater.fr/*

[2] *Rennes, Bordeaux, Toulouse, Nantes, Brest, Lille, Rouen, Grenoble, Strasbourg, Montpellier ainsi que la métropole de Lyon qui bénéficie d'un statut particulier (article L. 3611-1 du code général des collectivités territoriales).*

[3] *Les métropoles de Lyon et du Grand-Paris exerceront des compétences complémentaires comme la politique locale de l'habitat ou l'aménagement économique, social et culturel.*

[4] *À l'exception de l'incitation à créer des communes nouvelles fusionnant plusieurs municipalités dont l'effet ne peut être mesuré à ce stade (loi n° 2015-292 du 16 mars 2015 relative à l'amélioration du régime de la commune nouvelle, pour des communes fortes et vivantes).*

– étendant leur activité dans les autres États membres de l'Union européenne

b) Faciliter la mutualisation des services acheteurs à l'échelle locale

Les **services « *achats* »** constituent des **services « *fonctionnels* »** ou « *supports* ». Pour reprendre la terminologie de l'article L. 5111-1-1 du code général des collectivités territoriales (CGCT), ils concourent à l'exercice des compétences des acheteurs (comme la compétence de voirie par exemple) sans être directement rattachés à ces compétences. Ces services ont **vocation à être mutualisés entre plusieurs acheteurs** afin d'accroître leur efficacité.

L'article **L. 5211-4-2 du CGCT** dispose ainsi qu'un EPCI, une ou plusieurs de ses communes membres et un ou plusieurs établissements publics qui leur sont rattachés peuvent se doter d'un **service « *achats* » commun**. Il s'agit donc d'une **coopération beaucoup plus intégrée que les groupements de commandes**.

Les **schémas de mutualisation des services**[1] – qui doivent être rédigés par tous les EPCI à fiscalité propre avant le 31 décembre 2015 (art. L. 5211-39-1 du CGCT) – représentent une opportunité unique pour les intercommunalités et leurs communes membres d'étudier une mutualisation complète de leur service « *achats* ».

La mission d'information jugerait également pertinente **l'extension de l'article L. 5211-4-2 du CGCT** en ouvrant la possibilité de créer des **services « *achats* » communs aux régions, aux départements et aux établissements publics non rattachés aux EPCI ou à leurs communes membre**s. Cette modification législative permettrait par exemple d'instituer un service « *achats* » commun à un hôpital et à une commune.

Proposition n° 16 : poursuivre la mutualisation des achats à l'échelle locale

C. LIBERER LES ACHETEURS D'UNE APPROCHE PUREMENT FORMELLE DE LA COMMANDE PUBLIQUE

1. Rendre la pratique de la commande publique plus favorable aux PME

La part des PME dans la commande publique peut être accrue par diverses techniques :

[1] *Pour mémoire, ces schémas doivent permettre* « d'assurer une meilleure organisation des services » *entre les EPCI et leurs communes. Ils sont adoptés par l'EPCI après consultation des communes et font l'objet d'une communication du président de l'EPCI lors du débat d'orientation budgétaire.*

- favoriser la qualité par rapport au prix, en particulier dans le secteur de la restauration, afin de ne pas privilégier les *« géants » du* secteur (*Cf. infra*) ;

- les pouvoirs adjudicateurs peuvent se doter des moyens humains nécessaires pour attribuer certains marchés sous forme allotie[1]. Par exemple, une collectivité territoriale peut, plutôt que d'attribuer un marché de restauration à un unique prestataire, internaliser une partie de la mission et attribuer un marché constitué de plusieurs lots pour le reste de la prestation ;

- les PME peuvent se grouper pour accéder à des contrats d'un montant élevé.

2. Étendre la possibilité de régulariser les offres non conformes

Le traitement des offres non conformes révèle la **priorité donnée au formalisme** au détriment d'une approche plus économique de la commande publique.

Les offres non conformes

Il existe trois types d'offres non conformes (art. 35 du code des marchés publics) :

- les **offres irrégulières** qui apportent une réponse au besoin du pouvoir adjudicateur mais qui sont incomplètes ou ne respectent pas les exigences de la consultation ;

- les **offres inacceptables** qui méconnaissent la législation en vigueur ou dépassent les crédits budgétaires alloués au marché ;

- les **offres inappropriées** qui correspondent à une réponse sans rapport avec le besoin du pouvoir adjudicateur.

Ce formalisme entraîne des situations paradoxales où **des offres sont éliminées pour des raisons purement matérielles** alors qu'elles pourraient, en réalité, répondre aux besoins de l'acheteur. Le simple fait pour une entreprise, par exemple une PME, de ne pas avoir chiffré séparément la solution de base et l'option dans un marché de comptage à la montée de voyageurs a ainsi conduit à déclarer son offre non conforme, sans que ses propositions techniques n'aient été examinées[2].

Les acheteurs publics sont également déstabilisés par **l'hétérogénéité des normes applicables** :

[1] *L'article 10 du code des marchés publics prévoit que «* le pouvoir adjudicateur peut (…) passer un marché global (…) s'il estime (…) qu'il n'est pas en mesure d'assurer par lui-même les missions d'organisation, de pilotage et de coordination ».

[2] *Conseil d'État, 23 juin 2010,* Commune de Chatel, *n° 336910.*

- en marché à procédure adaptée, les offres non conformes peuvent être régularisées[1] ;

- en appel d'offres, la possibilité de régularisation se borne, *« dans les cas exceptionnels »*, à rectifier *« une erreur purement matérielle, d'une nature telle que nul ne pourrait s'en prévaloir de bonne foi dans l'hypothèse où le candidat verrait son offre retenue »* comme, par exemple, un oubli d'une ligne tarifaire dans un bordereau de prix unitaires[2] ;

- concernant les concessions, seules des irrégularités mineures peuvent être régularisées, sous réserve que deux conditions soient remplies : que l'insuffisance de l'offre ne fasse *« pas obstacle à ce que soit appréciée la conformité de l'offre aux exigences du cahier des charges »* et qu'elle ne soit pas *« susceptible d'avoir une influence sur la comparaison entre les offres et le choix des candidats qui seront admis à participer à la négociation »*[3].

La mission d'information estime qu'il faut poursuivre un **double objectif** : **unifier les règles relatives à la régularisation des offres non conformes** tout en **évitant que de simples lacunes formelles conduisent au rejet d'offres répondant aux besoins des acheteurs**.

Il convient toutefois de rappeler que ces procédures de **régularisation** doivent être **encadrées**. Le juge communautaire refuse en effet que la modification de l'offre lors de la régularisation *« n'aboutisse à proposer en réalité une nouvelle offre »* car il estime que cela créerait une **concurrence inégale et déloyale**. Il accepte uniquement que *« les données relatives à l'offre puissent être corrigées ponctuellement, notamment parce qu'elles nécessitent à l'évidence une simple clarification, ou pour mettre fin à des erreurs matérielles manifeste »*[4]. La cour a ainsi jugé conforme au droit communautaire une loi estonienne de 2006 prévoyant que l'acheteur *« peut demander par écrit aux soumissionnaires de clarifier leur offre. (Il) ne peut toutefois pas demander ou accepter une offre du soumissionnaire en vue d'une modification qui avantagerait l'offre »*.

Pour l'ensemble des procédures – y compris les procédures formalisées –, la mission d'information préconise ainsi de permettre de régulariser toute lacune purement formelle de l'offre (non signature d'un document, erreurs matérielles dans le bordereau de prix, *etc.*).

Afin d'améliorer la transparence par rapport à la situation actuelle, le pouvoir adjudicateur serait obligé de demander la régularisation des offres irrégulières s'il n'y a qu'une offre régulière. En effet, l'expérience montre que, bien souvent, l'appréciation de la régularité des offres est sujette à interprétation. Un pouvoir adjudicateur pourrait donc dans certains cas

---

[1] *Conseil d'État, 30 novembre 2011,* Ministre de la défense et des anciens combattants c/ EURL Qualitech, *n° 353121.*
[2] *Conseil d'État, 21 sept. 2011,* Département des Hauts de Seine, *n° 349149.*
[3] *Conseil d'État,* Corsica Ferries, *15 décembre 2006, n° 298618.*
[4] *Cour de Justice de l'Union européenne,* SAG ELV Slovensko, *C-599/10.*

être tenté de déclarer irrégulières toutes les offres, sauf celle qu'il souhaite retenir.

Proposition n° 17 : En cas d'irrégularité purement formelle :

- permettre la régularisation de l'offre, même en appel d'offres ;

- s'il y a une seule offre régulière, prévoir l'obligation de demander la régularisation des offres irrégulières.

3. Sécuriser le « *sourçage* » en précisant les notions de délit de favoritisme et de conflit d'intérêts

Pour un acheteur public, **connaître les offres disponibles** est une **condition de réussite de son marché** car cela permet d'éviter de rédiger des cahiers des charges déconnectés de la réalité des produits disponibles dans la sphère marchande.

Pour ce faire, il est conseillé à l'acheteur de procéder à un **« *sourçage* »**, « *base d'un bon achat* » selon Michel Grévoul, directeur du SAE, qui consiste à **dialoguer avec les fournisseurs en amont des consultations publiques**.

Explicitement encouragé par la directive « *marchés publics* » 2014/24/UE[1], le « *sourçage* » est toutefois **insuffisamment développé en France**, en raison d'une exagération du risque de contentieux.

a) L'exagération du risque de contentieux administratif

Les acheteurs publics craignent tout d'abord le contentieux administratif. Celui-ci est **pourtant très rare**.

Certes, le Conseil d'État a étendu ces dernières années les voies de recours des tiers. Selon sa décision « ***Société Tropic Travaux Signalisation*** » du 16 juillet 2007, tout concurrent évincé est recevable à former devant ce même juge un recours de pleine juridiction contestant la validité du contrat ou de certaines de ses clauses, qui en sont divisibles, assorti, le cas échéant, de demandes indemnitaires. Dans sa décision « ***Département de Tarn et Garonne*** » du 4 avril 2014, il a créé une nouvelle voie de recours ouverte non plus seulement aux concurrents évincés, mais à tous les tiers susceptibles d'être lésés dans leurs intérêts de façon suffisamment directe et certaine par la passation d'un contrat administratif ou les clauses de ce contrat.

[1] Cf. *la deuxième partie du présent rapport consacrée à la transposition des directives du 26 février 2014.*

Si le droit pénal a pu être une forme de substitution à des recours administratifs délicats et surtout limités à la délibération autorisant la signature du contrat, tel n'est plus le cas aujourd'hui.

Toutefois, ce n'est qu'en cas d'irrégularité particulièrement grave que le juge peut prononcer l'annulation du contrat (décision dite « *Béziers I* » du 28 décembre 2009).

Par ailleurs, on rappelle que dans le cas du **référé précontractuel** (instauré en 1992), le Conseil d'État a indiqué, par sa jurisprudence dite « SMIRGEOMES[1] » du 3 octobre 2008, qu'un manquement à une règle de mise en concurrence ou de publicité ne peut être invoqué par une entreprise qu'à la condition que ce manquement a été susceptible de la léser ou risque de la léser.

Au total, les **contentieux administratifs sont peu nombreux** : environ 6 000 par an devant le tribunal administratif, ce qui représente 1,5 % des contrats[2].

[1] *Syndicat Mixte de Réalisation et de Gestion pour l'Élimination des Ordures Ménagères de l'Est Sarthois.*

[2] *En partant de l'hypothèse que 400 000 contrats sont conclus chaque année (le cas échéant dans le cadre de marchés allotis).*

Contentieux de la commande publique : éléments statistiques de l'année 2013

	Entrées		Sorties	
	Brut	**Net**	**Brut**	**Net**
I. Devant le Conseil d'État				
Contentieux des marchés et contrats				
Contentieux des marchés et contrats	331	331	333	333
(Ensemble du contentieux toutes matières confondues)	*(9 480)*	*(9 235)*	*(10 143)*	*(9 806)*
Part de l'ensemble du contentieux	3,50%	3,60%	3,30%	3,40%
Référés précontractuels et contractuels				
Référés pré-contractuels		67		78
Référés contractuels		3		3
Total		70		81
II. Devant les tribunaux administratifs				
Contentieux des marchés et contrats				
Contentieux des marchés et contrats	6 045	6 042	6 456	6 **199**
(Ensemble du contentieux toutes matières confondues)	*(181 200)*	*(175 762)*	*(188 205)*	*(183 182)*
Dont :				
Marchés et contrats de l'État	1 183	1 183	1 094	1 093
Marchés et contrats des collectivités territoriales	4 030	4 027	4 444	4 188
Part dans l'ensemble du contentieux	3,30%	3,40%	3,40%	3,40%
Référés marchés				
Référés marchés				
Dont :				
Marchés et contrats de l'État	257	257	259	259
Marchés et contrats des collectivités territoriales	828	826	814	812

Source : Conseil d'État

b) La nécessité de recentrer le délit de favoritisme sur l'intention dolosive

Sur le plan pénal, les **acheteurs publics craignent de devoir répondre du délit de favoritisme** prévu à l'article 432-14 du code pénal.

Ce dernier sanctionne d'une peine de **deux ans d'emprisonnement et** de **200 000 euros d'amende** le fait pour un acheteur public – élu ou fonctionnaire – « *de procurer ou de tenter de procurer à autrui un avantage injustifié par un acte contraire aux dispositions législatives ou réglementaires ayant pour objet de garantir la liberté d'accès et l'égalité des candidats dans les marchés publics et les délégations de service public* ». La rédaction de cet article **exclut** donc, de fait, les **partenariats public-privé** ainsi que **les concessions de travaux** et de **services** « ***non publics*** » du délit de favoritisme.

La **jurisprudence** a adopté une **vision extensive** de cet article en **l'appliquant même en l'absence d'intention dolosive**. Dans une affaire en date du 14 janvier 2004, la Cour de cassation a par exemple appliqué le délit de favoritisme au maire d'une commune de 2 000 habitants n'ayant pas respecté le seuil de mise en concurrence d'un concours d'architecte sans que

sa volonté d'avantager un candidat en particulier n'ait été démontrée[1]. Ainsi, la **moindre méconnaissance des règles applicables aux marchés publics ou aux DSP peut être poursuivie** sur ce motif, ce qui provoque la crainte des acheteurs publics et les décourage à prendre des initiatives en termes d'ingénierie contractuelle. Ce contentieux pénal apparaît en outre comme redondant par rapport aux recours prévus devant les juridictions administratives pour ce type de méconnaissances.

Cette situation est d'autant plus paradoxale que le **nombre de condamnations** est **très faible**[2].

Certains préconisent la suppression pure et simple du délit de favoritisme[3].

Tel n'est pas le cas de la mission d'information, qui considère que **le délit de favoritisme est un indispensable garde-fou**. Elle rejoint donc le rapport au Président de la République *« Renouer avec la confiance publique »* de Jean-Louis Nadal, président de la Haute Autorité pour la transparence de la vie publique, pour proposer de **modifier l'article 432-14 du code pénal en rappelant la nécessité d'intention dolosive dans le délit de favoritisme**. Elle ne souhaite pas supprimer ce délit mais, au contraire, le rendre plus pertinent en le recentrant sur son objectif initial : punir une volonté manifeste de favoriser une entreprise.

Elle soutient également l'**extension du champ de ce délit de favoritisme *« recentré »*** qui s'appliquerait non seulement, comme aujourd'hui, aux marchés publics et aux concessions de service public mais également :

- aux nouveaux marchés de partenariat, ce que prévoit déjà l'ordonnance n° 2015-899 relative aux marchés publics[4] ;

- aux concessions de travaux et aux concessions de services *« non publics »*, ce que ne prévoit pas le projet d'ordonnance *« concessions »* en l'état[5].

---

[1] *Cour de cassation, chambre criminelle, 14 janvier 2004, pourvoi n° 03-83396.*

[2] *En 2009-2013, une trentaine par an, consistant majoritairement en des amendes (d'un montant moyen de quelques milliers d'euros), les peines d'emprisonnement étant quant à elles toujours prononcées avec sursis total (source : Jean-Louis Nadal,* « Renouer avec la confiance publique », *rapport au Président de la République, janvier 2015).*

[3] *Cf. en particulier Alain Lambert :* « Pour simplifier notre droit des marchés publics, interdisons-nous les surtranspositions, supprimons les seuils nationaux et le délit de favoritisme et rendons leur liberté aux collectivités locales, dans le respect des règles de transparence relevant du droit européen et du simple bon sens » *(Les Echos, 9 septembre 2015).*

[4] *Son article 67 qualifiant expressément les marchés de partenariat* de « marchés publics », *ils seront mécaniquement astreints à l'article 432-14 du code pénal.*

[5] *Son article 56 se propose simplement de remplacer dans l'article 432-14 du code pénal le terme de* « délégation de service public » *par celui de* « concession de service public » *afin de reprendre le vocabulaire communautaire.*

Proposition n° 18a : recentrer le délit de favoritisme sur l'intention dolosive de l'acheteur public et l'étendre aux concessions de travaux et de services « *non publics* »

c) Une prévention efficace des conflits d'intérêts

Enfin, l'extension du « *sourçage* » et de la négociation nécessite de **rester vigilant quant aux conflits d'intérêts** afin de respecter le principe de de transparence de l'achat public.

(1) Lors de la ratification, modifier la nouvelle ordonnance « marchés » pour aligner la notion de conflits d'intérêts sur celle de la loi de 2013

L'article 2 de la loi n° 2013-907 du 11 octobre 2013 relative à la transparence de la vie publique définit le conflit d'intérêts comme « *toute situation d'interférence entre un intérêt public et des intérêts publics ou privés qui est de nature à influencer ou à paraître influencer l'exercice indépendant, impartial et objectif d'une fonction* ».

L'article 48 de l'ordonnance « marchés » du 23 juillet 2015[1] définit quant à lui le conflit d'intérêts comme « *toute situation dans laquelle une personne qui participe au déroulement de la procédure de passation du marché public ou est susceptible d'en influencer l'issue a, directement ou indirectement, un intérêt financier, économique ou tout autre intérêt personnel qui pourrait compromettre son impartialité ou son indépendance dans le cadre de la procédure de passation du marché public* ».

Cette dernière définition est celle de la directive « *marchés* » du 26 février 2014[2]. Toutefois, comme Jean-Louis Nadal l'a souligné auprès de la mission d'information[3], **dès lors que la définition de la loi de 2013 est plus large, il aurait été juridiquement possible de la reprendre dans l'ordonnance de 2015**. Cela aurait évité la coexistence, en droit français, de deux définitions différentes de la notion de conflit d'intérêts.

Proposition n° 18b : aligner la notion de conflits d'intérêts de l'ordonnance n° 2015-899 du 23 juillet 2015 relative aux marchés publics sur celle retenue par la loi n° 2013-907 du 11 octobre 2013 relative à la transparence de la vie publique

[1] *Ordonnance n° 2015-899 du 23 juillet 2015 relative aux marchés publics.*
[2] *Directive 2014/24/UE du Parlement et du Conseil du 26 février 2014.*
[3] *Courrier au Président, 19 août 2015.*

(2) Privilégier le déport de l'acheteur public plutôt que l'exclusion de l'entreprise

Sans aller jusqu'à requérir la publication de déclaration d'intérêt et d'activité pour tous les acheteurs publics – comme cela est par exemple le cas pour les parlementaires (art. LO-135-1 du code électoral)[1] – la mission préconise de **privilégier le déport de l'acheteur public** en cas de conflit d'intérêts.

Il existe, en effet, deux logiques différentes en matière de lutte contre les conflits d'intérêts dans la commande publique :

- celle du déport de l'acheteur de l'article 2 de la loi n° 2013-907 du 11 octobre 2013 relative à la transparence de la vie publique : l'élu ou le fonctionnaire visé par un conflit d'intérêts se déporte au profit d'un de ses collègues ;

- la logique d'exclusion de l'article 48 de l'ordonnance n° 2015-899 relative aux marchés publics. Transposant la directive « *marchés publics* » 2014/24/UE, cette mesure permet d'exclure de la procédure de passation une entreprise dont la candidature crée une situation de conflit d'intérêts et « *lorsqu'il ne peut y être remédié par d'autres moyens* ».

La deuxième logique est beaucoup plus pénalisante pour les entreprises alors que la première, que la mission d'information privilégie, nécessite simplement une réorganisation administrative ou politique, le fonctionnaire ou l'élu sujet à un conflit d'intérêts devant se déporter pour laisser ses collègues agir.

d) Généraliser les rencontres entre les acheteurs publics et les entreprises sous l'égide des organismes consulaires

Afin de développer le « *sourçage* » sans risque de favoritisme envers les entreprises rencontrées en amont de la consultation, il semble essentiel de **développer les rencontres acheteurs / professionnels du secteur dans le cadre d'actions menées par les organismes consulaires** (chambres de métiers et de l'artisanat et chambres de commerce et d'industrie). Ces évènements permettraient en effet aux acheteurs publics de rencontrer plusieurs entreprises en même temps et de dialoguer dans un cadre connu de tous.

Proposition n° 19 : Inciter au sourçage en généralisant les rencontres entre les acheteurs publics et les entreprises sous l'égide des organismes consulaires.

[1] *Les déclarations d'intérêt des fonctionnaires font d'ailleurs l'objet d'un débat plus large que la commande publique, l'article 4 du projet de loi relatif à la déontologie et aux droits et obligations des fonctionnaires agents proposant leur instauration pour* « les agents, dont le niveau hiérarchique ou la nature des fonctions le justifient ». *Ce projet de loi devrait être examiné par le Parlement avant la fin de l'année 2015.*

V. METTRE FIN AU « TROU NOIR » STATISTIQUE

L'insuffisance des outils statistiques relatifs à la commande publique, soulignée dans la première partie du présent rapport, n'est pas une spécificité française. La mission a ainsi pu constater, lors de son déplacement à Berlin, que l'Allemagne se trouvait dans une situation analogue.

L'**amélioration de la connaissance statistique** de la commande publique n'en est pas moins une nécessité. Elle doit se faire suivant trois axes.

A. AMÉLIORER LA QUALITÉ DE LA COLLECTE DU RECENSEMENT DES MARCHÉS PUBLICS

Il faut tout d'abord **améliorer l'exhaustivité des chiffres de l'Observatoire économique de l'achat public (OEAP)**, qui semblent sous-estimer les marchés publics conclus par les collectivités territoriales de plusieurs dizaines de milliards d'euros.

Actuellement les données sont à peu près exhaustives dans le cas de l'État parce que son application budgétaire et comptable, CHORUS, alimente directement l'application utilisée par l'OEAP (REAP[1]).

Deux solutions sont ainsi envisageables :

- faire la même chose dans le cas des collectivités territoriales, en « *branchant* » effectivement REAP sur l'application budgétaire et comptable des collectivités territoriales, HELIOS (comme cela est censé être le cas depuis 2011[2]) ;

- à défaut, alimenter l'OEAP en données à partir des avis d'attribution publiés dans le *Bulletin officiel des annonces des marchés publics* (BOAMP) ou dans un journal habilité à recevoir des annonces légales. Toutefois, on rappelle que cette publication n'est obligatoire qu'à partir de 90 000 euros HT. Cette information serait récupérée *a posteriori*, et à des fins purement statistiques, auprès des sociétés privées qui centralisent les avis de marchés et qui vendent ensuite le résultat de ce travail de veille aux entreprises.

B. RECENSER LES CONCESSIONS

Un meilleur suivi des concessions est envisagé par le Gouvernement et fait partie des points en discussion dans la consultation qui accompagne le travail d'élaboration de l'ordonnance transposant la directive « concessions ».

---

[1] *Pour Recensement économique de l'achat public.*

[2] *Arrêté du 21 juillet 2011 relatif au recensement économique de l'achat public.*

Si la création d'un tel outil serait souhaitable, il ne faut pas reproduire l'expérience de la mise en place du recensement des marchés publics. Celle-ci s'est faite sans vraie réflexion méthodologique d'ensemble au départ et, dix ans après son lancement, le recensement reste lacunaire et approximatif.

C. MESURER LA PART DES PME DANS LES MARCHÉS PUBLICS

1. Disposer de séries homogènes dans le temps

Comme on l'a indiqué, les données publiées par l'OEAP sur la part des PME dans les marchés publics ne sont pas homogènes dans le temps, à cause de diverses ruptures méthodologiques.

Il est donc impossible de savoir si la part des PME a augmenté ou diminué au cours des dix dernières années. L'enjeu est considérable.

L'impossibilité de réaliser des comparaisons sur longue période à partir des chiffres de l'Observatoire économique de l'achat public

Faute de méthodologie stable dans le temps, les données publiées par l'OEAP ne permettent pas de réaliser des comparaisons sur longue période, et donc de déterminer si la part des PME dans les marchés publics a eu tendance à diminuer ou à augmenter.

Les graphiques ci-après synthétisent les informations disponibles sur le site de l'OEAP.

La série 2004-2008 s'interrompt brutalement, l'OEAP n'ayant pas été en mesure de la corriger rétrospectivement, alors que le changement de définition de l'Insee a légèrement réduit le nombre de PME[1]. Surtout, à partir des chiffres relatifs à 2011 l'OEAP a cessé de prendre en compte les petits achats[2], suscitant une forte baisse des PME en proportion tant

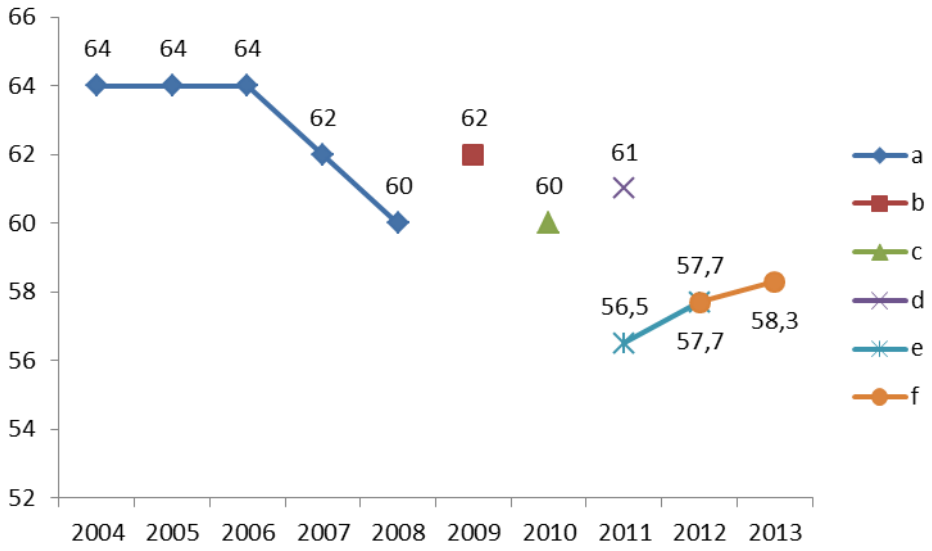
[1] « À compter de 2009, la modification des catégories d'entreprises à laquelle a procédé l'Insee (en application de la directive de 2003 et la LME de 2008), qui s'accompagne d'un relèvement du seuil du critère d'indépendance et de la prise en compte du bilan, se traduit par un changement de la frontière entre les PME et les autres entreprises qui a conduit à réduire d'environ 150 000 le nombre de PME (sur un total d'environ 3,4 millions) » *(source : OEAP, « Place des PME dans les marchés publics en 2010 et comparaison 2009-2010 (Synthèse) », assemblée plénière du 13 décembre 2011).*

[2] « Les taux de participation des PME (…) sont calculés sur le seul recensement de l'OEAP assuré par la direction des affaires juridiques (DAJ) et non plus comme dans les exercices précédents sur ce champ augmenté des résultats de l'enquête « petits achats » redressé par la direction générale du Trésor (DGT) pour l'OEAP. Cette enquête par sondage a été abandonnée en raison d'un arbitrage coût/qualité statistique devenu à l'expérience défavorable à la poursuite de cette enquête » *(« La lettre de l'OEAP », juillet 2014 – n°31).*

du nombre que du montant des marchés (comme le montrent les deux estimations disponibles pour 2011). Toutefois la série est ensuite homogène, la part des PME ayant donc réellement eu tendance à augmenter en 2012-2013[1].

