



MINISTÈRE DE L'ÉCONOMIE  
ET DES FINANCES

MINISTÈRE DE L'ACTION  
ET DES COMPTES PUBLICS

**Rapport à la Commission européenne relatif à  
l'application de la réglementation en matière de marchés publics  
pour la période 2014-2016**

Rédaction :

Ministère de l'économie et des finances

Direction des affaires juridiques

Sous-direction du Droit de la commande publique

Bureau Economie, statistiques et techniques de l'achat public

## TABLE DES MATIERES

Données générales .....	4
1. Préliminaire et précisions méthodologiques.....	4
2. Autorités en charge du contrôle des marchés publics et de la rédaction du rapport .....	5
2.1 Les entités contribuant au contrôle des marchés publics.....	5
2.2 L'entité en charge de la rédaction du rapport .....	7
I) Estimation de la valeur totale agrégée des marchés publics .....	8
I.1. Approche générale : recensement annuel des marchés publics.....	8
I.2. Seuils européens .....	9
II) Principales sources de mauvaise application ou d'insécurité juridique.....	10
II.1. Rapport qualitatif sur l'application de la réglementation en matière de marchés publics .....	10
1) Le conseil aux acheteurs.....	10
2) Le règlement non juridictionnel des litiges issus de marchés publics.....	14
3) Le contrôle de légalité réalisé par les préfetures de départements sur les actes des collectivités territoriales.....	16
4) La collaboration des juridictions pénales et financières dans la détection des faits susceptibles de constituer une atteinte à la probité.....	18
II.2. Documents à l'appui.....	21
II.3. Indicateurs quantitatifs relatifs au système national de contrôle des marchés publics.....	22
1) Indicateurs des juridictions administratives : le Conseil d'Etat.....	22
2) Indicateurs des juridictions administratives : les tribunaux administratifs .....	22
3) Histogrammes en valeur des différentes procédures .....	23
III) Prévention, détection et signalement adéquat des cas de fraude, de corruption, de conflits d'intérêts et d'autres irrégularités graves en matière d'achat public.....	24
III.1. Rapport qualitatif .....	24
III.2. Documents à l'appui.....	29
III.3. Indicateurs quantitatifs .....	30
1) Indicateurs des juridictions pénales .....	30
2) Indicateur de « concurrence » (toutes procédures confondues).....	31
3) Indicateur de « concurrence » (procédures négociées sans publication préalable).....	32
4) Autres indicateurs sollicités dans le modèle de rapport .....	32
IV) Niveau de participation des PME aux marchés publics .....	33
IV.1. Rapport qualitatif sur la participation des PME .....	33
IV.2. Documents à l'appui .....	38

IV.3. Indicateurs quantitatifs .....	39
1) Poids des PME dans la commande publique – en nombre et en valeur .....	39
2) Poids des PME dans la commande publique – répartition selon l’acheteur public.....	40
V) Informations relatives à la mise en œuvre des stratégies nationales d’achat public.....	42
V.1. Marchés publics intégrant des dispositions relatives au développement durable .....	42
V.1.1. Rapport qualitatif sur la promotion des marchés publics intégrant des dispositions relatives au développement durable .....	42
V.1.2. Documents à l’appui .....	49
V.1.3. Indicateurs quantitatifs .....	50
1) Indicateurs environnementaux .....	50
2) Indicateurs sociaux .....	51
V.2. Marchés publics intégrant des dispositions relatives à l’innovation .....	52
V.2.1. Rapport qualitatif sur l’innovation dans l’achat public .....	52
V.2.2. Documents à l’appui .....	57
ANNEXES.....	58
Annexe 1 : méthodologie de recensement des marchés publics.....	58
Annexe 2 : catégories juridiques de l’OECF.....	60
Annexe 3 : clauses sociales et environnementales – évolution sur une période longue.....	61
Annexe 4 : liste des sigles .....	62
Annexe 5 : liste des contributeurs.....	63

# Données générales

## 1. Préliminaire et précisions méthodologiques

Le présent rapport a pour objet d'apporter un éclairage sur l'application de la réglementation en matière de marchés publics pour la période 2014-2016<sup>1</sup>, étant précisé qu'un changement normatif est intervenu en cours d'année 2015 avec l'adoption de l'ordonnance n° 2015-899 du 23 juillet 2015<sup>2</sup>, transposant les directives 2014/24/UE et 2014/25/UE du 26 février 2014. Le présent rapport a également pour objet de présenter les actions entreprises par l'Etat dans les différents domaines étudiés (prévention et lutte contre la fraude, la corruption et les conflits d'intérêts, accès des PME à la commande publique, développement durable et innovation).

On recense en France environ 130 000 pouvoirs adjudicateurs (ou entités adjudicatrices) de tailles très diverses. 120 000 sont des collectivités territoriales ou des établissements publics locaux et 10 000 émanent de l'Etat. Cette grande variété de pouvoirs adjudicateurs trouve son origine dans l'organisation administrative de la France, qui est décentralisée<sup>3</sup> et a notamment pour conséquence de complexifier le recensement et la centralisation des données en matière de marchés publics. Une collecte spécifique est mise en œuvre par l'Etat afin de satisfaire à ses obligations statistiques conformément à l'article 85 de la directive 2014/24/UE<sup>4</sup>. Il est important de prendre en compte cet élément organique dans l'appréhension des résultats présentés.

Les données quantitatives se fondent sur le recensement obligatoire des marchés dont le montant hors taxes (HT) s'élève à plus de 90 000 €<sup>5</sup>. En effet, en-deçà de ce seuil, le recensement économique des marchés publics est facultatif pour la période considérée<sup>6</sup>. Les chiffres présentés constituent donc une bonne indication de la situation des marchés publics en France, mais ils n'ont pas une valeur absolue.

Le plan adopté (cf. table des matières) respecte la structuration préconisée par la Commission Européenne dans son modèle « *Procurement Monitoring Report Template* ». Cependant, il convient de souligner que certaines données quantitatives et qualitatives n'ont pu être renseignées, car elles ne font pas l'objet d'un recensement. Le modèle de la Commission ayant été publié en fin d'année 2016, il n'a pas été possible d'anticiper la production de ces données. Les circuits d'informations et de collecte adéquats pourront être mis en place dans le cadre du prochain rapport, afin de compléter la connaissance statistique et qualitative de la commande publique.

---

<sup>1</sup> L'année 2017 est exclue du champ d'étude car le recensement des marchés publics de l'année 2017 est ouvert jusqu'au 31 mai 2018.

<sup>2</sup> Après habilitation par la loi n° 2014-1545 du 20 décembre 2014 relative à la simplification de la vie des entreprises et portant diverses dispositions de simplification et de clarification du droit et des procédures administratives (article 42).

<sup>3</sup> On dénombre ainsi au 1er janvier 2017 : 101 départements, 18 régions, 35 416 communes, 1 266 établissements publics de coopération intercommunale (EPCI) à fiscalité propre dont 14 métropoles, 15 communautés urbaines, 219 communautés d'agglomération et 1 018 communautés de communes.

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

<sup>5</sup> L'arrêté du 21 juillet 2011, relatif au recensement économique de l'achat public, instaure notamment l'obligation pour tous les acheteurs publics d'établir et transmettre une fiche de recensement pour les contrats, marchés ou accords cadre d'un montant supérieur à 90 000 € HT et fixe le modèle de fiche de recensement.

<sup>6</sup> A compter du 1er octobre 2018, les acheteurs publics auront pour obligation de publier sur leurs profils les données considérées comme « essentielles » pour les contrats publics supérieurs à 25 000 € HT.

## 2. Autorités en charge du contrôle des marchés publics et de la rédaction du rapport

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

Chacune de ces entités intervient dans un champ de compétence bien défini, pour lequel elles ont été sollicitées dans le cadre du présent rapport.

### 2.1 Les entités contribuant au contrôle des marchés publics

#### a) Autorités juridictionnelles

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

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

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

Pour plus de détails, cf. II.3. Indicateurs quantitatifs relatifs au système national de contrôle des marchés publics.

En complément des autorités juridictionnelles judiciaires et administratives, les juridictions financières ont un rôle principalement qualitatif en matière de contrôle des marchés publics.

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

Les suites contentieuses éventuelles d'une opération de contrôle sont les suivantes :

- déclaration de gestion de fait pour les agents non habilités qui ont détenu irrégulièrement des fonds publics ;
- référé à la Cour de discipline budgétaire et financière des faits présumptifs d'irrégularités ;
- saisine du Garde des Sceaux, par l'intermédiaire du Procureur général ;
- communication auprès des services fiscaux et des services chargés de la concurrence et de la répression des fraudes.

Cette mission, qui est la plus ancienne de la Cour, ne constitue plus l'essentiel de son activité. Sa mission de contrôle de la gestion mais également ses compétences en matière de certification des comptes et d'évaluation des politiques publiques prennent de plus en plus d'importance. Les chambres régionales et territoriales des comptes exercent également une mission de jugement

des comptes et d'examen de la gestion des collectivités territoriales et de leurs établissements publics. Elles constituent des partenaires de l'autorité judiciaire dans la détection des atteintes à la probité et dans la révélation de faits frauduleux, en raison de l'étendue de leur contrôle et de la nature des informations auxquelles elles ont accès.

La Cour de discipline budgétaire et financière (CDBF) est une juridiction administrative spécialisée chargée de réprimer les infractions commises par les gestionnaires publics en matière de finances publiques. Elle est présidée par le Premier président de la Cour des comptes et régie par le code des juridictions financières. Elle peut être saisie par l'intermédiaire du ministre public<sup>7</sup> dans les cinq ans suivant l'infraction. Les sanctions prononcées par la Cour sont des peines d'amende qui peuvent faire l'objet d'un pourvoi en cassation devant le Conseil d'Etat, à l'instar des jugements de la Cour des Comptes.

#### b) Autorités administratives indépendantes

L'Autorité de la concurrence (ADLC) est une autorité administrative indépendante, spécialisée dans l'analyse et la régulation du fonctionnement de la concurrence sur les marchés, pour la sauvegarde de l'ordre public économique. Comme le Conseil de la concurrence avant elle, l'autorité peut émettre des avis et sanctionner des pratiques anticoncurrentielles. Elle intervient, de sa propre initiative ou à la demande de plaignants, dès que la concurrence est faussée sur un marché, quels que soit l'activité concernée ou le statut des opérateurs.

La Haute autorité pour la transparence de la vie publique (HATVP) est également une autorité administrative indépendante, chargée de promouvoir la probité et l'exemplarité des responsables publics. Créée en 2013 en remplacement de la Commission pour la transparence financière de la vie politique, elle reçoit et contrôle les déclarations d'intérêts de l'ensemble des députés, sénateurs, des grands élus locaux, des ministres et des présidents des assemblées ou des dirigeants d'organismes publics.

Pour une présentation plus détaillée de l'ADLC et de la HATVP, cf. III.1. Rapport qualitatif sur la fraude, la corruption, les conflits d'intérêts dans les marchés publics.

#### c) Services de l'Etat

L'Agence française anticorruption (AFA) est un service à compétence nationale placé auprès du ministre de la Justice et ministre en charge de l'action et des comptes publics, dont la mission est d'aider les autorités compétentes et les personnes qui y sont confrontées à prévenir et à détecter les faits de corruption, de trafic d'influence, de concussion, de prise illégale d'intérêt, de détournement de fonds publics et de favoritisme.

Au sein du ministère de l'économie et des finances, la direction générale de la concurrence, de la consommation et de la répression des fraudes (DGCCRF) veille au bon fonctionnement des marchés, au bénéfice des consommateurs et des entreprises.

Dans le cadre de la régulation concurrentielle des marchés, elle a pour missions principales :

- la lutte contre les ententes et les abus de position dominante ;
- la modernisation des règles de fonctionnement des marchés afin de garantir l'existence de structures concurrentielles dans le tissu économique ;
- la lutte contre les pratiques commerciales déloyales pour assurer notamment la loyauté des relations entre les fournisseurs et les distributeurs ;
- l'examen de la situation de la commande publique pour en assurer l'accès équitable et transparent.

C'est à ce titre que la DGCCRF a apporté son concours à la rédaction du rapport et, en particulier, sur le suivi des délais de paiement des entreprises publiques.

---

<sup>7</sup> Soit le président de l'Assemblée nationale ou du Sénat, le Premier ministre, le Ministre chargé des finances, tout membre du Gouvernement pour les faits relevés à l'encontre de fonctionnaires et agents placés sous son autorité, la Cour des comptes ou les chambres régionales des comptes.

Au sein du ministère de l'intérieur, la direction générale des collectivités locales (DGCL) est l'interlocuteur privilégié des collectivités territoriales pour le compte de l'État. Elle est notamment chargée d'élaborer les dispositions concernant les collectivités territoriales (et doit donc être consultée pour l'établissement des règles applicables en matière de commande publique), de répartir les concours financiers de l'État entre ces collectivités, de mettre en place les statuts des acteurs locaux (élus et personnels).

Au sein de la DGCL, la sous-direction des compétences et des institutions locales traite toutes les questions institutionnelles intéressant les compétences des collectivités territoriales, la coopération entre ces collectivités, la démocratie locale, leurs actions dans le domaine de la coopération décentralisée, les services publics locaux, les marchés publics. C'est à ce titre qu'elle a apporté son concours à la rédaction du rapport, en particulier en ce qui concerne le contrôle de légalité des actes des collectivités territoriales et de leurs établissements publics.

## 2.2 L'entité en charge de la rédaction du rapport

Le présent rapport est rédigé par la direction des affaires juridiques (DAJ) du ministère de l'économie et des finances. La DAJ constitue en effet un pôle d'expertise juridique, à vocation ministérielle et interministérielle, qui a pour principales missions<sup>8</sup> :

- la représentation de l'Etat devant les juridictions judiciaires (agent judiciaire de l'Etat) ;
- le conseil, l'expertise et l'assistance auprès des directions des ministères économiques et financiers ou des autres administrations de l'Etat et de ses établissements publics ;
- la coordination ou l'élaboration des textes législatifs et réglementaires, à la demande des ministres. En particulier, la DAJ analyse et élabore la réglementation relative à la commande publique.

C'est à ce titre que la DAJ est compétente pour la rédaction du rapport national triennal dû à la Commission européenne. La sous-direction du droit de la commande publique est en charge de l'élaboration du droit national, communautaire et international de la commande publique, de la diffusion de ce droit auprès de l'ensemble des administrations, du conseil aux acheteurs publics et du fonctionnement de l'Observatoire économique de la commande publique (OECF).

Les données quantitatives présentées ci-après sont en partie issues des travaux de l'Observatoire et en partie issues de contributions externes. L'OECF a pour mission de rassembler et d'analyser les données relatives aux aspects économiques et techniques de la commande publique. Il effectue notamment chaque année, sur la base des informations transmises par les pouvoirs adjudicateurs et les entités adjudicatrices, un recensement économique des contrats publics<sup>9</sup>.

---

<sup>8</sup> Décret n°98-975 du 2 novembre 1998 portant création d'une direction des affaires juridiques au ministère de l'économie, des finances et de l'industrie.

<sup>9</sup> Article 141 du décret n° 2016-360 du 25 mars 2016 relatif aux marchés publics.

## I) Estimation de la valeur totale agrégée des marchés publics

### I.1. Approche générale : recensement annuel des marchés publics

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

#### a) Recensement par catégorie d'acheteurs publics

Au titre du recensement annuel, les résultats, s'agissant des contrats initiaux, c'est-à-dire hors avenants et actes de sous-traitance, présentés sous forme de ventilation par grande catégorie d'acheteurs publics, sont les suivants :

Contrats initiaux déclarés	2014		2015		2016	
	Nombre	Montant (M €)	Nombre	Montant (M €)	Nombre	Montant (M €)
Etat *	39 568	31 441	30 333	34 062	29 862	36 216
Collectivités locales **	109 553	33 808	105 606	29 757	97 484	25 634
« Autres »***	14 704	18 188	14 549	21 415	17 450	22 021
<b>Total</b>	<b>163 825</b>	<b>83 437</b>	<b>150 488</b>	<b>85 234</b>	<b>144 796</b>	<b>83 871</b>

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

\* : y compris secteur public hospitalier.

\*\* : statistiquement corrigées selon méthodologie OECF.

\*\*\* : entreprises publiques, opérateurs de réseaux, etc.

Les retraitements statistiques et la méthodologie globale d'élaboration des données sont explicités en annexe 1<sup>10</sup>. La catégorisation juridique des acheteurs par l'OECF est détaillée en annexe 2.

On constate que, par rapport aux précédentes publications de l'OECF<sup>11</sup>, l'exercice 2014 marque un changement de méthode :

- portant sur le secteur public local, avec une correction statistique d'ampleur (cf. annexe 1) ;
- portant sur la catégorie « Etat » ci-dessus, avec l'intégration du secteur public hospitalier, en conformité avec le statut juridique des entités depuis 2009<sup>12</sup>.

Par ailleurs, on constate que la part relative à la catégorie tierce d'acheteurs publics (« autres ») est mesurée, en dehors des variations conjoncturelles, de manière de plus en plus complète, sur la base d'une déclaration plus régulière des grands acteurs de cette catégorie et, le cas échéant, après correction des données par l'Observatoire.

#### b) Recensement par objet de marché

Contrats initiaux déclarés en %	2014		2015		2016	
	Nombre	Montant	Nombre	Montant	Nombre	Montant
Fournitures	26,8	36,8	25,9	34,1	24,9	40,5
Travaux	39,1	28,2	39,1	27,1	39,4	25,4
Services	34,1	35,0	35,0	38,8	35,7	34,1

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

<sup>10</sup> En particulier, cette annexe détaille la base de données, qui repose sur les contrats effectivement passés et non pas les avis de publicité.

<sup>11</sup> Avant le 1<sup>er</sup> avril 2016, Observatoire Economique de l'Achat Public (OEAP).

<sup>12</sup> Loi n° 2009-879 du 21 juillet 2009 portant réforme de l'hôpital et relative aux patients, à la santé et aux territoires.

Contrats initiaux déclarés en %	2014		2015		2016	
	Nombre	Montant	Nombre	Montant	Nombre	Montant
<b>Etat *</b>						
Fournitures	42,1	54,6	39,0	42,3	36,1	56,8
Travaux	20,0	11,6	20,4	15,4	24,9	12,3
Services	37,9	33,8	40,6	42,3	39,0	30,9
<b>Collectivités locales</b>						
Fournitures	18,1	17,1	17,8	13,5	16,8	14,1
Travaux	54,2	54,3	54,6	58,3	55,3	55,6
Services	27,7	28,6	27,5	28,2	28,0	30,3
<b>« Autres » **</b>						
Fournitures	20,0	30,5	20,1	35,8	21,4	27,6
Travaux	35,7	25,3	37,7	23,4	35,9	31,3
Services	44,4	44,2	42,2	40,8	42,7	41,1

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

\* : y compris secteur public hospitalier.

\*\* : entreprises publiques, opérateurs de réseaux, etc.

L'analyse du recensement par objet de marché permet de mettre en avant notamment que :

- la répartition globale du nombre de marchés entre les 3 objets (fournitures, travaux, services) est relativement stable sur la période ;
- les achats de l'Etat les plus importants, en nombre de contrats comme en montants, concernent les fournitures et les services (à parts quasi-égales en nombre, avec un « avantage » aux fournitures en montants) ;
- les collectivités locales, compte tenu de leur composition dans le recensement (grand nombre d'acheteurs et de contrats) présentent une structure très constante d'une année sur l'autre (avec plus de la moitié des marchés, en nombre comme en montants, concernant des travaux) ;
- si les « autres » acheteurs publics présentent, de même, une structure relativement constante en nombre sur la période, leur répartition par montants est, compte tenu de la composition de cette catégorie (« grands » acheteurs publics, opérateurs de réseaux...), un peu plus volatile.

## I.2. Seuils européens

Les résultats, au-delà des seuils européens, présentés sous forme de ventilation par grandes catégories d'acheteurs publics, sont les suivants :

Contrats initiaux supérieurs aux seuils de l'UE	2014		2015		2016	
	Nombre	Montant (M €)	Nombre	Montant (M €)	Nombre	Montant (M €)
Etat *	12 610	28 119	13 524	31 271	12 288	33 374
Collectivités locales **	15 954	21 178	16 592	16 220	14 369	13 985
« Autres »***	3 614	14 025	4 769	17 716	5 877	17 132
<b>Total</b>	<b>32 178</b>	<b>63 322</b>	<b>34 885</b>	<b>65 207</b>	<b>32 534</b>	<b>64 491</b>

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

\* : y compris secteur public hospitalier.

\*\* : statistiquement corrigées selon méthodologie OECF.

\*\*\* : entreprises publiques, opérateurs de réseaux, etc.

Ces données sont estimées à partir des résultats obtenus (après calculs et retraitement) dans le tableau 1.

## II) Principales sources de mauvaise application ou d'insécurité juridique

### II.1. Rapport qualitatif sur l'application de la réglementation en matière de marchés publics

Le rapport qualitatif sur l'application de la réglementation en matière de marchés publics s'appuie sur quatre sources distinctes : le conseil aux acheteurs réalisé par la direction des affaires juridiques, qui permet de clarifier l'interprétation de certaines dispositions de droit au bénéfice des services de l'Etat, les instances de traitement amiable des litiges, le contrôle de légalité réalisé par les préfets sur les actes des collectivités territoriales et les données fournies par les autorités juridictionnelles (juridictions administratives et pénales) qui traitent des contentieux en matière de marchés publics.

Cette pluralité de sources contribue à la bonne appréhension des problématiques rencontrées par les acteurs de la commande publique (exemples : dispositions légales soulevant des difficultés d'application, orientations dans la politique de contrôle des marchés publics...).

#### 1) Le conseil aux acheteurs

La DAJ du ministère de l'économie et des finances, chargée de l'élaboration du droit de la commande publique, assure une mission de conseil auprès des services acheteurs, mais n'a pas pour rôle de contrôler la légalité des procédures d'achat public mises en œuvre par les pouvoirs adjudicateurs. Ce rôle incombe aux préfetures de département dans le cadre de leur mission de contrôle de légalité des actes des collectivités locales (cf. point 3), ainsi qu'à toute personne, entreprise ou particulier, ayant un intérêt à agir et contestant devant la juridiction compétente la légalité des procédures d'achat menées par les personnes publiques.

Néanmoins, dans le cadre de sa mission de conseil juridique, la DAJ est en mesure d'appréhender les difficultés et les questionnements que rencontrent les acheteurs publics. De manière générale, ces derniers s'adressent à la DAJ notamment dans une **démarche de sécurisation préalable** de leurs procédures d'achat ou de l'exécution de leurs contrats, soit lorsqu'ils travaillent sur un montage complexe, soit lorsque le contrat présente un enjeu particulièrement important. Les questions posées s'inscrivent souvent dans une démarche de confirmation et de vérification de la bonne interprétation d'une disposition du droit de la commande publique ou de la manière dont il convient d'articuler plusieurs dispositions de ce droit.

Ce sont ainsi de 20.000 à 25.000 questions par an qui sont posées aux services des ministères économiques et financiers chargés d'assurer un conseil aux acheteurs publics locaux et nationaux<sup>13</sup>.

Les difficultés rencontrées par les acheteurs ont trois origines principales :

- les différences de sens qu'un même terme peut recouvrir en droit européen et en droit français ou le caractère insuffisamment précis d'une notion employée dans les directives ;
- la nécessité de conjuguer, sur certains segments d'achat, le droit de la commande publique avec le droit français ou européen dans un autre domaine. C'est notamment le cas dans le vaste champ lié l'immobilier (bâti ou à bâtir) avec le droit de la maîtrise d'ouvrage publique (notamment la loi MOP<sup>14</sup>) et le droit de la domanialité, le droit de

<sup>13</sup> En parallèle de l'action de conseil de la DAJ auprès des services acheteurs centraux de l'Etat, la Cellule d'information juridique aux acheteurs publics (CIJAP) basée à Lyon est chargée de répondre aux questions liées à la passation des marchés publics. Elle s'adresse aux collectivités territoriales, aux établissements publics locaux, ainsi qu'aux services déconcentrés de l'Etat.

<sup>14</sup> Loi n°85-704 du 12 juillet 1985 relative à la maîtrise d'ouvrage publique et à ses rapports avec la maîtrise d'œuvre privée, dite loi MOP.

l'organisation administrative et de la décentralisation, le droit des interventions économiques et de la concurrence, le droit du travail, le droit pénal, le droit commercial ;

- le degré variable de maîtrise des règles et des processus de l'achat public par les acheteurs qui ont, en France, la particularité d'être beaucoup plus nombreux que dans les autres Etats membres de l'Union européenne et de compter une part très importante de petites structures.

Les **questions soulevées** portent pour l'essentiel sur les thématiques suivantes :

- le caractère de pouvoir adjudicateur ou d'entité adjudicatrice de l'organisme acheteur ;
- le caractère de contrat de la commande publique du montage contractuel envisagé ;
- l'existence d'une relation de quasi-régie (*in house*) ;
- le caractère de coopération public/public de la relation contractuelle envisagée ;
- le rattachement à un cas d'exclusion de la directive ;
- le caractère de marché public ou de concession du contrat ;
- la détermination de la procédure de passation à appliquer (modalités d'estimation du montant, circonstances autorisant le recours à une procédure autre que l'appel d'offres, modalités de mise en concurrence adaptée sous les seuils) ;
- le principe d'allotissement ;
- la dématérialisation des procédures ;
- le déroulement des procédures,
- les candidatures (y compris interdictions de soumissionner, critères et analyse de la recevabilité des candidatures) ;
- les offres (recevabilité, caractère régularisable ou non) ;
- l'exécution du contrat ;
- les avenants au contrat.

a) Les interrogations relatives à la qualité de pouvoir adjudicateur

Deux motifs juridiques principaux expliquent la méconnaissance du caractère de pouvoir adjudicateur des organismes.

D'une part, la **notion européenne d'organisme de droit public** n'est pas aisée à appréhender. En droit français, cette notion est de nature organique et désigne tous les organismes soumis à un statut de droit public (ex : Etat, collectivités locales, établissements publics locaux). En droit européen, la notion d'organisme de droit public est principalement fonctionnelle et désigne tous les organismes concourant à la satisfaction des besoins d'intérêt général (ayant un caractère autre qu'industriel et commercial), financés par des fonds publics et soumis à un contrôle public<sup>15</sup>.

La notion d'entreprise publique est mieux comprise, à la fois pour des raisons intuitives liées à l'existence historique d'un secteur public industriel et commercial important en France et à la clarté de la définition qui en est donnée au paragraphe 2 de l'article 4 de la directive 2014/25<sup>16</sup>.

D'autre part, la **notion de besoin d'intérêt général autre qu'industriel et commercial** peut être contre-intuitive pour les organismes qui ont une activité économique pour laquelle ils sont en concurrence avec des opérateurs économiques privés.

---

<sup>15</sup> Article 2 (paragraphe 1, 4<sup>o</sup>) de la directive 2014/24 : « On entend par « organisme de droit public », tout organisme présentant toutes les caractéristiques suivantes : a) il a été créé pour satisfaire spécifiquement des besoins d'intérêt général ayant un caractère autre qu'industriel ou commercial ; b) il est doté de la personnalité juridique ; c) soit il est financé majoritairement par l'État, les autorités régionales ou locales ou par d'autres organismes de droit public, soit sa gestion est soumise à un contrôle de ces autorités ou organismes, soit son organe d'administration, de direction ou de surveillance est composé de membres dont plus de la moitié sont désignés par l'État, les autorités régionales ou locales ou d'autres organismes de droit public ».

<sup>16</sup> « On entend par « entreprise publique », toute entreprise sur laquelle les pouvoirs adjudicateurs peuvent exercer directement ou indirectement une influence dominante du fait de la propriété de cette entreprise, de la participation financière qu'ils y détiennent ou des règles qui la régissent ».

Une interrogation demeure, par ailleurs, sur le champ que recouvrent les associations formées par des pouvoirs adjudicateurs ayant elles-mêmes la qualité de pouvoir adjudicateur aux termes du 1<sup>o</sup> du paragraphe 1 de l'article 1<sup>er</sup> de la directive 2014/24. Les textes et l'état de la jurisprudence ne permettent pas de trancher si ce cas de figure vise exclusivement une démarche de type mutualisation des missions de service exclusivement non industrielles et commerciales, par laquelle des pouvoirs adjudicateurs créent une entité conjointe pour exercer de manière collective une de leurs compétences, ou bien s'il est susceptible de concerner toutes les personnes morales de droit privé créées par des pouvoirs adjudicateurs, y compris lorsque cette personne morale de droit privé a une activité purement industrielle et commerciale ne relevant pas des directives.

b) Interrogations sur le caractère de marché public soumis à la directive

Bien que ce type de situation se soit fortement résorbé, des acheteurs occasionnels et peu expérimentés peuvent croire à tort que certains montages contractuels n'ont pas le caractère de marché public. Cela est encore le cas au regard de l'**objet même de certaines prestations** telles que les études, la recherche ou les services sociaux, dont les contrats restent parfois qualifiés de « convention », au motif que *l'intuitu personae* ou la contrainte de localisation du prestataire revêt pour l'acheteur un caractère si déterminant qu'il rend difficilement concevable la possibilité et l'intérêt d'une mise concurrence.

Le critère du **caractère onéreux du contrat** n'est pas toujours facile à manier. L'incertitude provient principalement du point de savoir si le simple remboursement des dépenses réalisées, sans recherche de bénéfice, constitue ou pas, la condition d'onérosité. Les jurisprudences peuvent varier, ce qui ne permet pas de disposer d'une règle claire et constante.

Dans certaines situations, l'**origine du besoin** à satisfaire n'est pas évidente. Par exemple, un système de référencement de taxis pour les besoins de transport de patients répond-il aux besoins de l'hôpital ou aux besoins des patients ? Il en est de même pour la mise à disposition d'abonnements à des bouquets payants de chaînes télévisées pour les patients hospitalisés. Le doute et la crainte de commettre des irrégularités poussent parfois les personnes publiques à lancer des procédures d'achat longues ou coûteuses, qui ne sont pas requises par les textes.

La proximité entre les **montages contractuels d'occupation domaniale** et les contrats de la commande publique a pu, jusqu'en 2016, susciter quelques interrogations et confusions. La réforme nationale de 2016, par laquelle les directives de 2014 ont été transposées, est venue apporter les clarifications juridiques nécessaires. Désormais, toute occupation domaniale par laquelle une personne publique pourrait devenir locataire de biens conçus par elle et dont elle est susceptible de devenir propriétaire à terme, doit obéir aux règles de la commande publique.

c) Interrogations sur l'existence d'une relation de quasi-régie

Dans le cadre des missions confiées par le(s) pouvoir(s) adjudicateur(s) de contrôle, le critère des **80% minimum d'activité** pour que la relation de quasi-régie soit établie est source de difficultés. C'est notamment le cas lorsque l'organisme contrôlé est chargé de réaliser des prestations correspondant aux missions des organismes de contrôle, mais dont les bénéficiaires directs ne sont pas les organismes de contrôle, mais les usagers habituels des organismes de contrôle. Peut-on alors considérer que cette activité est faite au bénéfice des organismes de contrôle dans l'appréciation de la part d'activité de l'entité en quasi-régie ?

La notion de **capitaux privés minoritaires obligatoires** dont la présence ne fait pas tomber la relation de quasi-régie (paragraphe 1, 2 et 3 de l'article 12 de la directive 2014/24) reste la principale source d'interrogations en ce qui concerne l'application des règles de la quasi-régie. L'interprétation de la Commission est que ces capitaux privés doivent être requis par la loi. Quel exemple la Commission européenne pourrait-elle donner au titre de ces capitaux « requis » par la loi ?

Il serait utile que la commission vienne préciser ce point, la rédaction du considérant 32 de la directive étant trop sibylline<sup>17</sup>.

d) Interrogations sur d'autres cas d'exclusion de la directive

Concernant les marchés publics de services immobiliers visés au a) de l'article 10 de la directive 2014/24<sup>18</sup>, des interrogations ont été soulevées sur les **contrats de vente en état futur d'achèvement**, c'est-à-dire l'acquisition par un acheteur public d'un bien immobilier non encore construit mais dont les plans ont d'ores et déjà été arrêtés sans que le pouvoir adjudicateur exerce une influence sur la définition du besoin (cf. arrêt Commission contre République fédérale d'Allemagne du 9 juin 2009, affaire C-480/06). Dans ces circonstances précises, l'absence de participation ou d'influence du pouvoir adjudicateur sur la réalisation des plans d'un immeuble ou d'une fraction d'immeuble à construire ne devrait-elle pas caractériser l'exclusion du a) de l'article 10 ?

La rédaction du b) de l'article 10, sur l'achat de programmes ou de temps de diffusion, qui ne vise que les médias audiovisuels au sens de la directive 2010/13 « Services de médias audiovisuels », crée une distorsion par rapport aux **nouveaux médias** hors de son champ, ce qui rend par ailleurs compliqué la passation des achats publics dans le cadre d'une stratégie média globale. C'est d'autant plus compliqué que la fixation des prix pour l'achat d'espace relève bien davantage d'une logique de cotation et d'adhésion des acheteurs que d'une logique de fixation du prix à l'issue d'une mise en concurrence des offreurs par l'acheteur. Un média est choisi dans le cadre d'une stratégie globale de diffusion visant à atteindre certains publics.

e) La frontière entre marchés publics et concessions

Cette question se pose pour certains marchés publics dans lesquels le prix est acquitté non pas par le pouvoir adjudicateur mais par des tiers, comme dans le modèle de la concession.

La source du questionnement tient à la difficulté, pour certains acheteurs, à bien appréhender la **notion de transfert de risque d'exploitation**, compte tenu du fait que les contrats de marché public ne sont pas exempts d'incertitude sur leur rentabilité pour le titulaire, au regard du caractère non maîtrisé par ce dernier, tant sur le plan quantitatif que temporel, des recettes commerciales qu'il tirera du contrat et des charges qu'il devra supporter pour assurer ses obligations.

f) Les cas de marchés mixtes

Des questions sont souvent adressées quant aux règles applicables aux marchés mixtes. C'est le cas, tant sur des cas combinant achats inclus dans le champ de la directive et achats exclus de ce champ, que pour des achats qui sont tous dans le champ de la directive mais combinant en particulier services et travaux. La combinaison d'hypothèses envisagée par les directives est particulièrement complexe.

g) Le recours à la procédure négociée sans concurrence pour les achats d'occasion

Les achats à des conditions particulièrement avantageuses ne peuvent être passés selon la procédure négociée sans publication ni mise en concurrence préalable, aux termes du d) du

---

<sup>17</sup> « (...) eu égard aux caractéristiques particulières des organismes publics à adhésion obligatoire, tels que les organisations chargées de la gestion ou de l'exécution de certains services publics, cette règle [NDLR : l'application des procédures européennes] ne devrait pas s'appliquer dans les cas où la participation d'opérateurs économiques privés spécifiques dans le capital de la personne morale contrôlée est rendue obligatoire par une disposition législative nationale en conformité avec les traités ».

<sup>18</sup> Article 10 : « La présente directive ne s'applique pas aux marchés publics de services ayant pour objet : a) l'acquisition ou la location, quelles qu'en soient les modalités financières, de terrains, de bâtiments existants ou d'autres biens immeubles ou concernant des droits sur ces biens ; b) l'achat, le développement, la production ou la coproduction de matériel de programmes destiné à des services de médias audiovisuels ou radiophoniques qui sont passés par des fournisseurs de services de médias audiovisuels ou radiophoniques, ni aux marchés concernant les temps de diffusion ou la fourniture de programmes qui sont attribués à des fournisseurs de services de médias audiovisuels ou radiophoniques ».

paragraphe 3 de l'article 32 de la directive 2014/24, que dans le cas d'une liquidation ou dissolution de société.

Or, d'autres circonstances telles que **le déstockage ou les offres promotionnelles « flash »**, qui constituent des opportunités d'effectuer des achats à des conditions particulièrement avantageuses, sont rarement compatibles avec les procédures formalisées d'appel d'offres ou de procédure concurrentielle avec négociation puisque c'est à l'acheteur de saisir la bonne occasion qui lui est offerte et non pas à l'offreur de convaincre l'acheteur, dans un cadre et des délais fixés par ce dernier, que son offre est la meilleure.

Il serait utile d'ouvrir à l'avenir la possibilité que de tels modes d'achat puissent être traités sans publicité ni mise en concurrence. Ou, à défaut, il serait utile qu'ils puissent faire l'objet d'une sorte de système d'acquisition dynamique, différent de celui visé par les textes, et qui permette aux acheteurs publics de saisir les meilleures occasions en justifiant des conditions économiques particulièrement avantageuses du lot et non nécessairement soumis à obligation de dématérialisation.

## **2) Le règlement non juridictionnel des litiges issus de marchés publics**

Dans le cadre des marchés publics, comme dans toutes les branches du droit, des modes alternatifs de règlement des litiges se sont développés. On distingue principalement deux catégories de « précontentieux » : le règlement contraignant des différends (arbitrage) et le règlement amiable, qui permet de faire intervenir une entité tierce et autonome, mais dont l'avis n'est pas contraignant pour les parties. C'est cette dernière catégorie qui est présentée.

L'article 142 du décret 2016-360 du 25 mars 2016 modifié relatif aux marchés publics définit les conditions de recours aux comités consultatifs de règlement amiable (CCRA) ou au Médiateur des entreprises. Ces deux possibilités, par nature différentes, permettent à l'organisation concernée de disposer d'une alternative amiable face à une difficulté d'exécution, plutôt que de porter immédiatement le litige devant les juridictions.

Les **comités consultatifs de règlement amiable (CCRA)** sont des organismes de conciliation qui peuvent être saisis de tout différend survenu au cours de l'exécution d'un marché public. Ils ont pour mission de rechercher des éléments de droit et/ou de fait en vue d'une solution amiable et équitable, mais leurs avis ne sont pas contraignants pour l'administration. En effet, les comités ne sont ni des juridictions, ni des instances d'arbitrage<sup>19</sup>. Cependant, les présidents et vice-présidents des comités sont des membres (éventuellement honoraires) des juridictions administrative et financière.

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

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

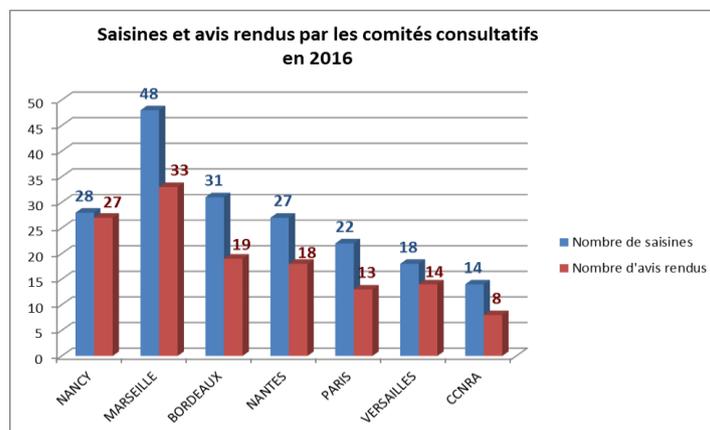
L'affaire est instruite par un rapporteur jusqu'à l'audience. L'avis du comité doit intervenir dans un délai de 6 mois à compter de la saisine, mais l'on constate que ce délai est parfois dépassé, car le temps nécessaire à l'auditeur pour instruire le dossier peut nécessiter des échanges fournis avec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

---

<sup>19</sup> Composition type d'un comité : six membres à voix délibérative (dont deux magistrats, deux fonctionnaires du département ministériel ou de la collectivité locale concernée, deux personnalités compétentes dans le secteur d'activité concerné par le litige) et un membre à voix consultative, le comptable public concerné.

Le comité national (CCNRA) connaît principalement des litiges relatifs aux marchés passés par les services centraux de l'Etat. Les comités locaux<sup>20</sup> connaissent des litiges relatifs aux marchés passés par les collectivités territoriales, leurs groupements ou leurs établissements publics, par les services déconcentrés de l'Etat, et, lorsque ces marchés couvrent des besoins limités au périmètre d'un comité local, par les services à compétence nationale et les établissements publics de l'Etat autres que ceux ayant un caractère industriel et commercial.

En 2016, les comités consultatifs ont enregistrés 188 saisines<sup>21</sup> et rendus 132 avis sur l'ensemble du territoire, ce qui démontre l'intérêt suscité par cette procédure amiable :



Le **Médiateur des entreprises**, placé auprès du ministre de l'Économie<sup>22</sup>, vient en aide à toute entreprise, organisation publique ou privée, qui rencontre des difficultés dans ses relations commerciales avec un partenaire (client, fournisseur). Le champ d'action est donc plus large que le seul périmètre des marchés publics.

L'objectif poursuivi est de résoudre de façon amiable et confidentielle les différends grâce à l'intervention d'un tiers neutre, agissant dans le cadre d'une démarche volontaire et non contraignante. Le médiateur facilite la négociation mais ne propose pas les solutions, qui doivent émerger des parties elles-mêmes, dans l'optique de poursuivre leur relation commerciale.

Une fois l'accord trouvé, il est formalisé par écrit. Le médiateur participe donc à recréer des liens de confiance entre partenaires, qui sont le préalable à un bon développement économique. Il peut aussi intervenir à titre ponctuel dans des médiations dites « de filière », dans lesquelles l'ensemble des membres d'une branche professionnelle sont représentés.

Le Médiateur des entreprises dispose d'un réseau territorial par le biais des médiateurs régionaux, qui sont intégrés aux des directions régionales des entreprises, de la concurrence, de la consommation, du travail et de l'emploi (DIRECCTE). L'atout des médiateurs, outre leur volontariat et leur formation au traitement des médiations, réside dans leur bonne connaissance du tissu économique local et de ses acteurs (fédérations professionnelles notamment). Ils peuvent si nécessaire bénéficier de l'appui d'un médiateur national délégué pour traiter conjointement un dossier complexe ou sensible.

Depuis 2010, le Médiateur a vu son activité croître régulièrement, pour atteindre plus de mille interventions en 2016, dont plus d'un quart a porté sur la commande publique :

Comptabilisation des médiations de 2014 à 2016

Année	Médiations interentreprises	Médiations commande publique	Total de médiations	% de médiations commande publique
2014	493	267	760	35,1%
2015	590	302	892	33,8%
2016	793	277	1070	25,9%

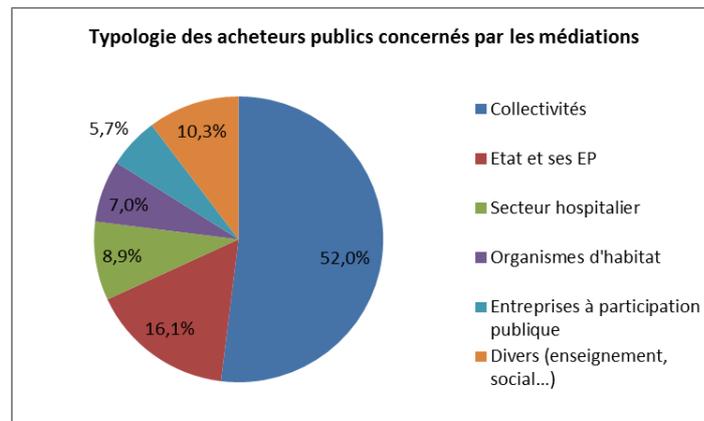
<sup>20</sup> Liste des comités locaux : Paris, Versailles, Nantes, Bordeaux, Lyon, Nancy, Marseille.

<sup>21</sup> Les saisines du comité de Lyon n'ont pu être intégrées en 2016. Le nombre total de saisines des CCRA dépasse donc 200 affaires par an.

<sup>22</sup> Fruit de la fusion entre la Médiation des marchés publics et la Médiation interentreprises en 2010.

Le volume de différends réglés par la Médiation au titre de la commande publique est globalement comparable à celui des CCRA.

Depuis 2010, on constate que la moitié des médiations concernent des collectivités locales, 16 % concerne l'Etat et 9% le secteur hospitalier :



Il n'est pas étonnant que les collectivités représentent la majorité des médiations, dans la mesure où elles constituent également la très grande majorité des pouvoirs adjudicateurs en France. Parallèlement, les saisines sont effectuées à près de 88% par des (très) petites et moyennes entreprises (TPE/PME)<sup>23</sup>, qui représentent la quasi-totalité des 3,75 millions d'entreprises de la France.