La part des PME dans les marchés publics, selon l'OEAP

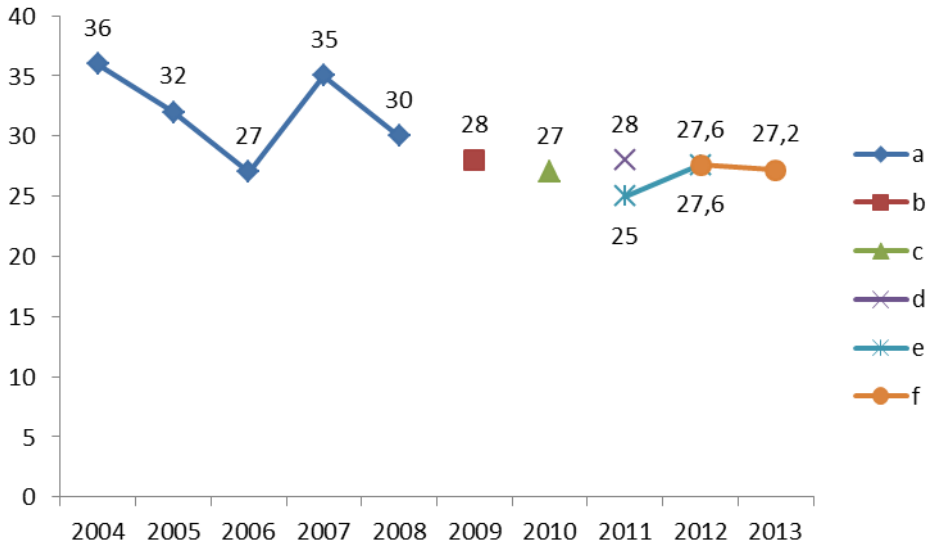
1. En % du nombre de contrats



Sources :
a. OEAP, « Recensement des marchés publics 2008 et évolution 2004-2008 : résultats globaux et résultats concernant les PME », janvier 2011
b. OEAP, « Recensement des marchés publics 2009 : résultats globaux et résultats concernant les PME »
c. OEAP, « Place des PME dans les marchés publics en 2010 et comparaison 2009-2010 (Synthèse) », assemblée plénière du 13 décembre 2011
d. OEAP, « Place des PME dans les marchés publics en 2011 et comparaison 2010-2011 », assemblée plénière du 18 décembre 2012
e. OEAP, « Le poids des PME dans l'achat public », 26 novembre 2013
f. OEAP, « Part des PME dans les marchés publics en 2013 »

[1] « Ces résultats ne sont pas immédiatement comparables à ceux publiés en 2013 pour l'exercice 2011 en raison d'un changement de source statistique. Mais, à partir de la nouvelle source et à méthode constante sur les années 2011 et 2012, les évolutions calculées témoignent d'un certain dynamisme des PME dans l'achat public » *(Jean Maïa, « La lettre de l'OEAP », juillet 2014 – n°31).*

2. En % du montant total



Sources :
a. OEAP, « Recensement des marchés publics 2008 et évolution 2004-2008 : résultats globaux et résultats concernant les PME », janvier 2011
b. OEAP, « Recensement des marchés publics 2009 : résultats globaux et résultats concernant les PME »
c. OEAP, « Place des PME dans les marchés publics en 2010 et comparaison 2009-2010 (Synthèse) », assemblée plénière du 13 décembre 2011
d. OEAP, « Place des PME dans les marchés publics en 2011 et comparaison 2010-2011 », assemblée plénière du 18 décembre 2012
e. OEAP, « Le poids des PME dans l'achat public », 26 novembre 2013
f. OEAP, « Part des PME dans les marchés publics en 2013 »

2. Mesurer la sous-traitance

a) Une information quasi nulle sur la sous-traitance

Si la connaissance de la participation des PME à la commande publique en tant que titulaires des marchés est lacunaire, celle relative à leur participation en tant que sous-traitantes est quasi nulle.

Le recensement des marchés réalisé par l'OEAP permet en effet d'identifier la présence de sous-traitants seulement lorsque le titulaire du marché annonce son intention de recourir à la sous-traitance au moment de la candidature. Avec ce mode de calcul, les marchés avec sous-traitants représentent entre 2 et 2,5 % du nombre total des marchés publics recensés.

Ces chiffres ne sont toutefois par pertinent car l'essentiel de la sous-traitance se met en place après l'attribution des marchés publics. L'OEAP lui-même estime ainsi[1] que **son recensement de la sous-traitance ne couvre que**

[1] *Vraisemblablement en se basant sur les données comptables de CHORUS, qui permettent d'identifier très précisément les sous-traitants de premier rang bénéficiaires d'un paiement direct.*

5 % des marchés publics faisant effectivement appel à la sous-traitance[1]. Si on ne sait pas bien quelle est la proportion des marchés publics impliquant des sous-traitants, on est encore moins en mesure de préciser comment se partage le chiffre d'affaires total des marchés publics entre titulaires des marchés et sous-traitants – et, parmi ces derniers, comment se répartit le volume d'affaires entre sous-traitants de rangs 1, 2 et plus.

On n'est pas non plus en mesure d'estimer quel est le montant du « *sacrifice* » financier qu'occasionne la participation à la commande publique en tant que sous-traitant par rapport à une participation en tant que titulaire.

b) La solution : utiliser les données de CHORUS et HELIOS ?

Pourtant, il paraît relativement aisé, sans coût supplémentaire significatif, de disposer de données plus complètes sur la sous-traitance.

On sait en effet que la loi oblige les acheteurs publics à accepter les sous-traitants de rang 1 et à les payer directement. Les données comptables existent donc pour identifier précisément les marchés publics avec sous-traitants, pour dénombrer ces sous-traitants et pour mesurer la part du chiffre d'affaires qui leur revient.

Tout le problème est d'agréger et de centraliser ces données. Or, c'est d'ores-et-déjà techniquement possible pour les marchés de l'État grâce à l'application CHORUS. Ce serait également possible pour les marchés des collectivités territoriales si, comme suggéré ci-avant, on « *branchait* » REAP (l'application utilisée par l'OEAP) sur HELIOS (l'application comptable des collectivités territoriales). Seule la sous-traitance des opérateurs de réseaux, qui ne sont pas rattachés aux applications comptables de la DGFiP, resterait ainsi hors de portée de la connaissance statistique.

La mission d'information recommande donc que le Gouvernement **mobilise les applications comptables déjà existantes pour mesurer la participation des sous-traitants à la commande publique** et pour publier ces données essentielles à la bonne compréhension de la place des PME dans les marchés publics.

D. PERMETTRE LA COMPARAISON AVEC LES DONNÉES DE L'INSEE

Les données de l'Insee, reposant sur les concepts de la comptabilité nationale et concernant les dépenses, sont par nature différentes de celles de l'OEAP, consistant en des montants estimatifs de marchés.

[1] *De sorte qu'en réalité, ce serait 40 % des marchés publics et non pas seulement 2 % qui feraient appel à la sous-traitance.*

Toutefois, dès lors que les seules données dont la fiabilité méthodologique est assurée sont celles de l'Insee, celles de l'OEAP doivent pouvoir leur être comparées.

Cela implique que :

- l'OEAP recense également les principaux achats ne passant pas par des marchés publics (comme les achats d'énergie primaire) ;

- les acheteurs publics soient regroupés selon les mêmes agrégats d'administrations publiques que celles utilisées par l'Insee[1] ;

- les écarts entre marchés et données de la comptabilité nationale soient explicités.

Proposition n° 20 : Mettre en place un dispositif statistique permettant :

- le recensement exhaustif de l'achat public (et en particulier des marchés publics), des concessions et de la sous-traitance ;

- la mesure de la part des PME dans la commande publique

VI. ETRE ATTENTIF AU CONTENU DU FUTUR TTIP

L'accès aux marchés en général et aux marchés publics en particulier constitue **l'un des trois piliers** de la négociation relative au **partenariat transatlantique de commerce et d'investissement (*Transatlantic Trade and Investment Partnership*, TTIP)[2]** que mènent la Commission européenne avec les États-Unis depuis l'adoption du mandat de négociation le 14 juin 2013[3]. Le mandat précise que la négociation vise *« à accroître l'accès mutuel aux marchés publics à tous les niveaux administratifs (national, régional et local) et dans le domaine des services publics »*, à l'exception des marchés de défense qui ont été exclus des discussions.

Cette négociation est motivée par un constat simple : alors **que 95 % des marchés publics européens** sont **accessibles aux sociétés américaines**,

[1] *État, organismes divers d'administration centrale, collectivités territoriales, organismes divers d'administration locale, régimes d'assurance sociale, organismes dépendant des assurances sociales – hôpitaux.*

[2] *Visant à instaurer une* « zone de libre-échange transatlantique » *(*Transatlantic Free Trade Area*, TAFTA).*

[3] *Pour mémoire, les deux autres piliers sont : les barrières non-tarifaires aux échanges commerciaux et les règles applicables aux produits, ce qui comprend notamment le régime de propriété intellectuelle.*

seul le tiers des marchés conclus **sur le sol des États-Unis** est ouvert aux entreprises des autres pays[1].

Trois verrous juridiques propres aux États-Unis expliquent ce constat :

- treize des cinquante États fédérés ne sont pas partie à l'accord sur les marchés publics de l'organisation mondiale du commerce (OMC) de 1994 qui garantit l'ouverture mutuelle des marchés entre ses signataires ;

- le ***Buy American Act*** de 1933 qui accorde un traitement préférentiel à l'égard des produits cultivés, extraits ou fabriqués aux États-Unis pour certains contrats de l'administration fédérale et notamment pour les marchés de fourniture dont le montant est inférieur à 193 000 dollars ;

- le ***Small Business Act*** de 1953 qui prévoit des mesures favorables aux PME dans les conditions décrites au début de la présente troisième partie.

L'un des objectifs du TTIP est donc de **mettre fin à cette ouverture asymétrique des marchés publics** entre l'Union européenne et les États-Unis. Il permettrait d'ouvrir des contrats de la commande publique américaine jusque-là inaccessibles aux entreprises européennes.

La mission d'information estime toutefois qu'il convient de **rester particulièrement attentif à ces négociations**, susceptibles de remettre en cause des principes importants de la commande publique.

Elle rejoint la résolution n° 57 (2014-2015) du Sénat[2] pour **regretter le manque de transparence des négociations**.

Elle désapprouve en particulier le fait qu'**aucune procédure de consultation ne soit menée auprès des acheteurs publics**, qui figurent pourtant parmi les premiers concernés par les dispositions du futur traité.

De même, l'information des parlementaires n'est pas assurée. Or, le TTIP pourrait modifier les équilibres de la commande publique communautaire que la mission d'information considère satisfaisants, l'Union étant passée d'un objectif unique de mise en concurrence à une logique de mobilisation des marchés publics au service de l'économie[3].

Il convient **de veiller à ce que le TTIP ne fragilise pas certaines avancées récentes de la commande publique** comme la consécration de la

---

[1] *Rapport n° 577 (2012-2013) de M. Simon Sutour fait au nom de la commission des affaires européennes sur l'ouverture de négociations en vue d'un partenariat transatlantique (http://www.senat.fr/rap/l12-577/l12-5771.pdf).*

[2] *Résolution européenne du 3 février 2015 sur le règlement des différends entre investisseurs et États dans les projets d'accords commerciaux entre l'Union européenne, le Canada et les États-Unis (http://www.senat.fr/leg/tas14-057.html).*

[3] Cf. *la deuxième partie du présent rapport.*

coopération public-public ou la possibilité d'inclure le cycle de vie du produit dans les critères de notation des offres[1].

Le mandat de négociation ouvre également la possibilité de créer une structure de **règlement des différends (*Investor-State Dispute Settlement*, ISDS)** entre les entreprises et les personnes publiques dans une logique rejoignant celle de l'arbitrage. Or, les recours en matière de commande publique relèvent majoritairement en France du juge administratif, ce qui semble davantage garantir l'équité de la procédure.

Le TTIP ne devra pas être à l'origine d'une nouvelle complication du droit de la commande publique qui viendrait à rebours des efforts de simplification actuellement consentis.

En effet, en plus du contentieux devant le juge administratif et le juge pénal, l'acheteur public pourrait être amené à comparaître devant l'ISDS. Les entreprises susceptibles de saisir ce dernier étant des multinationales pourvues de services juridiques de qualité, l'égalité des armes lors de la procédure n'est d'ailleurs pas garantie.

Le 16 septembre dernier, la Commission européenne a publié sa position sur ce nouveau mode de règlement des différends, qu'elle propose de renommer « *l'investment court system* » (ICS). De nombreuses avancées sont à signaler :

- proposition de « *juridictionnaliser* » cette structure en nommant des juges permanents (et non désignés par les parties) et en créant une cour d'appel ;

- précision selon laquelle le droit national peut comporter des « *mesures pour mettre en œuvre des objectifs légitimes de politique publique* ».

Toutefois, cette position ne préjuge en rien des orientations américaines et le **risque de déstabilisation de la commande publique est encore présent**.

Proposition n° 21 : Veiller à ce que le partenariat transatlantique de commerce et d'investissement (TTIP) ne remette pas en cause les principes français du droit de la commande publique

[1] Cf. *la deuxième partie du présent rapport.*

CONTRIBUTION DE JOËL LABBÉ AU NOM DU GROUPE ÉCOLOGISTE, RÉPUBLICAIN ET CITOYEN

La commande publique est un levier essentiel de l'économie française générant chaque année près de 400 milliards d'euros d'investissements. Il est essentiel de piloter ces investissements de façon à dynamiser une offre économique responsable, économe en ressources, structurante des économies locales, génératrice de biens et de services tant publics que privés, innovante, de qualité, stable dans le temps. Il s'agit, à bien y réfléchir d'un outil d'orientation économique extrêmement puissant.

La mise en place d'un certain nombre de mesures visant à faciliter l'accès des PME aux marchés publics, en généralisant l'allotissement, et en limitant les délais de paiement, a commencé à porter ses fruits, toutefois, ce mouvement doit être poursuivi et un certain nombre de mesures d'accompagnement et de formation permettront d'accroître encore la part des PME dans la commande publique, en tirant le meilleur parti des réseaux existants que constituent les chambres consulaires et les syndicats professionnels.

Les clauses sociales et environnementales dans les contrats publics restent trop peu répandues, malgré leur progression elles sont présentes dans moins de 10 % des contrats. Il est essentiel de poursuivre les efforts afin d'introduire dans l'ensemble des contrats le respect des engagements de la France en termes de respect des droits humains, de développement durable, d'économie sociale et solidaire, de transition énergétique, de biodiversité, en résumé : la responsabilité sociétale des entreprises (RSE) que nous tentons de décliner dans la loi sous toutes ses formes.

Si certaines des auditions, conduites par la mission, tendent à montrer que les clauses d'exécution seraient plus efficaces que les clauses définissant le cahier des charges du marché public en lui-même, car elles ne généreraient pas d'effets d'éviction pouvant freiner la concurrence, il serait dommageable d'abandonner les clauses sociales et environnementales dans la définition des marchés. Les acteurs économiques, aussi bien les grandes entreprises que les PME, se doivent de respecter un socle commun d'engagements sociaux et environnementaux, et plus que de freiner la concurrence, cela permettra de hisser nos acteurs français vers plus de qualité et d'engagement.

Notre rapport souligne la possibilité de mettre en place une politique d'achat privilégiant les circuits courts, ce point est essentiel, car trop d'acheteurs publics craignent encore d'enfreindre les règles françaises et européennes en introduisant ce type de clause dans les appels d'offres. C'est particulièrement saillant dans le domaine alimentaire, où l'ensemble des communes doivent lors du renouvellement des concessions de restauration scolaire, veiller à mettre en œuvre les recommandations et les bonnes

pratiques diffusées par le ministère permettant un approvisionnement local à travers son « Guide pratique : Favoriser l'approvisionnement local et de qualité en restauration collective ». Cela doit aller de pair avec la mise en œuvre progressive des projets alimentaires territoriaux sur l'ensemble du territoire et l'application des recommandations du rapport de l'Assemblée nationale « Et si on mangeait local… » rendu par notre collègue Brigitte Allain. Nous pouvons citer en exemple la ville de Lons-le-Saunier, qui dispose d'un restaurant municipal élaborant 5 000 repas chaque jour dont 3 000 pour les enfants et qui met en œuvre une politique d'achat local ambitieuse. Autre exemple, en insérant dans le cahier des charges des appels d'offres en restauration collective la transformation de produits frais et bruts, on favorise de facto l'approvisionnement local sans se placer en situation fautive vis-à-vis des réglementations inhérentes à la commande publique. À Rennes cela passe par des exigences en termes de préservation de la qualité des eaux, le lien peut sembler éloigné, et pourtant cela permet aussi de favoriser les approvisionnements locaux.

Nous portons également une attention particulière à la prévention des conflits d'intérêts, l'ensemble des réglementations que nous mettons en œuvre et le renforcement de la transparence vont dans le bon sens. Nous devons rester vigilants et évaluer régulièrement nos méthodes afin d'éviter ces situations. Nous devons être particulièrement vigilants concernant les principaux groupes de médias dont certaines activités dépendent de la commande publique.

ANNEXES

I. LISTE DES PERSONNALITÉS AUDITIONNÉES

Jeudi 21 mai 2015	– **M. Jean Maïa,** directeur des affaires juridiques des ministères économiques et financiers, **M. Serge Doumain**, chef du bureau économie, statistiques et techniques de l'achat public (secrétariat général de l'Observatoire économique de l'achat public) et **M. Benoît Dingremont**, sous-directeur (Droit de la commande publique) à la Direction des affaires juridiques des ministères économiques et financiers
Jeudi 28 mai 2015	– **Mme Rozen Noguellou**, professeur de droit public à l'Université Panthéon-Sorbonne (Paris I) – **M. Antony Taillefait**, professeur de droit et de finances publics à l'Université d'Angers
Jeudi 4 juin 2015	– **M. Loïc Aubouin**, directeur juridique de Bouygues Construction – **M. Alain Borowski**, président de l'Union des groupements d'achats publics (UGAP) et **M. Sébastien Taupiac**, directeur chargé de l'innovation de l'Union des groupements d'achats publics (UGAP) – **M. François Poupard**, directeur général des infrastructures, des transports et de la mer au ministère de l'écologie, du développement durable et de l'énergie
Jeudi 18 juin 2015	– **Mme Catherine Jacquot**, présidente du Conseil national de l'ordre des architectes et **M. Denis Dessus**, vice-président du Conseil national de l'ordre des architectes – **M. François Moutot**, directeur général de l'Assemblée permanente des chambres de métiers et de l'artisanat et **Mme Véronique Matteoli**, directrice adjointe des relations institutionnelles de l'Assemblée permanente des chambres de métiers et de l'artisanat – **M. Alain Buat**, vice-président de la Chambre de commerce et d'industrie (CCI) des Hauts-de-Seine, délégué du président de la CCI Paris Île-de-France, **Mme Dominique Moreno**, adjointe au directeur des politiques législatives et juridiques de la CCI Paris Île-de-France, **Mme Véronique Étienne-Martin**, directeur des affaires publiques et de la valorisation de la CCI Paris Île-de-France et **Mme Florence Jacquemot**, juriste au département droit public et économique de la CCI Paris Île-de-France

Jeudi 2 juillet 2015	**– Mme Clotilde Valter**, secrétaire d'État à la réforme de l'État et à la simplification, **Mme Rebecca Peres**, conseillère politique (relations avec les élus, les entreprises et la presse) et **Mme Mireille Colas**, conseillère performance et économies **– Mme Catherine Mayenobe**, secrétaire générale de la Caisse des dépôts et consignations, **M. Jean-Marc Morin**, directeur juridique et fiscal et des services associés du Groupe Caisse des dépôts et **Mme Brigitte Laurent**, directrice des relations institutionnelles du Groupe Caisse des dépôts **– M. Stéphane Saussier**, professeur de sciences économiques à l'Institut d'administration des entreprises – Université Panthéon-Sorbonne (Paris I) et **M. Jean Beuve**, conseiller scientifique au sein du Conseil d'analyse économique **– Mme Florence Parly**, directrice générale déléguée chargée de la stratégie et des finances de la SNCF, **Mme Anne Guéniot**, directrice juridique mobilités de la SNCF, **M. Stefan Bürkle**, directeur des achats groupe de la SNCF et **Mme Laurence Nion**, conseillère parlementaire de la SNCF
Jeudi 9 juillet 2015	**– Mme Emmanuèle Perron**, présidente de la commission des marchés à la Fédération nationale des travaux publics et **Mme Marie Eiller**, directrice juridique de la Fédération nationale des travaux publics **– M. Gilles de Bagneux,** président du comité commande publique du MEDEF, **M. Alain Couturier**, chargé de mission à la direction des affaires juridiques du MEDEF et **Mme Ophélie Dujarric**, directrice de mission à la direction des affaires publiques du MEDEF **– M. Philippe Jahan**, Président d'UniHA, directeur général du Centre hospitalier de Valenciennes, **M. Bruno Carrière**, directeur général d'UniHA et **Mme Julie Bourgueil**, directeur général adjoint d'UniHA, pharmacienne **– M. Alain Piquet**, président de la commission des marchés à la Fédération française du bâtiment, **M. Séverin Abbatucci**, directeur des affaires juridiques de la Fédération française du bâtiment, **Mme Patricia Grelier-Wickoff**, chef de service à la direction juridique et fiscale de la Fédération française du bâtiment et **M. Benoît Vanstavel**, directeur des relations institutionnelles de la Fédération française du bâtiment

Jeudi 16 juillet 2015	– **M. Thierry Francq**, commissaire général adjoint à l'investissement, **M. Édouard Bloch-Escoffier**, directeur stratégique et financier du Commissariat général à l'investissement et **Mme Géraldine Ducos**, chargée de mission évaluation des investissements publics au Commissariat général à l'investissement – **M. Nicolas Jachiet**, président de Syntec-Ingénierie, **M. Denis Bertel**, président du Bureau infrastructures et **M. Christophe Longepierre**, délégué général adjoint – **M. Renaud Marquié**, délégué général du Syndicat national du second œuvre – **M. Hubert du Mesnil**, président de l'Institut de la gestion déléguée et **M. Pierre-Emeric Chabanne**, directeur général de l'Institut de la gestion déléguée
Mardi 21 juillet 2015	– **M. Jean-Lou Blachier**, médiateur national des marchés publics, **M. Bertrand Rouzier**, conseiller pour les politiques territoriales et responsable pôle juridique et **Mme Justine Leugé Maillet**, responsable communication et presse
Jeudi 23 juillet 2015	– **Mme Monique Legrand-Larroche**, directrice des opérations de la Direction générale de l'armement et **M. François Cojan**, directeur du service centralisé des achats de la Direction générale de l'armement – **Mme Virginie Beaumeunier**, rapporteure générale de l'Autorité de la concurrence et **M. David Viros**, chef du service du président de l'Autorité de la concurrence – **M. Michel Grévoul**, directeur du service des achats de l'État et **M. Hervé Le Dû**, directeur des opérations du service des achats de l'État – **M. Frédéric Grivot**, vice-président chargé de l'industrie de la Confédération générale des petites et moyennes entreprises

II. NOTE ADRESSÉE PAR LE PRÉSIDENT ET LE RAPPORTEUR AU MINISTRE DE L'ÉCONOMIE, DE L'INDUSTRIE ET DU NUMÉRIQUE LE 15 JUIN 2015

RÉPUBLIQUE FRANÇAISE

Paris, le 15 juin 2015

SÉNAT

MISSION COMMUNE D'INFORMATION SUR LA COMMANDE PUBLIQUE

Orientations de la mission commune d'information du Sénat sur la commande publique

Transposition des directives européennes

1. Oser la confiance envers les acheteurs publics

1.1. Encourager la négociation…

Il semble essentiel que la France **suive l'esprit des directives du 26 février 2014 en facilitant le recours à la négociation**[1], cette dernière permettant à la fois de mieux appréhender les besoins et d'obtenir des conditions d'exécution des contrats plus satisfaisante.

Il paraît en sens opportun d'avoir recours à **deux dispositifs prévus par les directives** :

- le *« **sourçage** »* d'une part (art. 40 de la directive *« marchés »* n° 2014-24 UE), les acheteurs publics pouvant explorer le secteur économique correspondant avant de lancer une consultation afin de mieux connaître les solutions techniques existantes ;
- la *« **procédure concurrentielle avec négociation** »* d'autre part (art. 29 de la directive précitée) qui ouvre la voie à la négociation dans les procédures formalisées et plus seulement dans les procédures adaptées. La mission d'information serait d'ailleurs **favorable à la mention expresse de ce dispositif dans l'ordonnance ainsi qu'à la mention de l'ensemble des procédures de mise en concurrence** car elle estime que cela a un impact direct sur les principes fondamentaux de la libre administration des collectivités territoriales (article 34 de la Constitution).

Parallèlement, la mission d'information souhaiterait qu'il ne soit procédé à **aucune sur-transposition de la directive *« concessions »* n° 2014-23 concernant la négociation**. Son article 30 semble en effet plus strict que le principe *« d'intuitu personae »* qui régit aujourd'hui les concessions françaises mais cet article insiste également sur la *« liberté »* de l'acheteur public lors de l'organisation de la mise en concurrence. Il convient

[1] *Le considérant 42 de la directive « marchés » n° 2014-24 UE indique par exemple* « qu'il est absolument nécessaire que les pouvoirs adjudicateurs disposent de plus de souplesse pour choisir une procédure de passation de marchés prévoyant des négociations ».

15, RUE DE VAUGIRARD – 75291 PARIS CEDEX 06 - TÉLÉPHONE : 01 42 34 25 61 - TÉLÉCOPIE : 01 42 34 38 00

donc de ne pas réduire cette marge de manœuvre en prévoyant des procédures de négociations trop lourdes et complexes.

Dans la même logique, si cette directive reprend la jurisprudence française en imposant la publicité des critères d'attribution des concessions, la mission rappelle qu'elle n'impose pas leur pondération (art. 41).

1.2. … tout en prévenant efficacement les conflits d'intérêt

La **contrepartie indispensable** à la négociation est la prévention des conflits d'intérêt et la mission d'information souhaite saluer la volonté du Gouvernement en cette matière.

Toutefois, si la prévention des conflits d'intérêt doit être **efficace**, elle doit également être **équitable**. En l'état du projet d'ordonnance « marchés », ce sont les entreprises qui peuvent être exclues d'une consultation à ce titre. Toutefois, selon la logique de l'article 2 de la loi n° 2013-907 du 15 octobre 2013[2], il semble plus juste de prévoir que **l'agent public se déporte** en cas de conflit d'intérêts et que l'exclusion de l'entreprise ne soit prononcée qu'à titre subsidiaire, c'est-à-dire si le fait que l'agent public se soit déporté n'a pas suffi.

1.3. Laisser une marge de manœuvre pour l'évolution du contrat en cours d'exécution

Les directives européennes évoquent pour la première fois l'exécution des contrats de la commande publique. Là encore, la mission d'information souhaiterait que la France ne *« sur-transpose »* pas les directives et **laisse une marge de manœuvre à la fois claire et suffisante** pour que les acheteurs publics puissent **s'adapter à des imprévus constatés lors de l'exécution** du contrat.

La mission d'information insiste d'ailleurs sur la souplesse des articles 72 de la directive *« marchés »* et 43 de la directive *« concessions »* que la France doit conserver lors de la transposition.

2. Simplifier les procédures

2.1. Simplifier les procédures pour les entreprises

La mission d'information souligne que le Gouvernement est à l'origine de plusieurs initiatives majeures permettant de simplifier les procédures de la commande publique pour les entreprises. Il développe notamment le

[2] *Loi relative à la transparence de la vie publique.*

« marchés public simplifié » qui permet à une entreprise de répondre à un marché public avec son seul numéro SIRET.

La mission pense que **cet axe de travail doit rester une priorité** pour garantir l'efficacité de la commande publique. Elle **appuiera la demande du Gouvernement** lors de son déplacement à la commission européenne le 25 juin prochain afin que soit publié le *« document unique de marché européen »* (**DUME**) qui permettra de standardiser le dossier de candidature.

Elle est également ouverte à une **réflexion** qui consisterait à **simplifier le contentieux de la commande publique** afin de garantir plus efficacement les droits des entreprises mais également de simplifier les procédures pour les acheteurs publics.

2.2. Simplifier les procédures pour les acheteurs publics

Les procédures sont coûteuses pour les acheteurs, et notamment pour les plus petites collectivités.

C'est pourquoi la mission d'information :

- doute de l'utilité d'une évaluation préalable obligatoire pour les marchés dépassant un seuil que le Gouvernement propose de fixer à 100 millions € HT ;

- souhaite qu'il n'y ait pas de *« sur-transposition »* en matière d'archivage, l'article 84 de la directive *« marchés »* prévoyant la conservation des documents pendant trois ans uniquement;

- insiste sur la nécessité d'**accompagner les acheteurs dans cette nouvelle réforme des marchés publics** en concevant un manuel explicatif clair et faisant autorité.

Enfin, la mission d'information **étudie les conditions juridiques qui permettraient de relever le seuil de 15 000 euros HT** au-dessous duquel il n'est pas nécessaire d'organiser une mise en concurrence. Le relèvement de ce seuil simplifierait en effet grandement les *« petits achats »* des pouvoirs adjudicateurs.

3. Faire de la commande publique un outil au service de l'économie française, et notamment des PME

3.1. Mettre à profit le changement d'optique des directives

Les personnalités qualifiées auditionnées par la mission d'information ont souligné le changement d'optique des directives relatives à la commande publique. La **logique purement concurrentielle** d'ouverture des marchés des directives initiales a été **complétée par l'objectif de mettre l'achat public au service de l'économie.**

La France doit de saisir cette opportunité en **rendant opérationnels les outils correspondants**. Ainsi, si la mission d'information souhaite saluer la création des **partenariats d'innovation** par l'article 31 de la directive *« secteurs classiques »* et le décret n° 2014-1097 du 26 septembre 2014[3], elle **regrette leur complexité** et, partant, la difficulté pour les acheteurs publics de les mettre en œuvre.