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

La Médiation estime qu'une grande partie des difficultés rencontrées – environ 75 % – est résolue de façon amiable, sans nécessité de porter le litige devant une juridiction. Les entreprises comme les administrations ont en effet tout intérêt à trouver une solution gratuite, relativement rapide et consensuelle à leurs différends contractuels.

Pour une présentation des actions entreprises par la Médiation en faveur des entreprises, cf. IV.1. Rapport qualitatif sur la participation des PME.

### **3) Le contrôle de légalité réalisé par les préfetures de départements sur les actes des collectivités territoriales**

Depuis la loi du 2 mars 1982 relative aux droits et libertés des communes, des départements et des régions<sup>24</sup>, considérée comme l'acte fondateur de la décentralisation en France, le Préfet n'exerce plus ni tutelle ni contrôle a priori sur les actes des collectivités territoriales. Désormais, celles-ci s'administrent librement en vertu de l'article 72 de la Constitution française<sup>25</sup>.

Les actes des collectivités (ou leurs établissements publics) sont donc directement exécutoires, dès lors qu'ils ont été adoptés par l'assemblée délibérante ou signés par l'autorité exécutive, puis publiés ou notifiés. Ils doivent être transmis de manière concomitante au représentant de l'Etat

<sup>23</sup> Y compris professions libérales et artisans.

<sup>24</sup> Loi n° 82-213 du 2 mars 1982 relative aux droits et libertés des communes, des départements et des régions.

<sup>25</sup> Article 72 de la Constitution du 4 octobre 1958 : « Les collectivités territoriales ont vocation à prendre les décisions pour l'ensemble des compétences qui peuvent le mieux être mises en œuvre à leur échelon. Dans les conditions prévues par la loi, ces collectivités s'administrent librement par des conseils élus et disposent d'un pouvoir réglementaire pour l'exercice de leurs compétences. (...) Dans les collectivités territoriales de la République, le représentant de l'Etat, représentant de chacun des membres du Gouvernement, a la charge des intérêts nationaux, du contrôle administratif et du respect des lois. ».

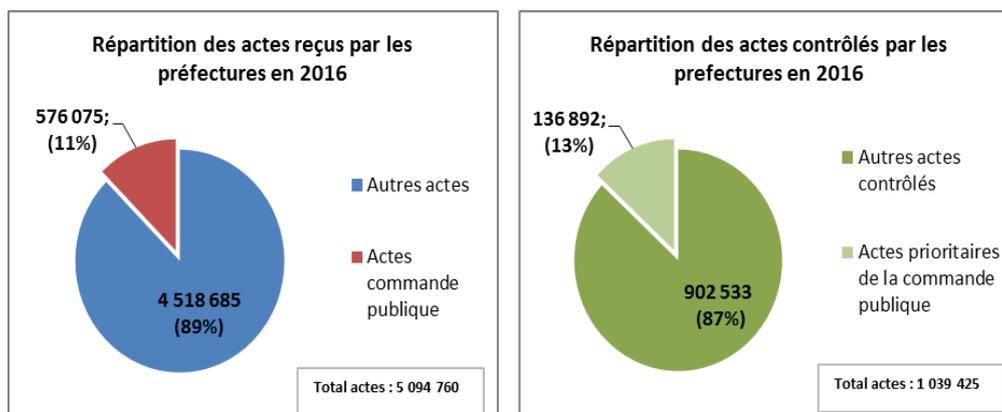
qui peut, dans le cadre de son **contrôle a posteriori**, les déférer au tribunal administratif afin que leur légalité soit appréciée par le juge, qui est le seul à même d'en prononcer l'annulation.

Comme l'indique la circulaire du 25 janvier 2012<sup>26</sup>, « le contrôle de légalité contribue au respect des principes de liberté d'accès à la commande publique, d'égalité de traitement des candidats et de transparence des procédures. Son efficacité concourt ainsi à la confiance du citoyen dans l'intégrité du processus de commande publique. En outre, les élus considèrent le contrôle de légalité dans cette matière comme une sécurité juridique supplémentaire qu'ils ne souhaitent pas voir disparaître, compte tenu notamment des risques pénaux qui s'attachent au délit de favoritisme défini à l'article L. 432-14 du code pénal. Enfin, la conformité au droit de la commande publique est un élément essentiel de la qualité de l'achat public et du bon emploi des deniers publics ».

En 2016, plus de 5 millions d'actes ont été transmis aux préfetures, dont environ 11% concernent la commande publique. Au vu du volume extrêmement important d'actes transmis et afin de concentrer les efforts sur les décisions/actes à fort enjeu, le contrôle préfectoral est effectué selon **trois niveaux de priorité** : les actes prioritaires définis nationalement, les actes de priorité locale et les actes considérés comme non prioritaires, qui font l'objet d'un contrôle par échantillonnage.

Au titre des priorités nationales de contrôle, qui fixent un socle harmonisé sur tout le territoire, se trouvent la commande publique, l'urbanisme, l'environnement et la fonction publique territoriale. En complément, les préfetures déterminent les priorités locales, adaptées aux spécificités et enjeux propres à chaque département. Enfin, les actes ne relevant pas des secteurs considérés comme prioritaires peuvent faire l'objet d'un contrôle aléatoire, qui permet de garantir qu'aucun type d'acte ne soit par principe exclu du contrôle préfectoral (ce qui serait de nature à engager la responsabilité de l'Etat<sup>27</sup>).

Cette priorisation a permis le contrôle de plus d'un million d'actes en 2016.



Au sein de la commande publique, les marchés publics supérieurs aux seuils, les avenants supérieurs à 5 % du montant initial, les délégations de service public et concessions de travaux, les contrats complexes (ex : contrats de partenariat) font l'objet du contrôle de légalité prioritaire et représentent près de 152 000 actes en 2016, soit 26% du total des actes de la commande publique reçus. La très grande majorité de ces actes a pu être contrôlée (90%).

Actes "prioritaires" de la commande publique 2016	Nombre	Pourcentage
Total d'actes	151 821	100,0%
Actes effectivement contrôlés	136 892	90,2%

<sup>26</sup> Circulaire du 25 janvier 2012 du ministère de l'intérieur relative à la définition nationale des actes prioritaires en matière de contrôle de légalité (NOR : IOCB1202426C).

<sup>27</sup> Décision du Conseil d'Etat, 6 octobre 2000, ministère de l'Intérieur contre Commune de Saint Florent, requête n° 205959 : faute lourde de l'Etat retenue pour carence répétée dans l'exercice de contrôle de légalité.

Les contrôles effectués peuvent donner lieu à un recours gracieux<sup>28</sup> ou conduire au dépôt d'un **déféré préfectoral** ou d'un **référé suspension** devant le juge administratif<sup>29</sup>. En 2016, plus de 1000 actes des collectivités ont ainsi fait l'objet de l'une ou de l'autre procédure (toutes matières contrôlées confondues) et plus de la moitié ont été annulés, ce qui démontre l'intérêt du contrôle de légalité dans la sécurisation juridique des actes jugés comme prioritaires. Dans certains cas, le juge refuse cependant de suspendre l'exécution d'un marché en cours d'exécution ou privilégie sa régularisation pour un motif d'intérêt général.

Parmi les principales causes d'irrégularités observées en phase gracieuse<sup>30</sup>, on dénombre notamment :

- la modification et/ou ajout de prestations en cours de procédure dans des conditions portant atteinte à la transparence ;
- la faible justification du recours à un avenant ;
- l'utilisation non justifiée de la procédure simplifiée ;
- la neutralisation du critère technique par l'attribution d'une note identique à l'ensemble des candidats, aboutissant de facto à une sélection sur le seul critère prix.

Les préfetures font observer que ces irrégularités peuvent être le fait de collectivités territoriales de petite taille ou de collectivités importantes qui, malgré les moyens juridiques dont elles disposent, semblent se heurter à des difficultés d'application du cadre légal.

L'Etat s'attache donc, par le biais du ministère de l'intérieur et du réseau des préfetures, à faire œuvre de pédagogie et de prévention en adressant aux collectivités **des lettres d'observations** « pour l'avenir » qui permettent de souligner les points de vigilance (sur le fond ou la forme des actes) à prendre en compte dans les prochaines procédures d'achat public. Ces lettres ont en outre pour avantage de favoriser la prévention des irrégularités en amont, plutôt qu'une intervention systématique du juge.

#### **4) La collaboration des juridictions pénales et financières dans la détection des faits susceptibles de constituer une atteinte à la probité**

L'exigence de transparence et d'exemplarité de la vie publique a conduit à un renforcement de l'action de l'Etat dans la détection et la lutte contre les atteintes à la probité, qui constituent un axe prioritaire de politique pénale. Cette évolution s'est traduite en premier lieu par le renforcement de la prévention et de la détection des conflits d'intérêts des élus et des décideurs publics et la création de la Haute Autorité pour la transparence de la vie publique<sup>31</sup>. Elle s'est poursuivie, en second lieu, par un renforcement du traitement des affaires économiques et financières les plus complexes et la création d'un **procureur de la République financier**<sup>32</sup>.

Pour une présentation plus détaillée des actions en la matière, cf. III.1. Rapport qualitatif relatif à la prévention, détection et signalement adéquat des cas de fraude, de corruption, de conflits d'intérêts et d'autres irrégularités graves en matière d'achat public.

---

<sup>28</sup> La lettre d'observations valant recours gracieux » indique explicitement le caractère irrégulier de l'acte scruté et met en demeure son auteur de le retirer, de l'abroger ou de le réformer. La collectivité n'a alors qu'une alternative, se conformer à la demande du préfet (mettant ainsi fin au contrôle de légalité) ou confirmer sa décision/son acte (entraînant ainsi un probable recours du préfet devant le juge administratif).

<sup>29</sup> Article L2131-6 du code général des collectivités territoriales : « *Le représentant de l'Etat dans le département défère au tribunal administratif les actes mentionnés à l'article L. 2131-2 qu'il estime contraires à la légalité dans les deux mois suivant leur transmission. (...) Le représentant de l'Etat peut assortir son recours d'une demande de suspension* ».

<sup>30</sup> Ces données concernent uniquement les recours gracieux précités. Il n'y a pas à ce jour de statistiques disponibles sur les motifs soulevés par les préfets en phase contentieuse.

<sup>31</sup> Lois n° 2013-906 et 2013-907 du 11 octobre 2013 sur la transparence de la vie publique.

<sup>32</sup> Lois n° 2013-1115 et 2013-1117 du 6 décembre 2013. Le traitement du contentieux de la criminalité financière, de très haute technicité, est ainsi confié à un interlocuteur aisément identifiable et doté d'une compétence spécialisée, gage d'une meilleure efficacité des poursuites diligentées de manière homogène sur l'ensemble du territoire.

Le présent développement a pour objet de souligner la **démarche partenariale** entreprise par les juridictions financières et l'autorité judiciaire dans la détection et la lutte contre la délinquance économique et financière.

Les juridictions financières, qui sont chargées de contrôler la régularité, la sincérité des comptes mais également la qualité de la gestion des fonds publics, jouent en effet un rôle essentiel dans la détection des fraudes et des atteintes à la probité, car leur domaine d'activité est varié. Les organismes soumis à leur contrôle sont très divers, par leur dimension, leur statut, leur organisation et leurs règles de fonctionnement. C'est au cours ou à l'issue de leur contrôle que les magistrats financiers, qui ont accès à de très nombreuses pièces, ont vocation à dénoncer à l'autorité judiciaire les comportements frauduleux susceptibles d'être pénalement qualifiés.

Dans le cadre d'un **groupe de travail** conjoint et spécifique à la commande publique, regroupant des représentants du parquet général près la Cour des comptes, du Parquet national financier, et du bureau du droit économique et financier de la direction des affaires criminelles et des grâces (DACG), des auditions des principaux acteurs concernés par la commande publique ont été réalisées et ont permis de recueillir des informations qualitatives intéressantes.

Parmi les **anomalies fréquemment relevées** par les chambres régionales des comptes (CRC) lors de leurs contrôles<sup>33</sup> figurent :

- les prolongations artificielles des délégations de service public par des travaux de renouvellement en cours de contrat et justifiant sa prorogation jusqu'à leur amortissement ;
- l'absence de cohérence entre les notes attribuées et le prix (absence de cohérence des écarts) ou l'absence de pondération ;
- l'élaboration d'un second rapport d'analyse donnant des résultats contraires au premier rapport établi ;
- l'élimination des prix les plus bas alors même qu'ils ne sont pas anormaux ;
- les irrégularités de composition de la commission d'appels d'offre (nombre de représentants trop peu important ou présence de tiers) ;
- l'existence de secteurs dans lesquels la mise en concurrence n'entre pas dans les habitudes, tel que le domaine socio-culturel<sup>34</sup>.

Les CRC disposent de plusieurs sources de signalements : les concurrents évincés, les salariés de l'entreprise et les autorités locales (procureur ou sous-préfet). Le nombre de signalements est en constante progression depuis 2012.

Certaines pratiques sont difficiles à caractériser, notamment la surévaluation des volumes lorsque la rémunération en est tributaire, ainsi que les décalages entre les prestations payées et celles effectivement réalisées.

En matière de prise illégale d'intérêt, en cas de soupçons, il est possible d'effectuer des recherches de proximité entre soumissionnaires et adjudicataires par des sources ouvertes (RCS, internet). En revanche, seul le procureur de la République peut obtenir certains actes nécessitant des réquisitions (notamment l'état-civil). Les investigations diligentées pour caractériser cette infraction permettent régulièrement de mettre en évidence une infraction de favoritisme.

Plusieurs difficultés sont susceptibles d'être rencontrées par les CRC au moment de la transmission des procédures au procureur de la République. En particulier, l'un des points critiques est de déterminer si l'infraction est prescrite, car elle est souvent découverte plusieurs

---

<sup>33</sup> Cette étude repose sur les procédures recensées auprès des Chambres régionales des comptes du Nord-Pas-de-Calais (devenu Hauts-de-France) et d'Auvergne-Rhône-Alpes.

<sup>34</sup> Les structures associatives posent plusieurs difficultés : l'absence de mise en concurrence car l'association historique est considérée comme seule apte à fournir la prestation demandée, l'absence d'assujettissement de ces structures à la TVA, la mise en place d'associations transparentes.

années après sa commission. Se pose alors la question du report du point de départ de la prescription par application de la jurisprudence judiciaire sur la dissimulation<sup>35</sup>.

Entre 2014 et 2016, 156 signalements ont été effectués par les CRC et la Cour des comptes à l'attention de l'autorité judiciaire.

Ces échanges fructueux entre les juridictions financières et pénales sont désormais formalisés par une recommandation du procureur général près la Cour des comptes et une circulaire du Garde des sceaux du 10 décembre 2014, diffusées de manière concomitante et qui ont pour objet de faciliter le partage d'informations et de rationaliser les modalités de transmission. Par ailleurs, des rencontres entre magistrats des chambres régionales des comptes et des parquets sont régulièrement organisées.

Outre les échanges d'informations avec les juridictions pénales, les contrôles des chambres régionales et territoriales ou de la cour des comptes peuvent conduire à la saisine de la **cour de discipline budgétaire et financière** (CDBF).

La CDBF est une juridiction administrative spécialisée, de nature répressive, qui sanctionne les atteintes aux règles régissant les finances publiques (ex : violation des règles relatives à l'exécution des recettes, des dépenses et à la gestion des biens des collectivités publiques, octroi d'avantages injustifiés à autrui entraînant un préjudice pour l'organisme ou le Trésor public, etc.) commises par les ordonnateurs, les comptables et les gestionnaires publics inclus dans le champ de ses justiciables<sup>36</sup>.

Pour l'année 2016, les déférés à la Cour se sont élevés à 16, soit un nombre légèrement supérieur à la moyenne constatée pendant la période 2007-2016 (15 déférés par an).

La CDBF a rendu huit arrêts en 2016, comme en 2015, au-dessus de la moyenne constatée depuis 2007 (5,6 arrêts par an). Environ un tiers des arrêts entre 2014 et 2016 concerne la commande publique. Ont ainsi été constatés les infractions suivantes : l'absence de mise en concurrence et de publicité préalable, la conclusion d'avenants bouleversant l'économie générale du marché, le recours à des marchés complémentaires alors que la survenance de circonstances imprévues ou de besoins nouveaux n'était pas démontrée, la poursuite de l'exécution d'un marché à bons de commande après sa date d'expiration, etc.

---

<sup>35</sup> A ce titre, la loi n°2017-242 du 27 février 2017 portant réforme de la prescription en matière pénale qui a consacré la jurisprudence et prévoit, pour les infractions occultes et dissimulées, le report du point de départ du délai de prescription au jour de leur découverte « *dans des conditions permettant la mise en mouvement ou l'exercice de l'action publique* ». Cf. nouvel article 9-1 du code de procédure pénale.

<sup>36</sup> Article L. 312-1 du code des juridictions financières. Pour mémoire, le principe de séparation de l'ordonnateur et du comptable constitue l'une des règles fondamentales de la comptabilité publique. Ainsi, en matière de dépenses, l'ordonnateur est chargé de l'engagement, de la liquidation et du mandatement des dépenses, et le comptable de leur paiement, après opération de vérification et de contrôle.

## II.2. Documents à l'appui

*Veillez fournir Veillez fournir toute preuve disponible sur les actions / mécanismes et mesures décrits à la section III.1.*

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

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

**Les comités consultatifs de règlement amiable des litiges (CCRA)**

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

**Site Internet de la Médiation des Entreprises :**

[www.mediateur-des-entreprises.fr](http://www.mediateur-des-entreprises.fr)

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

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

**Site de cour de discipline budgétaire et financière :**

<https://www.ccomptes.fr/fr/publications/rapport-dactivite-2017>

## II.3. Indicateurs quantitatifs relatifs au système national de contrôle des marchés publics

### 1) Indicateurs des juridictions administratives : le Conseil d'Etat

*Indicateurs du contentieux « marchés publics » en volume (nombre de dossiers traités) au niveau du Conseil d'Etat, 2014-2016*

Contentieux (nombre de dossiers)	2014	2015	2016
<b>Nombre de dossiers résolus (sorties)</b>			
Proportion des marchés publics / total des matières	2,30 % (283)	3,36 % (276)	2,64 % (254)
Référés précontractuels	54	73	54
Référés contractuels	5	5	6
TOTAL	59	78	60

Source : Conseil d'Etat.

La proportion des marchés publics dans le total des dossiers traités au contentieux par le Conseil d'Etat s'élève environ à 2,8 % sur la période 2014-2016. La très grande majorité des affaires traitées par la plus haute juridiction administrative ne concerne donc pas les marchés publics.

*Délai moyen de jugement des affaires (en jours) au niveau du Conseil d'Etat, 2014-2016*

En jours	2014	2015	2016
Marchés et contrats	208	190	206
Référés précontractuels et contractuels	79	57	84

Source : Conseil d'Etat.

Le délai moyen de jugement du Conseil d'Etat en matière de marchés publics s'élève à 201,3 jours sur la période 2014-2016.

### 2) Indicateurs des juridictions administratives : les tribunaux administratifs

*Indicateurs du contentieux en volume (nombre de dossiers traités) au niveau des tribunaux administratifs, 2014-2016*

Contentieux (nombre de dossiers)	2014	2015	2016
<b>Nombre de dossiers résolus (sorties)</b>			
Proportion des marchés publics / total des matières	3,22 % (6 063)	3,28 % (6 183)	2,98 % (5 720)
Dont marchés et contrats de l'Etat	1 189	1 182	1 089
Dont marchés et contrats des collectivités territoriales	4 021	4 217	3 859
Dont marchés autres	853	784	772
Référés marchés	3 266	3 428	2 950
Dont référés précontractuels et/ou contractuels	1 267	1 398	1 152

Source : Conseil d'Etat.

La proportion des marchés publics dans le total des dossiers traités au contentieux par les juridictions s'élève environ à 3,2 % sur la période 2014-2016, ce qui est relativement faible.

Il est intéressant de noter, à l'instar des données communiquées par la Médiation des entreprises (cf. II.1.2 sur le règlement non juridictionnel des litiges), que ce sont principalement les marchés publics des collectivités territoriales qui donnent lieu à une procédure contentieuse

(3 fois plus que l'Etat), ce qui s'explique par leur forte prépondérance parmi les acheteurs publics et le nombre de marchés qui en découle.

*Délai moyen de jugement des affaires (en jours) au niveau des tribunaux administratifs, 2014-2016*

<b>En jours</b>	<b>2014</b>	<b>2015</b>	<b>2016</b>
Marchés et contrats (toutes procédures)	380	373	403
Référés marchés	86	85	85
Dont référés précontractuels et contractuels	20	21	22

*Source : Conseil d'Etat.*

Le délai moyen de jugement des tribunaux en matière de marchés publics s'élève à 385,3 jours sur la période 2014-2016. Ce délai, plus long que celui du Conseil d'Etat, s'explique en partie par le volume des affaires traitées (près de 6000 par an).

### **3) Histogrammes en valeur des différentes procédures**

Il est demandé aux Etats membres de représenter graphiquement la distribution en valeur des marchés publics selon les différentes procédures, afin d'identifier des éventuels regroupements de marchés en-deçà de certaines valeurs (seuils).

L'Observatoire économique de la commande publique ne dispose pas de données pré-calculées permettant d'obtenir les histogrammes demandés, avec les distributions ordonnées par quantiles du nombre annuel de marchés et des montants cumulés correspondants, ventilés par type de procédure.

Compte tenu de la complexité et du nombre de traitements statistiques requis pour atteindre cet objectif, lié au très grand nombre de contrats à considérer dans notre pays, et du caractère peu opérationnel des résultats en regard de l'objectif poursuivi<sup>37</sup>, même en adoptant un « pas » de 100 000 € dans la présentation des résultats, il n'apparaît pas pertinent, au plan méthodologique, de renseigner cette rubrique.

---

<sup>37</sup> L'objectif étant l'identification de « pics » dans la distribution des montants, démontrant notamment une éventuelle concentration des procédures sous les seuils européens.

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

#### III.1. Rapport qualitatif

Depuis 2013 et la loi relative à la transparence de la vie publique, de nouvelles mesures ont été adoptées afin de consolider les dispositifs existants en matière de prévention, détection et signalement des cas de fraude, de corruption, de conflits d'intérêts.

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

Ces dispositions étant récentes, leur effectivité ne peut pas être, à ce stade, pleinement mesurée et nécessitera quelques années de recul et des cas concrets d'application.

##### 1) L'ordonnance n° 2015-899 du 23 juillet 2015 relative aux marchés publics

Cette ordonnance opère la transposition en droit français de la directive 2014/24/UE du 26 février 2014 et n'a pas pour principal objet la prévention et la détection des infractions pénales en matière de marchés publics. Cependant elle y contribue par différentes mesures :

- l'article 45 prévoit **l'exclusion** des marchés publics pour une durée de cinq ans des personnes ayant fait l'objet d'une **condamnation définitive** pour les infractions prévues aux articles 433-1 (corruption), 433-2 (trafic d'influence), 432-14 (favoritisme ou octroi d'avantage injustifié), 432-15 (détournement de fonds publics) et 450-1 (association de malfaiteurs) du code pénal, ainsi que pour les infractions équivalentes prévues par la législation d'un autre Etat membre de l'Union européenne ;
- l'article 56 prévoit l'obligation pour tous les acheteurs publics de publier les **données essentielles de leurs marchés publics**<sup>38</sup>. Ces données concernent tant la passation des contrats que leur exécution : date de notification, nom de l'acheteur (et son numéro SIRET), nature et objet du marché public, procédure de passation utilisée, lieu principal d'exécution, durée du marché public initial en nombre de mois, montant hors taxes (HT) forfaitaire ou estimé maximum en euros, forme du prix, nom du ou des titulaires, objet et date des éventuelles modifications apportées au marché public initial, durée modifiée, montant HT modifié en euros, nom du nouveau titulaire, en cas de changement de titulaire.

Cette mesure décline la **politique de transparence et d'ouverture des données** de la commande publique répondant à plusieurs objectifs ; c'est un outil qui vise à la fois la prévention et la lutte contre la corruption, la bonne gestion des deniers publics (grâce à un contrôle citoyen facilité), le pilotage des politiques d'achat et le développement économique des entreprises qui pourront se saisir de ces données soit pour mieux répondre aux besoins des acheteurs publics, soit pour développer de nouveaux services.

Cette démarche nationale s'inscrit également dans les engagements pris par la France dans le cadre d'un Partenariat pour un gouvernement ouvert (PGO).

En outre, la publication des données essentielles doit permettre d'effectuer un suivi systématique et méthodique des marchés publics qui constitue un maillon nécessaire aux « opérations de contrôle » prévues par les articles 83 et suivants de la directive 2014/24/UE, qui impliquent de garantir la précision et la fiabilité des éléments d'information et des données statistiques.

---

<sup>38</sup> Cette disposition législative est mise en œuvre par le décret n°2016-360 du 25 mars 2016 relatif aux marchés publics - qui précise que les marchés inférieurs à 25 000 € ne sont pas concernés - et par l'arrêté n°0099 du 14 avril 2017 relatif aux données essentielles dans la commande publique, qui fixe notamment les formats, normes et nomenclatures dans lesquels les données doivent être publiées.

2) Loi n° 2016-483 du 20 avril 2016 relative à la déontologie et aux droits et obligations des fonctionnaires

Cette loi intervient dans la continuité de celle du 11 octobre 2013 relative à la transparence de la vie publique<sup>39</sup> et a pour objet de renforcer la relation de confiance entre les Français et les fonctionnaires, notamment en prévenant toute atteinte à la probité des agents publics. Pour ce faire, la nouvelle législation introduit de nouvelles règles déontologiques dans la fonction publique et actualise les droits et obligations des fonctionnaires.

Désormais, le statut général des fonctionnaires intègre la notion de **conflits d'intérêts**, qui désigne « *toute situation d'interférence entre un intérêt public et des intérêts publics ou privés qui est de nature à influencer ou paraître influencer l'exercice indépendant, impartial et objectif des fonctions* ». Tout fonctionnaire doit veiller à faire cesser immédiatement ou à prévenir les situations de conflits d'intérêts dans lesquelles il se trouve ou pourrait se trouver, à l'occasion du traitement d'un dossier par exemple, ou s'il siège dans une instance collégiale.

Certains hauts fonctionnaires sont, à l'instar des élus locaux<sup>40</sup>, dorénavant soumis à une **double obligation de déclaration** concernant leurs intérêts (avant nomination) et leur situation patrimoniale (dans les 2 mois suivant leur nomination puis à leur fin de fonctions)<sup>41</sup>.

Il revient à la **Haute Autorité pour la transparence de la vie publique** (HATVP) créée en 2013 de contrôler les déclarations de quinze mille titulaires de mandats ou d'emplois publics. Si l'examen d'une déclaration conduit à la détection d'une situation de conflit d'intérêts, la Haute Autorité dispose de plusieurs leviers d'action pour y mettre fin. Elle peut en premier lieu recommander, dans le cadre d'un dialogue avec le déclarant, des solutions adaptées pour prévenir ou faire cesser un conflit d'intérêts (ex : ne pas prendre part aux délibérations dans laquelle la personne concernée a un intérêt). Si la situation perdure ou que les explications apportées par le déclarant sont jugées insuffisantes, la Haute Autorité peut adopter des mesures contraignantes sous forme d'injonction<sup>42</sup> et signaler à l'autorité judiciaire les faits susceptibles de constituer une infraction pénale. A ce jour, 25 signalements ont été effectués.

La HATVP est également chargée de contrôler la **reconversion professionnelle** dans le secteur privé (appelée aussi « pantouflage ») des anciens ministres, des anciens présidents d'un exécutif local ainsi que des anciens membres d'autorités administratives, à l'issue de leurs fonctions ou mandats publics exercés au cours des trois dernières années. Cette mesure apparaît comme de nature à limiter le risque de recrutement par un tiers d'un agent public qui aurait fait preuve de complaisance dans l'attribution de marchés publics.

La loi établit enfin qu'un **référént déontologue** doit être nommé dans chaque service de l'Etat et collectivités<sup>43</sup>, afin de conseiller les agents qui lui révéleraient des faits susceptibles d'être qualifiés de conflit d'intérêts. Cette mission de conseil est d'autant plus importante que certains délits peuvent être consécutifs à un manque de connaissance légale ou de formation, plutôt qu'à une mauvaise foi manifeste. Le rôle des référents devrait donc être amené prendre de l'ampleur dans les prochaines années.

L'ensemble des dispositions précitées doit permettre de diffuser une **culture de la déontologie** au sein des administrations de l'Etat et des collectivités territoriales. Ces dernières sont en effet devenues dans le cadre de la décentralisation un interlocuteur de premier plan des acteurs économiques, avec lesquels elles entretiennent des relations fréquentes, ce qui accroît

---

<sup>39</sup> Loi n° 2013-907 du 11 octobre 2013 relative à la transparence de la vie publique.

<sup>40</sup> Sont principalement concernés : les maires des communes de plus de 20 000 habitants, les conseillers régionaux, les conseillers généraux, les adjoints aux maires des communes de plus de 100 000 habitants, etc.

<sup>41</sup> Décrets n° 2016-1967 et n° 2016-1968 du 28 décembre 2016.

<sup>42</sup> Dans le cadre d'un avis d'incompatibilité, elle peut ainsi ordonner à toute personne (hors Premier ministre et parlementaires) de faire cesser un conflit d'intérêts. Cette injonction est rendue publique (rapport spécial au Journal officiel) et son non-respect est constitutif d'une infraction pénale.

<sup>43</sup> Décret n° 2017-519 du 10 avril 2017 relatif au référent déontologue dans la fonction publique.

également les risques d'atteintes à la probité des agents publics comme l'a souligné dès 2013 le rapport du Service central de prévention de la corruption (SCPC)<sup>44</sup>.

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

Cette loi intervient près de 20 ans après la première loi en la matière<sup>45</sup> et vise à renforcer la transparence des procédures de décisions publiques et à détecter et réprimer plus rapidement la corruption. Porteuse d'avancées significatives, elle permet à la France de figurer parmi les pays appliquant les standards européens et internationaux les plus exigeants.

La loi crée dès son article 1<sup>er</sup> une nouvelle autorité, **l'Agence française anticorruption** (AFA), dotée de pouvoirs et d'effectifs importants, en remplacement du SCPC qui s'apparentait à un observatoire dépourvu de pouvoirs propres. L'Agence est dirigée par un magistrat de l'ordre judiciaire hors hiérarchie, nommé par décret du président de la République pour une durée de six ans non renouvelable.

Dans le cadre de sa **mission de conseil**, l'AFA aide les personnes morales de droit public et de droit privé à prévenir et à détecter les faits de corruption, de trafic d'influence, de concussion, de prise illégale d'intérêt, de détournement de fonds publics et de favoritisme. Son expertise peut être sollicitée par les juridictions, les entreprises, les administrations ou encore les collectivités territoriales et se matérialise par des recommandations publiées au Journal officiel. Elle est en outre chargée d'élaborer le plan national pluriannuel de lutte contre la corruption et exerce à ce titre une mission de coordination administrative.

L'Agence dispose d'un **pouvoir administratif de contrôle** lui permettant de vérifier la réalité et l'efficacité des mécanismes de conformité anticorruption mis en œuvre. Ce contrôle concerne aussi bien les acteurs économiques (entreprises privées ou publiques) que les administrations de l'État, les collectivités territoriales, les sociétés d'économie mixte ou encore les associations et fondations reconnues d'utilité publique. En effet, les plus grandes entreprises<sup>46</sup> doivent obligatoirement mettre en place un programme anticorruption efficace comportant huit axes : code de conduite, dispositif d'alerte interne, cartographie des risques, procédure d'évaluation des tiers, procédure de contrôle comptable interne ou externe, dispositif de formation des cadres et des personnels les plus exposés, régime disciplinaire et dispositif de contrôle et d'évaluation interne des mesures mises en œuvre.

Si un manquement est constaté, le directeur de l'AFA peut saisir la **commission des sanctions** de l'Agence, qui peut enjoindre la personne contrôlée d'adapter ses procédures de conformité internes, dans un délai qu'elle fixe et pouvant aller jusqu'à 3 ans, ou bien prononcer une sanction pécuniaire d'un montant pouvant aller jusqu'à 200 000 euros pour les personnes physiques et 1 million d'euros pour les personnes morales. Elle peut également ordonner la publication, la diffusion ou l'affichage de sa décision, aux frais du condamné.

Afin de mener à bien ses missions, l'AFA bénéficie de nombreux experts hautement qualifiés – magistrats judiciaires, administratifs et financiers, fonctionnaires de police et de gendarmerie spécialisés, agents publics issus de corps d'inspection ou de services familiaux des problématiques économiques, financières, fiscales et internationales. Elle est ainsi amenée à exercer un rôle majeur dans les années à venir en matière de prévention et de lutte contre les atteintes à la probité.

---

<sup>44</sup> SCPC, Rapport pour l'année 2013 : La prévention de la corruption en France.

<sup>45</sup> 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.

<sup>46</sup> Pour les acteurs économiques, privés ou publics, disposant d'au moins 500 salariés et réalisant un chiffre d'affaires supérieur à 100 millions d'euros, la mise en œuvre du programme de conformité constitue une obligation légale.

La loi du 9 décembre 2016 instaure par ailleurs, dans ces articles 6 à 16, un dispositif de **protection des lanceurs d'alerte**, qui se définissent comme « *une personne physique qui révèle ou signale, de manière désintéressée et de bonne foi, un crime ou un délit, une violation grave et manifeste d'un engagement international, une menace ou un préjudice grave pour l'intérêt général, dont elle a eu personnellement connaissance* ».

Ce dispositif de protection contre les mesures de rétorsion d'ordre professionnel est applicable aux salariés de droit privé comme aux fonctionnaires, qui pourraient par exemple révéler des pratiques frauduleuses à l'occasion de la passation et/ou de l'exécution d'un marché public. En revanche, les informations relatives au secret de la défense nationale, au secret médical ou au secret des relations entre un avocat et son client ne font pas partie du domaine de l'alerte.

Le **signalement** réalisé par un lanceur d'alerte doit respecter un certain cadre. Le lanceur d'alerte doit avoir eu personnellement connaissance des faits délictueux ou criminels susceptibles d'être révélés (la supputation n'est pas admise) et agir de manière désintéressée dans l'intérêt général. Il doit par ailleurs effectuer son alerte en respectant une graduation en trois étapes :

- d'abord, auprès de son supérieur hiérarchique, direct ou indirect, de son employeur ou d'un référent désigné par celui-ci ;
- ensuite, auprès de l'autorité judiciaire ou administrative ou auprès des ordres professionnels ;
- en dernier ressort, auprès du public.

La protection de l'identité du lanceur d'alerte, de même que celle de la personne mise en cause, sont garanties par le fait que la divulgation d'éléments contribuant à leur identification est sanctionnée pénalement (2 ans d'emprisonnement et 30 000 € d'amende). Est également sanctionné le fait de faire obstacle à la transmission d'un signalement (1 an d'emprisonnement et 15 000 € d'amende).

Il est enfin imposé aux personnes morales de droit public, aux administrations de l'État, aux collectivités (régions, départements, communes de plus de 10 000 habitants) d'établir des procédures appropriées de **recueil des signalements** émis par leur personnel ou par des collaborateurs extérieurs et occasionnels<sup>47</sup>. Cette obligation, qui concerne également les organisations privées de plus de 50 salariés, doit permettre d'assurer l'effectivité du dispositif.

#### 4) Les autres autorités contribuant à la lutte contre tout type de fraude

L'Autorité de la concurrence et la Délégation nationale à la lutte contre la fraude, toutes deux créées en 2008, contribuent également à l'arsenal juridique français en matière de prévention, détection et lutte contre les infractions en matière de marchés publics, aux côtés du dispositif d'alerte et des attributions de l'AFA, de la HATVP et des juridictions pénales.

L'**Autorité de la concurrence** (ADLC), instituée en remplacement de l'ancien Conseil de la concurrence<sup>48</sup>, dispose d'une expérience ancienne en la matière. Cette autorité administrative indépendante est en effet spécialisée dans l'analyse et la régulation du fonctionnement de la concurrence sur les marchés.

L'ADLC peut prononcer des **mesures d'urgence, des injonctions, des sanctions pécuniaires** et accepter des engagements. Elle n'a en revanche pas vocation à réprimer les pratiques commerciales déloyales, qui relèvent de la compétence du juge judiciaire.

L'ADLC traite notamment des cas d'**entente entre soumissionnaires** d'appels d'offres lancés dans le cadre de marchés publics<sup>49</sup>. De manière générale, ces pratiques peuvent avoir pour objet de fixer les niveaux de prix auxquels seront réalisées les offres ou bien de désigner à l'avance le futur titulaire du marché, en le faisant apparaître comme le mieux-disant, ce qui altère le libre

<sup>47</sup> Décret n°2017-564 du 19 avril 2017 relatif aux dispositifs de recueil des signalements.

<sup>48</sup> Loi n° 2008-776 du 4 août 2008 de modernisation de l'économie complétée par l'ordonnance n° 2008-1161 du 13 novembre 2008.

<sup>49</sup> Les ententes sont prohibées en vertu de l'article L. 420-1 du Code de commerce.

jeu de la concurrence, la sincérité des appels d'offres et *in fine* le bon emploi des deniers publics. Ces atteintes sont graves et traitées comme telles dans les décisions rendues par l'ADLC<sup>50</sup>.

Plus précisément, l'Autorité distingue deux catégories d'entente :

- les échanges d'informations, qui permettent aux concurrents de constituer leurs offres, non pas sur la seule base de leurs informations, mais également sur la base de celles de leurs concurrents ;
- la présentation d'offres faussement concurrentes, qui peut se manifester soit par la constitution d'une offre surélevée, dite de « couverture », pour faire apparaître un autre soumissionnaire comme plus compétitif, soit par la constitution d'une seule offre par plusieurs entités d'un même groupe.

Ces comportements sont susceptibles d'être qualifiés de pratiques anticoncurrentielles et d'être réprimés comme tels, dès lors qu'il peut être démontré qu'ils étaient destinés à avantager certains candidats. La difficulté principale réside donc dans la détection des ententes.

Les décisions de sanctions de l'ADLC portant sur des appels d'offres publics sont quantitativement peu nombreuses (on en dénombre 3 sur un total de 14 décisions de sanction en 2016), mais elles contribuent à l'intégration des problématiques concurrentielles dans le droit de la commande publique.

La Délégation nationale à la lutte contre la fraude (DNLF), placée par délégation du Premier ministre auprès du ministre de l'action et des comptes publics, a pour mission le pilotage de la coordination des administrations et des organismes publics en charge, chacun dans son domaine, de la **lutte contre la fraude fiscale et sociale**<sup>51</sup>.

L'objectif de la DNLF, qui ne se substitue pas aux services opérationnels de lutte contre la fraude, est de professionnaliser les démarches d'échanges entre organismes, d'assurer l'absence de déperdition d'informations entre entités, de mettre en évidence les mesures à prendre pour combler les lacunes juridiques ou les failles opérationnelles des dispositifs antifraudes.

Concernant le suivi des instruments juridiques, 68 mesures ont été prises en quatre ans, notamment la procédure de flagrance fiscale ou le relèvement des pénalités administratives.

Concernant la professionnalisation, la Délégation a pu délivrer en 2016 31 060 heures de formation en matière de lutte contre la fraude aux finances publiques – au bénéfice de 3 803 agents – ce qui démontre de la volonté de sensibiliser les personnels à cette thématique.

Enfin, un **plan triennal** de lutte contre la fraude fiscale et sociale a été adopté en 2016. Il constitue la feuille de route interministérielle jusqu'à fin 2018.

---

<sup>50</sup> Exemple : décision 16-D-02 du 27/01/2016 relative à des pratiques d'entente dans le secteur du transport scolaire par autocar dans le Bas-Rhin et qui aboutit au versement d'une amende de 193 000€.

<sup>51</sup> Décret n° 2008-371 du 18 avril 2008 relatif à la coordination de la lutte contre les fraudes et créant une délégation nationale à la lutte contre la fraude.

### III.2. Documents à l'appui

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

**Arrêté du 14 avril 2017 relatif aux données essentielles dans la commande publique :**

<https://www.legifrance.gouv.fr/affichTexte.do?cidTexte=JORFTEXT000034492587&dateTexte=&categorieLien=id>

**Loi n° 2016-483 du 20 avril 2016 relative à la déontologie et aux droits et obligations des fonctionnaires :**

<https://www.legifrance.gouv.fr/affichTexte.do?cidTexte=JORFTEXT000032433852&categorieLien=id>

**Site institutionnel de Haute Autorité pour la transparence de la vie publique :**

<http://www.hatvp.fr/>

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

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

**Site institutionnel de l'Agence française anticorruption :**

<https://www.economie.gouv.fr/afa>

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

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

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

[https://www.economie.gouv.fr/files/files/directions\\_services/afa/French\\_Anticorruption\\_Agency\\_Guidelines.pdf](https://www.economie.gouv.fr/files/files/directions_services/afa/French_Anticorruption_Agency_Guidelines.pdf)

**Site institutionnel de l'Autorité de la concurrence :**

[http://www.autoritedelaconcurrence.fr/user/standard.php?id\\_rub=12&lang=fr](http://www.autoritedelaconcurrence.fr/user/standard.php?id_rub=12&lang=fr)

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

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

[https://www.economie.gouv.fr/files/files/directions\\_services/dnlf/NATIONAL\\_ANTI\\_FRAUDE\\_UNIT.pdf](https://www.economie.gouv.fr/files/files/directions_services/dnlf/NATIONAL_ANTI_FRAUDE_UNIT.pdf) (version anglaise)

### III.3. Indicateurs quantitatifs

#### 1) Indicateurs des juridictions pénales

Les atteintes à la probité sont regroupées selon les différentes catégories : corruption ou trafic d'influence<sup>52</sup>, concussion<sup>53</sup>, favoritisme<sup>54</sup>, prise illégale d'intérêt<sup>55</sup>, recel<sup>56</sup>, ainsi que d'autres infractions telles que le détournement ou la destruction de biens d'un dépôt public<sup>57</sup>.

Le nombre d'infractions ayant donné lieu à condamnation permet de connaître la fréquence des infractions. Ainsi, en 2016, 297 infractions relevant du champ des manquements à la probité ont été visées dans les condamnations. Dans quatre cas sur dix, il s'agissait de corruption (41%). Les infractions présentées ci-dessous ne concernent pas uniquement les marchés publics, qui ne peuvent pas être isolés d'un point de vue statistique.

Seul le délit de « favoritisme » ou **délit d'octroi d'un avantage injustifié**, qui se définit comme toute tentative pour une personne dépositaire de l'autorité publique 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* », est circonscrit aux marchés publics.

*Tableau des infractions liées au manquement à la probité (données générales non spécifiques à la commande publique)*

Infraction	2014	2015	2016*	% 2016*
Concussion	8	3	5	2%
Corruption	158	110	123	41%
<i>dont active</i>	104	72	82	
<i>dont passive</i>	54	38	41	
Favoritisme	17	22	36	12%
Prise illégale d'intérêt	43	43	34	11%
Recel	9	8	5	2%
Trafic d'influence	38	32	22	7%
<i>dont actif</i>	24	20	12	
<i>dont passif</i>	14	12	10	
Autres	51	65	72	24%
<b>Total infractions</b>	<b>324</b>	<b>283</b>	<b>297</b>	<b>100%</b>

Source : Direction des affaires criminelles et des grâces. \* Données 2016 provisoires.

Le délit de favoritisme correspond en 2016 à 12% des manquements à la probité constatés et a donné lieu à 36 condamnations (contre 17 en 2014 et 22 en 2015) :

*Infractions de favoritisme ayant donné lieu à condamnation*

Infraction	2014	2015	2016*
Favoritisme	17	22	36

Source : Direction des affaires criminelles et des grâces.

\* Données 2016 provisoires.

Le délai moyen observé dans les condamnations pour des infractions de manquement à la probité est relativement long. Ainsi en 2016, le délai de procédure moyen pour ce contentieux est de 5,5 années, alors que le délai de procédure moyen est de 1,2 an pour l'ensemble des contentieux (hors Cour d'assises et hors délits routiers).