3.2. Une attention particulière à donner aux PME

La mission d'information **déplore que l'Union européenne n'ait pas** émis de réserves à l'application de l'Accord sur les marchés publics de l'organisation du commerce afin de **réserver un pourcentage de la commande publique aux petites et moyennes entreprises (PME)**. Elle fera part de ce constat à la Commission européenne et serait favorable à ce que le Gouvernement encourage ce débat à l'échelle communautaire.

Elle remarque toutefois que **des marges de manœuvre sont possibles**, la directive *« marchés »* invitant à *« suivre de près les initiatives nationales visant à accroître la participation des PME »* à la commande publique (considérant 124).

Ainsi, la mission souhaiterait que les **motifs justifiant l'absence d'allotissement soient plus restrictifs que ce que prévoit le projet d'ordonnance**[4]. De même, le principe de l'allotissement pourrait être étendu aux contrats de performance énergétique afin de faciliter l'accès aux PME de ce secteur d'activité.

La mission d'information est également **attentive à l'évolution des marchés de partenariat**, auxquels les PME n'ont qu'un accès indirect grâce

---

[3] *Décret portant mesures de simplification applicables aux marchés publics.*

[4] *A ce stade, l'article 27 du projet d'ordonnance* « marchés » *permet de ne pas allotir si* « la dévolution en lots séparés est de nature à restreindre la concurrence ou qu'elle risque de rendre techniquement difficile ou financièrement plus coûteuse l'exécution des prestations ou encore s'ils ne sont pas en mesure d'assurer par eux-mêmes les missions d'organisation, de pilotage et de coordination ». *L'acheteur public aurait l'obligation de motiver son choix de ne pas allotir.*



à la sous-traitance. Elle **regrette** la récente **annonce du Gouvernement de ne pas fixer un seuil minimum pour le recours à ce type de contrats**, décision contraire à la recommandation n° 4 du rapport d'information *« Les contrats de partenariat : des bombes à retardement ? »* de Jean-Pierre Sueur et Hugues Portelli (2014).

III. DÉPLACEMENT DE TROIS MEMBRES DE LA MISSION À BRUXELLES (25 JUIN 2015)

Participants :

- M. Philippe BONNECARRÈRE, Président
- M. Martial BOURQUIN, Rapporteur
- M. Georges LABAZÉE, Sénateur

Personnalités rencontrées :

- M. François ARBAULT, chef de l'unité Commande publique, Direction générale Marché intérieur et services
- Mme Elzbieta BIENKOWSKA, Commissaire européenne au Marché intérieur, à l'industrie, à l'entrepreneuriat et aux PME
- M. Alexandre ADAM, conseiller Marché intérieur (marchés publics, consommation, propriété industrielle) à la représentation permanente de la France auprès de l'Union européenne
- M. Pierre MOSCOVICI, Commissaire européen aux Affaires économiques et financières, à la fiscalité et à l'union douanière

IV. COMPTE-RENDU DU DÉPLACEMENT DE QUATRE MEMBRES DE LA MISSION EN ALLEMAGNE (3-4 SEPTEMBRE 2015)

Liberté • Égalité • Fraternité
RÉPUBLIQUE FRANÇAISE

AMBASSADE DE FRANCE EN ALLEMAGNE
SERVICE ÉCONOMIQUE RÉGIONAL

Le Ministre Conseiller pour les Affaires Economiques et Financières

Berlin, le 8 septembre 2015

NOTE

Dossier suivi par : Julien Miéral

Objet : Compte-rendu du déplacement des membres de la mission commune d'information du Sénat sur la commande publique à Berlin, les 3-4 septembre 2015.

La mission commune d'information du Sénat sur la commande publique, composée de M. Philippe Bonnecarrère (président, sénateur du Tarn), M. Martial Bourquin (rapporteur, sénateur du Doubs), M. Eric Doligé (sénateur du Loiret) et Mme Anne-Catherine Loisier (sénatrice de la Côte-d'Or), accompagnée de M. Clément Lapeyre, administrateur principal du Sénat, s'est rendue à Berlin les 3 et 4 septembre 2015, afin d'examiner le cadre général relatif à la commande publique en Allemagne et notamment d'évaluer les raisons qui expliquent la forte représentation des PME allemandes dans les attributions de marchés publics outre-Rhin. Les membres de la mission ont pu rencontrer différents interlocuteurs de la fédération de l'industrie allemande, de l'administration fiscale de la ville-Etat de Hambourg, de la fédération allemande des syndicats, de la représentation du Land du Bade-Wurtemberg près l'Etat fédéral et du ministère fédéral de l'Economie et de l'Energie. Les entretiens se sont déroulés dans les locaux de l'Ambassade, à la représentation du Land du Bade-Wurtemberg près l'Etat fédéral et au ministère fédéral de l'Economie et de l'Energie. Les membres de la mission se sont par ailleurs entretenus avec l'Ambassadeur de France pendant une demi-heure.

1. Entretien avec le Dr. Peter Schäfer, chargé de mission, département de la concurrence, des marchés publics et des consommateurs de la Fédération de l'industrie allemande (BDI)

Le Dr. Schäfer a rappelé qu'en Allemagne, la **transposition** en droit national des directives européennes se déroule en deux étapes : (i) la transposition des éléments législatifs et (ii) celle des éléments de nature réglementaire. Un an après l'entrée en vigueur de la directive 2014/24/UE du 26 février 2014[1], relative à la passation des marchés publics dans l'Union européenne (UE), l'Allemagne a élaboré un projet de loi qui est actuellement débattu mais n'a pas encore commencé à esquisser la deuxième étape. Le Dr. Schäfer souligne la complexité du processus de modification des réglementations en Allemagne, en partie liée à la résistance des milieux industriels concernés. Même si le calendrier se resserre, l'Allemagne devrait pouvoir respecter le délai imparti (deux ans)[2].

[1] Directive 2014/24/UE du Parlement européen et du Conseil du 26 février 2014 sur la passation des marchés publics et abrogeant la directive 2004/18/CE.
[2] Calendrier de transposition de la directive 2014/24/UE en Allemagne: (i) 7 janvier 2015 : examen par le gouvernement du cadre de la réforme des marchés publics ; (ii) 8 juillet 2015 : décision prise de modifier la loi fédérale relative à la limitation de la concurrence – GWB) ; (iii) 25 septembre 2015 : 1ère lecture au *Bundesrat* ; (iv) automne 2015 : 1ère

Les membres de la mission sénatoriale ont régulièrement mis en avant la **place relativement importante qu'occupent les PME allemandes dans les passations de marchés publics allemands par rapport aux PME françaises dans leur marché national (48% dans le premier cas, 31% dans le second, selon une étude de la Commission européenne)**. A ce sujet, le Dr. Schäfer estime tout d'abord (i) qu'il s'agit davantage d'un état d'esprit et d'une culture entrepreneuriale propre aux PME allemandes (les sénateurs ont évoqué un « esprit collectif » et un certain « goût du risque ») que de mesures politiques incitatives. Selon notre interlocuteur, cet état d'esprit profiterait à ces entreprises dans les pays émergents (notamment en Asie et en Afrique). En second lieu, (ii) la définition allemande des PME permet d'inclure davantage d'entreprises qu'en France[3]. Enfin, (iii) le droit allemand oblige les rédacteurs des appels d'offre à diviser un même marché en lots différents, ce qui tend structurellement à avantager les PME. Le Dr. Schäfer a toutefois tenu à tempérer son propos : les PME allemandes sont confrontées à d'importants obstacles bureaucratiques en Allemagne.

Au sujet de l'**inclusion de normes sociales et environnementales** dans la rédaction des marchés publics – autre interrogation récurrente formulée par les membres de la mission – le Dr Schäfer a souligné les difficultés rencontrées dans l'application des dispositions relatives aux aspects sociaux. C'est aussi bien le cas sur les marchés publics allemands (existence d'un droit social spécial – *Sonderrecht* – en fonction des *Länder*) qu'à l'international (commerce équitable, formation professionnelle des jeunes cadres, difficulté d'application des réglementations de l'OIT, notamment). Selon lui, les échecs des PME allemandes à l'international sont souvent étroitement liés à ces exigences en matière sociales (non compréhension des exigences ou abstention afin d'éviter de commettre des erreurs). Les seules règles bien connues et respectées par tous sont les exigences formulées dans la loi allemande, les exigences complémentaires formulées dans la rédaction des appels d'offre sont selon lui à éviter, car elles apparaissent souvent difficilement compréhensibles. Les considérations environnementales posent moins de difficultés à l'industrie allemande, dont les standards en la matière sont déjà élevés et que les industriels allemands considèrent par ailleurs comme indispensables et comme pouvant être un facteur de compétitivité.

S'agissant d'exigence dans les cahiers des charges de **normes techniques ou marquages spécifiques**[4], le Dr. Schäfer rappelle que les industriels allemands sont souvent confrontés à ce type de difficultés à l'étranger. L'Allemagne étant une nation tournée vers l'export il est donc pour lui tout naturel que les acteurs s'emploient à donner l'exemple en abolissant au maximum les barrières non tarifaires qui ne devraient pas empêcher les entreprises étrangères d'accéder aux marchés publics allemands.

Le Dr Schäfer partage l'inquiétude des sénateurs au sujet des **salariés détachés**. Davantage de flexibilité doit être accordée aux petites entreprises, tandis qu'il faut veiller à ce que les plus grandes n'externalisent pas une partie entière du groupe, pour bénéficier d'un plus grand degré d'autonomie. Le principe de non-discrimination est celui qui prévaut. Certains *Länder* ont des exigences complémentaires dans le cadre de leurs marchés publics mais le Dr. Schäfer n'a pas connaissance de cas où cela pourrait concerner le salaire minimum. Il n'écarte cependant pas la possibilité qu'une exigence de ce type puisse exister en Allemagne.

Au sujet du **choix du critère décisif (i.e. le prix ou d'autres critères) par l'entité adjudicatrice**, notre interlocuteur indique qu'en théorie, le critère qui doit être retenu dans l'attribution des marchés publics allemands est celui de « l'offre la plus favorable du point de vue économique ». Ceci se révèle cependant difficile dans la pratique, où les considérations qualitatives, comme la durée de vie potentielle d'un bien,

---

lecture au Bundestag ; (v) hiver 2015-2016 : 2ème et 3ème lectures au *Bundestag* ; (vi) printemps 2016 : 2ème lecture au *Bundesrat* ; (vii) 18 avril 2016 : entrée en vigueur prévue de la directive.

[3] En France, la définition officielle des PME renferme les entreprises employant moins de 250 personnes et dont le chiffre d'affaires annuel est inférieur à 50 M EUR (source : portail de l'Economie et des Finances : http://www.economie.gouv.fr/cedef/definition-petites-et-moyennes-entreprises). En Allemagne, il existe plusieurs définitions différentes pour le *Mittelstand* dont la plus communément admise est celle qui retient le critère de dirigeant-propriétaire permettant de classer des entreprise comme Dr. Oetker (plus de 10 000 salariés) dans le *Mittelstand*.

[4] Le marquage GS (*Geprüfte Sicherheit*) a été cité en exemple ici par la mission sénatoriale.

doivent être prises en compte. Le *Mittelstand* allemand étant « connu » pour des produits de qualité « incassables », notre interlocuteur suggère que c'est également l'une des origines de la plus grande proportion de commande publique captée par les PME en Allemagne. Selon le Dr Schäfer, le prix constitue cependant toujours le critère prépondérant. A noter qu'il évoque un différend avec la Commission européenne au sujet du critère décisif employé en Allemagne.

Enfin, sur un montant annuel total de marchés publics d'environ 400 Md EUR, il estime que moins de5% s'effectuent par **voie dématérialisée**.

2. Entretien avec M. Hans Randl, chef du bureau en charge des marchés publics, administration fiscale de la ville-Etat de Hambourg et Sabine Spitzer, coordinatrice près la représentation de la ville-Etat de Hambourg près l'Etat fédéral

M. Randl a indiqué que les **statistiques** fédérales ainsi que celles disponibles au niveau des *Länder* en matière de marchés publics sont très rares (dans tous les cas moins développées qu'en France). L'Allemagne possède 132 651 centres de passation de marchés publics (pouvoirs adjudicateurs). Le ministère fédéral de l'Intérieur est responsable de l'organisation des appels d'offre (hormis ceux concernant le domaine militaire, qui relève du ministère de la Défense – les deux ministères n'ayant aucun droit de regard sur les appels d'offre relevant de la compétence de l'autre). Chacune des quelques 11 000 communes allemandes possède au moins un centre de passation de marchés publics, tandis que plusieurs *Länder* (Rhénanie-du-Nord-Westphalie, Basse-Saxe et Schleswig-Holstein notamment) ont mis en place un centre régional (i.e. au niveau du *Land*) de passation des marchés publics. La coopération intercommunale est également répandue.

Notre interlocuteur a souligné les efforts entrepris par la ville-Etat de Hambourg en matière de **dématérialisation**, de la phase de l'appel d'offre à celle de l'attribution du marché. Parmi les *Länder* pionniers figurent, outre la ville-Etat de Hambourg, celle de Brême, et les *Länder* du Schleswig-Holstein, du Mecklembourg-Poméranie-Occidentale et de la Basse-Saxe. Quatre centres de pouvoirs adjudicateurs existent à Hambourg après regroupement : (i) les bureaux de police – notamment pour tout ce qui relève des véhicules ou matériel roulant ; (ii) les écoles (primaires et secondaires) – pour les fournitures bureautiques ; (iii) les prisons et les lieux de détention – pour la nourriture ; (iv) l'office central des marchés publics – pour tous les autres marchés publics.

Le **profil professionnel des fonctionnaires en charge de la passation des marchés publics** a sensiblement évolué au cours des dernières années. Leur profil type n'est plus celui d'un fonctionnaire « senior », mais celui d'un jeune diplômé (souvent titulaire d'une licence/*bachelor*), qui est souvent formé au sein de l'administration, ces dernières attachant une importance particulière à trois domaines complémentaires : juridique, commercial et technique. Les équipes sont souvent mixtes (ingénieurs/juristes) lorsque des marchés publics d'un montant important sont en jeu.

M. Randl souligne qu'à Hambourg, les résultats d'ensemble des appels d'offres sont présentés à des **commissions spéciales d'attribution des marchés publics**, dont les membres sont élus par l'assemblée parlementaire de la ville-Etat (commission à laquelle ne peuvent siéger les membres de l'assemblée parlementaire de la ville-Etat). **Le marché est *in fine* attribué par un fonctionnaire**, qui est chef de la division administrative compétente en matière de marchés publics. L'administration décide, attribue les marchés et en porte la responsabilité de la signature. Les contentieux sont portés devant une chambre administrative spéciale, dont la compétence est proche de celle d'un tribunal. Les procédures d'appel sont du ressort de la Cour constitutionnelle de Hambourg.

Si le **prix constitue le critère principal** (voire unique pour de nombreux produits – notamment ceux dont la durée d'utilisation est très courte), **il n'en est souvent pas l'unique, le critère qualitatif entrant régulièrement en jeu**. Les offres caractérisées par un montant anormalement bas (10% ou plus d'écart par rapport à un prix raisonnable), sont systématiquement soumises à un contrôle, suivi d'une éventuelle exclusion de l'appel d'offres si les arguments fournis ne sont pas convaincants.

Les **normes techniques et marquages spécifiques** (en l'occurrence le marquage GS[5]), ne constituent pas un obstacle pour les entreprises étrangères.

M. Randl estime que l'objectif de **transposition de la directive 2014/24/UE**, fixé en avril 2016, devrait être tenu.

3. Entretien avec la Dr Ghazaleh Nassibi, cheffe du bureau de la coordination des salaires et M. Johannes Jakob, chef du bureau de la politique du marché du travail, Fédération allemande des syndicats (DGB)

La directive 2014/24/UE est positive, dans la mesure où elle met l'accent sur la nécessité de **respecter des critères sociaux et environnementaux** lors de la passation des marchés publics, même si l'absence de sanction en cas de non-respect de ces critères en limite sensiblement la portée. Par ailleurs, la récente entrée en vigueur d'un salaire minimal général de 8,50 euros bruts/heure[6] en Allemagne s'applique également aux travailleurs étrangers dans le cadre des marchés publics.

M. Jakob classe les travailleurs étrangers présents sur le marché allemand en trois catégories : (i) les travailleurs embauchés par un entrepreneur allemand; (ii) les travailleurs détachés auprès d'une agence allemande (et qui sont de fait payés sur la même base que les salariés allemands du secteur, leur salaire étant conforme à la convention collective en vigueur dans ce même secteur) ; (iii) les **travailleurs détachés exerçant une activité professionnelle en Allemagne dans le cadre de l'emploi qu'ils conservent dans leur pays d'origine**. Cette troisième catégorie est la plus sujette à controverse, les droits sociaux du pays d'origine de l'employé s'appliquant durant les vingt-quatre premiers mois. Selon nos interlocuteurs, un million de personnes[7] relèveraient de la troisième catégorie, dont 100 000 dans l'industrie alimentaire (boucheries et abattoirs essentiellement), soit 80% des emplois du secteur, 300 000 dans le secteur agricole, ainsi qu'une part importante des emplois dans les secteurs logistique et des transports. Mme Nassibi a également souligné le fait que certains employeurs allemands exigent que ces salariés détachés s'enregistrent en tant que travailleurs indépendants (ce qui permettrait aux employeurs de ne pas être contraints d'appliquer le salaire minimum à leur égard). Les deux responsables syndicaux ont aussi fait part de leur désarroi face au silence des Etats dont les ressortissants se trouvent dans cette situation.

4. Entretien avec le Dr Claus-Peter Clostermeyer, *Ministerialdirigent*, le Dr Dieter Gamber, *Ministerialrat* et M. Martin Kaspar, Chargé de mission économie, Représentation du *Land* du Bade-Wurtemberg près l'Etat fédéral

En écho aux **critères sociaux et environnementaux** prévus par la directive 2014/24/UE, nos interlocuteurs nous informent que le Bade-Wurtemberg a mis en place une batterie de critères propres au *Land*, regroupés sous le terme générique de « développement durable », que les autorités s'efforcent de respecter dans le cadre des passations de marchés publics. Parmi ces critères figurent (i) la neutralité climatique, une politique de développement équitable (*fair trade*), l'accès des PME aux marchés, l'égalité des chances, l'égalité professionnelle hommes/femmes, l'insertion sociale et l'intégration sur le marché du travail des personnes les plus défavorisées, l'égalité d'accès pour les personnes handicapées.

En valeur, les contrats les plus importants sont signés dans les secteurs (i) des services, (ii) des fournitures matérielles, (iii) de la construction. A l'instar des autres interlocuteurs rencontrés au cours de la mission, la

[5] Voir p.1.

[6] Depuis le 1er janvier 2015. Ce salaire minimal général diffère cependant en fonction des secteurs d'activité et des *Länder*. Par exemple, dans le secteur du bâtiment, il varie de 8,50 euros bruts/heure dans les anciens *Länder* de l'est (Brandenbourg, Mecklembourg-Poméranie-Occidentale, Saxe, Thuringe et Saxe-Anhalt) à 12,65 euros bruts/heure dans les autres *Länder*, en fonction des catégories d'emplois. Source : site Internet de la Chambre de l'artisanat de Dresde (Saxe) :http://www.hwk-dresden.de/Serviceangebote/Beratung/Recht/ArbeitsundSozialrecht/Mindestlouml;hneimHandwerk/Mindestlohnf%C3%BCrGeb%C3%A4udereiniger/tabid/289/Default.aspx. Autre élément important: les impôts et les cotisations sociales (quant à eux similaires dans tous les *Länder*) sont à la charge de l'employé.

[7] Ces chiffres sont à analyser avec précaution. En effet, ce million de personnes (estimation) correspond à un flux éclaté tout au long de l'année (certains employés ne venant travailler que quelques jours).

représentation du Bade-Wurtemberg nous indique que les statistiques fédérales et régionales concernant les marchés publics sont rares.

En matière de **concessions**, des règles existent (elles sont fixées dans la loi économique du *Land*), mais celles-ci sont davantage sectorielles que générales.

Dans les secteurs du gaz et de l'électricité, EnBW, (leader régional dans l'énergie) négocie un **contrat modèle type** avec le *Land*/les communes du *Land*. En dehors de ce secteur il n'existe dans le Bade-Wurtemberg aucun contrat modèle type.

Des **passations de marchés internes**[8] (« *Zweckverbände* ») existent à l'échelle intercommunale dans le domaine de l'eau et de l'assainissement (coopération intercommunale).

Lorsqu'une **offre est anormalement basse**, les autorités du *Land* (i) effectuent un contrôle et (ii) rejettent éventuellement celle-ci si son montant est 10 à 20% moins élevé que l'offre qui la suit au classement.

La division des marchés publics en lots, explicitement autorisée dans la directive 2014/24/UE[9] est en revanche obligatoire en Allemagne[10], ce qui tend à favoriser sensiblement la **part des PME dans les marchés publics**.

Dans le Bade-Wurtemberg comme dans la ville-Etat de Hambourg, c'est un **fonctionnaire de l'administration qui signe les marchés publics**.

Les représentants du Bade-Wurtemberg ont indiqué que la procédure des **partenariats publics privés** n'a pas rencontré de succès dans le *Land*, en matière de marchés publics (coût trop important pour les entités publiques, complexité des constructions contractuelles).

5. Entretien avec le Dr Thomas Solbach, chef du bureau des marchés publics, ministère fédéral de l'Economie et de l'Energie

Selon notre interlocuteur, les dissensions politiques entre le Parti social-démocrate (SPD) et l'Union chrétienne-démocrate (CDU) ont été vives au sujet de l'**intégration de critères sociaux et environnementaux dans les marchés publics** (le SPD y étant favorable, la CDU plus réservée). Le ministère de l'Economie et de l'Energie semble avoir trouvé une voie médiane et flexible, en donnant la possibilité aux communes d'utiliser ces critères sans les y contraindre. L'introduction d'un salaire minimum au niveau fédéral, a *de facto* une répercussion sociale dans les marchés publics passés par les *Länder* et les adjudicateurs infra-régionaux.

Au sujet du **critère décisif dans la passation des marchés publics**, le Dr Solbach nous informe, à la lecture de l'article 67 de la directive 2014/24/UE[11], que des critères qualitatifs peuvent également être pris en

[8] Contrats « in-house ».

[9] Cf. art. 46 de la directive, selon lequel « les pouvoirs adjudicateurs peuvent décider d'attribuer un marché sous la forme de lots distincts, dont ils peuvent déterminer la taille et l'objet. […] Hormis pour les marchés dont la division a été rendue obligatoire en vertu du paragraphe 4 du présent article, les pouvoirs adjudicateurs indiquent les principaux motifs justifiant la décision qu'ils ont prise de ne pas subdiviser le marché en lots […] ».

[10] Paragraphe 97, alinéa 3 de la loi fédérale relative à la limitation de la concurrence.

[11] Article 67 de la directive : « sans préjudice des dispositions législatives, réglementaires ou administratives nationales relatives au prix de certaines fournitures ou à la rémunération de certains services, les pouvoirs adjudicateurs se fondent, pour attribuer les marchés publics, sur l'offre économiquement la plus avantageuse. […] L'offre économiquement la plus avantageuse du point de vue du pouvoir adjudicateur est déterminée sur la base du prix ou du coût, selon une approche fondée sur le rapport coût/efficacité, telle que le coût du cycle de vie, conformément à l'article 68, et peut tenir compte du meilleur rapport qualité/prix, qui est évalué sur la base de critères comprenant des aspects qualitatifs, environnementaux et/ou sociaux liés à l'objet du marché public concerné. Il peut s'agir, par exemple, des critères suivants: (a) la qualité, y compris la valeur technique, les caractéristiques esthétiques et fonctionnelles, l'accessibilité, la conception pour tous les utilisateurs, les caractéristiques sociales, environnementales et innovantes et la commercialisation et ses conditions; (b) l'organisation, les qualifications et l'expérience du personnel assigné à l'exécution du marché, lorsque la qualité du personnel assigné peut avoir une influence significative sur le niveau

compte, à condition d'être liés à l'objet du contrat, ce qui correspond déjà à la pratique allemande en la matière.

La **professionnalisation des fonctionnaires en charge des dossiers des marchés publics** s'est nettement accrue au cours des dernières années.

L'obligation de diviser les marchés publics en lots favorise les PME[12], pour des raisons économiques et techniques, même si le Dr. Solbach estime par ailleurs que cette disposition est parfois trop stricte et entraîne une complication non négligeable des formalités administratives pour les entreprises (notamment dans le secteur de la construction).

La directive 2014/24/UE ouvrira pour le pouvoir adjudicateur davantage de possibilités d'**exclure les offres anormalement basses**.

La **procédure de contrôle de la régularité des passations de marchés publics** en Allemagne consiste en des inspections *ad hoc* et occasionnelles des cours régionales des comptes (pas à intervalles de temps régulier, à la différence des chambres régionales des comptes – qui exercent ce contrôle tous les cinq ans).

Enfin les **normes techniques** allemandes ne visent selon notre interlocuteur en aucun cas à constituer des obstacles pour les entreprises étrangères.

Commentaires :

Ces entretiens, qui ont globalement répondu au questionnaire soumis en amont par les membres de la mission sénatoriale, semblent mettre en avant quatre principaux éléments récurrents : (i) les interlocuteurs rencontrés partagent l'avis positif des sénateurs au sujet de l'évolution du cadre européen de la passation des marchés publics ; (ii) la part prépondérante des PME dans les attributions de marchés publics allemands est à la fois le fruit d'une « culture du risque » propre au Mittelstand *et celui de dispositions législatives incitatives (division obligatoire des marchés en lots) ; (iii) si le prix constitue le critère principal d'attribution des marchés publics, les critères qualitatifs sont dans la pratique souvent pris en compte par le pouvoir adjudicateur nécessitant une formation spécifique des fonctionnaires concernés. Enfin (iv) l'évolution du cadre législatif européen favorisera l'introduction de critères sociaux et environnementaux dans les appels d'offres. Malgré la qualité et la précision des interventions – nonobstant l'absence de données statistiques étoffées – les interlocuteurs sont restés très évasifs sur la question de l'exigence de respect de normes ou de marquages spécifiques restreignant l'accès des entreprises étrangères aux marchés publics allemands*

Anne-Laure DE COINCY

d'exécution du marché; ou (c) le service après-vente, l'assistance technique et les conditions de livraison, telles que la date de livraison, le mode de livraison et le délai de livraison ou d'exécution. Le facteur coût peut également prendre la forme d'un prix ou d'un coût fixe sur la base duquel les opérateurs économiques seront en concurrence sur les seuls critères de qualité. Les États membres peuvent prévoir que les pouvoirs adjudicateurs ne peuvent pas uniquement utiliser le prix ou le coût comme seul critère d'attribution ou limiter cette utilisation à certaines catégories de pouvoirs adjudicateurs ou certains types de marchés ».

[12] Si la division des marchés publics en lots est systématique dans certains secteurs (comme le nettoyage des bâtiments), celle-ci peut également s'avérer problématique (comme dans le secteur des infrastructures, pour lequel la division en lots semble moins appropriée).

V. LEXIQUE

Achat public	Au sens du présent rapport, l'achat public regroupe les achats des pouvoirs adjudicateurs et des entités adjudicatrices, qu'ils soient ou non soumis aux règles des marchés publics.
Appel d'offres	Procédure applicable aux marchés supérieurs aux seuils communautaires.
Code des marchés publics (CMP)	Ensemble de règles applicables à certains acheteurs publics, de niveau réglementaire, résultant actuellement du décret n° 2006-975 du 1er août 2006 portant code des marchés publics.
Commande publique	Au sens du présent rapport, somme de l'achat public et du chiffre d'affaires des concessions.
Comptabilité nationale	Normes comptables utilisées par l'Insee. Elles sont définies par le règlement (CE) no 2223/96 du conseil du 25 juin 1996 relatif au système européen des comptes nationaux et régionaux dans la Communauté.
Concession	Au sens du présent rapport, une « *concession* » est une « *concession* » au de la directive 2014/23/UE du Parlement européen et du Conseil du 26 février 2014 sur l'attribution de contrats de concession. Selon cette directive, « *on entend par : (…)* *a) «concession de travaux», un contrat conclu par écrit et à titre onéreux par lequel un ou plusieurs pouvoirs adjudicateurs ou entités adjudicatrices confient l'exécution de travaux à un ou à plusieurs opérateurs économiques, la contrepartie consistant soit uniquement dans le droit d'exploiter les ouvrages qui font l'objet du contrat, soit dans ce droit accompagné d'un prix;* *b) «concession de services», un contrat conclu par écrit et à titre onéreux par lequel un ou plusieurs pouvoirs adjudicateurs ou entités adjudicatrices confient la prestation et la gestion de services autres que l'exécution de travaux visée au point a) à un ou à plusieurs opérateurs économiques, la contrepartie consistant soit uniquement dans le droit d'exploiter les services qui font l'objet du contrat, soit dans ce droit accompagné d'un prix* ». La concession au sens du droit communautaire est donc proche de la notion française de délégation de service public (DSP). Selon la définition « française » de la concession (non retenue dans le présent rapport), la concession est la forme particulière de DSP dans laquelle la réalisation des travaux ou l'achat des moyens liés à l'établissement du service public sont réalisés par le délégataire.
Consommations intermédiaires	Les consommations intermédiaires sont, selon l'Insee, la « *valeur des biens et services transformés ou entièrement consommés au cours du processus de production* ». Il s'agit des dépenses de fonctionnement hors dépenses de personnel.