<sup>52</sup> Corruption passive : article 432-11 du Code pénal ; Corruption active : articles 433-1 et 433-2 du Code pénal.

<sup>53</sup> Article 432-10 du Code pénal.

<sup>54</sup> Article 432-1 du Code pénal.

<sup>55</sup> Articles 432-12 à 432-16 du Code pénal.

<sup>56</sup> Article 321-1 du Code pénal.

<sup>57</sup> Article 433-4 du Code pénal.

*Tableau des délais de procédure en première instance en années*

	2014	2015	2016*
Manquements à la probité	5,8	5,6	5,5
Tous contentieux confondus (hors délits routiers)	1,3	1,2	1,2

Source : Direction des affaires criminelles et des grâces.

\* Données 2016 provisoires.

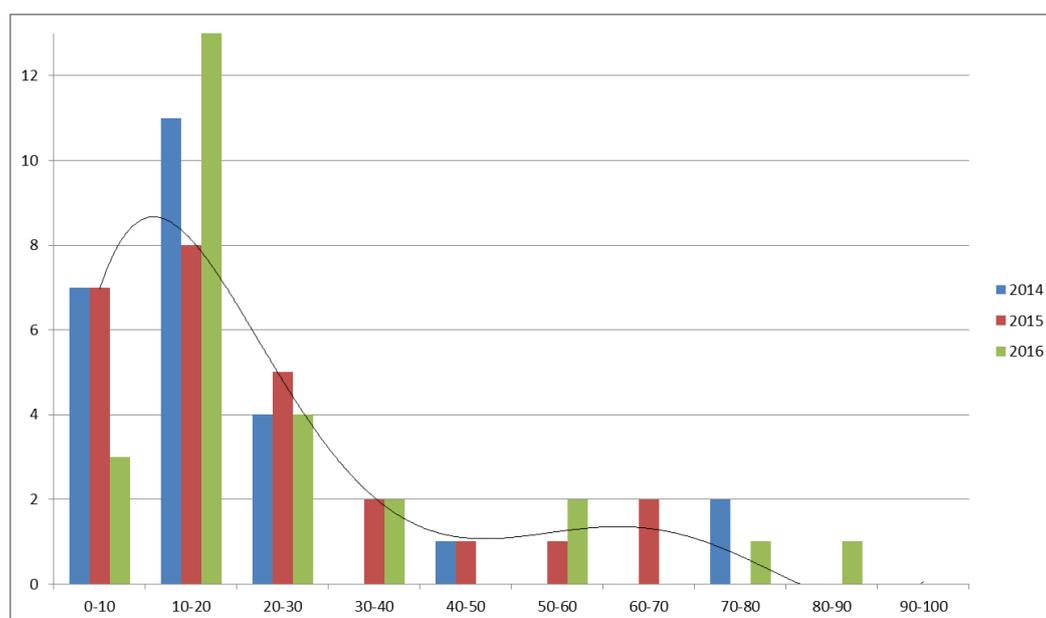
Les délais de procédure dans les affaires de manquements à probité sont particulièrement longs notamment en raison de la complexité de ce contentieux, mais aussi des révélations ou des signalements à l'issue d'opérations de contrôle qui interviennent parfois plusieurs années après la date de commission des faits. La jurisprudence relative au report du délai de prescription en matière d'infractions dissimulées tend d'ailleurs à favoriser les signalements qui interviennent bien après la commission des faits. De plus une enquête longue ou une instruction sont souvent nécessaires avant le jugement, ce qui favorise l'allongement des délais de procédure. Enfin, le faible recours à la comparution immédiate, compte tenu de la spécificité de ce contentieux technique, contribue à allonger les délais de procédure.

## 2) Indicateur de « concurrence » (toutes procédures confondues)

Cette section et celle qui suit contiennent une présentation objectivée de l'état de la concurrence dans l'attribution des marchés publics en France, selon la méthodologie indiquée par la Commission. Cette dernière consiste à rapporter, pour chaque catégorie d'acheteurs, le nombre de contrats pour lesquels **une seule offre a été déposée**, au nombre total de marchés attribués<sup>58</sup>. On montre ensuite la répartition de telles catégories d'acheteurs par déciles.

Faute de pouvoir effectuer ce calcul pour chaque acheteur ou pouvoir adjudicateur, nous calculons ce ratio pour chaque « catégorie juridique » (une nomenclature propre à l'OECP, cf. annexe 2). Nous modélisons de la sorte la **diversité des acheteurs publics**.

Distribution statistique des acheteurs (catégories de l'OECP) par indicateur de concurrence tel que défini par la Commission, 2014-2016



Source : données du recensement. Calculs OECP.

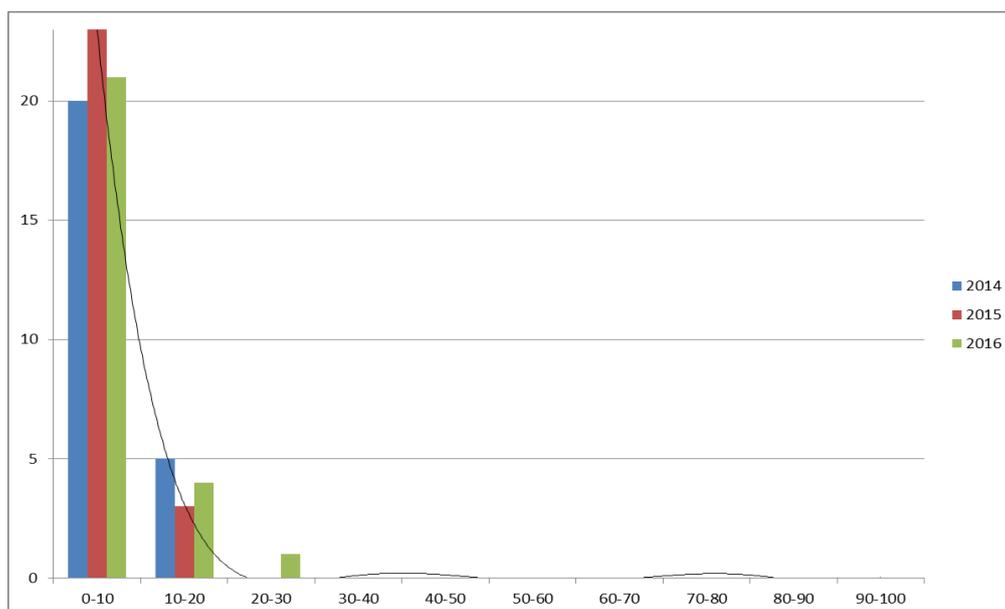
<sup>58</sup> Contrats initiaux.

Comme requis par le document (*template*) de la Commission, l'Observatoire a pris soin, dans le calcul des indicateurs ci-dessus, d'exclure les contrats sous forme d'accords-cadres ainsi que les marchés subséquents pris sur la base d'un accord-cadre.

La courbe de tendance ajoutée au graphique montre bien que la majeure partie des catégories d'acheteurs publics se concentre sur le décile [10 % ; 20 %] sur l'ensemble de la période : telles que mesurées par le nombre d'offres déposées, les **conditions de concurrence** dans les marchés publics apparaissent ainsi globalement **très satisfaisantes**. La grande majorité des marchés publics en France sont en effet attribués après la remise de plusieurs offres, quelle que soit la procédure de passation considérée.

### 3) Indicateur de « concurrence » (procédures négociées sans publication préalable)

Distribution statistique des acheteurs (catégories de l'OECP) par indicateur de concurrence tel que défini par la Commission, 2014-2016



Source : données du recensement. Calculs OECP.

Dans ce second cas de figure, on rapporte, pour chaque catégorie d'acheteurs, le nombre de procédures négociées sans publication préalable d'un appel à la concurrence, au nombre total de marchés attribués<sup>59</sup>. On procède ensuite comme décrit au point 1).

Au plan méthodologique, on inclut dans le calcul de l'indicateur les procédures spécifiques à certains marchés de défense ou de sécurité. Même sous cette hypothèse, la majeure partie des catégories d'acheteurs publics se concentre cette fois, sur l'ensemble de la période, sur le premier décile, signe d'une raisonnable intensité concurrentielle.

En conclusion, les deux graphiques tendent à montrer que la grande majorité des marchés publics en France sont attribués après la remise de plusieurs offres, y compris dans le cadre des procédures sans publication préalable.

### 4) Autres indicateurs sollicités dans le modèle de rapport

Certains indicateurs ne sont pas, à ce stade, calculés par l'Etat français et nécessiteraient un approfondissement méthodologique pour déterminer les moyens de collecte des données :

- évaluation quantitative des risques de collusion (moyens de distorsion de la concurrence ou des techniques élémentaires de collusion) ;
- risque de conflit d'intérêts non découvert (pourcentage de contrats attribués à des sociétés dont la structure de propriété ne peut pas être vérifiée).

<sup>59</sup> Contrats initiaux.

## IV) Niveau de participation des PME aux marchés publics

### IV.1. Rapport qualitatif sur la participation des PME

La notion de petites et moyennes entreprises (PME) recouvre les entreprises qui emploient moins de 250 personnes et dont le chiffre d'affaires annuel n'excède pas 50 millions d'euros ou dont le total du bilan annuel n'excède pas 43 millions d'euros<sup>60</sup>.

La part des PME dans la commande publique en France est relativement stable et s'élève environ à 61 % des contrats signés et 30% de leur valeur sur la période 2014-2016.

Le recensement effectué annuellement par l'OECP n'intègre cependant pas la part des marchés publics sous-traités à des PME (du fait de la complexité d'appréhension de la sous-traitance), ce qui laisse à penser que leur poids économique réel est plus important que celui qui est calculé.

Une série de mesures, tant juridiques qu'opérationnelles, a été prise ces dernières années pour faciliter l'accès PME à la commande publique, avec en point d'orgue la transposition par ordonnance de la directive 2014/24/UE du 26 février 2014, qui a permis de consolider certains principes (tel que l'allotissement) établis dans le code des marchés publics dès 2006.

#### 1) Lutte contre les retards de paiement dans les contrats de la commande publique

Raccourcir les délais de paiement est essentiel pour éviter que les PME ne soient confrontées à des difficultés de **trésorerie** et renoncent pour cette raison à participer à des marchés publics. L'Etat s'est donc attaché à traiter cette problématique dans tous ses aspects : juridique (délais de paiement), technique (outils de fluidification des paiements) et organisationnel (nouvelles modalités de partenariat entre l'ordonnateur et le comptable).

Le décret du 29 mars 2013<sup>61</sup> unifie le régime juridique pour le paiement des sommes dues aux tiers en prévoyant 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. Le texte renforce également les sanctions en cas de retard de paiement, en instaurant une **indemnité forfaitaire** de 40 euros pour frais de recouvrement, en sus des intérêts moratoires.

Comme l'indiquait le Sénat dans un rapport d'octobre 2015<sup>62</sup>, les mesures applicables à l'État et aux collectivités territoriales en matière de délais de paiement portent leurs fruits, notamment grâce à la mise en place de la dématérialisation.

En effet, l'ordonnance du 26 juin 2014 relative au développement de la **facturation électronique**<sup>63</sup> établit que l'État, les collectivités territoriales et leurs établissements publics, ainsi que les titulaires et les sous-traitants admis au paiement direct de leurs contrats, sont tenus d'utiliser le portail dématérialisé « CHORUS PRO » permettant le dépôt, la réception et la transmission des factures sous forme électronique. La mise en œuvre de cette obligation est échelonnée dans le temps entre 2017 et 2020 en fonction de la taille des entreprises.

Le **délai global de paiement** (DGP) mesure le délai séparant la date de réception de la facture par les services administratifs de la date de sa mise en paiement par le comptable. Il englobe l'ensemble de la chaîne de la dépense publique et constitue donc l'indicateur le plus pertinent de mesure. Dans le cadre des statistiques publiées par l'Observatoire des délais de

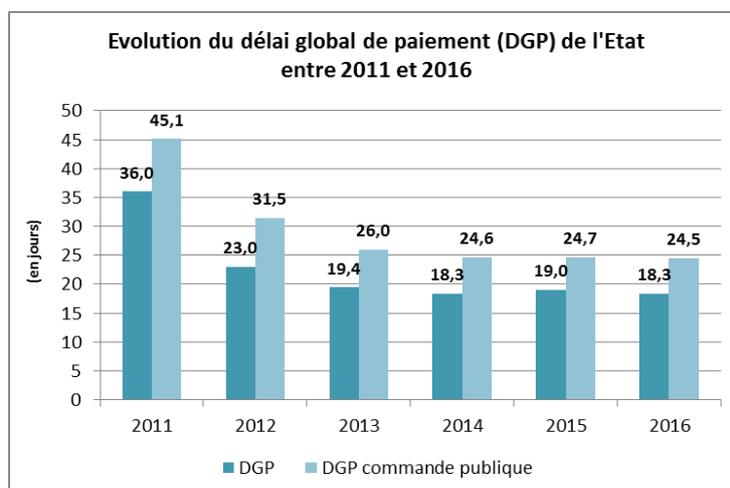
<sup>60</sup> La définition communautaire de la PME se trouve dans l'annexe I au règlement CE 800/2008 du 6 août 2008. Cette définition est reprise par le décret d'application (n° 2008-1354) de l'article 51 de la loi n° 2008-776 du 4 août 2008 de modernisation de l'économie.

<sup>61</sup> Ce décret est pris en application de l'article 121 de la loi n° 2012-387 du 22 mars 2012 relative à la simplification du droit et à l'allègement des démarches administratives, qui a procédé à la transposition de la directive n° 2011/7/UE du 16 février 2011 concernant la lutte contre les retards de paiement dans les transactions commerciales.

<sup>62</sup> Rapport d'information du Sénat n° 82 (2015-2016) de M. Martial BOURQUIN, « Passer de la défiance à la confiance : pour une commande publique plus favorable aux PME ».

<sup>63</sup> Ordonnance n° 2014-697 du 26 juin 2014 relative au développement de la facturation électronique.

paiement<sup>64</sup>, on constate que le DGP de l'État – toutes dépenses confondues – a diminué de 50 % entre 2011 et 2016, ce qui est considérable, pour atteindre 18,3 jours en 2016. Le délai spécifique de la commande publique s'établit quant à lui à 24,5 en 2016 (contre 45,1 jours en 2011).



Cependant, l'Etat n'est pas l'autorité publique qui contractualise le plus avec les PME ; elles représentent en effet 51 % de ses contrats en nombre (et 22 % en valeur) contre 67 % en nombre pour les collectivités locales (et 46 % en valeur).

Pour plus de détails sur la part des PME, cf. IV.3. Indicateurs quantitatifs.

Le délai de paiement des collectivités locales (toutes collectivités confondues ainsi que leurs établissements) s'établit à 27,4 jours en 2016<sup>65</sup>, ce qui est supérieur au délai constaté pour les services de l'Etat mais reste en-deçà du délai légal fixé à 30 jours. Ce délai est par ailleurs à replacer dans le contexte de la fusion des régions (de 22 à 13) au 1<sup>er</sup> janvier 2016, qui a conduit à un allongement temporaire des délais de paiements régionaux, alors que ceux des communes et départements s'améliorent.

En complément des mesures réglementaires contraignant l'ensemble des administrations publiques à une maîtrise de leurs délais de paiement, la direction générale des Finances publiques (DGFIP) se mobilise en collaboration avec l'ensemble des services de l'Etat pour l'atteinte de cet objectif, grâce aux leviers d'action suivants : réorganisation des services, modernisation du processus de la dépense (mise en place des services facturiers<sup>66</sup>, déploiement de la facturation électronique, modernisation des moyens de paiement...).

Parallèlement aux actions menées au niveau des administrations centrales, la DGFIP intervient aussi auprès des services ordonnateurs locaux. Par exemple, des conventions de partenariat peuvent être nouées entre les ordonnateurs et les comptables afin de procéder à une réingénierie du traitement de la dépense publique dans une optique de collaboration et de maîtrise des risques (ex : dématérialisation des pièces justificatives, contrôles hiérarchisés ou allégés, déploiement de nouveaux moyens de paiement tels que la carte d'achat ou le prélèvement, définition des délais d'intervention respectifs...).

<sup>64</sup> L'Observatoire des délais de paiement examine chaque année, depuis 2006, les délais de paiements interentreprises et, depuis 2016, ceux de la sphère publique (Etat, hôpitaux, collectivités locales), en s'appuyant sur les données comptables collectées par la Banque de France. L'Observatoire publie chaque année un rapport remis au ministère de l'économie et des finances.

<sup>65</sup> Chiffres non définitifs arrêtés par l'Observatoire des délais de paiement au 30/11/2016.

<sup>66</sup> Service facturier : il s'agit d'un service rattaché au comptable public chargé de mettre en paiement les factures des ordonnateurs relevant de son périmètre, ces derniers pouvant alors se recentrer sur les fonctions d'ordonnancement de la dépense et de certification du service fait. Ce mode d'organisation permet ainsi de limiter les contrôles redondants entre les gestionnaires administratifs et le comptable.

L'effort doit désormais s'appliquer à l'ensemble des entreprises publiques – dont le délai maximal de paiement est fixé à 60 jours – et à la chaîne de sous-traitance.

Depuis 2015<sup>67</sup>, le respect des délais de paiement des entreprises fait ainsi l'objet d'un **plan de contrôle** annuel et national de la DGCCRF. Ce plan, qui constitue l'une des missions prioritaires de la direction dans le cadre des orientations fixées par le Premier ministre et le ministre de l'Economie et des Finances, fixe un objectif de 2 500 contrôles à effectuer, en privilégiant les grandes entreprises et leurs filiales.

Dans ce cadre qui concerne à la fois le secteur public et privé, un ciblage de plusieurs entreprises publiques est notamment effectué par région. En cas de manquement aux dispositions relatives au délai de paiement, la DGCCRF peut prononcer – après respect du principe du contradictoire – une décision de sanction qui est désormais publiée et peut s'élever jusqu'à 2 millions d'euros<sup>68</sup>. En cas de faible dépassement du délai, des suites pédagogiques (exemple : avertissement) peuvent être prononcées à la place d'une amende.

En France, le cadre de la **sous-traitance** est favorable aux entreprises. Dans le domaine de la commande publique, il prévoit le paiement direct des sous-traitants par le donneur d'ordre public, même en l'absence de relations contractuelles entre les deux<sup>69</sup>. Cela permet d'accélérer le délai de paiement des sous-traitants qui n'ont pas à attendre que le titulaire du marché (qui leur sous-traite une partie des prestations) soit lui-même payé par l'acheteur public. Mais une relation de sous-traitance à plusieurs niveaux (« en cascade »), ne permet pas aux entreprises de rang 2 ou plus d'accéder au paiement direct par l'administration. Les délais peuvent s'en trouver allongés, car le paiement dans le secteur privé peut intervenir jusqu'à 60 jours après la date d'émission de la facture<sup>70</sup>.

Afin de favoriser l'accès des PME à la commande publique, outre l'action en matière de trésorerie, des mesures de simplification juridique et procédurale ont été adoptées.

## 2) Décret n° 2014-1097 du 26 septembre 2014 portant mesures de simplification applicables aux marchés publics

Ce décret, qui a permis de transposer avec réactivité un certain nombre de dispositions prioritaires issus des nouvelles directives, contient entre autres les mesures de simplification favorables aux PME suivantes :

- la **limitation du chiffre d'affaires annuel exigible** des candidats, qui conduisait en pratique à l'élimination de certaines PME au stade de l'analyse des candidatures, avec désormais pour seuil maximal deux fois le montant estimé du marché ou du lot (sauf justifications liées à l'objet du marché) ;
- la **simplification de l'élaboration des dossiers de candidatures** (mise en œuvre du principe du « Dites-le nous une fois »<sup>71</sup>) qui permet de limiter la charge administrative qui pèse sur les PME en leur évitant de communiquer des documents, renseignements et certificats que les administrations peuvent se communiquer entre elles ou qu'elles ont déjà obtenues dans le cadre d'une précédente consultation ;
- l'instauration du **partenariat d'innovation**, nouveau type de marché public qui permet aux acheteurs de mettre en place un partenariat de long terme avec des acteurs économiques couvrant à la fois les phases de recherche et développement et d'acquisition, sans qu'il soit nécessaire de procéder à une nouvelle mise en concurrence.

---

<sup>67</sup> Loi n°2015-990 du 6 août 2015 pour la croissance, l'activité et l'égalité des chances économiques qui donne compétence aux agents de la DGCCRF pour contrôler et sanctionner les entreprises publiques ne respectant pas le délai de paiement maximal.

<sup>68</sup> Article 123 de la loi n° 2016-1691 du 9 décembre 2016.

<sup>69</sup> Loi n° 75-1334 du 31 décembre 1975 relative à la sous-traitance.

<sup>70</sup> Loi n° 2008-776 du 4 août 2008 de modernisation de l'économie.

<sup>71</sup> Cette disposition a été reprise à l'article 53 du décret du 25 mars 2016 qui prévoit que « *les candidats ne sont plus tenu de fournir les documents justificatifs et moyens de preuve que l'acheteur peut obtenir directement par le biais d'un système électronique de mise à disposition d'informations administré par un organisme officiel* ».

Ce dispositif devrait permettre de mieux mettre en relation les besoins des acheteurs et les solutions proposées par les « start-ups » et les entreprises innovantes.

3) Ordonnance n° 2015-899 du 23 juillet 2015 relative aux marchés publics, complétée par le décret n° 2016-360 du 25 mars 2016 relatif aux marchés publics

Les dispositions suivantes intéressent particulièrement les PME :

- l'**allotissement** devient la règle **pour tous les acheteurs publics** (y compris ceux précédemment soumis à l'ordonnance n° 2005-649 du 6 juin 2005 relative aux marchés passés par certaines personnes publiques ou privées non soumises au code des marchés publics)<sup>72</sup> hors exceptions dûment justifiées<sup>73</sup>. Afin de préserver la concurrence, l'acheteur peut décider dans les documents de la consultation de limiter le nombre de lots pour lesquels un opérateur économique peut présenter une offre ou le nombre maximal de lots pouvant être attribués à un même opérateur économique ;
- les marchés de partenariat doivent désormais comporter une **part réservée aux PME**, les contrats de concession peuvent leur réserver au moins 10% des travaux ou services ;
- les conditions de **régularisation des offres**<sup>74</sup> sont assouplies, ce qui est important pour les PME qui ne disposent pas toujours des moyens humains et juridiques leur permettant de maîtriser les procédures administratives constitutives d'un formalisme important ;
- la **dématérialisation** de la passation des contrats est généralisée (mise en place du document unique de marché européen – DUME, réponses électroniques...);
- le recours à la **négociation** est consolidé, notamment grâce à la nouvelle procédure concurrentielle avec négociation qui permet au pouvoir adjudicateur de discuter les conditions du marché public avec un ou plusieurs opérateurs économiques, dès lors que le besoin nécessite d'adapter les solutions immédiatement disponibles.

En complément de l'ordonnance de juillet 2015, le décret du 17 septembre 2015<sup>75</sup> relève le seuil de dispense de **procédure formalisée** de 15 000 à **25 000 € HT**, tout en garantissant, en-dessous de ce seuil, le respect des principes fondamentaux de la commande publique. Cette disposition permet ainsi d'alléger le formalisme des achats de faibles montants et donc aux PME de participer plus facilement (pas de dossier de candidature, pas de réponse à un cahier des charges complexe...).

4) Dispositifs non contraignants issus de la concertation avec les acteurs économiques

En parallèle des dispositifs légaux, des **mesures incitatives** et opérationnelles permettent d'accompagner les différents acteurs afin de favoriser l'accès des PME à la commande publique.

A cet effet, la Médiation des entreprises a créé dès 2012 un **groupe de travail** sur le thème de la réduction des délais de paiement afin d'échanger et de mettre en avant les bonnes pratiques des participants, qui sont volontaires dans cette démarche. Le groupe de travail est composé de représentants de grandes entreprises (privées ou publiques) et d'institutions publiques.

Un premier guide, *30 bonnes pratiques pour réduire les délais de paiement*, a été rédigé de façon simple et pragmatique. En complément, un recueil, *15 recommandations pour aller plus loin*, a permis en 2016 d'insister notamment sur les problématiques de la dématérialisation, l'importance de limiter les portails, l'optimisation des factures chez le client, etc.

Des **chartes et labels** ont également été créés : plus de 1 850 organismes ont signé la Charte « Relations Fournisseurs Responsables » initiée dès 2010 par la Médiation des

---

<sup>72</sup> 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.

<sup>73</sup> Article 32 de l'ordonnance du 23 juillet 2015.

<sup>74</sup> Une offre irrégulière est celle « qui ne respecte pas les exigences formulées dans les documents de la consultation notamment parce qu'elle est incomplète, ou qui méconnaît la législation applicable notamment en matière sociale et environnementale » (article 59-I du décret du 25 mars 2016).

<sup>75</sup> Décret n° 2015-1163 du 17 septembre 2015 modifiant certains seuils relatifs aux marchés publics.

Entreprises et le Conseil National des Achats pour sensibiliser les acteurs économiques aux enjeux inhérents aux achats responsables et à la qualité des relations clients-fournisseurs. Cette charte comprend 10 engagements concrets<sup>76</sup>, dont la mise en œuvre peut être évaluée grâce au Label « Relations fournisseurs et achats responsables ». Le travail de convergence entre la Charte et la Norme ISO 20400 est désormais engagé et donnera naissance à un nouveau référentiel qui aura une dimension internationale accrue.

---

<sup>76</sup> Exemples : choisir un fournisseur en appréciant le coût total de l'achat et non pas seulement le prix apparent, prendre en compte l'impact environnemental de son entreprise et sa responsabilité territoriale...

## IV.2. Documents à l'appui

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

**Décret n° 2013-269 du 29 mars 2013 relatif à la lutte contre les retards de paiement dans les contrats de la commande publique :**

<https://www.legifrance.gouv.fr/affichTexte.do?cidTexte=JORFTEXT000027248487>

**Ordonnance n° 2014-697 du 26 juin 2014 relative au développement de la facturation électronique :**

<https://www.legifrance.gouv.fr/affichTexte.do?cidTexte=JORFTEXT000029140226&categorieLien=id>  
<https://chorus-pro.gouv.fr/cpp/utilisateur?execution=e1s1>

**Décret n° 2014-1097 du 26 septembre 2014 portant mesures de simplification applicables aux marchés publics :**

<https://www.legifrance.gouv.fr/affichTexte.do?cidTexte=JORFTEXT000029504714&categorieLien=id>

**Rapport annuel de l'Observatoire des délais de paiement (2016) :**

<http://proxy-pubminefi.diffusion.finances.gouv.fr/pub/document/18/22331.pdf>

**Fiche DAJ relative à l'allotissement :**

<https://www.economie.gouv.fr/daj/allotissement-2018>

**Site dédié à la Charte « Relations Fournisseurs Responsables » et au Label « Relations Fournisseurs et Achats Responsables » :**

<http://www.rfar.fr/>

### IV.3. Indicateurs quantitatifs

#### 1) Poids des PME dans la commande publique – en nombre et en valeur

Dans ce qui suit, les notions d'entreprises, PME (Petites et Moyennes Entreprises), ETI (Entreprises de Taille Intermédiaire) et GE (Grandes Entreprises) sont celles de la loi de modernisation de l'économie 2008<sup>77</sup>. La catégorie des PME inclut les microentreprises.

Les calculs de proportion qui suivent sont fondés sur les contrats initiaux recensés par l'Observatoire économique de la commande publique, retraités par enrichissement / appariement avec des sources auxiliaires de données<sup>78</sup>, pour les titulaires / mandataires de contrats connus de la statistique d'entreprises (entreprises résidentes en France, quelle que soit leur nationalité).

*Répartition des contrats initiaux, en nombre de contrats et en montants, selon la catégorie d'entreprises du titulaire/mandataire, 2014-2016*

En pourcentage (%)	2014		2015		2016	
	Nombre	Montant	Nombre	Montant	Nombre	Montant
PME	62,0	33,0	61,8	30,5	59,0	28,4
ETI	19,9	25,7	19,0	22,1	20,1	25,8
GE	18,1	41,3	19,2	47,4	20,9	45,8

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

Champ : France, contrats initiaux

De manière générale, de 2014 à 2016, la **part des PME** dans la commande publique reste pratiquement **stable en nombre** de contrats initiaux : elle s'établit en effet à 59 % en 2016, contre 62 % en 2015 et 2014 (tableau ci-dessus) et 58 % en 2013 et 2012.

Elle connaît certes une **légère baisse en montant**, à 28 %, en 2016, après 31 % en 2015 et 33 % en 2014, au-dessus toutefois de son niveau de 2012 et de 2013 (27 %). Le « saut » observé entre 2013 et 2014 s'explique par des raisons méthodologiques liées au redressement de la part des collectivités territoriales dans le recensement annuel des marchés (cf. annexe 1). Ceci a une incidence positive sur la part des PME telle que mesurée en nombre de contrats, les collectivités attribuant davantage de marchés aux PME que l'État et les opérateurs de réseaux (dans des proportions respectives, en 2016, de deux tiers, la moitié et un tiers).

Deux autres faits caractérisent, en comparaisons annuelles, la période 2014-2016 :

- la stabilité de la part des ETI en nombre de contrats notifiés, à hauteur de 20 % ;
- un report relatif de la part en valeur des PME au profit des grandes entreprises, dont la part passe de 41 % à près de 46 % en deux ans.

<sup>77</sup> Loi n° 2008-776 du 4 août 2008 de modernisation de l'économie.

<sup>78</sup> Bases de données de l'INSEE.

## 2) Poids des PME dans la commande publique – répartition selon l'acheteur public

*Répartition des contrats initiaux, en nombre de contrats, selon la catégorie d'entreprises du titulaire/mandataire et la catégorie d'acheteur public (proportions), 2014-2016*

Contrats Initiaux En pourcentage (%)	Nombre		
	2014	2015	2016
<b>Etat</b>			
PME	52,9	49,8	50,1
ETI	28,9	27,7	28,2
GE	18,2	22,5	21,7
<b>Collectivités</b>			
PME	67,9	68,0	66,1
ETI	15,5	15,0	16,3
GE	16,6	17,0	17,6
<b>« Autres »</b>			
PME	44,9	44,7	34,2
ETI	21,6	22,0	26,7
GE	33,5	33,3	39,1

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

Champ : France, contrats initiaux

Les principaux enseignements qui se dégagent du tableau sont les suivants :

- une **stabilité dans le temps**<sup>79</sup> des proportions relatives des catégories d'entreprises telles que triées par acheteur public (notamment lorsque le volume de contrats recensés est important : collectivités) ;
- une forte « amplitude » de ces mêmes proportions d'un acheteur à l'autre : **le poids des PME**, par exemple, **varie** de façon substantielle **selon l'acheteur public considéré** ;
- une relative difficulté d'interprétation de la catégorie « Autres », compte tenu du caractère composite des représentants de cette catégorie.

Les mêmes observations peuvent être faites pour le tableau ci-après (ventilation en montants), avec l'idée supplémentaire d'un relatif « transfert » en montant alloué, pour l'Etat, des PME et des ETI vers les grandes entreprises. Un mouvement du même ordre, mais en sens opposé, serait observable pour les collectivités (au profit, cette fois, des ETI).

*Répartition des contrats initiaux, en montant, selon la catégorie d'entreprises du titulaire/mandataire et la catégorie d'acheteur public (proportions), 2014-2016*

Contrats Initiaux En pourcentage (%)	Montant		
	2014	2015	2016
<b>Etat</b>			
PME	23,7	20,5	21,4
ETI	33,4	24,3	23,8
GE	42,9	55,2	54,8
<b>Collectivités</b>			
PME	47,3	45,2	47,5
ETI	17,0	19,1	22,1
GE	35,7	35,7	30,4
<b>« Autres »</b>			
PME	22,8	20,8	15,4
ETI	26,1	22,7	30,4
GE	51,1	56,5	54,2

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

Champ : France, contrats initiaux

<sup>79</sup> Même si la période d'étude est ici par définition bornée à 3 années sous revue.

La tendance observée pour l'Etat et la catégorie « autres » en nombre de contrats attribués est accentuée en valeur, du fait du montant moyen des contrats (il s'agit d'un effet d'écrasement des proportions en montant par rapport à la comparaison en nombre).

Le recensement effectué annuellement par l'OECP n'intègre cependant pas la part des marchés publics sous-traités à des PME (du fait de la difficulté de mesure de la sous-traitance en cours d'exécution du contrat), ce qui laisse à penser que leur poids économique réel est plus important que celui qui est calculé.

## V) Informations relatives à la mise en œuvre des stratégies nationales d'achat public

La nouvelle réglementation française consacre, dans la lignée des directives européennes, les objectifs économiques des marchés publics, que ce soit dans la définition du besoin, qui doit prendre en compte des « *objectifs de développement durable dans leurs dimensions économique, sociale et environnementale* » (article 30 de l'ordonnance), ou l'exécution du contrat, intégrant des « *considérations relatives à l'économie, à l'innovation, à l'environnement, au domaine social ou à l'emploi* » (article 38).

Les acheteurs publics ont eu tendance par le passé à limiter l'attribution des marchés aux critères « prix » et « valeur technique », juridiquement bien encadrés. Ils bénéficient désormais d'une liberté accrue dans le choix des critères d'attribution. Cette faculté s'intègre plus globalement dans une démarche de promotion des achats durables et innovants qui nécessite une bonne appropriation par les différents acteurs afin de se concrétiser.

### V.1. Marchés publics intégrant des dispositions relatives au développement durable

#### V.1.1. Rapport qualitatif sur la promotion des marchés publics intégrant des dispositions relatives au développement durable

La lutte contre le changement climatique, la sobriété dans l'utilisation des ressources et la réduction des risques sanitaires/environnementaux (notamment s'agissant de la biodiversité) sont des défis majeurs, aux multiples implications, qui dépassent très largement le secteur de la commande publique.

Cependant, par le biais d'une politique volontariste et exemplaire en matière d'achat durable, les pouvoirs publics peuvent favoriser l'appropriation des enjeux par les acteurs économiques et par les citoyens et ainsi contribuer à la transformation vers une croissance plus verte.

Dès 2005, la Charte constitutionnelle de l'environnement donnait un ancrage fort à l'obligation pour toutes les politiques publiques de promouvoir un développement durable<sup>80</sup>. Cette charte a cependant un caractère très général qui doit être décliné concrètement.

Plusieurs stratégies nationales de développement durable se sont ainsi succédées (la dernière date de 2015), ainsi que des lois thématiques, afin de satisfaire à l'obligation constitutionnelle, dans un contexte européen de plus en plus favorable à l'intégration de la problématique environnementale et sociale dans l'achat public<sup>81</sup>. En complément des dispositifs juridiques contraignants, des dispositifs d'accompagnement des acheteurs ont également été mis en place.

#### 1) Loi n° 2014-856 du 31 juillet 2014 relative à l'économie sociale et solidaire

Cette loi a pour objet de promouvoir l'économie sociale et solidaire (ESS), qui emploie plus de 2 millions de personnes en France (au sein des associations, mutuelles, coopératives, etc.) et de favoriser son changement d'échelle en répondant à plusieurs objectifs :

- reconnaître l'ESS comme un mode d'entreprendre spécifique, notamment par la rénovation des agréments et par la création d'un socle juridique à partir duquel pourront être développés de nouveaux financements spécialisés ;
- consolider le réseau des acteurs de l'ESS, notamment par la structuration du réseau des chambres régionales ;

<sup>80</sup> Article 6 de la Charte constitutionnelle de l'environnement : « *Les politiques publiques doivent promouvoir un développement durable. A cet effet, elles concilient la protection et la mise en valeur de l'environnement, le développement économique et le progrès social* ».

<sup>81</sup> Notamment via le paquet « Consommation et Production Durables » de juillet 2008 (Plan d'Action Consommation et Production Durables – Politique Industrielle Durable, Communication sur les marchés publics écologiques...) qui a constitué l'une des priorités de la Présidence française de l'Union Européenne.

- provoquer un choc coopératif, notamment par la révision obligatoire du mode de fonctionnement des coopératives au regard du respect des principes coopératifs<sup>82</sup> et sanctionnée par un label d'excellence ;
- renforcer les politiques de développement local durable, notamment en précisant la définition et le champ d'application du commerce équitable ou par la réalisation d'un **schéma de promotion des achats publics socialement responsables** pour les collectivités dont le montant des achats publics dépasse un certain seuil, soit 100 millions d'euros annuels HT.

Cette dernière obligation a vocation à s'appliquer aux acheteurs dont le panel de marchés est suffisamment étendu et varié pour élaborer une véritable stratégie d'achats publics socialement responsables. Le seuil de 100 millions d'euros HT traduit une préoccupation de proportionnalité entre les contraintes liées à la définition d'une telle stratégie globale d'achats socialement responsables et les moyens dont disposent les acheteurs concernés pour l'élaborer et la mettre en œuvre. Conformément à l'intention du législateur, ce seuil permet de soumettre à l'obligation la quasi-totalité des régions métropolitaines, une soixantaine de départements, près de soixante-dix établissements publics de coopération intercommunale et une dizaine de communes (dont la population est supérieure à 250 000 habitants). Au total, près de 160 collectivités publiques locales sont potentiellement concernées.

L'obligation a été étendue au domaine environnemental par la loi relative à la transition énergétique. On parle désormais de « schéma de promotion des achats publics socialement et écologiquement responsables »<sup>83</sup>.

## 2) Loi n° 2015-992 du 17 août 2015 relative à la transition énergétique pour la croissance verte

Ce texte fixe les grands objectifs de la transition énergétique de la France afin de réduire de 40 % les émissions de gaz à effet de serre d'ici à 2030 et de les diviser par quatre en 2050, de porter à 32 % la part des énergies renouvelables dans la consommation énergétique finale en 2030 et de diviser par deux la consommation d'énergie finale à horizon 2050.

La loi se veut une boîte à outils directement opérationnelle, avec des mesures concrètes pour mobiliser les citoyens, les entreprises et les territoires. Elle contient aussi **des dispositions contraignantes pour les secteurs** définis comme **prioritaires** :

- ✓ exemplarité environnementale et énergétique des constructions publiques et de l'éclairage public (article 8) ;
- ✓ obligations minimales en matière d'achat public de véhicules à faibles émissions (art. 37) ;
- ✓ obligation de mise en place de schémas de promotion des achats publics écologiquement responsables pour les pouvoirs adjudicateurs et les entités adjudicatrices dont le montant total annuel des achats est supérieur à 100 millions d'euros hors taxes (art. 76) ;
- ✓ objectifs de réduction de la consommation de papier (art. 79) ;
- ✓ priorité donnée à l'utilisation de matériaux issus du réemploi, de la réutilisation ou du recyclage de déchets dans les chantiers de construction et d'entretiens routiers de l'État et des collectivités territoriales (art. 70) ;
- ✓ développement de l'économie circulaire dans la commande publique (art. 70) ;
- ✓ obligation de prise en compte dans la commande publique notamment de la performance environnementale des produits, en particulier de leur caractère biosourcé (art. 144).

<sup>82</sup> Les grands principes de l'ESS sont : la poursuite d'un but social (ex : soutien à des personnes vulnérables), une lucrativité encadrée (les bénéficiaires doivent majoritairement être consacrés au maintien ou au développement de l'activité), une gouvernance démocratique et participative.

<sup>83</sup> Cf. fiche technique DAJ sur le schéma de promotion des achats publics socialement et écologiquement responsables.

La loi du 17 août 2015 est un texte ambitieux dont environ 160 dispositions appellent la publication d'une norme réglementaire d'exécution. La très grande majorité des décrets spécifiques nécessaires à la mise en œuvre du programme fixé par le Gouvernement a désormais été adoptée<sup>84</sup> et va ainsi permettre de rendre effectifs les principes posés en matière de lutte contre le réchauffement climatique et de maîtrise de l'utilisation des ressources.

Une application concrète de la politique environnementale peut être citée concernant l'acquisition de **véhicules à faibles émissions** pour le renouvellement du parc automobile public. En effet, la loi relative à la transition écologique pour la croissance verte<sup>85</sup> pose une définition des véhicules à faibles émissions et prévoit des obligations différenciées d'achat en fonction des catégories de personnes publiques et des besoins à satisfaire. Les obligations sont ainsi plus contraignantes pour l'État (dont le parc constitué de plus de 65 000 véhicules légers) que pour les collectivités territoriales. Les obligations sont adaptées pour les opérateurs chargés d'un service public de transports de voyageurs pour tenir compte notamment des capacités locales d'approvisionnement et des spécificités territoriales, selon que le service est rendu en milieu urbain ou en secteur rural.

Par exemple, lors du renouvellement des flottes automobiles de plus de vingt véhicules automobiles, l'achat de véhicules à faibles émissions (véhicules électriques ou à faibles émissions de CO2 et de polluants de l'air) se fera dans une proportion minimale :

- de 50 % pour l'État et ses établissements publics, aussi bien pour les véhicules dont le poids total autorisé en charge est inférieur à 3,5 tonnes que pour les véhicules dont le poids est supérieur à 3,5 tonnes ;
- de 20 % pour les collectivités territoriales, pour les véhicules dont le poids total autorisé en charge est inférieur à 3,5 tonnes.

Ce dispositif vient utilement compléter les obligations issues de la directive 2009/33/CE du 23 avril 2009 dite « véhicules propres ».

### 3) Plan National d'Action pour des Achats Publics Durables (PNAAPD) 2015-2020

Le PNAAPD constitue une **feuille de route** qui a pour objectif de structurer les actions en faveur du développement durable dans le contexte de grande variété des acheteurs publics français. Il a vocation à convaincre les décideurs, accompagner les acheteurs, dialoguer avec les entreprises et leurs organisations représentatives, puis rendre compte des progrès réalisés.

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

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

Le PNAAPD est piloté par le ministère de la transition écologique et solidaire et s'adresse à l'ensemble des acheteurs publics, car il est le fruit de la concertation entre les trois composantes de l'administration publique (État, hôpitaux, collectivités territoriales) et des institutions partenaires (AFNOR, ADEME, UGAP...)<sup>86</sup>.

Les **objectifs stratégiques** fixés par le document à l'horizon 2020 sont les suivants :

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

---

<sup>84</sup> Cf. l'échéancier de mise en application de la loi relative à la transition énergétique.

<sup>85</sup> La loi est désormais complétée par les décrets n° 2017-21, 2017-22, 2017-23 et 2017-24 du 11 janvier 2017.

<sup>86</sup> AFNOR : Association française de normalisation ; ADEME : Agence de l'Environnement et de la Maîtrise de l'Énergie ; UGAP : Union des groupements d'achats publics (centrale d'achat).

- 60% des organisations publiques seront signataires de la charte pour l'achat public durable ;
- 80% des organisations réaliseront des achats de papier, d'appareils d'impression, de fournitures, de mobilier, de vêtements, de matériel de bureautique prenant en compte la fin de vie de ces produits.

Un marché public comporte une disposition environnementale si l'objet du marché ou les spécifications techniques ou les conditions d'exécution ou les critères d'attribution (associés à une clause contractuelle au moins) comportent une dimension environnementale.

Un marché public comporte une disposition sociale si l'objet du marché ou les spécifications techniques ou les conditions d'exécution ou les critères d'attribution (associés à une clause contractuelle au moins) comportent une dimension sociale. Les publics potentiellement bénéficiaires des clauses sociales sont définis de manière large dans le plan, ce qui doit permettre une mise en œuvre facilitée des clauses sociales.

Pour plus de détail sur les données statistiques relatives aux clauses sociales et environnementales dans les marchés publics, cf. point V.1.3.

Pour parvenir à l'atteinte des objectifs précités du PNAAPD, il est apparu nécessaire de **fédérer les différents acteurs** en charge de l'achat public durable au niveau de l'Etat, de ses établissements publics et des collectivités territoriales.

A cet effet, le ministère de la transition écologique et solidaire a développé des **réseaux territoriaux** de l'achat public durable (dix à ce jour), dont le rôle est d'accompagner les acteurs déjà engagés, par l'approfondissement de leur action, et de sensibiliser et favoriser le passage à l'acte des autres acheteurs. L'existence de réseaux dynamiques conduit à une montée en compétence collective grâce aux échanges et la mutualisation des pratiques. Elle permet également une homogénéisation de la formulation des clauses environnementales et sociales, bénéfique pour une réponse facilitée des entreprises – notamment des PME – aux marchés publics et pour la comparaison des offres par les acheteurs.