Délégation de service public (DSP)	Selon l'article L. 1411-1 du code général des collectivités territoriales, « *une délégation de service public est un contrat par lequel une personne morale de droit public confie la gestion d'un service public dont elle a la responsabilité à un délégataire public ou privé, dont la rémunération est substantiellement liée aux résultats de l'exploitation du service. Le délégataire peut être chargé de construire des ouvrages ou d'acquérir des biens nécessaires au service* ». Il s'agit donc d'une notion proche de celle de concession au sens du droit communautaire (directive « concessions »). En France, on distingue habituellement trois types de DSP : la concession, l'affermage et la régie intéressée.
Directive « concessions »	Directive 2014/23/UE du Parlement européen et du Conseil du 26 février 2014 sur l'attribution de contrats de concession.
Directive « secteurs classiques »	Directive 2004/18/CE sur les marchés publics, ou directive 2014/24/UE du Parlement européen et du Conseil du 26 février 2014 sur la passation des marchés publics (qui doit la remplacer à compter du 18 avril 2016).
Directive « secteurs spéciaux »	Directive 04/17/CE du Parlement européen et du Conseil du 31 mars 2004 portant coordination des procédures de passation des marchés dans les secteurs de l'eau, de l'énergie, des transports et des services postaux, ou directive 2014/25/UE du Parlement européen et du Conseil 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 (qui doit la remplacer à compter du 18 avril 2016).
Entité adjudicatrice	Acheteur soumis à la directive « secteurs spéciaux ». Concrètement, il s'agit des services publics en régie et d'entreprises comme la SNCF ou EDF.
Formation brute de capital fixe (FBCF)	La formation brute de capital fixe (FBCF) est constituée, selon les termes de l'Insee, « *par les acquisitions moins cessions d'actifs fixes réalisées par les producteurs résidents* ». Concrètement, il s'agit de l'investissement.
Insee	Institut national de la statistique et des études économiques.
MAPA	Marché à procédure adaptée. La procédure est allégée par rapport à celle de l'appel d'offres, en particulier en ce qui concerne la publicité.
OEAP	Observatoire économique de l'achat public.
Opérateur de réseaux	Concept de l'OEAP, réunissant les pouvoirs adjudicateurs non soumis au code des marchés publics, et la totalité des entités adjudicatrices.
PME	Petite ou moyenne entreprise. La définition communautaire de la PME se trouve dans l'annexe I au règlement CE 800/2008 du 6 août 2008. Il s'agit des « *entreprises qui occupent 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* ». 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.
Pouvoir adjudicateur	Acheteur soumis à la directive « secteurs classiques ». Cela correspond en gros aux administrations publiques.
Secteurs spéciaux	Cf. « directive "secteurs spéciaux" ».
Sourçage	Pratique consistant, pour l'acheteur public, à prendre connaissance de l'état de l'offre avant de rédiger son marché.

VI. LE CHIFFRAGE DE LA COMMANDE PUBLIQUE

A. LES MARCHÉS PUBLICS

1. L'observatoire économique de l'achat public recense des marchés publics pour un montant de 70 à 80 milliards d'euros hors taxes

Si le recensement opéré par l'OEAP est très lacunaire, il permet cependant de recueillir, sur le champ restreint qu'il couvre, des informations assez détaillées et totalement inaccessibles à l'approche par la comptabilité nationale.

a) Un recensement non exhaustif par construction

(1) Un périmètre défini par plusieurs textes règlementaires

Les directives de 2004 relatives aux marchés publics imposent aux États membres de recenser les marchés publics entant dans leur champ d'application. L'article 75 de la directive 2004/18/CE du 31 mars 2004 *portant coordination des procédures de passation des marchés publics de travaux, de fournitures et de services* et l'article 67 de la directive 2004/17/CE du 31 mars 2004 *portant coordination des procédures de passation des marchés dans les secteurs de l'eau, de l'énergie, des transports et des services postaux* disposent en effet que les États membres doivent communiquer à la Commission européenne des statistiques sur les marchés publics couverts par ces directives, au plus tard le 31 octobre de chaque année.

C'est l'Observatoire économique de l'achat public (OEAP) qui, en France, est chargé de recueillir ces données statistiques.

La **définition du périmètre** exact de ce recensement résulte de plusieurs textes de droit interne.

En premier lieu, aux termes des articles 130 et 131 du code des marchés publics, l'Observatoire effectue le recensement annuel des marchés et des accords-cadres réalisés par :

- les **personnes soumises au code des marchés publics** ;

- les **personnes définies au I de l'article 3 de l'ordonnance du 6 juin 2005** (voir encadré ci-dessous), de même que **les opérateurs de réseau** et **les centrales d'achat**, visés respectivement aux articles 4 et 5 de l'ordonnance précitée.

Les **pouvoirs adjudicateurs énumérés au I de l'article 3 de l'ordonnance du 6 juin 2005** sont les suivants :

1° Les organismes de droit privé ou les organismes de droit public autres que ceux soumis au code des marchés publics dotés de la personnalité juridique et qui ont été créés pour satisfaire spécifiquement des besoins d'intérêt général ayant un caractère autre

qu'industriel ou commercial, dont :

a) Soit l'activité est financée majoritairement par un pouvoir adjudicateur soumis au code des marchés publics ou à la présente ordonnance ;

b) Soit la gestion est soumise à un contrôle par un pouvoir adjudicateur soumis au code des marchés publics ou à la présente ordonnance ;

c) Soit l'organe d'administration, de direction ou de surveillance est composé de membres dont plus de la moitié sont désignés par un pouvoir adjudicateur soumis au code des marchés publics ou à la présente ordonnance ;

2° La Banque de France, l'Institut de France, l'Académie française, l'Académie des inscriptions et belles-lettres, l'Académie des sciences, l'Académie des beaux-arts, l'Académie nationale de médecine et l'Académie des sciences morales et politiques ;

3° La Caisse des dépôts et consignations ;

4° Les organismes de droit privé dotés de la personnalité juridique constitués en vue de réaliser certaines activités en commun :

a) Soit par des pouvoirs adjudicateurs soumis au code des marchés publics ;

b) Soit par des pouvoirs adjudicateurs soumis à la présente ordonnance ;

c) Soit par des pouvoirs adjudicateurs soumis au code des marchés publics et des pouvoirs adjudicateurs soumis à la présente ordonnance.

5° Tous les établissements publics à caractère administratif ayant dans leur statut une mission de recherche, parmi lesquels les établissements publics à caractère scientifique, culturel et professionnel, les établissements publics de coopération scientifique et les établissements publics à caractère scientifique et technologique, pour les achats de fournitures, de services et de travaux destinés à la conduite de leurs activités de recherche.

Le décret n° 2006-1071 du 28 août 2006 *relatif au recensement des marchés publics et de certains contrats soumis à des obligations de mise en concurrence* élargit le périmètre aux contrats passés en application de **l'ordonnance du 17 juin 2004** *sur les contrats de partenariat* et de la **loi du 3 janvier 1991** *relative à la transparence et à la régularité des procédures de marchés et soumettant la passation de certains contrats à des règles de publicité et de mise en concurrence*.

Enfin, **l'arrêté du 21 juillet 2011** relatif au recensement économique de l'achat public limite l'obligation de recensement des contrats visés par le code des marchés public et le décret n° 2006-1071 aux seuls **contrats d'un montant supérieur à 90 000 euros HT**[1]. Cet arrêté précise par ailleurs certaines modalités techniques du recensement en définissant un modèle de fiche de recensement et en prévoyant la transmission électronique des

[1] *Ce qui correspond au seuil à partir duquel le pouvoir adjudicateur est tenu de publier un avis d'appel public à la concurrence soit dans le Bulletin officiel des annonces des marchés publics, soit dans un journal habilité à recevoir des annonces légales*. Cf. *III-1° de l'article 40 du code des marchés publics*

données via les applications comptables CHORUS et HELIOS pour les personnes et les services tenus de les utiliser[1].

Pour compléter en dispositif, l'article 84 du code des marchés publics fait obligation aux pouvoirs adjudicateurs d'établir et de transmettre à l'OEAP des fiches statistiques sur les marchés qu'ils passent. Cette obligation n'est toutefois assortie d'aucune sanction.

(2) Une méconnaissance des marchés publics de faibles montants

Comme indiqué précédemment**, les marchés publics de faible montant** (inférieurs à 90 000 euros) **sont exclus du périmètre de recensement obligatoire de l'OEAP** en application de l'arrêté du 21 juillet 2011 *relatif au recensement économique de l'achat public*.

Le choix de ce seuil résulte de la volonté de ne pas imposer aux acheteurs publics une charge déclarative qui pourrait paraître disproportionnée au regard de la valeur économique des marchés publics les plus modestes.

L'OEAP a cependant connaissance des marchés que les pouvoirs et les entités adjudicatrices décident de notifier à titre purement volontaire. Par ailleurs, grâce à l'application comptable CHORUS, l'observatoire dispose de données complètes sur les marchés de l'Etat (organismes centraux et déconcentrés) dont le montant est compris entre 40 000 et 90 000 euros[2]. Grâce à cette remontée partielle d'informations, l'OEAP a recensé **environ 30 000 contrats d'un montant inférieur à 90 000 euros sur l'exercice 2013, qui correspondent à un montant total de commandes de 1,1 milliard d'euros HT**.

Ces 30 000 marchés de faible montant effectivement recensés ne sont pourtant que la partie émergée de l'iceberg. À partir des publications de listes annuelles de marchés en application de l'article 133 du CMP[3]**, l'OEAP estime** en effet **à 250 000 marchés le nombre annuel total de marchés inférieurs au seuil de 90 000 euros** (essentiellement des marchés passés par les collectivités territoriales et leurs groupements)**.**

Autrement dit, l'OEAP, via CHORUS et les déclarations spontanées des pouvoirs adjudicateurs, recense **au mieux un marché de faible montant sur huit**. En faisant l'hypothèse que les 220 000 de ces marchés échappant au recensement sont en moyenne de même valeur que les 30 000 marchés de

[1] *Helios est l'application comptable dédiée aux collectivités territoriales et à leurs établissements publics. Chorus est l'application budgétaire et comptable de l'État, tant pour ses organes centraux que déconcentrés.*

[2] *L'OEAP pourrait même théoriquement recenser les marchés de l'État, dès le premier euro. Selon l'OEAP, les marchés de l'État situés sous le seuil des 40 000 euros représenteraient environ 5 milliards d'euros et correspondraient à 900 000 décisions d'engagement portant sur des montants souvent extrêmement modestes.*

[3] *Selon lequel* « le pouvoir adjudicateur publie au cours du premier trimestre de chaque année une liste des marchés conclus l'année précédente ainsi que le nom des attributaires ».

faible montant effectivement recensés par l'OEAP, **on peut estimer que le montant global annuel des marchés inférieurs à 90 000 euros s'établit aux alentours de 9 milliards d'euros HT (contre 1,1 milliards d'euros effectivement recensés)**. Une telle estimation ne prétend évidemment pas constituer une mesure exacte, mais elle permet toutefois de fournir un ordre de grandeur de ce qui n'est pas mesuré par l'OEAP sous le seuil des 90 000 euros.

En ajoutant cette valeur estimée du total des marchés de faible montant à la mesure du montant annuel global des marchés publics en France que fournit l'OEAP, la valeur des **marchés publics** conclus en France serait sensiblement majorée : elle dépasserait **80 milliards d'euros HT**, soit un montant supérieur de 12 % à 15 % à celui calculé par l'OEAP (qui est seulement de 71,5 milliards d'euros).

L'estimation des marchés publics de faible montant peut également être réalisée sur la base d'autres sources :

- la société *Vecteur plus*, spécialisée dans la veille des marchés publics, fait état de 194 000 appels d'offres publics collectés annuellement et de 213 000 MAPA, ce qui représente plus de 400 000 marchés publics ;

- ce chiffre de 400 000 marchés est très proche de celui qui ressort d'une publication de 2012 réalisée par le ministère de l'économie. En s'appuyant sur une enquête par sondage, dite enquête « petits marchés », conduite entre 2008 et 2011, l'OEAP estimait alors à 437 000 (contre 135 000 effectivement recensés) le nombre de marchés publics pour l'exercice 2011. 80 % étaient des marchés de moins de 90 000 euros. En intégrant ces marchés de faible montant, l'OEAP estimait le montant global des marchés publics sur l'exercice 2011 à environ 100 milliards d'euros, contre un montant effectivement recensé de 88 milliards d'euros.

Au total, ces différentes estimations sont cohérentes en ce qu'elles aboutissent à une sous-estimation de la valeur globale des marchés publics, du fait du fait de la non déclaration des petits marchés, de l'ordre d'une dizaine de milliards d'euros HT par an, soit 0,5 points de PIB.

(3) Une exclusion de certains contrats à raison de leur objet

Un certain nombre d'achats publics réalisés par les personnes visées par le décret n° 2006-1071 du 28 août 2006 sont **exclus du champ du recensement de l'OEAP**, comme :

- les achats immobiliers (achats de terrains bâtis ou non bâtis) ;

- les loyers, de 5,3 milliards d'euros en 2013 pour les seules administrations publiques, selon l'Insee[1] ;

- les achats d'énergie primaire (gaz naturel, pétrole, charbon, uranium). Pour donner un ordre de grandeur de ce que cela représente, les comptes sociaux d'EDF pour 2014 font état d'achats de combustibles et d'énergie à hauteur de 13 milliards d'euros ;

- les marchés de défense et de sécurité qui n'entrent pas dans le champ de la directive 2004/18/CE (« secteurs classiques ») précitée[2], de près de 10 milliards d'euros par an ;

- les achats réalisés auprès d'opérateurs de réseaux publics bénéficiant d'un droit exclusif ayant un fondement légal.

Au total, on peut estimer, à titre d'ordre de grandeur, qu'**environ 40 milliards d'euros d'achats publics échappent par nature au recensement de l'OEAP**.

b) Une sous-déclaration d'environ 120 milliards d'euros, concernant essentiellement les collectivités territoriales et les opérateurs de réseaux ?

Le rapprochement des différentes données disponibles suggère que la sous-déclaration pourrait approcher **120 milliards d'euros**, correspondant essentiellement aux administrations publiques locales et aux opérateurs de réseaux, comme le montre le tableau ci-après.

[1] *Chiffre transmis à la mission d'information.*

[2] *La direction générale de l'armement a ainsi indiqué à la mission d'information :* « l'OEAP ne recense pas (…), au moins en ce qui concerne la défense, les marchés passés hors directive dont les marchés passés dans le champ de l'article 346 TFUE puisque la disposition de la directive qui prévoit la transmission de ces chiffres à la Commission européenne est justement limitée au champ d'application de cette directive ».

Les marchés publics : une tentative (indicative) de décomposition de l'écart par rapport aux estimations de l'OEAP pour une « année-type »

(en milliards d'euros)

		Montants TTC
A	**Marchés publics conclus annuellement selon l'OEAP**	**90**
B	Non prise en compte des marchés de faible montant	10*
C	Exclusion de certains contrats du champ des directives « *secteurs classiques* » et « *secteurs spéciaux* », en raison de leur objet	40**
D	*Dont défense*	*10***
E	Sous-déclaration [K-C-B-A]	120
F	*Dont :*	
G	*Administrations publiques locales*	*50*
H	*Opérateurs des secteurs spéciaux*	*30*
I	*Opérateurs de l'Etat*	*20*
J	*Administrations de sécurité sociale*	*20*
K	**Achats publics annuels*** **	**260**

* Ordre de grandeur résultant de plusieurs méthodes d'évaluation convergentes (*Cf.* supra).
** *Cf.* supra.
*** Somme des 190 milliards d'euros (environ) d'achats annuels des administrations publiques selon l'Insee et des achats des opérateurs de réseaux, évalués ici, de manière en partie conventionnelle, à 70 milliards d'euros (*Cf. infra*).
Source : mission d'information, d'après les sources indiquées dans le texte

(1) Une sous-déclaration correspondant à une vingtaine de milliards d'euros selon l'OEAP

L'incomplétude des données recueilles par l'OEAP ne découle pas seulement de l'exclusion de certains marchés publics à raison de leur montant ou de leur nature. Elle provient d'une **sous-déclaration massive des marchés** qui, en application du droit, devraient pourtant être déclarés.

Chaque année, c'est environ 5 000 entités ou pouvoirs adjudicateurs qui font remonter à l'OEAP des informations sur les marchés publics qu'ils ont passés. Si l'on recense toutes les entités qui ont, au moins une fois depuis la création de l'OEAP, participé au recensement, on aboutit à une population de 10 000 entités et pouvoirs adjudicateurs. Or, la liste des personnes soumis au régime de la commande publique, établie par l'Insee à partir des numéros SIREN, comprend 130 000 entités et pouvoirs adjudicateurs[1].

C'est donc **plus de 90% des pouvoirs et entités soumis aux règles de la commande publique** qui **échappent totalement au radar de l'OEAP**. Un très grand nombre d'acheteurs communaux et un nombre encore plus considérable de groupements intercommunaux sont dans ce cas. Alors qu'on comptait en 2012 plus de 36 600 communes, 2 581 établissements publics intercommunaux à fiscalité propre et 14 787 syndicats intercommunaux,

[1] *Audition par la mission d'information de M. Jean Maïa, directeur du service des affaires juridiques du ministère de l'économie, 21 mai 2015.*

l'OEAP n'a recensé que 4 059 acheteurs distincts rattachés à la catégorie « collectivités territoriales »[1].

L'OEAP estime, mais sans justifier sa méthodologie, que la sous-déclaration concerne environ 10% des marchés de plus d'un million d'euros et qu'elle est d'autant plus forte qu'on rapproche du seuil des 90 000 euros.

Au total, elle serait à l'origine d'une « évasion statistique » correspondant à 10 milliards d'euros de marchés publics. Si l'on ajoute cette sous-déclaration à la non déclaration des marchés sous le seuil des 90 000 euros, on se rend compte que, **au total, c'est un montant de l'ordre de 20 milliards d'euros HT** de marchés soumis aux règles de la commande publique qui **échapperait à l'observation de l'OEAP**.

(2) … mais qui pourrait être proche de 100 milliards d'euros pour les seules administrations publiques si l'on s'appuie sur les données de l'Insee

Cette sous-déclaration pourrait même être proche de 100 milliards d'euros pour les seules administrations publiques, si l'on compare les chiffrages de l'OEAP avec les données de l'Insee.

En effet, les estimations des achats publics varient entre environ 100 milliards d'euros pour l'OEAP et 200 milliards d'euros pour l'Insee. Bien que les concepts soient différents (marchés conclus et droit de la commande publique d'un côté, dépenses et comptabilité nationale de l'autre), l'ampleur de l'écart suggère que le dispositif de recensement de l'OEAP connaît d'importantes lacunes. En particulier, l'exonération de certains achats du droit de la commande publique (*Cf.* supra) ne semble pouvoir expliquer qu'une faible partie de l'écart.

La sous-déclaration concernerait essentiellement **les collectivités territoriales et leurs établissements publics.**

[1] *Il est vraisemblable qu'une partie des personnes ou des organismes publics qui sont inconnus de l'OEAP le sont tout simplement parce qu'ils ne réalisent jamais, ou seulement exceptionnellement, des marchés dépassant le seuil des 90 000 euros. C'est sans doute le cas des très petites communes. Mais certaines régions, communes de grande taille et groupements intercommunaux n'ont, jusqu'à présent, jamais fait remonter à l'OEAP de données sur leurs marchés publics, alors même que ces acteurs sont régulièrement amenés à passer des marchés supérieurs à 90 000 euros.*

Montant des achats publics réalisés dans le cadre de marchés publics en 2012* : comparaison des données de l'Insee et de l'OEAP

(en milliards d'euros)

Insee		**OEAP**			**Écart**
Formation brute de capital fixe + consommations intermédiaires Concepts de la comptabilité nationale		Marchés conclus			
Catégories d'acheteurs	**Montant TTC**	**Catégories d'acheteurs**	**Montant HT**	**Montant TTC estimé****	
	A		**B**	**C = B*1,196**	**D=A-C**
État et organismes divers d'administration centrale	58,6	État	29,2	34,9	23,6
Administrations publiques locales	97,1	Collectivités territoriales	25,3	30,3	66,9
Administrations de sécurité sociale	36,1				36,1
		Opérateurs de réseaux***	21,0	25,1	-25,1
Total	**191,8**		**75,5**	**90,3**	**101,5**
Total hors « opérateurs de réseaux »*	***191,8***		***54,5***	***65,2***	***126,6***

* Les données publiées par l'OEAP sur son site Internet ne distinguent les catégories d'acheteur que jusqu'en 2012.

** On applique par convention le taux normal de TVA en 2012, soit 19,6 %. Montants calculés par la mission d'information.

*** Ce concept de l'OEAP correspond à l'ensemble constitué par les entités adjudicatrices (c'est-à-dire les opérateurs des secteurs spéciaux) et les quelques pouvoirs adjudicateurs soumis à l'ordonnance de 2005.

Source : d'après l'Insee et l'OEAP

Les règles relatives à la prise en compte des **concessions** et des **partenariats public-privé par la comptabilité nationale** sont synthétisées par l'encadré ci-après.

Interrogé à ce sujet le 20 juillet 2015, l'Insee, sans pouvoir expliquer l'écart, a indiqué qu'il ne pouvait que marginalement s'expliquer par les spécificités de la comptabilité nationale.

La prise en compte des concessions et des partenariats public-privé par la comptabilité nationale (méthode Insee)

Les concessions

« Le concessionnaire doit mettre en place l'ensemble des équipements et installations nécessaires à l'exploitation du service public et se rémunère par une redevance ou un péage payé par l'usager. Il assume les éventuelles pertes liées à l'activité. À la fin du contrat de concession, il est souvent prévu que les équipements soient restitués à la personne publique (cas typique des infrastructures de type tunnels, ponts, autoroutes *etc.*).

En comptabilité nationale, il est d'usage de considérer que – dans le cadre de contrats de long terme – les investissements sont effectués par l'unité concessionnaire, et donc de classer les actifs et les passifs dans le secteur de celle-ci (sociétés non financières, S.11) pendant toute la durée de l'exploitation par l'entreprise ».

Les PPP

« Une première règle pratique est que l'actif est classé dans le secteur du partenaire « privé » si les deux conditions suivantes sont remplies :

- le partenaire supporte le risque de construction,

- le partenaire supporte un des deux autres risques – disponibilité ou demande – compte tenu des spécifications du contrat de PPP,

Si ces conditions sont remplies et qu'il n'y a pas, dans le contrat, d'autre mécanisme destiné à transférer *de facto* le risque à l'administration publique – comme par exemple l'existence d'une garantie de l'État apportée aux emprunts ou tout autre mécanisme de financement public (– le traitement est alors celui d'un investissement du secteur des sociétés (S.11) suivi d'une vente de service, et donc d'un achat de service (P.2) par l'administration publique.

À l'inverse, si ces conditions ne sont pas remplies, la formation brute de capital fixe sera enregistrée dans le compte de capital de l'administration publique, ainsi que les actifs enregistrés dans le compte de patrimoine de l'administration publique. On aura un traitement similaire au crédit-bail , avec enregistrement d'un emprunt dans le compte de l'APU, et une FBCF étalée dans le temps en fonction des phases de construction des équipements ».

Source : d'après Jean-Pierre Dupuis, « Les administrations publiques dans les comptes nationaux », note méthodologique n°1, Insee, mai 2012

(3) … et même de 120 milliards d'euros si l'on prend en compte les opérateurs de réseaux

L'OEAP évalue les marchés des « *opérateurs de réseaux* » – notion qui englobe non seulement les entités adjudicatrices, mais aussi les pouvoirs adjudicateurs soumis à l'ordonnance de 2005 – à 21 milliards d'euros en 2012[1].

Pourtant, la **Commission européenne** évalue les achats publics des services publics hors administrations publiques à environ **75 milliards d'euros**[2].

L'ordre de grandeur de la Commission européenne est crédible, compte tenu des achats indiqués par les principaux opérateurs.

La question est de savoir comment l'écart, de l'ordre de 50 milliards d'euros, entre le montant de l'OEAP et celui de la Commission européenne, se répartit entre sous-déclaration et effets de périmètre. La SNCF et d'EDF ont indiqué à la mission d'information que la sous-déclaration de leurs

[1] *Les marchés des « opérateurs de réseaux » ne sont plus distingués en 2013.*

[2] *Source : Commission européenne, « Public procurement indicators 2011 », 5 décembre 2012.*

marchés publics à l'OEAP était respectivement de l'ordre de 3-4 milliards d'euros et de 2 milliards d'euros.

Dans le cas d'EDF, l'écart par rapport au total des achats, de l'ordre de 20 milliards d'euros, proviendrait en quasi-totalité d'achats non soumis au droit de la commande publique (combustibles, énergie, redevances à ERDF…).

Les achats de la SNCF et d'EDF

La SNCF évalue ses achats à environ 13 milliards d'euros par an, sur le périmètre du groupe entier. Elle a indiqué à la mission que les montants des marchés signés communiqués à l'OEAP, qui excluent l'ex-RFF, ont été de seulement 8,7 milliards d'euros en 2011, 7,2 milliards d'euros en 2012, 8,6 milliards d'euros en 2013 et 9,8 milliards d'euros en 2014. L'écart est donc de l'ordre de 3-4 milliards d'euros par an. La SNCF indique qu'à partir de 2015, les achats déclarés à l'OEAP concerneront bien le total du groupe.

Dans le cas d'EDF, les comptes sociaux 2014 font apparaître des « consommations de l'exercice en provenance de tiers » de 32 milliards d'euros, dont 19 milliards hors achats consommés de combustibles et achats d'énergie (non soumis au droit de la commande publique).

EDF a toutefois indiqué à la mission que « *le montant des achats effectués en 2014 sur marchés et contrats cadres négociés par la Direction des achats d'EDF est de 10 Md€ (hors travaux de réseaux ERDF et hors achats de moins de 20 k€)* » (pour un montant déclaré à l'OEAP de 7,8 milliards d'euros). L'écart entre les deux montants, de près de 10 milliards d'euros, n'est pas explicité. Les comptes sociaux 2014 indiquent toutefois que « *les achats de services comprennent les redevances d'accès au réseau de distribution facturées par la filiale ERDF* ».

Par convention, on supposera dans le présent rapport que l'écart entre le montant des marchés indiqué par l'OEAP et le montant des achats indiqué par la Commission européenne -d'environ 50 milliards d'euros comme précisé précédemment -se répartit entre 20 milliards d'euros de sous-déclaration des marchés à l'OEAP et 30 milliards d'euros d'achats non soumis aux règles des marchés publics.

c) Une qualité de collecte qui progresse néanmoins

(1) Depuis 2011,le système de collecte de l'OEAP a été « branché » sur l'application CHORUS, ce qui en assure la quasi exhaustivité pour les données de l'État

Si la qualité du recensement de l'OEAP ne semble pas satisfaisante, puisqu'il laisse échapper les trois quarts du nombre total des marchés publics et peut-être plus de la moitié de leur montant global, elle s'est néanmoins fortement améliorée au cours des dernières années du fait des évolutions du système d'information utilisé, à savoir l'application REAP[1].

REAP était historiquement alimenté par deux sources :

[1] *REAP pour Recensement économique de l'achat public*

- le système d'information Aramis. C'est l'application utilisée par les comptables publics du Trésor. Elle permettait jusqu'à une date récente de faire remonter vers l'OEAP à la fois les données relatives aux marchés publics de l'État (organismes centraux et déconcentrés) et des collectivités territoriales ;

- les déclarants directs. Ce sont les acheteurs publics dont les opérations financières ne relèvent pas du réseau de la DGFiP, à savoir les entités adjudicatrices et des divers organismes relevant de l'ordonnance du 6 juin 2005.

Pour améliorer la qualité de la collecte auprès des acheteurs publics rattachés au réseau de la DGFiP, les services de l'État ont procédé, partiellement en 2011 et intégralement ensuite, à l'**intégration de l'application REAP et de l'application CHORUS**, cette dernière étant l'application retraçant de manière complète l'ensemble des engagements financiers de l'État, que ces engagements concernent ou non les marchés publics.