Le ministère de la transition écologique assure l'animation nationale du réseau. Il a notamment mis à disposition une plateforme numérique (Rapidd) pour faciliter la recherche de contacts et/ou de documents et il organise une journée nationale de l'achat public durable.

D'autres actions sont également à souligner :

- l'organisation des Trophées de la commande publique durable ;
- le développement d'une offre de formation en matière d'achat public durable ;
- un projet de charte de l'achat public durable visant à symboliser l'engagement volontaire d'une administration ou d'un organisme public en faveur de l'achat public durable.

Les Trophées de la commande publique durable 2016 ont permis de récompenser plusieurs projets, notamment celui du ministère de la défense pour la construction d'un camp militaire dans le parc régional naturel du Larzac (avec 50 000 heures d'insertion, un chantier haute qualité environnemental « HQE », l'intégration des bioénergies et un système de récupération des eaux de pluie).

La direction des achats de l'Etat (DAE), en tant que responsable de la politique pluriannuelle des achats de l'Etat et ses établissements publics, anime l'**action des ministères**. Pour ce faire, elle s'appuie sur différents leviers, tels que son réseau des responsables ministériels achat (RMA)<sup>87</sup>, la conférence et le comité des achats de l'Etat<sup>88</sup>. Des instances de gouvernance dédiées aux achats responsables sont également mises en place : le réseau des référents ministériels achats responsables qui se réunit tous les deux mois, le séminaire semestriel sur les achats

<sup>87</sup> Sous l'autorité du Secrétaire général de chaque ministère, un responsable ministériel des achats pilote la fonction achats des services centraux et déconcentrés.

<sup>88</sup> La conférence des achats de l'Etat est présidée par le Secrétaire général du gouvernement et délibère des grandes orientations. Le comité des achats de l'Etat est présidé par le Directeur des achats de l'Etat afin de mettre en œuvre la politique et les grandes orientations par la conférence précitée.

responsables de l'Etat et de ses établissements publics qui permet de débattre des enjeux et orientations en matière d'achats responsables.

Dans ce cadre, la DAE a pu constater une certaine hétérogénéité dans le niveau de maturité des acheteurs répartis sur tout le territoire national, de même qu'une maîtrise inégale de l'exécution des obligations environnementales et sociales inscrites dans les marchés.

Pour remédier à ces difficultés, la DAE déploie des mesures d'amélioration, dont la consolidation de la gouvernance et de la professionnalisation des acheteurs. Le renforcement des achats responsables s'appuie sur 5 axes directeurs et se concrétise par 16 actions, telles que l'élargissement du champ des préoccupations sociales dans les achats de l'Etat (égalité hommes/femmes, lutte contre la concurrence sociale déloyale, clause de formation sous statut scolaire de jeunes en situation de décrochage scolaire) ou bien la déclinaison opérationnelle des obligations issues de la loi pour la transition énergétique (prévention de la production de déchets, développement de l'économie circulaire, etc.).

L'acculturation des acheteurs et leur montée en compétence dans le domaine des achats responsables constituent un chantier dans lequel la DAE s'investit fortement par des journées annuelles d'échanges de pratiques, des conférences, la mise à disposition d'outils pour accompagner de manière opérationnelle les acheteurs dans la rédaction de leurs marchés, la création de communautés dédiées aux achats responsables sur le réseau social professionnel des acheteurs de l'Etat et de ses établissements publics.

Une consolidation de la mesure quantitative et qualitative de la performance sociale et environnementale des achats<sup>89</sup> est également lancée ; des objectifs triennaux sont ainsi définis pour chaque ministère et chaque établissement public en cohérence avec les orientations fixées par le PNAAPD à l'horizon 2020.

#### 4) Plan d'action interministériel "Administration exemplaire" 2015-2020

Afin de répondre aux objectifs nationaux de développement durable, plusieurs circulaires ont été adoptées pour mobiliser le secteur public.

A l'approche de la COP 21, la circulaire du 17 février 2015 relative au plan d'action interministériel « Administration exemplaire » pour l'environnement 2015-2020 a prévu la mise en œuvre d'un **plan dans chaque ministère**, afin de cibler les principaux impacts environnementaux du fonctionnement des services et prioritairement dans les domaines suivants : économies d'énergie, mobilité durable, économies des ressources et réduction des déchets, préservation de la biodiversité.

Les ministères ont par ailleurs été invités à développer une démarche de responsabilité sociétale et environnementale intégrée.

Ces plans ministériels doivent également être transposés dans les établissements publics et opérateurs de l'État sous tutelle comprenant plus de 250 agents.

#### 5) Guides issus de l'atelier « aspects sociaux dans la commande publique »

Afin d'accompagner la prise en compte des préoccupations d'insertion sociale dans la commande publique, un atelier spécifique a été mis en place par la DAJ jusqu'en 2015 avec une cinquantaine de membres, dont des professionnels du milieu de l'insertion par l'activité économique. **Plusieurs guides** ont ainsi été produits :

- guide « Commande publique et accès à l'emploi des personnes qui en sont éloignées » (dernière version en octobre 2015) ;
- guide « Les clauses sociales dans les partenariats public-privé » ;
- guide sur l'ouverture des marchés publics au handicap.

---

<sup>89</sup> Guide de mesure des résultats des achats de l'Etat et de ses établissements publics.

Les acheteurs doivent s'interroger, dès la définition des besoins, sur les objectifs d'insertion susceptibles être portés par le marché ou sur la possibilité de recourir à un marché réservé<sup>90</sup>. Par exemple, dès lors que la prestation envisagée fait appel à de la main d'œuvre ou à des fournitures, travaux ou services qui nécessitent de la main d'œuvre (exemples : nettoyage, espaces verts, gardiennage, restauration, collecte de déchets...), il peut être opportun d'intégrer dans le marché des dispositions en matière d'insertion professionnelle des publics éloignés de l'emploi. Cette faculté nécessite cependant de bien déterminer au préalable le nombre d'heures d'insertion exigé sur les différentes phases de l'exécution du contrat.

Afin d'atteindre cet objectif, le donneur d'ordre peut se rapprocher des « facilitateurs »<sup>91</sup> qui le renseigneront sur les caractéristiques du secteur d'activité et les sujétions qui s'y attachent. Ceci permet à l'acheteur public de disposer d'autres informations que celles qui pourraient émaner des entreprises candidates au contrat, notamment si celles-ci n'ont jamais eu à gérer de clauses sociales ou si elles manifestent une réticence à cet égard.

Ensuite, il est indispensable de s'informer sur l'existence et les capacités des structures employant des personnes en insertion au plus proche du lieu où l'opération sera réalisée, c'est-à-dire dans le bassin d'emploi pertinent. L'ancrage territorial du volet « social » est donc marqué et se manifeste dans les données statistiques (cf. Annexe 3.2 sur les clauses sociales et environnementales – évolution sur période longue).

Le cadre juridique de l'insertion des clauses sociales dans les marchés publics ayant été clarifié par les nouvelles directives, les personnes publiques doivent principalement s'assurer que les exigences de l'acheteur sont réalistes au regard de la réponse potentielle des opérateurs économiques, qui trouvent également beaucoup de sens dans cette démarche et en retirent une image citoyenne qui est aussi à leur crédit.

#### 6) Décret n°2016-360 du 25 mars 2016 relatif aux marchés publics

Ce décret permet entre autres de consolider les dispositions relatives aux labels et d'introduire la notion de cycle de vie, dans une volonté d'élargir les critères d'attribution des offres, qui peuvent désormais intégrer les coûts imputés aux externalités environnementales du produit, service ou de l'ouvrage.

L'article 10 du décret prévoit que « *lorsque l'acheteur souhaite acquérir des travaux, des fournitures ou des services présentant certaines caractéristiques d'ordre environnemental, social ou autre, il peut, dans les spécifications techniques, les critères d'attribution ou les conditions d'exécution du marché public, exiger un **label** particulier en tant que moyen permettant de prouver que les travaux, services ou fournitures correspondent aux caractéristiques requises* ».

Les labels s'entendent comme tout document, certificat ou attestation confirmant que les ouvrages, les produits, les services, les procédés ou les procédures concernés par la délivrance de ce label remplissent certaines exigences. Les écolabels quant à eux sont des déclarations de conformité des prestations labellisées à des critères préétablis d'usage et de qualité écologique, qui tiennent compte du cycle de vie et des impacts environnementaux des produits et qui sont établis par les pouvoirs publics en concertation avec les parties intéressées (ex : distributeurs industriels, associations de consommateurs et de protection de l'environnement).

Il existe une grande variété de certifications et de labels écologiques, ce qui peut dérouter les acheteurs publics qui souhaitent intégrer un critère environnemental dans la définition du besoin. Les informations liées à un label écologique peuvent être utilisées comme aide à

---

<sup>90</sup> Article 36 de l'ordonnance du 23 juillet 2015, qui distingue les marchés réservés aux établissements ou structures employant des travailleurs handicapés et les marchés réservés à des structures d'insertion.

<sup>91</sup> Le facilitateur social appartient le plus souvent au service public de l'emploi local : plan local d'insertion pour l'emploi (PLIE) ou maison de l'emploi (MDE). Il a une double fonction : il assiste les acheteurs publics à élaborer les clauses sociales des marchés et contrôle l'exécution de ces clauses, mais il aide également les entreprises à mettre en œuvre les solutions les plus adaptées pour le marché qu'elles doivent exécuter (ex : embauche directe, appel à des structures de l'insertion par l'activité économique, possibilités de sous-traitance ou de cotraitance avec des entreprises accompagnant tous les publics éloignés de l'emploi...).

l'élaboration des spécifications techniques. L'appartenance à un label peut aussi être acceptée comme preuve de la conformité de l'offre au cahier des charges.

Cependant, il convient de ne pas exiger le recours à un label spécifique et d'accepter les équivalences, afin de ne pas opérer de restrictions en termes de concurrence. En outre, ledit label doit contenir des spécifications en lien avec l'objet du marché ou ses conditions d'exécution. Les règles de recours à un label ont été précisées par la DAJ dans une fiche technique dédiée à la définition du besoin<sup>92</sup>.

Le **coût du cycle de vie** est une notion reprise dans la directive du 26 février 2014 sur la passation des marchés publics et transposée par l'article 63<sup>93</sup> du décret du 25 mars 2016 afin de prendre en compte – au moment de l'achat – l'ensemble des coûts directs et indirects supportés par la personne publique et non pas seulement le prix d'acquisition. En effet, des coûts importants liés aux phases d'utilisation (consommation d'énergie), de maintenance (entretiens et réparations), de gestion en fin de vie (durée de vie et coût de la gestion des déchets) sont généralement omis dans les critères de choix.

Cette approche complète s'attache à monétariser à toutes les étapes du cycle de vie les impacts et les externalités environnementales (comme, par exemple, les gaz à effet de serre) de l'achat d'un produit, d'une prestation de services ou de travaux, ce qui peut se révéler complexe. Le ministère de la Transition écologique a co-piloté avec la DAE le groupe d'étude des marchés (GEM) sur le coût du cycle de vie, dont les travaux ont abouti à une première notice d'information<sup>94</sup>. Le ministère s'est également fortement engagé pour que la notion du coût du cycle de vie soit intégrée dans la norme ISO 20400, qui constitue désormais le standard international en matière d'achats responsables, au sein des entreprises comme des administrations. L'un des principaux enjeux réside dans la capacité des organismes publics ou privés à dégager des budgets permettant d'intégrer les éventuels surcoûts liés à la prise en compte du cycle de vie dans l'achat.

---

<sup>92</sup> Les exigences en matière de label doivent être fondées sur des critères objectivement vérifiables et non discriminatoires. Le label doit être établi par une procédure ouverte et transparente et ses spécifications détaillées doivent être accessibles à toutes personnes intéressées. Les exigences en matière de label doivent être fixées par un tiers sur lequel le demandeur du label ne peut exercer d'influence décisive.

<sup>93</sup> Article 63 : « *Lorsqu'un acheteur évalue les coûts selon une approche fondée sur le cycle de vie, il indique dans les documents de la consultation les données que doivent fournir les soumissionnaires et la méthode qu'il utilisera pour déterminer le coût du cycle de vie sur la base de ces données* ».

<sup>94</sup> Le GEM relatif au développement durable a par ailleurs produit plusieurs guides, dont un guide relatif aux enjeux climatiques (guide « climat ») et un autre relatif au commerce équitable.

### **V.1.2. Documents à l'appui**

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

#### **Loi n° 2014-856 du 31 juillet 2014 relative à l'économie sociale et solidaire :**

<https://www.legifrance.gouv.fr/affichTexte.do?cidTexte=JORFTEXT000029313296&categorieLien=id>

<https://www.economie.gouv.fr/ess-economie-sociale-solidaire/loi-economie-sociale-et-solidaire>

#### **Loi n° 2015-992 du 17 août 2015 relative à la transition énergétique pour la croissance verte :**

<https://www.legifrance.gouv.fr/affichTexte.do?cidTexte=JORFTEXT000031044385&categorieLien=id>

- Plus spécifiquement, l'échéancier de mise en application de la loi relative à la transition énergétique :

[https://www.legifrance.gouv.fr/affichLoiPubliee.do;jsessionid=355A1277A1707A21BCF65A81DA551084.tpdila08v\\_1?idDocument=JORFDOLE000029310724&type=echeancier&typeLoi=&legislature=14](https://www.legifrance.gouv.fr/affichLoiPubliee.do;jsessionid=355A1277A1707A21BCF65A81DA551084.tpdila08v_1?idDocument=JORFDOLE000029310724&type=echeancier&typeLoi=&legislature=14)

- En complément, la fiche technique DAJ sur « le schéma de promotion des achats publics socialement et écologiquement responsables » :

[https://www.economie.gouv.fr/files/files/directions\\_services/daj/marches\\_publics/conseil\\_acheteur/s/fiches-techniques/preparation-procedure/schema-promotion-achats-responsables-2016.pdf](https://www.economie.gouv.fr/files/files/directions_services/daj/marches_publics/conseil_acheteur/s/fiches-techniques/preparation-procedure/schema-promotion-achats-responsables-2016.pdf)

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

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

#### **Plateforme numérique du Réseau des acheteurs publics intégrant le développement durable (Rapidd) :**

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

#### **Trophées de la commande publique :**

<https://www.ecologique-solidaire.gouv.fr/decouvrez-trophees-commande-publique-2016>

#### **Plan d'action interministériel "Administration exemplaire" 2015-2020 :**

<http://circulaires.legifrance.gouv.fr/index.php?action=afficherCirculaire&hit=1&r=39246>

#### **Atelier aspects sociaux dans la commande publique :**

<https://www.economie.gouv.fr/daj/oeap-atelier-reflexion-aspects-sociaux-dans-commande-publique>

#### **Fiche DAJ relative à la définition du besoin (prise en compte de labels) :**

[https://www.economie.gouv.fr/files/files/directions\\_services/daj/marches\\_publics/conseil\\_acheteurs/fiches-techniques/preparation-procedure/definition-besoin-2017.pdf](https://www.economie.gouv.fr/files/files/directions_services/daj/marches_publics/conseil_acheteurs/fiches-techniques/preparation-procedure/definition-besoin-2017.pdf)

#### **Notice introductive de prise en compte du coût du cycle de vie dans une consultation :**

<https://www.economie.gouv.fr/daj/cout-cycle-vie-consultation>

#### **Guide issu du GEM-DD « L'achat public : une réponse aux enjeux climatiques » :**

<https://www.economie.gouv.fr/daj/guide-climat>

### V.1.3. Indicateurs quantitatifs

#### 1) Indicateurs environnementaux

Proportion des marchés publics comportant une clause environnementale, ventilées par catégories d'acheteurs publics, 2014-2016

En pourcentage (%)	2014		2015		2016	
	Nombre	Montant	Nombre	Montant	Nombre	Montant
Etat	8 %	11,6 %	9,4 %	13,7 %	13,1 %	12,4 %
Collectivités locales	13,7 %	16,2 %	15,3 %	15,8 %	17,6 %	20,8 %
« Autres »*	1,8 %	3 %	6,4 %	12,7 %	4,5 %	8,4 %
<b>Total</b>	<b>9,9 %</b>	<b>11,7 %</b>	<b>11,8 %</b>	<b>14 %</b>	<b>13,4 %</b>	<b>13,2 %</b>

\* : Hors EDF, ERDF.

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

Champ : Contrats Initiaux, tenant compte du nombre de lots.

Les catégories d'acheteurs selon la nomenclature OIECP sont présentées en annexe 2.

Le tableau qui précède appelle les commentaires suivants :

- Les ratios calculés livrent une représentation de la proportion d'utilisation d'une ou de plusieurs clauses de nature « environnementale » ou dont l'objet poursuit un objectif de développement durable au moment de la passation des marchés recensés par l'Observatoire au titre des exercices 2014 à 2016. Il s'agit d'une **clause d'exécution, au sens juridique du terme**, c'est-à-dire une clause incluse dans le contrat qui impose au titulaire du marché une action ou un comportement en faveur du développement durable. Ces statistiques ne concernent pas d'autres dispositifs en faveur du développement durable, comme l'existence d'un critère de sélection des offres dans la procédure de passation. Il s'agit donc d'une mesure partielle de l'effort de la commande publique en faveur de l'environnement qui est probablement plus important ;
- S'agissant des données relatives aux « autres » acheteurs publics ou pouvoirs adjudicateurs (établissements publics, opérateurs de réseaux...), l'échantillon est réduit : il ne prend pas en compte les acheteurs qui, comme **les opérateurs EDF et ERDF**<sup>95</sup> déclarent systématiquement, dans les données du recensement, l'ensemble de leurs contrats comme comportant *a minima* une clause de nature « environnementale » (ainsi d'ailleurs qu'une clause de nature sociale). Cette méthode constitue une marge de précaution qui garantit la robustesse des résultats, mais sous-estime l'effort réel en faveur de l'environnement ;
- De manière générale, on note une **progression relativement lente mais continue** des clauses environnementales dans la rédaction de contrats administratifs (de 9,9 %, en nombre, en 2014 à 13,4% en 2016). Les collectivités accroissent les taux moyens, tant en nombre de contrats qu'en montants, tandis que l'Etat occupe une position intermédiaire entre les collectivités et les « autres » acheteurs. En complément, l'annexe 3 présente les séries longues associées, sur la période 2009-2016 (proportions en nombre de contrats de montants supérieurs ou égaux à 90 000 € HT).

<sup>95</sup> Electricité de France, Electricité Réseau Distribution France, aujourd'hui ENEDIS.

## 2) Indicateurs sociaux

Proportion des marchés publics comportant une clause sociale, ventilées par catégories d'acheteurs publics, 2014-2016.

En pourcentage (%)	2014		2015		2016	
	Nombre	Montant	Nombre	Montant	Nombre	Montant
Etat	3,5 %	6,6 %	4,3 %	5,3 %	5,4 %	9,3 %
Collectivités locales	22,1 %	20,3 %	13,9 %	21,7 %	14 %	22,4 %
« Autres »*	1 %	0,6 %	5,6 %	11,9 %	4,3 %	8,9 %
<b>Total</b>	<b>12 %</b>	<b>9,9 %</b>	<b>8,8 %</b>	<b>10,5 %</b>	<b>8,6 %</b>	<b>11,5 %</b>

\* : Hors EDF, ERDF.

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

Champ : Contrats Initiaux, tenant compte du nombre de lots.

Les tableaux qui précèdent appellent les commentaires suivants :

- La notion de « clause » est ici entendue à l'identique de ce qui a été précisé au point 1) : seules les **clauses d'exécution**, comportant une obligation d'action ou de comportement de la part du titulaire du marché, sont mesurées. Les critères de choix ne sont pas répertoriés, par exemple, ce qui sous-estime l'effort réel de la commande publique en faveur de la préoccupation sociale ;
- S'agissant des données relatives aux « autres » acheteurs publics (établissements publics, opérateurs de réseaux...), on choisit, de même, de restreindre l'échantillon en ne retenant pas les établissements EDF et ERDF, pour la même raison qu'évoquée au point 1). Les résultats sous-estiment donc également l'effort réel consenti en faveur de la préoccupation sociale ;
- De manière générale, on note, globalement, une **progression relativement lente mais continue** des clauses sociales dans la rédaction de contrats administratifs (de 9,9 %, en valeur, en 2014 à 11,5 % en 2016). Comme pour les clauses environnementales, les collectivités accroissent les taux moyens, tant en nombre de contrats qu'en montants, tandis que l'Etat continue d'occuper, sauf en 2015, une position intermédiaire entre ces dernières et les « autres » acheteurs. En complément, l'annexe 3 présente les séries longues associées, sur la période 2009-2016 (proportions en nombre de contrats de montants supérieurs ou égaux à 90 000 € HT).
- Les taux moyens d'utilisation de clauses sociales s'établissent à un **niveau légèrement inférieur aux taux d'utilisation de clauses environnementales** (en moyenne sur la période, tous acheteurs confondus, et en arrondissant : 10 % contre 12 % en nombre de contrats, 11 % contre 13 % en montant associé).

## V.2. Marchés publics intégrant des dispositions relatives à l'innovation

### V.2.1. Rapport qualitatif sur l'innovation dans l'achat public

Dès novembre 2012, le Pacte national pour la croissance, l'économie et l'emploi, qui définit 8 leviers de compétitivité, annonce l'ambition de « mobiliser l'achat public pour accompagner le développement des PME de croissance innovantes » et fixe un objectif de 2 % des achats de l'État et de ses opérateurs attribués aux PME innovantes à l'horizon 2020.

Cet objectif pouvait sembler ambitieux, considérant que les acheteurs ont parfois des difficultés à appréhender (et donc à mettre en œuvre) la notion d'achat innovant, qui ne connaît pas de définition consacrée<sup>96</sup>, mais une pluralité d'approches et de méthodes.

Un certain nombre de mesures a été adopté depuis 2013 afin de stimuler le recours aux achats innovants, principalement au niveau de la sphère étatique, les collectivités territoriales bénéficiant du principe constitutionnel de libre administration. De nouveaux outils juridiques, ainsi que le renforcement d'outils déjà existants, ont également été proposés à l'ensemble de la communauté des acheteurs à l'occasion de la transposition des directives 2014/24/UE et 2014/25/UE.