Le sourçage de REAP sur CHORUS a permis d'**automatiser une grande partie de la collecte d'information pour les marchés publics des services centraux et déconcentrés de l'Etat,** rendant inutile la saisie manuelle complète, via Aramis, des fiches de recensement relatives aux marchés publics[1].

Le gain ainsi obtenu est à la fois quantitatif et qualitatif :

- qualitatif, car l'OEAP, pour les marchés de l'État, fait désormais l'économie d'un dispositif de renseignement statistique reposant sur une logique déclarative et sur la saisie manuelle, qui sont source de nombreuses erreurs dans la remontée de l'information ;

- quantitatif, car c'est l'ensemble des dépenses relatives aux marchés publics qui sont retracées dans CHORUS. Cela permet à l'OEAP de fournir un recensement exhaustif des marchés publics de l'État à partir du seuil de 40 000 euros.

Les effets de l'intégration de REAP et de CHORUS ont été très importants. Entre 2010 et 2011, cette amélioration méthodologique a permis d'assurer l'exhaustivité du recensement des marchés de l'État au-dessus du seuil de 90 000 euros, mais aussi de disposer de données complètes sur les marchés étatiques dont le montant est compris entre 40 000 à 90 000 euros.

Au total, en 2011, 9 000 marchés supplémentaires, correspondant à un volume d'affaires de 1,8 milliard d'euros, ont pu être comptabilisés par ce recensement.

---

[1] *Même s'il reste une part de saisie manuelle, car certaines des informations requises par la fiche de recensement de l'OEAP ne sont pas intégrables dans CHORUS.*

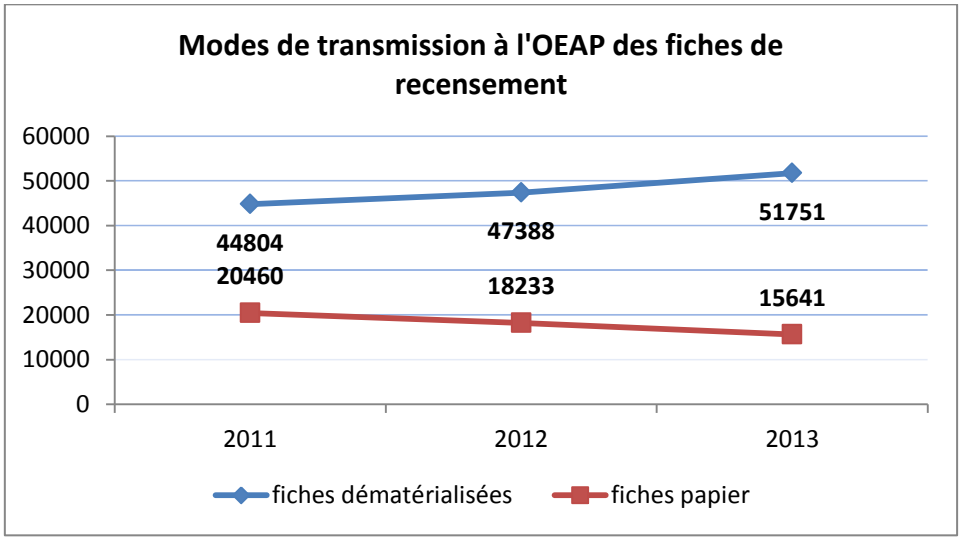
(2) Des progrès ont également été réalisés dans le cas des autres acheteurs publics

Concernant la deuxième source d'alimentation de REAP, à savoir les déclarants directs, d'importants progrès méthodologiques sont également à signaler :

- à compter de 2009, les statistiques ont intégré les **marchés publics passés par les « opérateurs de réseaux »[1].** Si cet ensemble d'acheteurs est relativement peu nombreux, puisqu'on en compte seulement 218 en 2012, ils représentent néanmoins une part importante des achats publics : 21 milliards d'euros en 2012 selon l'OEAP (soit 28 % du montant total recensé par l'OEAP), peut-être même plus de 50 milliards d'euros si l'on prend en compte la sous-déclaration (*Cf. infra*). ;

- à compter de 2011, le champ de la **collecte** a été **étendu aux PPP de l'État**. Bien que cela concerne un nombre réduit de contrats, cela a néanmoins permis d'intégrer dans le périmètre du recensement un volume d'affaires substantiel. Ainsi, en 2011, l'OEAP a recensé seulement 15 PPP, mais leur montant représentait 3,7 milliards d'euros. L'intégration des marchés de partenariat apparaît bien tardive, puisque l'essentiel des PPP ont été conclus entre 2004 et 2011 ;

- la **dématérialisation** de la transmission des données a progressé. Les déclarants directs ont en effet désormais la possibilité de disposer d'un compte REAP, qui leur permet d'alimenter la base du recensement par Internet. Plus simple et moins coûteuse que la déclaration papier, la télé-déclaration incite les acheteurs publics à mieux mettre en œuvre leurs obligations en matière de recensement ;



Source : OEAP, recensement des marchés publics, exercices 2011 à 2013

[1] *Il est à noter que si les marchés publics des opérateurs de réseau ont commencé à être recensés en 2009, c'est seulement à partir de 2011 qu'ils ont été présentés de manière indépendante. Auparavant, ils étaient rattachés aux achats des collectivités territoriales et, surtout, de l'État. Ils n'apparaissaient donc pas comme tels dans les statistiques diffusées par l'OEAP.*

- enfin, la DAJ a mis en œuvre une **politique de détection et de relance des personnes tenues de recenser leurs marchés publics**. Mise en place à partir de 2011, la **lettre de relance de l'OEAP** a permis, sur ce seul exercice, de renseigner les données relatives à 11 283 marchés qui, à défaut, auraient échappé au recensement. Cela correspond à un volume d'affaires de 5,7 milliards d'euros. Malgré son caractère artisanal, cette technique de prévention de la sous-déclaration se montre relativement efficace.

d) Une source d'information précieuse malgré son incomplétude

Si les données de l'OEAP offrent une image très partielle des marchés publics, les travaux de l'observatoire n'en sont pas moins utiles dans la mesure où ils fournissent des informations qui ne sont pas accessibles via les comptes publics de l'Insee. Ces informations portent notamment sur :

- la catégorisation juridique des acheteurs (État, établissements publics de l'État, collectivités territoriales, intercommunalités, syndicats de communes, hôpitaux, organismes d'HLM, etc…) ;

- la taille des entreprises titulaires des marchés (microentreprises, PME, ETI, grandes sociétés), ce qui permet notamment d'analyser la place des PME dans l'achat public;

- le montant des marchés ;

- le segment d'achat (fournitures, services, travaux) et même sur le domaine sectoriel de l'achat (défense, santé, logement, *etc.*) ;

-la nature de la procédure utilisée (appel d'offres ouvert, appel d'offres restreint, marché négocié, dialogue compétitif, concours, procédure adaptée, *etc.*) ;

- la fréquence du recours à des clauses spécifiques (allotissement, marchés avec clauses sociales ou environnementales, marchés à prix révisables, *etc.*).

2. La comptabilité nationale permet de chiffrer l'achat public, hors concessions, aux environs de 200 milliards d'euros par an pour les seules administrations publiques

a) Présentation des données issues de la comptabilité nationale

La comptabilité nationale ignore la notion de commande publique. Cette dernière est d'origine juridique, alors que les concepts servant de base à la comptabilité nationale sont, eux, de nature économique.

Malgré cette différence fondamentale d'approche, l'Insee peut toutefois, à partir des données agrégées qui lui parviennent de la comptabilité publique, calculer deux agrégats, dont le champ recoupe celui de la commande publique, à savoir :

- les **consommations intermédiaires des administrations publiques** (centrales, locales et de sécurité sociale). Elles correspondent à la valeur des biens et services transformés ou entièrement consommés par les administrations au cours du processus annuel de production et représentent **110 milliards d'euros** en 2014 ;

- la **formation brute de capital fixe** (FBCF) de ces mêmes administrations. Elle est constituée par la valeur de leurs acquisitions nettes d'actifs fixes et peut s'interpréter comme leur investissement. En 2014, elle a représenté un peu plus de **78 milliards** d'euros.

Les achats publics tels que retracés par la comptabilité nationale représentent ainsi environ **10 % du PIB national**.

La commande publique par catégorie d'administrations publiques, d'après l'Insee

(en milliards d'euros)

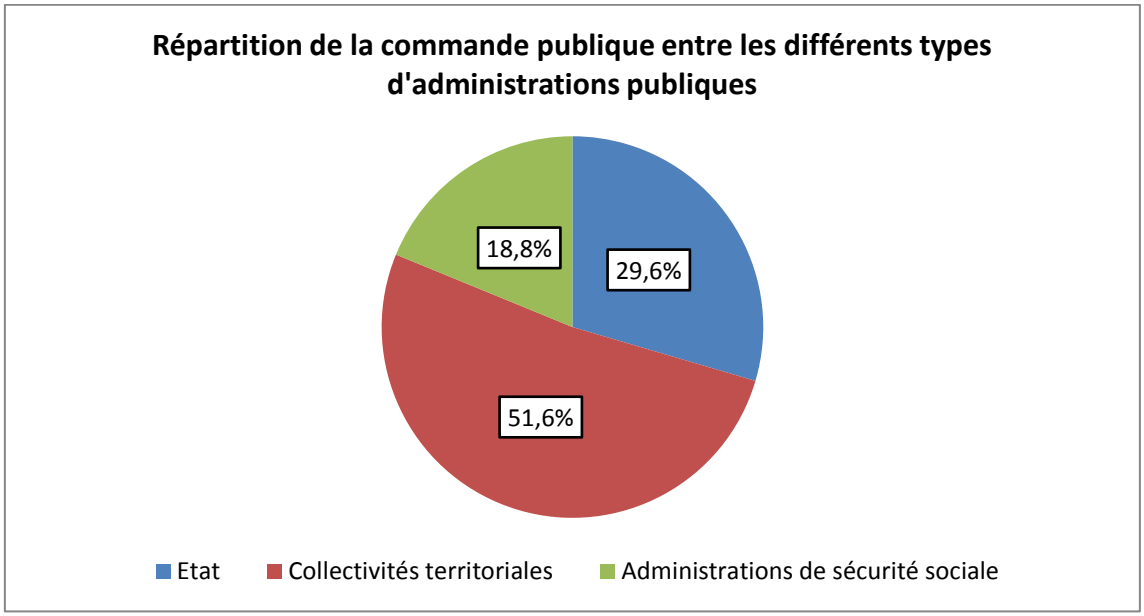
Pour l'année 2014	Etat	ODAC	APUC	Collectivités territoriales	ODAL	APUL	Régimes d'assurance sociale	Organismes dépendant des assurances sociales - hôpitaux	ASSO	APU
Consommations intermédiaires	20,3	10,7	31,0	42,5	9,5	51,9	6,1	21,1	27,2	110,1
Formation brute de capital fixe	8,4	16,3	24,7	43,3	2,2	45,5	1,1	7,3	8,4	78,6
Commande publique[1]	**28,7**	**27,1**	**55,8**	**85,8**	**11,7**	**97,5**	**7,2**	**28,4**	**35,5**	**188,8**

ODAC : organismes divers d'administration centrale. APUC : administrations publiques centrales. ODAL : organismes divers d'administration locale. APUL : administrations publiques locales. ASSO : administrations de sécurité sociale. APU : administrations publiques.

Au-delà du chiffrage global, les données de l'Insee permettent d'analyser la **répartition de l'achat public entre les grandes catégories d'acheteurs publics**.

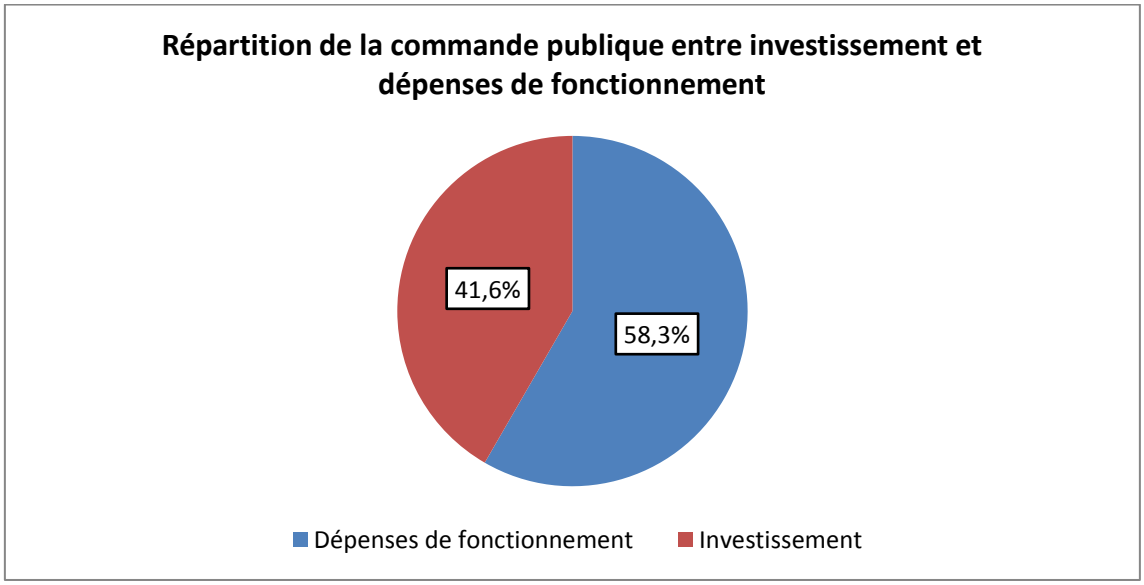
Les collectivités territoriales correspondent à plus de la moitié l'achat public (97,5 milliards d'euros pour les APU locales par rapport au total de 188, 8 milliards d'euros), le reste de l'achat public étant le fait de l'État et ses opérateurs (55,8 milliards d'euros) et des administrations de sécurité sociale, essentiellement les hôpitaux (35,5 milliards d'euros).

[1] *Hors transferts sociaux en nature de produits marchand.*



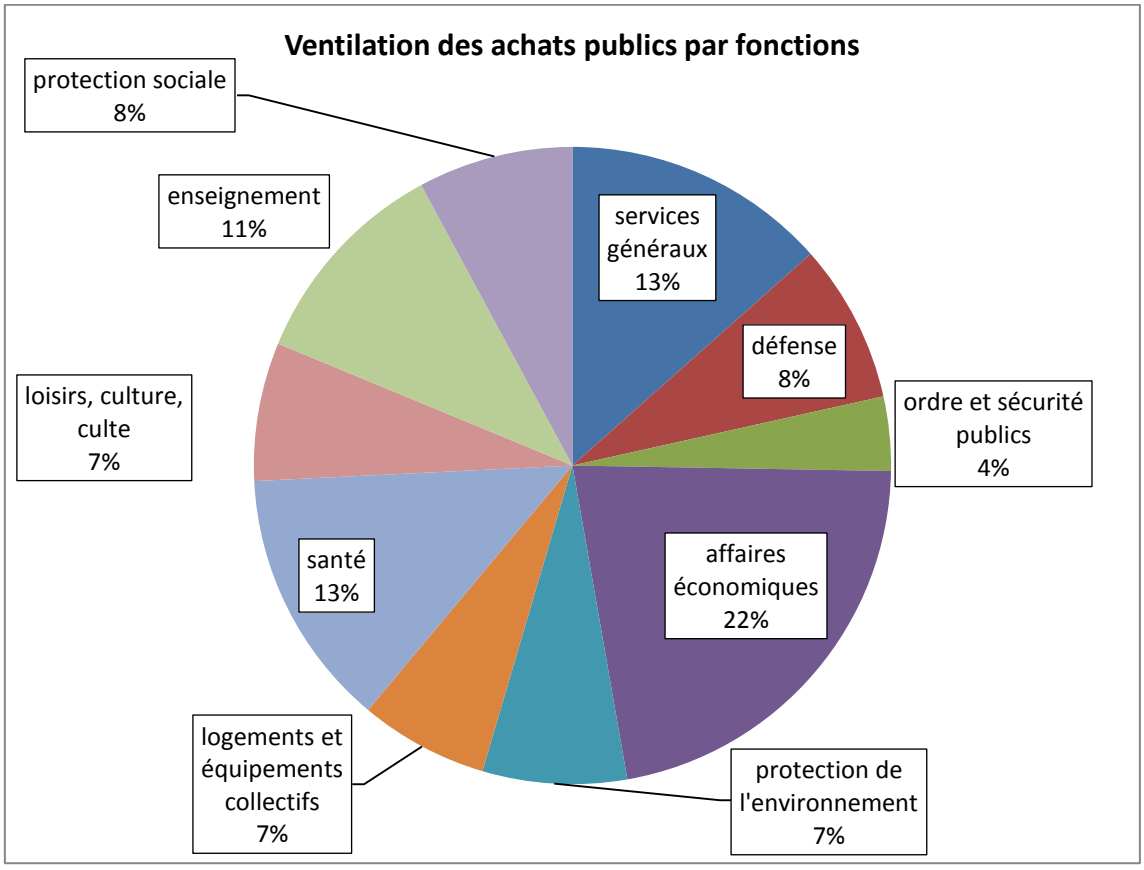
Source : Insee, comptes des administrations publiques, exercice 2014

Si l'on assimile les consommations intermédiaires à des frais de fonctionnement et la FBCF à de l'investissement, on peut dire que **les achats des APU sont, à hauteur de 40 % du total, destinés à financer leur investissement** et, pour le reste, servent à financer leur fonctionnement. Il est intéressant de noter que l'effort d'investissement public résulte, à près de 60%, de l'effort d'accumulation des collectivités territoriales.



Source : Insee, comptes des administrations publiques, exercice 2014

Enfin, on peut ventiler l'achat des administrations par grandes fonctions.



Source : Insee, comptes des administrations publiques, données 2013

b) Des données utiles mais qui ne prennent pas en compte les entreprises soumises aux règles de la commande publique

Du fait du caractère exhaustif de l'enregistrement des flux financiers par l'Insee, la mesure de l'achat public à partir de la comptabilité nationale ne rencontre **pas le problème de la non déclaration** des marchés de faible montant ni celui de la sous-déclaration des marchés au-dessus du seuil des 90 000 euros auquel se heurte l'OEAP.

Cette mesure de la commande publique n'en reste pas moins approximative et incomplète.

En particulier, comme on l'a signalé précédemment, les marchés de fourniture, de service et de travaux des **opérateurs de réseau** qui, juridiquement, sont soumis aux règles de la commande publique (EDF, ERDF, SNCF, RATP…) ne sont **pas inclus** dans les consommations intermédiaires et la FBCF des administrations publiques. L'activité de ces entités, même si elles sont contrôlées par des administrations publiques, relèvent en effet de la sphère marchande et du champ concurrentiel.

Les marchés passés par ces entités, qui pèsent à hauteur de 20 milliards d'euros selon le recensement de l'OEAP (mais environ 75 milliards d'euros pour les services publics au sens de la Commission européenne),

échappent ainsi à la mesure de la commande publique réalisée à partir de la comptabilité nationale.

Pour mieux cerner la commande publique, il conviendrait de les « *ajouter* » aux données tirées de la comptabilité nationale[1].

Comparaison de la mesure de la commande publique par l'Insee et l'OEAP du point de vue de l'exhaustivité du recueil des données

	Recensement de l'OEAP	**Mesure selon les concepts de la comptabilité nationale**
Marchés publics des organismes publics ou sous contrôle public opérant dans le secteur non marchand (y compris marchés de partenariat)	Prise en compte partielle (exhaustivité limitée par des problèmes de non déclaration et de sous déclaration)	Prise en compte exhaustive
Achats hors droit de la commande publique des organismes publics opérant dans le secteur non marchand	Non prise en compte (exemples : achats d'énergie primaire, loyers, achats soumis au secret défense,…)	Prise en compte exhaustive
Marchés publics des entités opérant dans les secteurs de l'eau, de l'énergie, des transports et des services postaux.	Prise en compte partielle (exhaustivité limitée par des problèmes de non déclaration et de sous déclaration)	Non prise en compte
Concessions	Non prise en compte	Non prise en compte

Source : Mission d'information

3. Le périmètre « large » de la Commission européenne (incluant les transferts sociaux en nature, contrairement au présent rapport) : des dépenses de 370 milliards d'euros en 2011

La Commission européenne retient un périmètre encore plus large, qui excède le champ du présent rapport puisqu'il comprend, outre les consommations intermédiaires et la formation brute de capital fixe des administrations et les dépenses de travaux, biens et services du secteur des « *utilities* » (c'est-à-dire des services publics), les **transferts sociaux en**

[1] *Ces données, obtenues selon une méthodologie totalement étrangère à la comptabilité nationale, ne peuvent être additionnées en toute rigueur. L'addition en question n'a pas d'autre but que de corriger de façon très intuitive l'ordre de grandeur.*

nature, **100 milliards d'euros**[1] dans le cas de la France, soit environ 5 points de PIB.

Au sens de la comptabilité nationale, les **transferts sociaux en nature** regroupent :

- les prestations sociales en nature, qui contrairement à ce que leur nom indique sont de nature financière, mais sont utilisées par les ménages pour acheter des biens et services (aide personnalisée au logement par exemple), le cas échéant en se faisant rembourser (médicaments, soins médicaux) ;

- les transferts de biens et services individuels non marchands produits par les administrations publiques (en particulier l'éducation et la santé).

Les transferts sociaux en nature sortent du champ de l'achat public défini par le présent rapport.

Selon cette conception très large de l'achat public, les achats publics de la France auraient été de l'ordre de **370 milliards d'euros** en 2011.

[1] *Selon l'Insee, les transferts sociaux en nature ont été de 118,5 milliards d'euros en 2011 (128 milliards d'euros en 2014).*

Les dépenses publiques de fournitures, travaux et services en 2010 et 2011, selon la Commission européenne

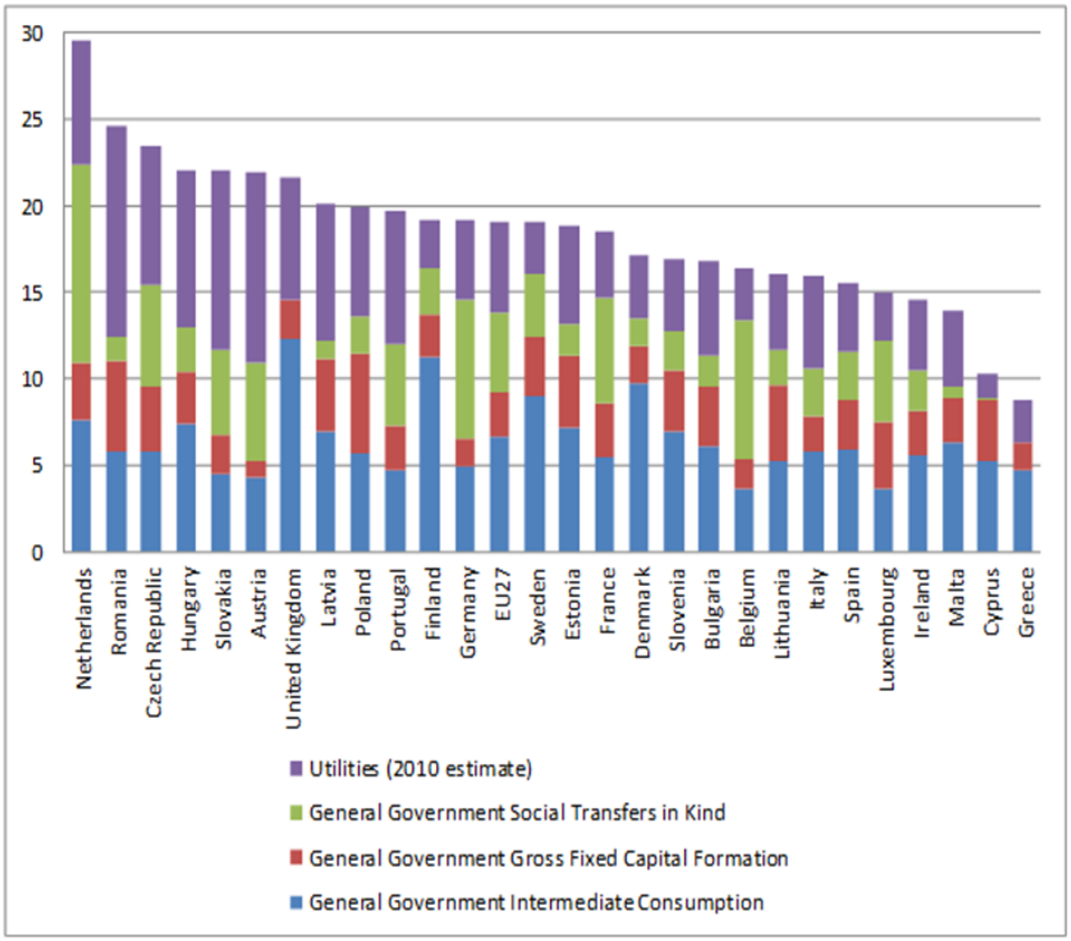
(en milliards d'euros)

	2010	2011
Allemagne	485,36	496,2
Royaume-Uni	389,61	377,94
France	367,43	369,79
Italie	251,81	251,56
Pays-Bas	177,61	177,62
Espagne	177,2	164,78
Suède	68,17	73,73
Pologne	73,13	73,54
Autriche	65,48	65,99
Belgique	58,06	60,68
Danemark	41,08	41,08
République tchèque	37,21	36,7
Finlande	35,06	36,31
Portugal	36,76	33,75
Roumanie	32,32	33,56
Irlande	25,21	23,23
Hongrie	22,42	22,04
Grèce	23,88	18,41
Slovaquie	15,53	15,21
Bulgarie	6,49	6,47
Luxembourg	6,25	6,41
Slovénie	6,3	6,11
Lituanie	4,91	4,94
Lettonie	3,7	4,06
Estonie	2,81	3
Chypre	1,92	1,86
Malte	0,84	0,91
Total UE	**2 416,55**	**2 405,88**

Source : Commission européenne, « Public procurement indicators 2011 », 5 décembre 2012

Décomposition des dépenses publiques de fournitures, travaux et services en 2011, selon la Commission européenne

(en points de PIB)



Utilities : services publics. *General Government* : administrations publiques. *Social Transfers in Kind* : transferts sociaux en nature. *Gross Fixed Capital Formation* : formation brute de capital fixe. *Intermediate Consumption* : consommation intermédiaire.

Source : Commission européenne, « Public procurement indicators 2011 », 5 décembre 2012

B. LES MARCHÉS GLOBAUX

1. Le caractère très lacunaire des chiffres de l'OEAP

Comme cela a été rappelé précédemment, il existe quatre types de marchés globaux. Si l'on se tourne vers l'OEAP, on trouve très peu d'éléments chiffrés pour apprécier le nombre et le montant de ce type de contrats.

En effet, les marchés de conception-réalisation, les marchés de réalisation et d'exploitation ou de maintenance (REM) ou les marchés de conception, de réalisation et d'exploitation ou de maintenance (CREM) ne sont pas détectables en tant que tels par le recensement de l'OEAP, mais sont

« *noyés* » dans le volume global des marchés publics. Quant aux BEA, ils sont situés en dehors du champ du recensement de l'OEAP.

Les seules données chiffrées disponibles auprès de l'OEAP concernent donc les **PPP**. Ces derniers sont recensés par la Mission d'appui aux partenariats public-privé, qui doit transmettre en théorie ses informations à l'OEAP.

En pratique, cette transmission est perfectible et les chiffres publiés par l'OEAP dans ce domaine doivent être relativisés.

Les PPP conclus de 2011 à 2013

PPP notifiés à l'OEAP	2011	2012	2013
Nombre	15	1	1
Montant (en milliards d'euros)	3,7	1,7	0,1

Source : recensement OEAP, exercice 2013

2. Un « stock » de 13 milliards d'euros fin 2012, selon la MAPPP

Si l'on se tourne directement vers la mission d'appui aux partenariats public-privé (MAPPP), on peut obtenir des résultats plus détaillés, mais antérieurs à 2013.

Dans son rapport pour l'exercice 2012, la MAPPP propose le bilan suivant. Entre 2005 et décembre 2012, ont été signés 167 contrats de partenariat, environ 300 BEA (pas tous notifiés à l'échelle centrale, les données sont donc incomplètes), 35 BEH et 12 autorisations d'occupation temporaire. Concernant les contrats de partenariat plus de 60 % d'entre eux ont une valeur en capital inférieure à 50 millions d'euros (26 millions d'euros en moyenne pour les contrats locaux et 250 millions d'euros pour ceux de l'État).

Sur les 167 contrats signés, 129 l'ont été par des entités publiques locales (régions, départements, communes) et 38 par des entités relevant de l'État (établissements publics) ou par l'État lui-même.

La MAPP fait par ailleurs état d'un net reflux du nombre de projets et de contrats signés en 2012. Cette tendance s'est accélérée en 2013.

Les contrats de partenariat conclus en 2012, selon la MAPPP

	État	Collectivités	Total
Flux			
Nb de projets signés en 2012 (flux)	11	26	37
Montant des investissements générés en milliards d'euros	3,1	0,7	3,8
Stock			
Nb de projets signés à fin 2012 (stock)	38	129	167
Montant des investissements générés en milliards d'euros	9,6	3,2	12,8

Source : MAPPP, rapport pour l'exercice 2012

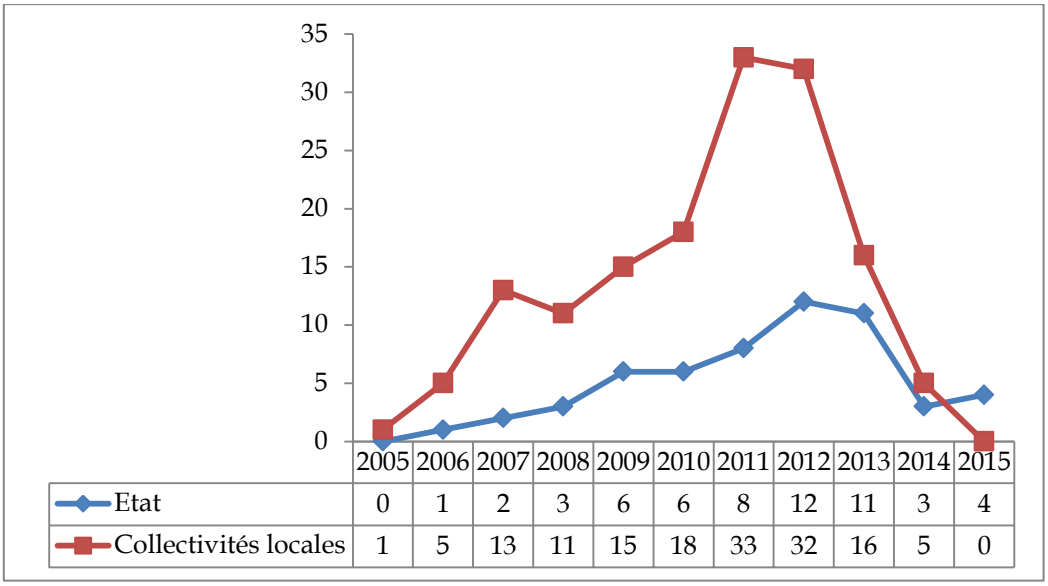
Il est à noter que les chiffres fournis par la MAPPP permettent de connaître la part des PME dans les contrats de partenariat attribués. La part des PME comme titulaire ou co-titulaire de contrats de partenariat atteint 19 % du **nombre** total de contrats signés jusqu'en fin 2012. Les PME sont présentes surtout dans le domaine de l'éclairage public et du bâtiment.

On ne dispose pas des données, mais il est vraisemblable que la part des PME dans le **montant** des PPP est sensiblement plus faible.

3. Une forte baisse du nombre de contrats conclus en 2013 et en 2014, y compris pour l'État

Le nombre de contrats conclus, après avoir culminé en 2011 et en 2012, a fortement diminué en 2013 et en 2014.

Nombre d'avis d'attribution de contrats de partenariat publiés



	2005	2006	2007	2008	2009	2010	2011	2012	2013	2014	2015
Etat	0	1	2	3	6	6	8	12	11	3	4
Collectivités locales	1	5	13	11	15	18	33	32	16	5	0

2015 : données disponibles lors de la rédaction du présent rapport.

Source : d'après MAPPP, « Liste des projets CP publiés dans le BOAMP depuis 2004 », 2015

C. LES CONCESSIONS : ENVIRON 130 MILLIARDS D'EUROS SELON L'INSTITUT DE LA GESTION DÉLÉGUÉE

Il n'est pas possible de connaître le montant des concessions en s'appuyant sur l'OEAP ou l'Insee.

Dans le cas de l'OEAP, cela vient du fait qu'elles n'entrent pas juridiquement dans son champ de compétences.

Dans celui de l'Insee, par définition, les concessions opèrent le transfert de la gestion du service public à des entités qui la financent par des ressources tirées de l'exploitation économique du service. Le mécanisme de la concession fait donc passer la production du service public de la sphère publique à la sphère marchande.

Pour l'Insee, l'activité productive réalisée dans le cadre des concessions sort ainsi du champ des comptes nationaux des administrations publiques pour intégrer celui des sociétés non financières – champ au sein duquel il est méthodologiquement impossible de l'identifier et de la mesurer.

Toutefois l'Institut de la gestion déléguée évalue le montant des concessions à environ **130 milliards d'euros par an**[1]. Ce montant correspond à la somme des parts du chiffre d'affaires des 48 membres publics et privés de l'IGD concernées par les concessions.

[1] *Source : audition par la mission d'information de Hubert du Mesnil et Pierre Chabanne, respectivement président et délégué général de l'Institut de la gestion déléguée (IGD), 16 juillet 2015.*

D. UNE TENTATIVE DE SYNTHÈSE DES CHIFFRAGES DISPONIBLES : UNE COMMANDE PUBLIQUE DE PRÈS DE 400 MILLIARDS D'EUROS PAR AN

Au regard des développements précédents, il paraît possible, à titre indicatif, de retenir les ordres de grandeur ci-après.

La marge d'erreur est toutefois importante, en raison des lacunes du dispositif statistique.

Les dépenses de commande publique : une tentative (indicative) d'estimation globale pour une « année-type »

(en milliards d'euros)

	Achats publics				Concessions	Total
	Code des marchés publics	**Ordonnance n° 2005-649 du 6 juin 2005**	**Hors règles commande publique**	**Total**		
Sphère non marchande	165	10	15	190		190
Pouvoirs adjudicateurs (directive « secteurs classiques »)	160	10	10	180		
Défense et sécurité*	5		5	10		
Sphère marchande	10	30	30	70	130	200
Entités adjudicatrices (directive « secteurs spéciaux »)	10	30	30	70		
Total	**175**	**40**	**45**	**260**	**130**	**390**

* Hors contrats « civils ».

Source : mission d'information, d'après les sources indiquées dans le texte

Explicitation du tableau ci-avant

Les achats soumis à la première partie du code des marchés publics peuvent être évalués à environ 160 milliards d'euros car :

- comme on l'a indiqué, selon l'Insee les achats[1] des administrations publiques sont d'un peu moins de 190 milliards d'euros par an ;

- sur ce montant, environ 10 milliards d'euros d'achats du ministère de la défense (sur un total d'environ 15 milliards) soit sont soumis à la troisième partie du code des marchés publics, soit échappent aux règles de la commande publique comme le permet le droit communautaire ;

- par ailleurs, ne sont pas soumis au code des marchés publics certains achats (comme les locations, que l'Insee évalue à 5,3 milliards d'euros en 2013[2]), et que l'on évalue ici par convention à 10 milliards d'euros ;

- on suppose en outre, également par convention, que les achats des pouvoirs adjudicateurs soumis à l'ordonnance de 2005 sont de 10 milliards d'euros par an.

Dans le cas des opérateurs des secteurs spéciaux (appelés « opérateurs de réseaux » par l'OEAP) – dont les marchés sont évalués à environ 20 milliards d'euros par l'OEAP, alors que les données publiques sur les principaux opérateurs suggèrent un montant compris entre 50 et 100 milliards d'euros (75 milliards en 2011 selon la Commission européenne[3]) –, la répartition entre pouvoirs adjudicateurs soumis à l'ordonnance de 2005, entités adjudicatrices soumises au code des marchés publics et entités adjudicatrices soumises à l'ordonnance de 2005, n'est pas connue. On peut estimer, de manière en partie conventionnelle, que ce montant, fixé ici à 70 milliards d'euros se répartit entre respectivement 10 milliards d'euros, 30 milliards d'euros et 30 milliards d'euros.

L'estimation retenue pour les concessions, de 130 milliards d'euros, est celui communiqué par l'Institut de la gestion déléguée (IGD).

VII. L'ÉTAT ACTUEL DU PROJET DE DOCUMENT UNIQUE DE MARCHÉ DES ENTREPRISES (DUME)

Document transmis le 25 juillet 2015.

[1] *Définis dans le présent rapport comme la somme des consommations intermédiaires et de l'investissement.*

[2] *Source : chiffre transmis à la mission d'information.*

[3] *Source : Commission européenne, « Public procurement indicators 2011 », 5 décembre 2012.*

EUROPEAN
COMMISSION

Brussels, XXX
[…](2015) XXX draft

ANNEXES 1 to 2

ANNEXES

to the

Commission Implementing Regulation

establishing the standard form for the European Single Procurement Document

ANNEXES

to the

Commission Implementing Regulation

establishing the standard form for the European Single Procurement Document

Annex 1: Instructions

The ESPD is a self-declaration by economic operators providing preliminary evidence replacing the certificates issued by public authorities or third parties. As provided in Article 59 of Directive 2014/24/EU, it is a formal statement by the economic operator that it is not in one of the situations in which economic operators shall or may be excluded; that it meets the relevant selection criteria and that, where applicable, it fulfils the objective rules and criteria that have been set out for the purpose of limiting the number of otherwise qualified candidates to be invited to participate. Its objective is to reduce the administrative burden arising from the requirement to produce a substantial number of certificates or other documents related to exclusion and selection criteria.

To facilitate the task for economic operators when filling in an ESPD, Member States may issue guidance on the use of the ESPD, for instance to explain which provisions of national law are pertinent in relation to Part III, Section A[1], that official lists of approved economic operators or equivalent certificates might not be established or issued in a given Member State, or to specify which references and information must be given to enable contracting authorities or contracting entities to retrieve a given certificate electronically.

When preparing the procurement documents for a given procurement procedure, contracting authorities and contracting entities must indicate in the call for competition, in procurement documents referred to in the call for competition or in the invitations to confirm interest which information they will require from the economic operators, including an explicit statement as to whether the information set out under Parts II and III[2] should or should not be provided in respect of subcontractors on whose capacities the economic operator does ***not*** rely[3]. They may also make the task easier for economic operators by indicating this information directly in an electronic version of the ESPD, for instance by using the ESPD service (https://webgate.acceptance.ec.europa.eu/growth/tools-databases/ecertis2/resources/espd/index.html[4]) that Commission Services will make available, free of charge, for contracting authorities, contracting entities, economic operators, providers of electronic services and other interested parties.

Tenders in open procedures and requests for participation in restricted procedures, competitive procedures with negotiations, competitive dialogues or innovation partnerships, must be accompanied by the ESPD, which economic operators have completed in order to deliver the required information[5].

---

1 For instance that economic operators having been convicted under Articles x, y and z of the national penal code must state so when filling in the information concerning convictions for participation in a criminal organisation or money laundering …

2 Information concerning exclusion grounds.

3 Cf. the third subparagraph of Article 71(5) of Directive 2014/24/EU and the third subparagraph of Article 88(5) of Directive 2014/25/EU

4 This is the link to the preliminary version under development. When available, the link to the full production version will be inserted or made available otherwise.

5 The situation is more complex in respect of **negotiated procedures without prior publication**, provided for under Article 32 of Directive 2014/24/EU and Article 50 of Directive 2014/25/EU as these provisions apply to very different realities.
Requesting an ESPD would constitute an unnecessary administrative burden or be otherwise inappropriate 1) where only one, predetermined participant is possible (for the two Directives, respectively Art. 32, paragraph 2(b), paragraph 3(b), paragraph 3 (d) and paragraph 5 of Directive 2014/24/EU and Article 50, letters (c), (e), (f) and (i) of Directive 2014/25/EU and 2) because of the urgency involved (respectively Article 32(2)(c) of Directive 2014/24/EU and Article 50, letters (d) and (h) of Directive 2014/25/EU or because of the particular characteristics of the transaction for supplies quoted and purchased on a commodity market (Article 32(3)(c) of Directive 2014/24/EU and Article 50, letter (g) of Directive 2014/25/EU.
On the other hand, the ESPD would play its role in full and should be requested in the remaining cases, which are characterised by the possible participation of more than one participants and the absence of urgency or particular characteristics linked to the transaction; such is the case in respect of Article 32, paragraph 2(a), paragraph 3(a) and paragraph 4 of Directive 2014/24/EU and Article 50, letters (a), (b) and (j) of Directive 2014/25/EU.

Except in relation to certain contracts based on framework agreements, the tenderer to whom it is intended to award the contract will have to provide up to date certificates and supporting documents.

Member States may regulate or leave it to contracting authorities and contracting entities to decide whether to use the ESPD also as part of procurement procedures not or not fully subject to the detailed procedural rules of Directives 2014/24/EU or 2014/25/EU, for instance for procurement below the relevant thresholds or procurements subject to the particular rules applicable to social and other specific services (the "light regime")[6]. Similarly, Member States may regulate or leave it to contracting authorities and contracting entities to decide whether to use the ESPD also in connection with the award of concessions contracts, whether or not subject to the provisions of Directive 2014/23/EU[7].

The contracting authority or contracting entity may ask any tenderer at any moment during the procedure to submit all or part of the required certificates and supporting documents where this is necessary to ensure the proper conduct of the procedure.

Economic operators may be excluded from the procurement procedure or be subject to prosecution under national law in cases of serious misrepresentation in filling in the ESPD or, generally, in supplying the information required for the verification of the absence of grounds for exclusion or the fulfilment of the selection criteria, or where such information is withheld or the economic operators are unable to submit the supporting documents.

Economic operators may reuse the information that has been provided in an ESPD which has already been used in a previous procurement procedure as long as the information remains correct and continues to be pertinent. The easiest way to do so is by inserting the information in the new ESPD through use of the appropriate functionalities that are provided to that effect in the above-mentioned electronic ESPD-service. Of course, reuse of information through other forms of copy-paste of information, for instance information stored in the economic operator's IT-equipment (PCs, tablets, servers …), will also be possible.

According to the second subparagraph of Article 59(2) of Directive 2014/24/EU, the ESPD shall be provided exclusively in electronic form; however, this may be postponed until 18 April 2018 at the latest[8]. This means that both fully electronic and paper-based versions of the ESPD may co-exist until 18 April 2018 at the latest. The just-mentioned ESPD-service will allow economic operators to fill in their ESPD electronically in **all cases**, thus enabling them to draw the full advantages of the facilities offered (not least of reusing information). For use in procurement procedures in which use of electronic means of communication has been postponed (also possible until 18 April 2018 at the latest), the ESPD service allows economic operators to print their electronically filled-in ESPD as a paper document which can then be transmitted to the contracting authority or contracting entity by other means of communication than electronic ones[9].

****

As mentioned earlier, the ESPD consists of a formal statement by the economic operator that the relevant grounds for exclusion do not apply, that the relevant selection criteria are fulfilled and that it will provide the relevant information as required by the contracting authority or contracting entity.

---

6 Articles 74 to 77 and 91 to 94 of, respectively, Directives 2014/24/EU and 2014/25/EU.

7 Directive 2014/23/EU of the European Parliament and of the Council of 26 February 2014 on the award of concession contracts, OJ L94 of 28.3.2014, p. 1

8 Cf. Article 90(3) of Directive 2014/24/EU.

9 They will also be able to generate their ESPD as a pdf-file which can be electronically transmitted as an attachment. To be able subsequently to reuse the information, economic operators should save the filled-in ESPD in an appropriate electronic format (such as .xml).

Where procurements are divided into lots **and** selection criteria[10] vary from lot to lot, an ESPD should be filled in for each lot (or group of lots with the same selection criteria).

The ESPD further identifies the public authority or third party responsible for establishing the supporting documents[11] and contains a formal statement to the effect that the economic operator will be able, upon request and without delay, to provide those supporting documents.

Contracting authorities or contracting entities may choose or may be required[12] by Member States to limit the information required on selection criteria to a single question whether, yes or no, economic operators meet all the required selection criteria. While this may be followed up by requests for further information and/or documentation, care should be taken to avoid imposing excessive administrative burdens on economic operators through systematic requests of certificates or other forms of documentary evidence of all participants in a given procurement procedure or practices consisting in identifying in a discriminatory manner the economic operators to be requested such documentation.

The obligations for the contracting authorities and contracting entities to obtain the documentation concerned directly by accessing a national database in any Member State that is available free of charge also applies where the information initially requested on selection criteria has been limited to a yes or no answer. If such electronic documentation is requested, economic operators will therefore provide the contracting authority or contracting entity with the information needed to obtain the documentation concerned at this stage of the procedure rather than directly in the ESPD.

Where an extract from the relevant register, for example judicial records, is available electronically to the contracting authority or contracting entity, the economic operator can state where the information can be found (i.e. the name of the repository, internet address, identification of the file or record etc.) so that the contracting authority or contracting entity may retrieve this information. ***By indicating this information, the economic operator agrees that the contracting authority or contracting entity may retrieve the relevant documentation subject to the national rules implementing Directive 95/46/EC[13] on the processing of personal data, and in particular of special categories of data such as on offences, criminal convictions or security measures.***

In accordance with Article 64 of Directive 2014/24/EU of the European Parliament and of the Council, economic operators which are registered on official lists of approved economic operators or possess a relevant certification by bodies established under public or private law may, in respect of the information required under Parts III to V, submit to the contracting authority or contracting entity the certificate of registration issued by the competent authority or the certificate issued by the competent certification body.

An economic operator participating **on its own** and which does **not rely** on the capacities of other entities in order to meet the selection criteria, must fill out **one** ESPD.

An economic operator participating on its own but relying on the capacities of one or more other entities must ensure that the contracting authority or contracting entity receives its own ESPD together with a **separate** ESPD setting out the relevant information[14] for **each of the entities it relies on.**

---

10 This might be the case for the minimum required turnover, which in such cases must be determined in function of the maximum estimated value of the single lots.

11 Unless the contracting authorities or contracting entities have indicated that general information ("yes"/"no") on meeting the requirements will be sufficient in the first instance. See below for more explanations on this option.

12 Such requirements may be general or limited to certain situations only, e.g. only in open procedures or, for two stage procedures, only when all candidates meeting the minimum requirements will be invited to participate.

13 Directive 95/46/EC of the European Parliament and of the Council of 24 October 1995 on the protection of individuals with regard to the processing of personal data and on the free movement of such data, OJ L 281, 23.11.1995, p. 31

14 See Part II, Section C

Finally, where groups of economic operators, including temporary associations, participate together in the procurement procedure, **a separate ESPD** setting out the information required under Parts II to V must be given for **each** of the participating economic operators.

In all cases where more than one person is member of the administrative, management or supervisory body of an economic operator or has powers of representation, decision or control therein, each **may** have to sign the same ESPD, depending on national rules, including those governing data protection.

Concerning the signature(s) of the ESPD, please note that a signature on the ESPD might not be necessary where the ESPD is transmitted as part of a set of documents, whose authenticity and integrity is ensured through the required signature(s) of the means of transmission[15].

For procurement procedures in which a call for competition has been published in the *Official Journal of the European Union,* the information required under Part I will be automatically retrieved, **provided that the above-mentioned electronic ESPD-service is used to generate and fill in the ESPD.**

If there is no call for competition in the *OJEU*, then the contracting authority or contracting entity must fill in the information allowing the procurement procedure to be unequivocally identified. All other information in all sections of the ESPD is to be filled in by the economic operator

The ESPD includes the following Parts and Sections:

- **Part I. Information concerning the procurement procedure and the contracting authority or contracting entity.**
- **Part II. Information concerning the economic operator.**
- **Part III. Exclusion criteria:**
  - **A: Grounds relating to criminal convictions** (their application is mandatory pursuant to Article 57(1) of Directive 2014/24/EU. Their application is also mandatory for contracting authorities pursuant to the second subparagraph of Article 80(1) of Directive 2014/25/EU, whereas contracting entities other than contracting authorities **may** decide to apply these exclusion criteria).
  - **B: Grounds relating to the payment of taxes or social security contributions** (their application is mandatory pursuant to Article 57(2) of Directive 2014/24/EU in case of a final and binding decision. Under the same conditions, their application is also mandatory for contracting authorities pursuant to the second subparagraph of Article 80(1) of Directive 2014/25/EU, whereas contracting entities other than contracting authorities **may** decide to apply these exclusion grounds. Please note that national legislation of certain Member States may render exclusion obligatory also where the decision is not final and binding.).
  - **C: Grounds relating to insolvency, conflicts of interests or professional misconduct (See Article 57(4) of Directive 2014/24/EU)** (cases in which economic operators may be excluded; application of these exclusion grounds may be rendered obligatory for contracting authorities by their Member States. Pursuant to Article 80(1) of Directive 2014/25/EU all contracting entities, whether or not they are contracting authorities, **may** decide to apply these exclusion grounds or be required by their Member State to do so).
  - **D: Other exclusion grounds that may be foreseen in the national legislation of the contracting authority's or contracting entity's Member State.**
- **Part IV. Selection criteria[16]:**

[15] For instance: if the tender and the accompanying ESPD in an open procedure are transmitted by an email which is provided with an electronic signature of the required type, then additional signature(s) on the ESPD might not be necessary.

- **α: Global indication for all selection criteria**
- **A: Suitability.**
- **B: Economic and financial standing.**
- **C: Technical and professional ability.**
- **D: Quality assurance schemes and environmental management standards[17] [18].**

– **Part V. Reduction of the number of qualified candidates[19].**

– **Part VI. Concluding statements.**

[16] Pursuant to Article 80(2) of Directive 2014/25/EU, contracting entities, whether or not they are contracting authorities, may decide to apply the selection criteria provided for in Article 58 of Directive 2014/24/EU (Part IV, Sections A, B and C).

[17] Use of the ESPD by contracting entities in respect of requirements connected with quality assurance schemes and environmental management standards (Part IV, Section D) is not explicitly provided for under Directive 2014/25/EU, but should nevertheless be allowed for practical reasons, as Articles 62 and 81 of, respectively, Directives 2014/24/EU and 2014/25/EU are substantially the same.

[18] Pursuant to Articles 77(2) and 78(1) of Directive 2014/25/EU, contracting entities shall select participants on the basis of objective rules and criteria. As described above, these criteria may in some case be those provided for in Directive 2014/24/EU or involve substantially identical provisions (see footnotes 9 and 11). However, the objective rules and criteria may also be specific to a given contracting entity or a specific procurement procedure. Such cases can, however, not be covered in a standard form.

[19] Use of the ESPD by contracting entities in respect of the reduction of the number of qualified candidates (Part V) is not explicitly provided for under Directive 2014/25/EU, but should nevertheless be allowed for practical reasons, as both Articles 65 and 78(2) of, respectively, Directives 2014/24/EU and 2014/25/EU require that any such reduction of numbers shall be carried out in accordance with objective and non-discriminatory criteria or rules.

Annex 2: Standard form for the European Single Procurement Document (ESPD)

Part I: Information concerning the procurement procedure and the contracting authority or contracting entity

For procurement procedures in which a call for competition has been published in the Official Journal of the European Union, the information required under Part I will be automatically retrieved, provided that the electronic ESPD-service[20] is used to generate and fill in the ESPD. **Reference of the *relevant notice*[21] published in the Official Journal of the European Union: OJEU S number [], date [], page [], Notice number in the OJ S: [ ][ ][ ][ ]/S [ ][ ][ ]–[ ][ ][ ][ ][ ][ ][ ]**

If there is no call for competition in the OJEU, then the contracting authority or contracting entity must fill in the information allowing the procurement procedure to be unequivocally identified:

In case publication of a notice in the Official Journal of the European Union is not required, please give other information allowing the procurement procedure to be unequivocally identified (e. g. reference of a publication at national level): [….]

INFORMATION ABOUT THE PROCUREMENT PROCEDURE

***The information required under Part I will be automatically retrieved, provided that the above-mentioned electronic ESPD-service is used to generate and fill in the ESPD.* If not, *this information must be filled in by the* economic operator.**

Identity of the procurer[22]	***Answer:***
Name:	[ ]
Which procurement is concerned?	***Answer:***
Title or short description of the procurement[23]:	[ ]
File reference number attributed by the contracting authority or contracting entity (*if applicable*)[24]:	[ ]

All other information in all sections of the ESPD is to be filled in by the economic operator

[20] Commission Services will make the electronic ESPD-service available, free of charge, for contracting authorities, contracting entities, economic operators, providers of electronic services and other interested parties

[21] For **contracting authorities:** either a **Prior Information Notice** used as a means of calling for competition or a **Contract Notice**.
For **contracting entities**: a **Periodic Indicative Notice** used as a means of calling for competition, a **Contract Notice** or a **Notice on the Existence of a Qualification System**.

[22] *Information to be copied from Section I, Point I.1, of the relevant notice,* In case of joint procurement, please indicate the names of all involved procurers.

[23] *See points II.1.1 and II.1.3 of the relevant notice*

[24] *See point II.1.1 of the relevant notice*

Part II: Information concerning the economic operator

A: INFORMATION ABOUT THE ECONOMIC OPERATOR

Identification:	***Answer:***
Name:	[ ]
VAT-number, if applicable: If no VAT-number is applicable, please indicate another national identification number, if required and applicable	[ ] [ ]
Postal address:	[……]
Contact person or persons[25]: Telephone: Email: Internet address (web address) (*if applicable*):	[……] [……] [……] [……]
General information:	***Answer:***
Is the economic operator a Micro, a Small or a Medium-Sized Enterprise[26]?	[] Yes [] No
Only in case the procurement is reserved[27]: is the economic operator a sheltered workshop, a "social business"[28] or will it provide for the performance of the contract in the context of sheltered employment programmes? **If yes,** what is the corresponding percentage of disabled or disadvantaged workers? If required, please specify which category or categories of disabled or disadvantaged workers the employees concerned belong to?	[] Yes [] No […] [….]

25 Please repeat the information concerning contact persons as many times as needed.

26 Cf. Commission Recommendation of 6 May 2003 concerning the definition of micro, small and medium-sized enterprises, (OJ L 124 of 20.5.2003, p. 36). This information is required for statistical purposes only.
Micro enterprises: enterprise which **employs fewer than 10 persons** and whose annual turnover and/or annual balance sheet total does **not exceed EUR 2 million**.
Small enterprises: an enterprise which **employs fewer than 50 persons** and whose annual turnover and/or annual balance sheet total does **not exceed EUR 10 million** ;
Medium enterprises, enterprises which are neither micro nor small and which **employ fewer than 250 persons** and which have an **annual turnover not exceeding EUR 50 million**, *and/or* an **annual balance sheet total not exceeding EUR 43 million**.

27 See contract notice point III.1.5

28 I.e. its main aim is the social and professional integration of disabled or disadvantaged persons.

If applicable, is the economic operator registered on an official list of approved economic operators or does it have an equivalent certificate (e.g. under a national (pre)qualification system)?	[] Yes [] No [] Not applicable
If yes: **Please answer the remaining parts of this Section, Sections B and, where relevant, C of this Part, complete Part V, where applicable, and, in any case, fill in and sign Part VI.** a) Please provide the name of the list or certificate and the relevant registration or certification number, if applicable: *b) If the certificate of registration or certification is available electronically, please state:* c) Please state the references on which the registration or certification is based, and, where applicable, the classification obtained in the official list[29]: d) Does the registration or certification cover all of the required selection criteria? **If no:** **In addition, please complete the missing information in Part IV, Sections A, B, C or D as the case may be** ***ONLY if this is required in the relevant notice or procurement documents:*** e) Will the economic operator be able to provide a **certificate** with regard to the payment of social security contributions and taxes or provide information enabling the contracting authority or contracting entity to obtaining it directly by accessing a national database in any Member State that is available free of charge? *If the relevant documentation is available electronically, please indicate:*	a) [……] *b) (web address, issuing authority or body, precise reference of the documentation):* *[……][……][……][……]* c) [……] d) [] Yes [] No e) [] Yes [] No *(web address, issuing authority or body, precise reference of the documentation):* *[……][……][……][……]*
Form of participation:	***Answer:***
Is the economic operator participating in the procurement procedure together with others[30]?	[] Yes [] No
***If yes**, please ensure that the others concerned provide a separate ESPD form.*	
If yes: a) Please indicate the role of the economic operator in the group (leader, responsible for specific tasks …): b) Please identify the other economic operators participating in the procurement procedure	a): [……] b): [……]

[29] The references and the classification, if any, are set out on the certification.
[30] Notably as part of a group, consortium, joint venture or similar.

together: c) Where applicable, name of the participating group:	c): [……]
Lots	***Answer:***
Where applicable, indication of the lot(s) for which the economic operator wishes to tender:	[ ]

B: INFORMATION ABOUT REPRESENTATIVES OF THE ECONOMIC OPERATOR

Where applicable, please indicate the name(s) and address(es) of the person(s) empowered to represent the economic operator for the purposes of this procurement procedure:

Representation, if any:	***Answer:***
Full name; accompanied by the date and place of birth, if required:	[……]; [……]
Position/Acting in the capacity of:	[……]
Postal address:	[……]
Telephone:	[……]
Email:	[……]
If needed, please provide detailed information on the representation (its forms, extent, purpose …):	[……]

C: INFORMATION ABOUT RELIANCE ON THE CAPACITIES OF OTHER ENTITIES

Reliance:	***Answer:***
Does the economic operator rely on the capacities of other entities in order to meet the selection criteria set out under Part IV and the criteria and rules (if any) set out under Part V below?	[]Yes []No

***If yes**, please provide a separate ESPD form setting out the information required under **Sections A and B of this Part and Part III for each** of the entities concerned, duly filled in and signed by the entities concerned.*
Please note that this should also include any technicians or technical bodies, not belonging directly to the economic operator's undertaking, especially those responsible for quality control and, in the case of public works contracts, the technicians or technical bodies upon whom the economic operator can call in order to carry out the work.
Insofar as it is relevant for the specific capacity or capacities on which the economic operator relies, please include the information under Parts IV and V for each of the entities concerned[31].

[31] E.g. for technical bodies involved in quality control: Part IV, Section C, point 3.

D: Information concerning subcontractors on whose capacity the economic operator does <u>not rely</u>

(Section to be filled-in only if this information is explicitly required by the contracting authority or contracting entity.)	
Subcontracting:	***Answer:***
Does the economic operator intend to subcontract any share of the contract to third parties?	[]Yes []No If **yes and in so far as known**, please list the proposed subcontractors: […]

*If the contracting authority or contracting entity explicitly requests this information **in addition** to the information under this section, **please provide the information required under Sections A and B of this Part and Part III for each of the (categories of) subcontractors concerned.***

Part III: Exclusion grounds

A: GROUNDS RELATING TO CRIMINAL CONVICTIONS

Article 57(1) of Directive 2014/24/EU sets out the following reasons for exclusion:

1. *Participation in a **criminal organisation**[32];*
2. ***Corruption**[33];*
3. ***Fraud**[34];*
4. ***Terrorist offences or offences linked to terrorist activities**[35];*
5. ***Money laundering or terrorist financing**[36];*
6. ***Child labour** and other forms of **trafficking in human beings**[37].*

Grounds relating to criminal convictions under national provisions implementing the grounds set out in Article 57(1) of the Directive:	***Answer:***

[32] As defined in Article 2 of Council Framework Decision 2008/841/JHA of 24 October 2008 on the fight against organised crime (OJ L 300, 11.11.2008, p. 42).

[33] As defined in Article 2 of Council Framework Decision 2008/841/JHA, OJ C 195, 25.6.1997, p. 1, and in Article 2(1) of Council Framework Decision 2003/568/JHA of 22 July 2003 on combating corruption in the private sector (OJ L 192, 31.7.2003, p. 54). This exclusion ground also includes corruption as defined in the national law of the contracting authority (contracting entity) or the economic operator.

[34] Within the meaning of Article 1 of the Convention on the protection of the European Communities' financial interests (OJ C 316, 27.11.1995, p. 48).

[35] As defined in Articles 1 and 3 of Council Framework Decision of 13 June 2002 on combating terrorism (OJ L 164, 22.6.2002, p. 3). This exclusion ground also includes inciting or aiding or abetting or attempting to commit an offence, as referred to in Article 4 of that Framework Decision.

[36] As defined in Article 1 of Directive 2005/60/EC of the European Parliament and of the Council of 26 October 2005 on the prevention of the use of the financial system for the purpose of money laundering and terrorist financing (OJ L 309, 25.11.2005, p. 15).

[37] As defined in Article 2 of Directive 2011/36/EU of the European Parliament and of the Council of 5 April 2011 on preventing and combating trafficking in human beings and protecting its victims, and replacing Council Framework Decision 2002/629/JHA (OJ L 101, 15.4.2011, p. 1).

Has the **economic operator itself** or **any** person who is a member of its administrative, management or supervisory body or has powers of representation, decision or control therein been the **subject of a conviction by final judgment** for one of the reasons listed above, by a conviction rendered at the most five years ago or in which an exclusion period set out directly in the conviction continues to be applicable?	[] Yes [] No *If the relevant documentation is available electronically, please indicate: (web address, issuing authority or body, precise reference of the documentation):* *[……][……][……][……]*[38]
If yes, please indicate[39]: a) Date of conviction, specify which of points 1 to 6 is concerned and the reason(s) for the conviction, b) Identify who has been convicted [ ]; **c) Insofar as established directly in the conviction:**	a) Date:[ ], point(s): [ ], reason(s):[ ] b) [……] c) Length of the period of exclusion.[……] and the point(s) concerned [ ] *If the relevant documentation is available electronically, please indicate: (web address, issuing authority or body, precise reference of the documentation): […….][…….][…….][…….]*[40]
In case of convictions, has the economic operator taken measures to demonstrate its reliability despite the existence of a relevant ground for exclusion[41] ("Self-Cleaning")?	[] Yes [] No
If yes, please describe the measures taken[42]:	[……]

B: GROUNDS RELATING TO THE PAYMENT OF TAXES OR SOCIAL SECURITY CONTRIBUTIONS

Payment of taxes or social security contributions:	***Answer:***	
Has the economic operator met all **its obligations relating to the payment of taxes or social security contributions,** both in the country in which it is established and in Member State of the contracting authority or contracting entity if other than the country of establishment?	[] Yes [] No	
	Taxes	**Social contributions**

38 Please repeat as many times as needed.
39 Please repeat as many times as needed.
40 Please repeat as many times as needed.
41 In accordance with national provisions implementing Article 57(6) of Directive 2014/24/EU.
42 Taking into account the character of the crimes committed (punctual, repeated, systematic …), the explanation should show the adequacy of the measures to taken.

If not, please indicate: a) Country or Member State concerned b) What is the amount concerned? c) How has this breach of obligations been established: 1) Through a judicial or administrative **decision**: – Is this decision final and binding? – Please indicate the date of conviction or decision. – In case of a conviction, **insofar as established directly therein**, the length of the period of exclusion: 2) By **other means**? Please specify: d) Has the economic operator fulfilled or will it fulfil its obligations by paying or entering into a binding arrangement with a view to paying the taxes or social security contributions due, including, where applicable, any interest accrued or fines?	a) [……] b) [……] c1) [] Yes [] No – [] Yes [] No – [……] – [……] c2) […] d) [] Yes [] No **If yes**, please provide details: [……]	a) [……] b) [……] c1) [] Yes [] No – [] Yes [] No – [……] – [……] c2) […] d) [] Yes [] No **If yes**, please provide details: [……]
If the relevant documentation concerning payment of taxes or social contributions is available electronically, please indicate:	*(web address, issuing authority or body, precise reference of the documentation):*[43] *[……][……][……]*	

C: GROUNDS RELATING TO INSOLVENCY, CONFLICTS OF INTERESTS OR PROFESSIONAL MISCONDUCT[44]

Please note that, for the purpose of this procurement, some of the following exclusion grounds may have been defined more precisely, in national law, in the relevant notice or the procurement documents. Thus, national law may for instance provide that the notion of "grave professional misconduct" may cover several different forms of conduct.

Information concerning possible insolvency, conflict of interest or professional misconduct	***Answer:***
Has the economic operator, **to its knowledge**, breached **its obligations** in the fields of **environmental, social and labour law**[45]**?**	[] Yes [] No
	If yes, has the economic operator taken measures to demonstrate its reliability despite the existence of this ground for exclusion ("Self-Cleaning")? [] Yes [] No **If it has,** please describe the measures taken: [……]
Is the economic operator in any of the following	[] Yes [] No

[43] Please repeat as many times as needed.
[44] See Article 57(4) of Directive 2014/24/EU
[45] ***As referred to for the purposes of this procurement in national law, in the relevant notice or the procurement documents or in Article 18(2) of Directive 2014/24/EU***

situations: a) **Bankrupt,** or b) **The subject of insolvency** or winding-up proceedings, or c) In an **arrangement with creditors**, or d) In any analogous situation arising from a similar procedure under national laws and regulations[46], or e) That its assets are being administered by a liquidator or by the court, or f) That its business activities are suspended? **If yes:** – Please provide details: – Please indicate the reasons for being able nevertheless to perform the contract, taking into account the applicable national rules and measures on the continuation of business in those circumstances[47]? *If the relevant documentation is available electronically, please indicate:*	– [……] – [……] *(web address, issuing authority or body, precise reference of the documentation): […….][…….][…….]*
Is the economic operator guilty of **grave professional misconduct**[48]? If yes, please provide details:	[] Yes [] No, [……]
	If yes, has the economic operator taken self-cleaning measures? [] Yes [] No **If it has,** please describe the measures taken: [……]
Has the economic operator entered into **agreements** with other economic operators **aimed at distorting competition**? **If yes**, please provide details:	[] Yes [] No […]
	If yes, has the economic operator taken self-cleaning measures? [] Yes [] No **If it has,** please describe the measures taken: [……]
Is the economic operator aware of any **conflict of interest**[49] due to its participation in the procurement procedure? **If yes**, please provide details:	[] Yes [] No […]

46 ***See national law, the relevant notice or the procurement documents.***

47 This information needs **not** be given if exclusion of economic operators in one of the cases listed under letter a to f has been made **mandatory** under the applicable national law **without any possibility of derogation** where the economic operator is nevertheless able to perform the contract.

48 ***Where applicable, see definitions in national law, the relevant notice or the procurement documents***

49 ***As indicated in national law, the relevant notice or the procurement documents.***

Has the economic operator or an undertaking related to it **advised** the contracting authority or contracting entity or otherwise been **involved in the preparation** of the procurement procedure? **If yes**, please provide details:	[] Yes [] No […]
Has the economic operator experienced that a prior public contract, a prior contract with a contracting entity or a prior concession contract was **terminated early**, or that damages or other comparable sanctions were imposed in connection with that prior contract? **If yes**, please provide details:	[] Yes [] No […]
	If yes, has the economic operator taken self-cleaning measures? [] Yes [] No **If it has,** please describe the measures taken: [……]
Can the economic operator confirm that: a) It has not been guilty of serious **misrepresentation** in supplying the information required for the verification of the absence of grounds for exclusion or the fulfilment of the selection criteria, b) It has not **withheld** such information, c) It has been able, without delay, to submit the supporting documents required by a contracting authority or contracting entity, and d) It has not undertaken to unduly influence the decision making process of the contracting authority or contracting entity, to obtain confidential information that may confer upon it undue advantages in the procurement procedure or to negligently provide misleading information that may have a material influence on decisions concerning exclusion, selection or award?	[] Yes [] No

D: OTHER EXCLUSION GROUNDS THAT MAY BE FORESEEN IN THE NATIONAL LEGISLATION OF THE CONTRACTING AUTHORITY'S OR CONTRACTING ENTITY'S MEMBER STATE

Purely national exclusion grounds	***Answer:***
Do the **purely national grounds of exclusion**, which are specified in the relevant notice or in the procurement documents, apply? *If the documentation required in the relevant notice or in the procurement documents is available electronically, please indicate:*	[] Yes [] No *(web address, issuing authority or body, precise reference of the documentation):* *[……][……][……]*[50]
In case any of the purely national exclusion	[] Yes [] No

[50] Please repeat as many times as needed.

grounds apply, has the economic operator taken self-cleaning measures? **If it has,** please describe the measures taken:	[……]

Part IV: Selection criteria

Concerning the selection criteria (Section α or Sections A to D of this part), the economic operator declares that:

α: GLOBAL INDICATION FOR ALL SELECTION CRITERIA

The economic operator should only fill in this field in case the contracting authority or contracting entity has indicated in the relevant notice or in the procurement documents referred to in the notice that the economic operator can limit itself to filling in Section α of Part IV without having to fill in any other Section of Part IV:

Meeting all required selection criteria	*Answer*
It satisfies the required selection criteria:	[] Yes [] No

A: SUITABILITY

The economic operator should only provide information where the selection criteria concerned have been required by the contracting authority or contracting entity in the relevant notice or in the procurement documents referred to in the notice.

Suitability	*Answer*
1) It is enrolled in the relevant professional or trade registers kept in the Member State of its establishment[51]: *If the relevant documentation is available electronically, please indicate:*	[…] *(web address, issuing authority or body, precise reference of the documentation):* *[……][……][……]*
2) For service contracts: Is a particular **authorisation or membership** of a particular organisation needed in order to be able to perform the service in question in the country of establishment of the economic operator? *If the relevant documentation is available electronically, please indicate:*	[] Yes [] No If yes, please specify which and indicate whether the economic operator has it: […] [] Yes [] No *(web address, issuing authority or body, precise reference of the documentation):* *[……][……][……]*

B: ECONOMIC AND FINANCIAL STANDING

The economic operator should only provide information where the selection criteria concerned have been required by the contracting authority or contracting entity in the relevant notice or in the procurement documents referred to in the notice.

Economic and financial standing	*Answer:*

[51] As described in Annex XI of Directive 2014/24/EU; ***economic operators from certain Member States may have to comply with other requirements set out in that Annex***

1a) Its ("general") **yearly turnover** for the number of financial years required in the relevant notice or the procurement documents is as follows: **Or**, 1b) Its **average** yearly **turnover for the number of years required in the relevant notice or the procurement documents is as follows**[52] **():** *If the relevant documentation is available electronically, please indicate:*	year: [……] turnover:[……][…]currency year: [……] turnover:[……][…]currency year: [……] turnover:[……][…]currency (number of years, average turnover): [……],[……][…]currency *(web address, issuing authority or body, precise reference of the documentation):* *[……][……][……]*
2a) Its yearly ("specific") **turnover in the business area covered by the contract** and specified in the relevant notice or the procurement documents for the number of financial years required is as follows: **Or,** 2b) Its **average** yearly **turnover in the area and for the number of years required in the relevant notice or the procurement documents is as follows**[53]**:** *If the relevant documentation is available electronically, please indicate:*	year: [……] turnover:[……][…]currency year: [……] turnover:[……][…]currency year: [……] turnover:[……][…]currency (number of years, average turnover): [……],[……][…]currency *(web address, issuing authority or body, precise reference of the documentation):* *[……][……][……]*
3) In case the information concerning turnover (general or specific) is not available for the entire period required, please state the date on which the economic operator was set up or started trading:	[……]
4) Concerning the **financial ratios**[54] specified in the relevant notice or the procurement documents, the economic operator declares that the actual value(s) for the required ratio(s) is/are as follows: *If the relevant documentation is available electronically, please indicate:*	(identification of the required ratio – ratio between x and y[55] - and the value): [……], [……][56] *(web address, issuing authority or body, precise reference of the documentation):* *[……][……][……]*
5) The insured amount in its **professional risk indemnity insurance** is the following: *If this information is available electronically, please indicate:*	[……][…]currency *(web address, issuing authority or body, precise reference of the documentation):* *[……][……][……]*
6) Concerning the **other economic or financial requirements, if any,** that may have been specified in the relevant notice or the procurement documents, the economic operator declares that: *If the relevant documentation that **may** have been specified in the relevant notice or the*	[……] *(web address, issuing authority or body, precise reference of the documentation):*

[52] Only if permitted in the relevant notice or the procurement documents.
[53] Only if permitted in the relevant notice or the procurement documents.
[54] E. g. the ratio between assets and liabilities.
[55] E. g. the ratio between assets and liabilities.
[56] Please repeat as many times as needed.

procurement documents, is available electronically, please indicate:	*[……][……][……]*

C: TECHNICAL AND PROFESSIONAL ABILITY

The economic operator should only provide information where the selection criteria concerned have been required by the contracting authority or contracting entity in the relevant notice or in the procurement documents referred to in the notice.

Technical and professional ability	***Answer:***
1a) For ***public works contracts*** only : During the reference period[57], the economic operator has **performed the following works of the specified type**: *If the relevant documentation concerning satisfactory execution and outcome for the most important works is available electronically, please indicate:*	Number of years (this period is specified in the relevant notice or the procurement documents): […] Works: [……] *(web address, issuing authority or body, precise reference of the documentation):* *[……][……][……]*
1b) For ***public supply and public service contracts*** only: During the reference period[58], the economic operator has **delivered the following principal deliveries of the type specified or provided the following main services of the type specified:** When drawing up the list, please indicate the amounts, dates and recipients, whether public or private[59]:	Number of years (this period is specified in the relevant notice or the procurement documents): […] Description | amounts | dates | recipients [ ] | [ ] | [ ] | [ ]
2) It can call upon the following **technicians or technical bodies**[60], especially those responsible for quality control: In the case of public works contracts, the economic operator will be able to call on the following technicians or technical bodies to carry out the work:	[……] [……]
3) It uses the following **technical facilities and measures for ensuring quality** and its **study and research facilities** are as follows:	[……]
4) It will be able to apply the following **supply chain management** and tracking systems when performing the contract:	[……]

[57] Contracting authorities may **require** up to five years and **allow** experience dating from **more** than five years.

[58] Contracting authorities may **require** up to three years and **allow** experience dating from **more** than three years.

[59] In other words, **all** recipients should be listed and the list should include both public clients and private clients for the supplies or services concerned.

[60] For technicians or technical bodies not belonging directly to the economic operator's undertaking but on whose capacities the economic operator relies as set out under Part II, Section C, separate ESPD forms must be filled in.

5) For complex products or services to be supplied or, exceptionally, for products or services which are required for a special purpose: The economic operator **will** allow **checks**[61] to be conducted on the **production capacities** or the **technical capacity** of the economic operator and, where necessary, on the **means of study and research** which are available to it and on the **quality control measures?**	[] Yes [] No
6) The following **educational and professional qualifications** are held by: a) The service provider or the contractor itself, ***and/or*** (depending on the requirements set out in the relevant notice or the procurement documents) b) Its managerial staff:	a) [……] b) [……]
7) The economic operator will be able to apply the following **environmental management measures** when performing the contract:	[……]
8) The economic operator's **average annual manpower** and the number of managerial staff for the last three years were as follows:	Year, average annual manpower: [……],[……], [……],[……], [……],[……], Year, number of managerial staff: [……],[……], [……],[……], [……],[……]
9) The following **tools, plant or technical equipment** will be available to it for performing the contract:	[……]
10) The economic operator **intends possibly to subcontract**[62] the following **proportion (i.e. percentage)** of the contract:	[……]
11) For ***public supply contracts***: The economic operator will supply the required samples, descriptions or photographs of the products to be supplied, which do not need to be accompanied by certifications of authenticity; Where applicable, the economic operator furthermore declares that it will provide the required certificates of authenticity.	[] Yes [] No [] Yes [] No *(web address, issuing authority or body, precise*

[61] The check is to be performed by the contracting authority or, in case the latter consents to this, on its behalf by a competent official body of the country in which the supplier or service provider is established;

[62] Please note that if the economic operator **has** decided to subcontract a part of the contract **and** relies on the subcontractor's capacities to perform that part, then please fill in a separate ESPD for such subcontractors, see Part II, Section C above.

If the relevant documentation is available electronically, please indicate:	*reference of the documentation):* *[……][……][……]*
12) For ***public supply contracts***: Can the economic operator provide the required **certificates** drawn up by official **quality control institutes** or agencies of recognised competence attesting the conformity of products clearly identified by references to the technical specifications or standards, which are set out in the relevant notice or the procurement documents? **If not**, please explain why and state which other means of proof can be provided: *If the relevant documentation is available electronically, please indicate:*	[] Yes [] No […] *(web address, issuing authority or body, precise reference of the documentation):* *[……][……][……]*

D: QUALITY ASSURANCE SCHEMES AND ENVIRONMENTAL MANAGEMENT STANDARDS

The economic operator should only provide information where quality assurance schemes and/or environmental management standards have been required by the contracting authority or contracting entity in the relevant notice or in the procurement documents referred to in the notice.

Quality Assurance Schemes and Environmental Management Standards	***Answer:***
Will the economic operator be able to produce **certificates** drawn up by independent bodies attesting that the economic operator complies with the required **quality assurance standards**, including accessibility for disabled persons? **If not**, please explain why and specify which other means of proof concerning the quality assurance scheme can be provided: *If the relevant documentation is available electronically, please indicate:*	[] Yes [] No [……] [……] *(web address, issuing authority or body, precise reference of the documentation):* *[……][……][……]*
Will the economic operator be able to produce **certificates** drawn up by independent bodies attesting that the economic operator complies with the required **environmental management systems or standards**? **If not**, please explain why and specify which other means of proof concerning the **environmental management systems or standards** can be provided: *If the relevant documentation is available electronically, please indicate:*	[] Yes [] No [……] [……] *(web address, issuing authority or body, precise reference of the documentation):* *[……][……][……]*

Part V: Reduction of the number of qualified candidates

The economic operator should only provide information where the contracting authority or contracting entity has specified the objective and non-discriminatory criteria or rules to be applied

in order to limit the number of candidates that will be invited to tender or to conduct a dialogue. This information, which can be accompanied by requirements concerning the (types of) certificates or forms of documentary evidence, if any, to be produced, is set out in the relevant notice or in the procurement documents referred to in the notice.
For restricted procedures, competitive procedures with negotiation, competitive dialogue procedures and innovation partnerships only:

The economic operator declares that:

Reduction of numbers	*Answer:*
It **meets** the objective and non-discriminatory criteria or rules to be applied in order to limit the number of candidates in the following way:	[….]
In case certain certificates or other forms of documentary evidence are required, please indicate for **each** whether the economic operator has the required documents:	[] Yes [] No[64]
*If some of these certificates or forms of documentary evidence are available electronically[63], please indicate for **each:***	*(web address, issuing authority or body, precise reference of the documentation):* *[……][……][……][65]*

Part VI: Concluding statements

The undersigned formally declare that the information stated under Parts II – V above is accurate and correct and that it has been set out in full awareness of the consequences of serious misrepresentation.

The undersigned formally declare to be able, upon request and without delay, to provide the certificates and other forms of documentary evidence referred to, except where:

a) The contracting authority or contracting entity has the possibility of obtaining the supporting documentation concerned directly by accessing a national database in any Member State that is available free of charge[66], or

b) As of 18 April 2018 at the latest[67], the contracting authority or contracting entity already possesses the documentation concerned.

The undersigned formally consent to [identify the contracting authority or contracting entity as set out in Part I, Section A], gaining access to documents supporting the information, which has been provided in [identify the Part/Section/Point(s) concerned] of this European Single Procurement Document for the purposes of [identify the procurement procedure: (summary description, reference of publication in the *Official Journal of the European Union*, reference number)].

Date, place and, where required or necessary, signature(s): [……]

---

63 Please indicate clearly, which item the answer relates to.
64 Please repeat as many times as needed.
65 Please repeat as many times as needed.
66 On condition that the economic operator has provided the necessary information (*web address, issuing authority or body, precise reference of the documentation) allowing the contracting authority or contracting entity to do so. Where required, this must be accompanied by the relevant consent to such access.*
67 Depending on the national implementation of the second subparagraph of Article 59(5) of Directive 2014/24/EU.

EXAMEN EN RÉUNION

Réunie le **jeudi 8 octobre 2015** sous la présidence de **M. Philippe Bonnecarrère, président**, la mission commune d'information a procédé à **l'examen du rapport d'information** de **M. Martial Bourquin, rapporteur**.

M. Philippe Bonnecarrère, président. – Je tiens à vous remercier de votre participation et à féliciter le rapporteur pour le travail réalisé. Les propositions du rapport sont pragmatiques et s'inscrivent dans un cadre législatif, et ne s'en tiennent pas aux exhortations et aux vœux pieux.

Nous envisageons de présenter le rapport, si vous l'adoptez, lors d'une conférence de presse le jeudi 15 octobre à 10 heures. Je vous invite à ne pas en divulguer le contenu avant cette date.

Il est d'usage d'annexer les contributions des groupes politiques au rapport. Nous vous invitons à nous les adresser, si vous le souhaitez, avant lundi à 18 heures.

Le document que nous vous présentons aujourd'hui fera, je le crois, l'objet d'une approbation unanime ; c'est un reflet fidèle de nos travaux. Dans la logique de notre travail, nous avons souhaité éviter toute approche idéologique, et le rapport ne contient aucune expression critique à l'égard de nos gouvernants d'hier ou d'aujourd'hui, nulle formule susceptible de blesser quiconque.

Deux idées directrices le structurent. L'état du droit de la commande publique, issu des directives, laisse toute latitude aux acheteurs publics qui le souhaitent d'encourager l'accès des PME. Le droit de la commande publique, historiquement marqué par le droit de la concurrence, s'inscrit naturellement dans la logique de la mondialisation, mais il offre aussi des possibilités de développement de l'économie de proximité et des territoires. Les acheteurs publics ont les moyens de mener des politiques en ce sens sans contre-indication juridique. Nous ne formulerons par conséquent, pour ce qui est des questions purement juridiques, que quelques propositions à la marge. En revanche, il conviendra de se concentrer sur la culture de l'achat public.

M. Martial Bourquin, rapporteur. – Nos travaux ont commencé en suivant deux lignes de force : la commande publique doit être une politique économique à part entière, et la part des PME dans celle-ci doit augmenter. Puis est intervenue la transposition des directives européennes sur l'achat public, qui facilitait l'accès des PME à la commande publique. Ce travail a été enrichissant : au mois de juin, nous avons formulé dans une lettre au ministère de l'économie plusieurs recommandations concernant cette transposition, qui ont été écoutées.

Le montant de la commande publique est souvent évalué à 70 ou 80 milliards d'euros, mais cela correspond à seulement une partie des seuls achats publics, et il paraît plus réaliste de retenir un montant proche de 400 milliards, soit 20% du PIB : cela vaut vraiment la peine d'en faire une véritable politique.

Trop souvent, les marchés publics sont abordés sous l'angle juridique par les acheteurs publics, soumis aux longs contrôles des chambres régionales des comptes. Or, comme l'a souligné Jean Tirole, la commande publique, avant d'être un acte administratif, reste un acte d'achat. Le formalisme juridique limite les initiatives des acheteurs. Ce droit est aussi complexe : dès notre première réunion, nous avons tous insisté sur la nécessité d'une simplification…

M. Gérard César. – Oui !

M. Martial Bourquin, rapporteur. – Le risque de contentieux est très surestimé : dans la plupart des cas, les chambres régionales des comptes ne trouvent pas à redire. Inversement, l'enjeu économique est sous-estimé : à preuve, il n'existe pas de chiffrage précis du montant de la commande publique. En 2011, les PME, qui assuraient 35,7% du chiffre d'affaires des entreprises, ne représentaient que 25 % du montant des marchés publics, avec un décrochage systématique pour les marchés supérieurs à 1 million d'euros.

Face à ces constats, notre mission a retenu cinq orientations : conforter la place des PME dans la commande publique ; simplifier les procédures ; faire émerger une communauté de la commande publique, ce qui suppose, au-delà des textes, une volonté politique ; responsabiliser les acheteurs publics ; les inciter à mettre en œuvre des politiques d'achat volontaristes et à en faire un enjeu majeur.

La transposition en droit français du paquet « commande publique » est une opportunité à saisir. Les trois directives du 26 février 2014 concernant respectivement les marchés publics, les secteurs spéciaux et les concessions témoignent d'une évolution importante et positive de la législation communautaire : désormais, l'on envisage la participation des PME à une commande publique mise au service de l'économie. Les acheteurs sont dotés de nouveaux instruments : la procédure concurrentielle avec négociation, même pour les appels d'offres ; la possibilité, pour les Etats, de rendre l'allotissement obligatoire pour les entités adjudicatrices – rappelez-vous notre audition des représentants de la SNCF ; et, d'ici d'octobre 2018, la dématérialisation des procédures, qui a déjà considérablement réduit les délais de paiement dans certaines collectivités.

Le Parlement a un rôle important à jouer dans une transposition par ordonnances ; un débat parlementaire aura lieu ; nous souhaitons qu'il se base sur les travaux de notre mission. En outre, un débat à l'initiative du

Sénat est nécessaire en séance publique sur le rôle économique de la commande publique.

Les directives vont dans le sens de la simplification, ce qui correspond à nos demandes ; de plus, les sources juridiques sont rationalisées. Si, dans certains domaines, le droit français alourdit le droit européen, Bercy n'a pas manifesté la volonté de surtransposition que l'on pouvait craindre.

Première proposition, il est indispensable d'encourager les PME à constituer des groupements ; j'en ai un exemple à Montbéliard, où 37 PME se sont regroupées pour accéder à des marchés jusqu'à 4 ou 5 millions d'euros et concurrencent les grands groupes. Les organisations professionnelles pourraient généraliser ces pratiques. L'accompagnement des PME par les syndicats et chambres consulaires doit être amélioré. Nous suggérons, en outre, d'indiquer le taux d'accès des PME à l'achat public dans la liste annuelle des marchés et les comptes administratifs des collectivités territoriales, pour montrer l'impact de la commande publique dans l'économie locale. Enfin, nous proposons d'écarter effectivement les offres anormalement basses au terme de la procédure de l'article 55 du code des marchés publics, comme l'exige la nouvelle directive.

Mme Anne-Catherine Loisier. – Comment définit-on une offre anormalement basse ?

M. Philippe Bonnecarrère, président. – Cette question, qui nous a tourmentés pendant de longues années, est désormais derrière nous. Partant du constat de l'impossibilité d'une écriture objective de la notion, la directive « marchés » du 26 février 2014 reprend une proposition qui figurait déjà dans le code des marchés publics. Elle invite les acheteurs qui ont des doutes devant une offre à demander à son auteur des éléments complémentaires pour se prononcer définitivement.

M. Martial Bourquin, rapporteur. – Cette règle offre une protection juridique aux acheteurs publics.

M. Claude Kern. – Bercy a donné instruction aux DGFiP d'épauler les communes qui rencontreraient des difficultés avec des offres anormalement basses.

M. Martial Bourquin, rapporteur. – Les problèmes de trésorerie pénalisent fortement les PME dans les marchés les plus importants, malgré l'extension de l'allotissement obligatoire, et l'interdiction d'exiger un chiffre d'affaires égal à plus du double de la valeur estimée du marché au stade de la candidature. Dans ce contexte, nous préconisons une augmentation et une extension de l'avance obligatoire.

M. Philippe Bonnecarrère, président. – En l'état du droit, le système d'avance n'est obligatoire que pour les marchés de plus de 50 000 euros hors taxes ; nous souhaitons abaisser ce seuil à 25 000 euros, de manière à

davantage ouvrir la commande publique aux artisans locaux. Nous proposons également de porter l'avance obligatoire de 5 à 10 % du montant du marché, et d'abaisser la retenue de garantie en fin d'exécution de 5 à 3 %.

M. Martial Bourquin, rapporteur. – L'augmentation de l'avance obligatoire représenterait un gain de trésorerie pour les PME d'environ 2,5 milliards d'euros par an.

M. René Vandierendonck. – Ce n'est pas rien !

M. Daniel Raoul. – Ramener à 3% la retenue de garantie me semble problématique. Ayant présidé durant vingt-cinq ans une commission d'appel d'offres, je puis attester que les contentieux liés à l'exécution sont nombreux, et que leur règlement prend parfois des années.

M. Philippe Bonnecarrère, président. – Les choses ne se jouent pas sur la retenue de garantie. Lorsque vous refusez la réception de l'ouvrage ou formulez des réserves, cela tient à la finition ou correspond à une contestation globale. Quand les désordres surviennent après réception, l'on retrouve les mécanismes assurantiels classiques de la retenue de garantie.

M. Daniel Raoul. – Il arrive que l'entreprise laisse le chantier inachevé, avec par exemple des problèmes de raccordement.

M. Philippe Bonnecarrère, président. – Le problème que vous évoquez se traite classiquement par un refus de paiement de la dernière situation. Si l'acheteur n'est pas satisfait du travail exécuté, il ne paie pas la situation. La retenue de garantie s'applique à partir de la réception du chantier.

M. Martial Bourquin, rapporteur. – Le moment de la livraison est celui où les problèmes sont signalés et où le dernier paiement peut être refusé.

M. Philippe Bonnecarrère, président. – Entre la position de Jean Tirole, qui estime que les politiques environnementales et sociales ne sauraient relever de la commande publique, et ceux qui y voient un progrès pour la société, la question des clauses sociales et environnementales aurait pu perturber nos travaux. Il n'en a rien été : il convient nous semble-t-il de conserver les critères classiques du cahier des charges ; mais l'acheteur qui veut y ajouter une action sociale ou environnementale peut faire connaître à l'entreprise retenue ses critères en la matière. En d'autres termes, ces clauses ne doivent pas être un critère d'attribution, mais une condition d'exécution, ce qui écarte tout risque d'éviction des PME lors de l'attribution.

M. Daniel Raoul. – Généralement, un taux minimal de contrats d'insertion est inséré dans l'appel d'offres, libre à l'entreprise d'aller au-delà. Cela fonctionne bien, et le code des marchés publics l'autorise.

M. Martial Bourquin, rapporteur. – Il est nécessaire d'y prendre garde : de grandes entreprises remportent souvent des contrats grâce aux

clauses sociales, mais les PME ont la possibilité de recourir à des associations ou entreprises d'insertion.

M. Daniel Raoul. – Le pourcentage minimal peut être défini dans le cahier des charges avec l'appui de structures spécialisées dans l'insertion ou d'organisations professionnelles.

M. René Vandierendonck. – Je vous remercie pour ces clarifications. Il conviendrait que le rapport soit assorti de nombreux exemples, car beaucoup d'élus ne sont convaincus que par des éléments concrets. Donnons également des statistiques sur les clauses d'insertion. La question des publics très éloignés de l'emploi reste ouverte ; il faudrait illustrer la question des chantiers-écoles, qui, pour certains tribunaux, restent dans une zone grise.

Trop de travail a été accompli collégialement pour ne pas s'interroger sur la suite de ce rapport : il mérite incontestablement un débat ; l'on peut également, au moment de la ratification des ordonnances, prendre le temps de développer nos préconisations.

M. Philippe Bonnecarrère, président. – Juridiquement, le système offre la souplesse nécessaire à ceux qui souhaitent insérer des clauses sociales et environnementales.

La première proposition de M. Bourquin est d'inviter le Sénat à saisir l'occasion du débat sur la ratification pour présenter des amendements, la voie de l'ordonnance ne nous satisfaisant pas. Toutefois, celle-ci marque une avancée, dans la mesure où l'ensemble des principes fondamentaux du droit de la commande publique sera de nature législative. Je vous rappelle qu'actuellement, l'intégralité du code des marchés publics relève du domaine réglementaire. Notre rapporteur demandera un débat en séance sur la commande publique au premier trimestre 2016.

M. Martial Bourquin, rapporteur. – Xavier Beulin, président de la Fédération nationale des syndicats d'exploitants agricoles, nous a dit que 70 % des viandes servies dans la restauration scolaire et les hôpitaux sont d'origine étrangère. En pleine crise de l'élevage ! Cela nous place devant nos responsabilités. La commande publique doit être un outil de développement territorial et agricole. On peut se contenter de prendre les clauses sociales et environnementales comme un supplément d'âme, mais nous ne mettrons fin à ce scandale qu'en les mobilisant au service d'une politique économique.

M. René Vandierendonck. – Votre réponse m'a convaincu. Pour les maires de la métropole lilloise, que j'ai réunis récemment, il est urgent de doter les intercommunalités désireuses de favoriser les retombées sur l'agriculture locale d'un cahier des charges type. À gauche ou à droite, les discours sous les préaux tardent à se concrétiser par des mesures.

M. Philippe Bonnecarrère, président. – L'on nous reproche souvent de ne pas savoir traiter les offres anormalement basses, de ne pas nous intéresser aux PME, de négliger les circuits courts… Ce sont de faux

problèmes. L'arsenal juridique ménage désormais une place aux PME et aux objectifs économiques dans la commande publique.

Une partie du rapport intitulée « Pour une économie de proximité » est consacrée aux circuits courts. L'article 53 du code des marchés publics donne à l'acheteur la possibilité d'introduire des critères en matière de protection de l'environnement, de développement des approvisionnements directs et de sécurité d'approvisionnement.

Notre problème n'est plus de nature juridique. L'acheteur craint, notamment, qu'on lui reproche de choisir des fournisseurs locaux pour des raisons personnelles. Pourtant, les contentieux sont peu nombreux. C'est avant tout une question de comportement, de culture de l'achat public – de là le titre du rapport.

Mme Anne-Catherine Loisier. – Il reste beaucoup à faire pour que les petits donneurs d'ordres s'emparent de ces outils. Comment apporter cette connaissance ?

M. Martial Bourquin, rapporteur. – C'est l'objet du rapport. Nous nous sommes aperçus que le droit européen nous offre de nouvelles possibilités, et notamment celle de généraliser certaines pratiques. Auparavant, l'accent était mis sur les problèmes juridiques. Désormais, il faut insister sur la culture de l'achat public.

M. Jackie Pierre. – Les bons usages...

M. Martial Bourquin, rapporteur. – Très juste : les élus certes, mais aussi les services des collectivités territoriales et des entreprises publiques.

M. Jackie Pierre. – De nombreux départements ont créé des cellules d'aide aux maires et élus locaux, ce qui les rassure.

M. Daniel Raoul. – Les services aussi ont peur ! Ils ouvrent le parapluie…

M. Martial Bourquin, rapporteur. – …qui devient parfois parasol !

Nous nous sommes également penchés sur le travail détaché illégal. Lors de notre visite à Berlin, nous avons vu que tous les pays européens n'ont pas la même appréhension du problème, comme nous l'a confirmé un responsable du patronat allemand : avec la démographie allemande, avoir des salariés mieux payés à côté de travailleurs détachés et de services *low cost* n'est pas un problème. L'arrivée du salaire minimum rééquilibrera la concurrence entre la France et l'Allemagne, notamment dans le secteur agricole et l'élevage.

Une protection sociale de qualité ne doit pas devenir un désavantage concurrentiel. La mobilisation des corps de contrôle, et notamment de l'inspection du travail, est essentielle. Souvenez-vous de la condamnation d'un grand groupe concernant le chantier de l'EPR à Flamanville… Rien ne remplacera les corps de contrôle. Généralement, les travailleurs détachés

travaillent pour la sous-traitance, au deuxième ou au troisième niveau, pas pour l'entreprise titulaire du marché. Bien sûr, nous ne sommes pas indifférents aux propositions unanimes du Conseil économique social et environnemental (CESE). Cependant, la renégociation de la directive européenne sur les travailleurs détachés peut prendre du temps, notamment au regard de la position de l'Allemagne… Pour lutter contre la fraude dans le pays d'origine, nous pourrions prélever les cotisations pour son compte et lui reverser ensuite.

M. Philippe Bonnecarrère, président. – Nous avons essayé de conserver une position équilibrée sans rentrer dans le débat pour ou contre une société libérale. Je soutiens la proposition du rapporteur de renégociation de la directive, même si les effets de telles exhortations sont souvent limités. Nous nous associons, en outre, à la demande d'harmonisation des régimes sociaux et des niveaux de prélèvement. Et de manière plus pratico-pratique, nous proposons de prélever les cotisations dans le pays d'accueil des travailleurs détachés, au taux applicable dans le pays d'origine, pour les reverser ensuite à ce dernier comme vous l'a précisé M. Bourquin.

M. René Vandierendonck. – C'est une bonne piste !

M. Martial Bourquin, rapporteur. – Il faudra examiner la faisabilité de cette piste de travail.

M. Daniel Raoul. – Vous dites que l'harmonisation est un horizon lointain, mais 62 pays se sont accordés à Lima dans le cadre de l'OCDE pour imposer les entreprises sur le lieu de production de la richesse. C'est dans la même veine ! Personne n'y croyait, c'est pourtant arrivé : c'est dans l'air du temps.

M. Martial Bourquin, rapporteur. – Nous proposons également de favoriser le développement des PME innovantes et de se fixer comme objectif de porter leur part dans les marchés publics à 2% en 2020 et 4% en 2025, de généraliser les variantes techniques et de sécuriser le partenariat d'innovation. Nous devons aussi réduire les coûts de procédure en généralisant les marchés publics simplifiés et en simplifiant le document unique de marché européen (DUME)…

M. Philippe Bonnecarrère, président. – Le projet de DUME figure en annexe du rapport, il est incompréhensible !

M. Martial Bourquin, rapporteur. – Tout le monde se félicitait de pouvoir utiliser ce document pour centraliser les informations relatives à la candidature. Désormais, il faudrait le simplifier.

Nous suggérons de porter le seuil des marchés à procédure adaptée (Mapa) de 25 000 à 40 000 euros. Daniel Raoul souhaite que les marchés inférieurs à ce nouveau seuil soient contrôlés par le président de la commission d'appel d'offres. Augmenter le seuil simplifiera les marchés et

donnera des possibilités nouvelles aux collectives locales. Cependant, cela ne va pas sans des procédures d'autocontrôle adaptées.

M. Georges Labazée. – C'est une question de vocabulaire. Après les Mapa, on pourrait mentionner les marchés à bons de commande.

M. Philippe Bonnecarrère, président. – Ils fonctionnent très bien.

M. François Bonhomme. – Après le décret plaçant le seuil à 25 000 euros au 1er octobre 2015, j'ai vu une interview d'une association « anti-corruption ». D'un côté les PME demandent une simplification, de l'autre cette association dénonce un passe-droit pour les élus.

M. Philippe Bonnecarrère, président. – Le Sénat, par définition, fait confiance aux collectivités locales : il n'est pas scandaleux de proposer des mesures de simplification. Notre réponse est parfaitement juridique : un Mapa ne signifie pas une absence de concurrence. Les principes généraux de la commande publique doivent être respectés : diversité des offres, transparence… C'est loin d'être un choix discrétionnaire ! Ayons confiance dans les élus locaux pour faire tourner l'économie. Au 1er octobre, le seuil a été fixé à 25 000 euros par décret ; l'idée serait de l'augmenter sur trois ans. Notre position est équilibrée, il ne s'agit pas de donner blanc-seing, d'où les autocontrôles. Adjoindre à la liste des marchés publics fournie au conseil municipal les attributions au-dessous du seuil constitue une autre précaution.

M. Éric Doligé. – Existe-t-il un seuil européen de Mapa ?

M. Martial Bourquin, rapporteur. – Les Mapa pourraient être possibles pour les marchés dont le montant est inférieur aux seuils européens, fixés à 134 000 euros pour les marchés de services ou de fournitures et à 5 186 000 euros pour les marchés de travaux.

M. Éric Doligé. – C'est un argument non négligeable : les élus européens ne sont pas plus vertueux que les élus français ! Les parlementaires s'auto-flagellaient depuis dix ans à refuser des seuils trop élevés, cessons ! Le seuil de 40 000 euros fluidifiera les marchés.

M. Philippe Bonnecarrère, président. – L'Europe aussi souhaite fluidifier, notamment en généralisant la négociation, les logiques de *sourçage*… Sortons de cette culture de l'angoisse, achetons mieux !

M. Martial Bourquin, rapporteur. – Il est trop facile de jeter l'opprobre sur les élus pour gêner la commande publique. En réalité, il y a peu de problèmes juridiques.

Mme Anne-Catherine Loisier. – Tordons le coup à l'idée que les Mapa ne sont pas contrôlés ! La chambre régionale des comptes a vérifié ceux de ma commune.

M. Philippe Bonnecarrère, président. – Les Mapa, sans être soumis au formalisme, doivent respecter les principes de la commande publique.

M. Martial Bourquin, rapporteur. – Il faut également aller plus loin dans la simplification, généraliser les logiciels d'assistance à la rédaction des marchés, dématérialiser progressivement les procédures tout en tenant compte de la taille des acheteurs, mieux former les acheteurs publics, encourager les bonnes pratiques et rédiger un manuel d'accompagnement aux acheteurs faisant référence à l'échelle nationale.

M. René Vandierendonck. – C'est fondamental.

M. Martial Bourquin, rapporteur. – En encourageant les bonnes pratiques et la formation, nous arriverons à mettre en place une politique économique de la commande publique.

Nous proposons aussi de favoriser la mutualisation des achats et l'expertise, comme le fait l'UGAP pour le marché de gaz naturel, et d'asseoir les centrales d'achat. On pourrait poursuivre la mutualisation des achats à l'échelle locale de manière que les centrales calibrent leurs services pour les grandes régions, comme l'envisage l'UGAP, afin de prendre en compte les productions locales et les PME – ainsi que le demandent les élus locaux. M. Taupiac, directeur délégué à l'innovation de l'UGAP, nous confirmait d'ailleurs ce changement : la culture de l'achat public évolue sensiblement.

Nous devons aussi unifier et étendre les procédures de régularisation des offres et développer le *sourçage* car le métier d'acheteur public change énormément. Auparavant, il suffisait de publier une offre, de vérifier si les demandes correspondaient aux pièces administratives et de choisir le moins disant.

Il faudrait enfin recentrer le délit de favoritisme sur l'intention dolosive.

M. Philippe Bonnecarrère, président. – Les possibilités de régularisation de l'offre, qui sont fortes ur les concessions, sont moins larges dans les marchés publics. Il faudrait unifier ces régimes pour pouvoir régulariser en cas d'erreur manifeste de l'entreprise. En cas de réception d'une seule offre recevable et de par exemple deux offres irrégulières, on serait tenté de recommander qu'on invite les deux entreprises à régulariser leur offre.

M. René Vandierendonck. – Oui.

M. Philippe Bonnecarrère, président. – Recentrons le délit de favoritisme sur l'intention : nous sommes prêts à l'assumer, il faut pouvoir mener à bien des projets économiques, tout en sanctionnant celui qui choisit délibérément de privilégier une entreprise. Nous ne faisons que suivre les recommandations de Jean-Louis Nadal, ancien procureur général près la Cour de cassation, et actuel président de la Haute Autorité pour la transparence de la vie publique.

M. Philippe Bonnecarrère, président. – Les possibilités de régularisation des offres ouvertes par la jurisprudence sont plus faibles pour

les marchés publics que pour toutes les procédures de concession. Aussi demandons-nous d'harmoniser sur le modèle du droit des concessions, où seules les irrégularités substantielles ne peuvent être « *rattrapées* » : la régularisation pourrait être demandée pour des éléments de forme.

M. François Bonhomme. – Le juge pénal prend en compte les éléments constitutifs du délit et non l'intention dolosive : comment cela se traduit-il en droit ? Il y a un risque de mauvaise interprétation.

M. Philippe Bonnecarrère, président. – Vous avez totalement raison. Nous répondons à la jurisprudence de la chambre criminelle de la Cour de cassation : toute infraction formelle est condamnable ; si une trentaine seulement de condamnations sont prononcées chaque année, elles pèsent comme une chape sur les élus et bloquent leur initiative.

Le droit administratif a changé : désormais, une personne ayant un intérêt peut demander l'annulation d'un marché public. Avec les jurisprudences du Conseil d'Etat *Tropic travaux* et *Tarn-et-Garonne*, inutile de surutiliser l'arme pénale : l'arme administrative suffit.

Notre écriture est mesurée : la jurisprudence a adopté une vision extensive du délit de favoritisme, indispensable garde-fou ; nous proposons de prendre en compte l'intention dolosive et d'étendre le champ du délit. Curieusement, certains domaines comme les concessions de travaux n'y sont pas soumis.

Enfin, élargissons les critères et prévoyons la même définition en matière de conflit d'intérêts. En 2013, la loi du 11 octobre sur la transparence de la vie publique a défini le conflit d'intérêts : harmonisons avec la notion applicable au droit de la commande publique ; nous recevons l'approbation de M. Nadal.

M. Martial Bourquin, rapporteur. – Il est très important de souligner que le délit de favoritisme est un garde-fou indispensable. Si nous proposons de modifier l'article 432-14 du code pénal, c'est seulement pour rappeler la nécessité d'intention dolosive. Et c'est important de passer le seuil des Mapas de 25 000 euros à 40 000 euros.

M. François Bonhomme. – J'anticipe le débat.

M. Martial Bourquin, rapporteur. – Nous l'aurons.

M. Philippe Bonnecarrère, président. – On ne peut pas demander plus de filières courtes ou de clauses environnementales dans les marchés sans pouvoir orienter l'achat public. Soyons cohérents !

M. Martial Bourquin, rapporteur. – Nous devrons rester vigilants sur les conflits d'intérêts.

L'économie de proximité est un énorme dossier. La commande publique peut privilégier les circuits courts : c'est un enjeu extraordinaire pour l'élevage, pour l'économie territoriale. L'article 53 du code des marchés

publics permet de privilégier les circuits courts et certains groupements ou types d'entreprises.

Enfin, nous devons mettre en place un dispositif statistique fiable et exhaustif, et veiller à ce que le futur traité transatlantique ne remette pas en cause les principes français de la commande publique.

M. Daniel Raoul. – C'est une vraie question, on en reparlera.

M. Martial Bourquin, rapporteur. – C'est la question des tribunaux d'arbitrage. Mais les droits européen et français doivent être souverains.

M. Éric Doligé. – Je vous remercie de ce très bon rapport, particulièrement intéressant. Un des graphiques montre la part des PME dans le nombre de marchés. Les collectivités locales sont plus vertueuses : elles accordent aux PME entre 10 à 15 points de plus de part dans leurs marchés que l'État. C'est un problème technocratique : les collectivités locales sont plus souples. L'État devrait accorder davantage de place aux PME.

C'est aussi un problème de culture : les critères environnementaux et sociaux rentrent de plus en plus dans les mœurs. Les Allemands nous disaient qu'ils n'avaient aucun chiffre sur la part des PME dans les marchés publics : attention, les chiffres annoncés dans le tableau des comparaisons européennes en cette matière pourraient poser des difficultés de comparaison.

Concernant les centrales d'achats, *Approlys*, que j'ai créée il y a un an et demi, est débordée par le succès : nous visions 30 millions d'économies la première année, ce sont 60 millions qui ont été réalisées sur un an.

M. Philippe Bonnecarrère, président. – Merci de vos propos et de votre approbation générale. La rédaction de notre rapport est équilibrée à votre égard. Le rapport Sueur-Portelli fait au nom de la commission des lois en 2014 est cité, comme le souhaitait le groupe socialiste, mais sans attaquer les contrats de partenariat, dont le nombre se réduit tout seul.

M. Éric Doligé. – Notez que je n'ai pas évoqué la question…

M. Georges Labazée. – Pouvez-vous rédiger un glossaire d'une page pour expliquer les termes techniques ?

M. Philippe Bonnecarrère, président. – Nous avons fait la guerre à toute formule trop technocratique.

Il en est ainsi décidé.

M. Martial Bourquin, rapporteur. – Le groupe socialiste propose, dans sa demande de modification n° 1, de préciser les deux chiffres mentionnés dans la synthèse : dans le premier paragraphe, la commande publique représente 400 milliards d'euros de dépenses annuelles ; le quatrième paragraphe indique que les achats publics sont de l'ordre de 200 milliards d'euros.

M. Philippe Bonnecarrère, président. – Nous le ferons par une note de bas de page.

La demande de modification n° 1 est adoptée.

M. Martial Bourquin, rapporteur. – La demande de modification n° 2 du groupe socialiste suggère d'enrichir le rapport d'exemples reflétant les bonnes pratiques d'achat public. Ce serait utile.

M. René Vandierendonck. – Ces exemples peuvent-ils être insérés ?

M. Philippe Bonnecarrère, président. – Oui, mais attention à ne pas multiplier les exemples dans tous les secteurs et à se concentrer sur la commande publique.

M. Martial Bourquin, rapporteur. – Un exemple de mutualisation concerne la police municipale.

M. René Vandierendonck. – Un exemple intéressant : lors du débat sur la loi portant nouvelle organisation territoriale de la République – dite loi NOTRe -, notre tendance culturelle aurait pu nous pousser à transférer des compétences et dessaisir les maires. Heureusement, nous avons des exemples de mutualisation de différentes fonctions de *back office* ou de vidéosurveillance au profit des intercommunalités sauvegardant le pouvoir de police des maires. En 2012, j'ai fait avec M. Pillet un rapport sur ce débat actuel.

M. Philippe Bonnecarrère, président. – Je vous suggère de retirer votre proposition sur ce point, mais votre rapport sera cité.

La demande de modification n° 2 rectifiée est adoptée.

M. Martial Bourquin, rapporteur. – La demande de modification n° 3 du groupe socialiste distingue un objectif spécifique de développement de l'économie territoriale. Nous sommes d'accord : c'est dans le rapport.

M. Philippe Bonnecarrère, président. – Cette demande est satisfaite.

La demande de modification n° 3 est retirée.

M. Martial Bourquin, rapporteur. – J'approuve la demande de modification n° 4 du groupe socialiste de prévoir que les procédures internes devant accompagner le relèvement du seuil des Mapa doivent consister en un contrôle du président de la commission d'appel d'offres.

M. René Vandierendonck. – On est au cœur du problème.

M. Philippe Bonnecarrère, président. – Nous rajouterons dans le rapport que ces procédures peuvent « le cas échéant » correspondre au contrôle du président de la commission d'appel d'offre.

La demande de modification n° 4 rectifiée est adoptée.

M. Martial Bourquin, rapporteur. – La demande de modification n° 5 du groupe socialiste vise à relever ce seuil pour les achats de livres afin

de soutenir les librairies indépendantes. Mais 100 000 euros ne passera jamais. Nous vous avons déjà proposé de relever ce seuil à 40 000 euros pour tout le monde.

M. Philippe Bonnecarrère, président. – Entre le relèvement à 40 000 euros pour tout le monde, dont les libraires, et les circuits courts, vous avez satisfaction. Nous pourrons signer un courrier expliquant le relèvement du seuil et la position de la mission d'information.

M. René Vandierendonck. – C'est un juste milieu.

M. Daniel Raoul. – On peut avoir une mise en réseau des bibliothèques dans les intercommunalités.

M. Martial Bourquin, rapporteur. – Absolument.

La demande de modification n° 5 est retirée.

M. Martial Bourquin, rapporteur. – La demande de modification n° 6 du groupe socialiste tend à indiquer que les cahiers des clauses techniques particulières pour les achats de défense et de sécurité tendent à restreindre la concurrence ; les dispositions techniques devraient porter sur les seuls matériels opérationnels.

M. Daniel Raoul. – J'en avais fait la remarque lors de l'audition de la Direction générale de l'armement, le matériel civil relevant des marchés spécialisés de défense et de sécurité pose problème, de la même manière que l'achat de fournitures dans un hôpital coûte trois fois plus cher qu'ailleurs. Lorsqu'il s'agit des mêmes véhicules que dans le civil, pourquoi restreindre le marché à certaines entreprises ?

M. Philippe Bonnecarrère, président. – Votre point de vue a été pris en compte dans le rapport. Nous rappelons les règles applicables aux achats de matériel de défense et de sécurité. Les règles habituelles des marchés publics s'appliquent aux achats non spécifiquement militaires. L'exonération, partielle ou totale, ne porte que sur deux catégories intrinsèquement militaires. Vous avez largement satisfaction.

M. Daniel Raoul. – La règle de l'allotissement devrait s'appliquer aussi chez eux. Rappelez-vous nos auditions.

M. Georges Labazée. – La Poste la pratique.

M. Martial Bourquin, rapporteur. – Ces achats peuvent concerner des véhicules livrés à l'armée qui doivent être opérationnels pour ne pas mettre en danger la vie de nos soldats !

M. Éric Doligé. – C'est aussi affaire de culture du matériel de sécurité. Ainsi, les sapeurs-pompiers avaient tendance à acheter du matériel 40 % plus cher pour avoir la couleur « rouge pompier ». Après un an de discussion, ils ont fini par accepter un matériel d'un autre rouge. Des dizaines de millions d'euros sont en jeu. Ce ne sont pas seulement des problèmes de sécurité.

La demande de modification n° 6 est retirée.

M. Martial Bourquin, rapporteur. – La demande de modification n° 7 du groupe socialiste développe le point sur la mutualisation et propose de citer les chiffres de l'Assemblée des communautés de France (ADCF) sur les groupements de commandes. Cela semble opportun.

La demande de modification n° 7 est adoptée.

M. Martial Bourquin, rapporteur. – La demande de modification n° 8 du groupe socialiste demande d'insérer une citation du rapport Portelli-Sueur sur les contrats de partenariat, selon laquelle « sur le plan financier, le contrat de partenariat est une bombe à retardement budgétaire souvent ignorée par des arbitrages de court terme ».

M. René Vandierendonck. – Le Sénat était unanime sur les Semop.

M. Philippe Bonnecarrère, président. – Le rapport Portelli-Sueur est déjà cité dans le projet de rapport.

M. Éric Doligé. – Je ne suis pas d'accord avec la citation proposée par le groupe socialiste. Le jeu politique est très important en matière de PPP. Dans mon département, j'ai construit des collèges grâce à des PPP. L'opposition a voté pour au début, avant de se raviser. Un conseil général voisin, de gauche, m'a demandé des conseils sur cette procédure qu'il trouvait très intéressante. Il lance un grand marché, la droite fulmine. Lorsqu'elle prend le pouvoir, elle annule tous les projets en PPP : il n'y avait que des raisons idéologiques.

M. Daniel Raoul. – C'est à idéologie variable !

M. Philippe Bonnecarrère, président. – Nous sommes dans le juste milieu : la proposition du groupe socialiste est satisfaite car nous citons déjà le rapport Portelli-Sueur. Nous mentionnons la diminution du nombre de contrats de partenariat mais avons évité toute formule anti-contrats de partenariat.

M. Daniel Raoul. – Nous n'avons pas été jusqu'à demander de citer le stade du Mans ou les hôpitaux parisiens !

M. Éric Doligé. – Je pourrais vous trouver d'autres exemples…

La demande de modification n° 8 est retirée.

M. Martial Bourquin, rapporteur. – La demande de modification n° 9 du groupe socialiste précise le paragraphe sur la loi instaurant les sociétés d'économie mixte à opération unique (SEMOP). Cela valoriserait le travail du Sénat sur les SEMOP. Êtes-vous d'accord ?

M. Daniel Raoul. – Je ne suis pas objectif comme signataire…

La demande de modification n° 9 est adoptée.

M. Philippe Bonnecarrère, président. – Tous les groupes peuvent, s'ils le souhaitent, nous faire parvenir une contribution jusqu'à lundi

18 heures. La conférence de presse se tiendra jeudi 15 octobre à 10 heures en salle Médicis.

Le rapport est adopté à l'unanimité.