#### 1) Actions mises en œuvre par l'Etat afin de promouvoir les achats innovants

La circulaire du Premier ministre du 25 septembre 2013 a pour objet de mettre en œuvre l'objectif fixé par le Pacte national pour la croissance en demandant notamment à chaque ministère et établissement public de l'Etat d'engager une réflexion et de **préparer une feuille de route** (stratégie, chantiers à engager, plan d'action) en matière d'achat innovant. Ces feuilles de route visent à faire connaître aux PME innovantes les thématiques sur lesquelles les pouvoirs publics ont décidé d'investir dans le cadre de la modernisation de l'action publique, qu'il s'agisse des achats courants ou des achats métiers propres à chaque administration. Chaque ministère doit en outre désigner un **référént**, porteur de la thématique au sein de son organisme.

Des actions concrètes ont été menées par les ministères économiques et financiers afin d'accompagner la transformation des achats des ministères vers l'innovation. La DAE, en tant que co-pilote désigné par la circulaire avec la direction générale des entreprises (DGE) et la DAJ, s'est ainsi employée à **développer ou soutenir de nouveaux outils et de nouvelles méthodes**. Exemples :

- une plateforme des achats d'innovation de l'Etat et ses établissements a été mise à disposition pour faciliter la mise en relation des acheteurs et des entreprises (notamment grâce à la publication d'appels à compétence par les personnes publiques ou les propositions spontanées des opérateurs, qui permettent de faire connaître les solutions innovantes déjà commercialisées ou en cours de R&D) ;
- une programmation et une déclaration des achats innovants, mesurées à l'aide d'un indicateur dédié (hors marchés de défense et de sécurité), ont été mises en place *via* le logiciel Impact ;
- une formation dédiée « *comprendre l'innovation pour mieux l'acheter* » a été créée pour les acheteurs de l'Etat ;
- un guide des achats innovants a été rédigé et diffusé (cf. *infra*).

La DGE a également promu l'accès des start-ups du *Pass French Tech*<sup>97</sup> par la mise en place d'un partenariat avec l'UGAP, qui propose ainsi de recevoir prioritairement l'ensemble des start-ups du *Pass French Tech* pour analyser l'adéquation de leurs solutions innovantes avec les futurs besoins des administrations. Par la suite, l'UGAP les informe des marchés publics à venir dans leur secteur d'activité.

<sup>96</sup> L'OCDE définit par exemple l'innovation comme l'ensemble des démarches scientifiques, technologiques, organisationnelles, financières et commerciales qui aboutissent, à la réalisation de produits ou procédés technologiquement nouveaux ou améliorés.

<sup>97</sup> Label qui référence les start-ups en hyper croissance.

L'action des ministères économiques et financiers s'est également matérialisée au **niveau territorial**. Des référents régionaux ont été mis en place au sein des DIRECCTE<sup>98</sup> avec pour missions : l'appui au *sourcing*, la sensibilisation à l'innovation des acheteurs publics, la sensibilisation des entreprises aux opportunités offertes par la commande publique et les moyens d'y accéder, l'animation des acteurs locaux. La création de la plateforme de *web sourcing* SOLAINN<sup>99</sup> est un exemple de collaboration des services de l'Etat et des acteurs locaux. Elle a été développée afin de donner une visibilité aux acheteurs publics et privés sur les entreprises innovantes, leurs produits et services disponibles *via* un moteur de recherche spécifique.

Les plateformes régionales d'achats (PFRA), pilotées par la DAE et placées sous l'autorité des préfets de région au sein des Secrétariats généraux aux affaires régionales (SGAR), interviennent aussi dans le processus d'animation locale<sup>100</sup>. Elles ont ainsi co-animées, avec les DIRECCTE et avec l'appui de l'UGAP, des journées de l'innovation locales pour sensibiliser les parties prenantes (acheteurs et entreprises) et favoriser leur rapprochement. Les PFRA ont également organisé des événements avec les chambres de commerce et de l'industrie, forums, salons, etc.

Concernant le **secteur hospitalier**, les achats sont extrêmement divers (ex : médicaments, matériels biomédicaux, équipements de soins...) et constituent le deuxième poste de dépenses après la masse salariale des établissements. Le programme « Performance hospitalière pour des achats responsables » (**PHARE**) du ministère de la santé<sup>101</sup> a pour objectif de dégager des économies intelligentes, c'est-à-dire qui permettent de donner des marges de manœuvre aux hôpitaux, dans un contexte général de réduction budgétaire et de maintien du niveau de prise en charge des patients. Une structuration de la fonction achats des hôpitaux a donc été lancée dans une optique de performance, de mutualisation et de standardisation accrues. Il s'agit également d'approfondir, d'une part, la définition des besoins, notamment par un raisonnement en coûts complets (cycle de vie des produits) et, d'autre part, la connaissance des produits disponibles, afin de stimuler la concurrence et de détecter les innovations.

Afin d'évaluer la politique d'achats innovants des services de l'Etat, conformément aux objectifs fixés, **plusieurs indicateurs** ont été créés.

La DAE a mis en place un indicateur fondé sur le recensement par les ministères de leurs achats innovants *via* le logiciel Impact, qui a notamment pour objet de mesurer les gains dans le cadre du renouvellement des achats. A ce jour, le recensement s'avère partiel, du fait de son caractère déclaratif. Certains acheteurs ont des difficultés à apprécier si la fourniture ou le service qu'ils ont acquis constitue une réelle innovation et, dans le doute, ils s'abstiennent de le déclarer comme achat innovant. Un travail d'approfondissement est donc entrepris avec les ministères pour améliorer la qualité des données déclarées.

La DGE a mis en place un autre indicateur, fondé sur les contrats passés avec des entreprises françaises (PME ou ETI) innovantes. Le caractère innovant des entreprises – et non pas de l'achat en lui-même – est défini par le fait qu'elles bénéficient du crédit d'impôt recherche (CIR)<sup>102</sup> ou du crédit d'impôt innovation (CII)<sup>103</sup> ou bien du régime de jeune entreprise innovante (JEI)<sup>104</sup>.

---

<sup>98</sup> Directions régionales des entreprises, de la concurrence, de la consommation, du travail et de l'emploi.

<sup>99</sup> La plateforme Solution Online vers les Achats Innovants (SOLAINN™) est pilotée par le Pôle Systematic Paris-Région et cofinancée par la région Ile-de-France, la DIRECCTE, le FEDER et Systematic.

<sup>100</sup> Les préfets de régions sont en effet responsables de l'exécution des politiques de l'État dans la région, ainsi que des politiques communautaires.

<sup>101</sup> Ce programme a été lancé fin 2011 par la direction générale de l'offre de soins (DGOS).

<sup>102</sup> CIR : il s'agit d'une mesure de soutien aux activités de recherche et développement (R&D) des entreprises, sans restriction de secteur ou de taille. Elle concerne les activités de recherche et de développement telles que les activités de recherche fondamentale ou appliquée et les activités de développement expérimental (prototypes ou installations pilotes). Le taux du CIR varie selon le montant des investissements.

<sup>103</sup> CII : il s'agit d'une mesure fiscale réservée aux PME, instaurée en 2013 en complément du CIR. Les PME peuvent ainsi bénéficier d'un crédit d'impôt de 20 % des dépenses nécessaires à la conception et/ou à la

Les premiers résultats obtenus sur la base de cette méthodologie sont encourageants<sup>105</sup>, mais ils doivent encore être consolidés, notamment grâce à l'élargissement progressif du champ d'étude et par le développement d'une approche plus sectorielle.

La mesure de l'achat public innovant, qui n'existait pas encore au moment de la fixation de l'objectif des « 2 % » dans le cadre du Pacte national pour la croissance, se révèle donc complexe, mais la méthodologie en la matière a progressé ces dernières années.

De manière plus générale, il est constaté que le niveau d'expertise requis pour comprendre et intégrer l'innovation dans toutes les phases de l'achat (dialogue amont, ingénierie de l'allotissement...) rend sa diffusion longue auprès des acheteurs. Les outils de communication doivent donc être renforcés pour valoriser les bonnes pratiques et contribuer au changement.

## 2) Guide des achats innovants de la DAJ (2014)

Ce guide a été rédigé dans la lignée des objectifs fixés par le Gouvernement pour faire de la prise en compte de l'innovation dans les marchés publics un levier de dynamisme de l'activité et donc de croissance économique à moyen terme.

Il a pour objet d'aider les acheteurs publics à construire des méthodes susceptibles de **repérer l'innovation et de l'intégrer dans la politique d'achat**. En effet, l'innovation ne concerne pas seulement la recherche-développement ou les achats les plus spécialisés ; la personne publique a tout intérêt à prendre en compte de procédés nouveaux et inventifs y compris dans ses activités ou ses achats les plus récurrents.

Pour accompagner les acheteurs, le guide recense **15 facteurs clés de succès** dont les principaux sont : la gestion en équipe (acheteurs et services opérationnels), la favorisation des échanges amont avec les entreprises, la connaissance du marché (veille active), l'organisation des contacts dans le respect des règles de déontologie et de confidentialité, la définition du besoin (sur la base d'exigences fonctionnelles), l'utilisation accrue des variantes, le pilotage renforcé et le suivi partenarial de l'exécution du contrat.

L'un des objectifs principaux est d'inciter les acheteurs publics à engager, sans crainte juridique mais dans le respect des principes fondateurs de la commande publique, des contacts amont avec les entreprises d'un secteur donné, qui sont le gage d'une meilleure définition des besoins et d'un achat à la fois innovant et performant.

## 3) Décret n°2014-1097 du 26 septembre 2014 portant mesures de simplification applicables aux marchés publics

En amont de la transposition des nouvelles directives, le décret introduit en droit français le **partenariat d'innovation**<sup>106</sup>, qui permet de combiner la phase de recherche/développement (R&D) et la phase d'acquisition d'un bien ou service au sein d'un même marché, sans qu'il y ait besoin de remettre en concurrence<sup>107</sup>. C'est le premier outil juridique entièrement dédié à l'innovation, dont il a vocation à simplifier la contractualisation.

Ce partenariat n'a cependant pas vocation à être employé pour l'acquisition de tout type d'innovation. En effet, l'acheteur ne peut recourir à cette procédure qu'après vérification qu'il n'existe aucune solution disponible sur le marché européen susceptible de répondre à son besoin, ce qui nécessite un état des lieux préalable. L'acheteur doit également prendre en

---

réalisation de prototypes ou d'installations pilotes d'un produit nouveau. L'assiette est plafonnée à 400 000 € par an et par entreprise.

<sup>104</sup> JEI : Le statut de jeune entreprise innovante (JEI) s'applique à des PME indépendantes de moins de 8 ans dont une partie des dépenses (au moins 15 %) est affectée à la recherche.

<sup>105</sup> En 2016, on dénombre 2,3 % d'achats contractés avec des PME innovantes - hors défense - ou 6,3 % si l'on intègre les ETI.

<sup>106</sup> Le partenariat d'innovation figure désormais dans le décret du 25 mars 2016 (articles 93 et suivants).

<sup>107</sup> A l'issue de chaque phase, les propositions sont évaluées au regard des objectifs fixés en amont entre l'acheteur et l'opérateur économique. Sur cette base, l'acheteur peut alors décider de poursuivre le partenariat ou d'y mettre un terme.

compte les conséquences attachées à la passation d'un tel partenariat, notamment en matière de détermination des prix (difficultés dans sa fixation au préalable) ou en matière de propriété intellectuelle (obtention d'une licence, cession des droits de propriété, etc.).

Concernant l'emploi du partenariat d'innovation par les acheteurs, force est de constater qu'il est encore en phase de démarrage et qu'il y a **peu de procédures connues** en la matière (il n'y a cependant pas de remontées statistiques systématiques).

Un exemple concret peut être cité à la SNCF Mobilités<sup>108</sup> qui a décidé de conclure deux partenariats d'innovation en vue d'acquérir la nouvelle génération de trains à grande vitesse « TGV 2020 » et des exosquelettes multifonctions. L'un des objectifs assignés à la conception des trains du futur est la réduction des coûts d'exploitation et de consommation d'énergie d'environ 20%. La SNCF considère que le partenariat d'innovation a constitué la forme de contrat la plus adaptée à ses besoins, du fait notamment de l'unicité contractuelle qu'il permet entre les phases de recherche et d'acquisition et de la liberté dont dispose la personne publique de poursuivre ou d'arrêter le processus en fonction des résultats obtenus.

Le centre national de la recherche scientifique (CNRS) a également utilisé à cette procédure pour la conception et la fabrication d'armoires basse tension et très basse tension destinées aux stations sismologiques pour mesurer les ondes parcourant la surface terrestre.

Ces exemples accréditent le fait que le recours au partenariat d'innovation nécessite que le service achat dispose de **moyens humains, techniques et financiers** suffisants pour engager une phase de R&D aux résultats incertains, ce qui n'est pas le cas de la majorité des acheteurs publics en France, constitutifs de collectivités locales. Les collectivités n'ont par ailleurs pas nécessairement un poids économique suffisant pour constituer une véritable demande et ainsi susciter des adaptations de *process* ou de produits de la part des opérateurs économiques.

L'acheteur public doit en effet veiller à ce que l'entreprise innovante ait suffisamment de débouchés à l'issue du partenariat pour rendre la démarche intéressante.

Dans le cas des petites structures d'achat, il peut apparaître plus simple de recourir aux autres possibilités offertes par la commande publique (procédure adaptée ou négociée, marché à tranches conditionnelles, insertion d'une clause d'innovation, etc.) qui permettent de tester l'innovation, mais qui impliquent un achat sur « étagère » et non pas développé spécifiquement.

#### 4) Décret n°2016-360 du 25 mars 2016 relatif aux marchés publics

A l'occasion de la transposition des nouvelles directives, plusieurs dispositions ont été adoptées qui concernent l'innovation.

L'article 25 du décret définit l'innovation de la façon suivante : « *sont innovants les travaux, fournitures ou services nouveaux ou sensiblement améliorés. Le caractère innovant peut consister dans la mise en œuvre de nouveaux procédés de production ou de construction, d'une nouvelle méthode de commercialisation ou d'une nouvelle méthode organisationnelle dans les pratiques, l'organisation du lieu de travail ou les relations extérieures de l'entreprise* ». Lorsque le besoin est constitutif d'une solution innovante, les pouvoirs adjudicateurs peuvent utiliser la procédure concurrentielle avec négociation ou le dialogue compétitif.

La **procédure concurrentielle avec négociation** peut être employée même si des prestations innovantes répondant au besoin sont disponibles sur le marché, contrairement au partenariat d'innovation. A l'issue de la sélection des candidatures et de la réception des offres initiales, le pouvoir adjudicateur négocie avec les soumissionnaires le contenu de ces offres<sup>109</sup> en vue d'en améliorer le contenu en termes de prix, de qualité, de délais, de conditions d'exécution, etc. Les offres ultérieures, à l'exception des offres finales, pourront également faire l'objet d'une négociation, ce qui apporte une véritable souplesse à cette procédure, dans le respect du

---

<sup>108</sup> SNCF Mobilités est l'un des trois établissements publics à caractère industriel et commercial composant la Société nationale des chemins de fer français (SNCF).

<sup>109</sup> A l'exception des critères d'attribution et des exigences minimales qui ne peuvent pas faire l'objet de négociations.

principe d'égalité de traitement des candidats. A l'instar du partenariat d'innovation, il n'y a pas à ce jour de mesure statistique du recours à la procédure concurrentielle avec négociation.

Le pouvoir adjudicateur peut également avoir recours à la procédure de **dialogue compétitif**, dans le cas où il ne parvient pas à déterminer exactement la solution qui pourra répondre à son besoin. A l'issue de la sélection des candidatures, le pouvoir adjudicateur entame un dialogue avec les différents candidats, jusqu'à ce qu'il soit en mesure d'identifier la meilleure solution. L'acheteur public informe ensuite les participants de la fin du dialogue et les invite à présenter leur offre finale. Cette procédure, relativement longue (environ une année) est adaptée aux projets de nature complexe ou stratégique.

La pratique du **sourçage** (ou *sourcing*), qui était autrefois autorisée mais non encadrée, est désormais consacrée par les textes. L'article 4 du décret dispose que « *afin de préparer la passation d'un marché public, l'acheteur peut effectuer des consultations ou réaliser des études de marché, solliciter des avis ou informer les opérateurs économiques de son projet et de ses exigences* ».

Cette pratique, promue dès 2014 par le guide de la DAJ, introduit une certaine souplesse dans les échanges des administrations avec les entreprises et répond à plusieurs objectifs :

- permettre à l'acheteur de mieux connaître la structure du secteur d'activité concerné par le marché public et les pratiques des acteurs dans ce domaine par le biais de la veille, les participations à des salons, les rencontres en amont du lancement d'une consultation ;
- offrir à l'acheteur la possibilité d'informer les opérateurs économiques d'un projet futur dans une logique de programmation, d'anticipation et de stimulation de la concurrence.

Malgré les avantages certains en termes de performance de l'achat, le sourçage n'est pas encore généralisée parmi les acheteurs publics par crainte des risques contentieux. De nombreuses questions peuvent en effet se poser à l'occasion d'une communication aux entreprises : quel contenu faut-il privilégier (formulation des attentes de l'acheteur) ? Quel support de diffusion employer (publication) ? Quel délai laisser pour les réponses ? Comment ne pas privilégier ensuite, lors de la procédure d'achat, l'offre d'une entreprise particulièrement intéressante dans la formalisation du besoin ?

La sollicitation des entreprises peut être multiforme mais doit permettre de toucher un maximum d'opérateurs économiques et de leur fournir le même niveau d'information.

L'article 58 du décret définit quant à lui les **variantes**, qui constituent « *des modifications, à l'initiative des candidats, de spécifications prévues dans la solution de base décrite dans les documents de la consultation* ». Cette faculté de recourir aux variantes repose sur l'idée qu'une définition fonctionnelle des besoins, sans privilégier une solution technique plutôt qu'une autre, est gage d'une meilleure intégration de l'innovation dans les achats, y compris les plus courants. Lorsque l'acheteur autorise (ou impose) la présentation de variantes, il doit cependant déterminer les exigences minimales et le formalisme à respecter.

Il est même possible pour une entreprise de présenter une offre variante sans que celle-ci n'accompagne une offre de base (à condition que l'acheteur n'ait pas prévu l'inverse dans les documents de la consultation). Cette disposition permet de favoriser l'accès aux petites PME innovantes, qui n'ont pas nécessairement la capacité de proposer une offre de base alors qu'elles peuvent proposer des solutions alternatives adaptées au besoin.

Les offres de base et les variantes, imposées ou autorisées, sont jugées en une seule fois sur la base des mêmes critères et selon les mêmes modalités, afin de déterminer l'offre économiquement la plus avantageuse.

## **V.2.2. Documents à l'appui**

*Toute(s) preuve(s) ou pièce(s) justificative(s) disponible(s) pour le point V.1, illustrant les mesures, les réalisations ou les défis rencontrés en matière de promotion de l'achat public innovant.*

### **Pacte national pour la croissance, l'économie et l'emploi :**

[https://www.entreprises.gouv.fr/files/files/directions\\_services/politique-et-enjeux/competitivite/pacte-croissance/pacte-national-croissance-competitivite-emploi-DP.pdf](https://www.entreprises.gouv.fr/files/files/directions_services/politique-et-enjeux/competitivite/pacte-croissance/pacte-national-croissance-competitivite-emploi-DP.pdf)

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

### **Circulaire du Premier ministre du 25 septembre 2013 :**

[https://www.economie.gouv.fr/files/files/directions\\_services/dae/doc/circulaire\\_5681\\_20130925.pdf](https://www.economie.gouv.fr/files/files/directions_services/dae/doc/circulaire_5681_20130925.pdf)

### **Plateforme des achats d'innovation de l'Etat et ses établissements publics :**

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

### **Pacte Défense/PME :**

<https://www.defense.gouv.fr/portail/enjeux2/economie-de-defense/entreprises/le-pacte-defense-pme/accueil>

### **Guide des achats innovants de la direction juridique des ministères économiques et financiers :**

[https://www.economie.gouv.fr/files/files/directions\\_services/daj/marches\\_publics/conseil\\_acheteurs/guides/guide-pratique-achat-public-innovant.pdf](https://www.economie.gouv.fr/files/files/directions_services/daj/marches_publics/conseil_acheteurs/guides/guide-pratique-achat-public-innovant.pdf)

### **Décret n° 2014-1097 du 26 septembre 2014 portant mesures de simplification applicables aux marchés publics :**

<https://www.legifrance.gouv.fr/affichTexte.do?cidTexte=JORFTEXT000029504714&categorieLien=id>

### **Décret n°2016-360 du 25 mars 2016 relatif aux marchés publics**

<https://www.legifrance.gouv.fr/affichTexte.do?cidTexte=JORFTEXT000032295952&categorieLien=id>

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

- procédure concurrentielle avec négociation :  
[https://www.economie.gouv.fr/files/files/directions\\_services/daj/marches\\_publics/conseil\\_acheteurs/fiches-techniques/mise-en-oeuvre-procedure/procedure-concurrentielle-avec-negociation-2016.pdf](https://www.economie.gouv.fr/files/files/directions_services/daj/marches_publics/conseil_acheteurs/fiches-techniques/mise-en-oeuvre-procedure/procedure-concurrentielle-avec-negociation-2016.pdf)
- partenariat d'innovation :  
[https://www.economie.gouv.fr/files/files/directions\\_services/daj/marches\\_publics/conseil\\_acheteurs/fiches-techniques/preparation-procedure/parteneriat-innovation-2016.pdf](https://www.economie.gouv.fr/files/files/directions_services/daj/marches_publics/conseil_acheteurs/fiches-techniques/preparation-procedure/parteneriat-innovation-2016.pdf)

## ANNEXES

### Annexe 1 : méthodologie de recensement des marchés publics

#### a. Approche générale

L'Observatoire économique de la Commande publique (OECF) enregistre des données de passation des marchés publics, par le biais du **recensement annuel des marchés publics**. Ce recensement est fondé en droit et obligatoire pour tout acheteur public, dès lors que le montant hors taxe du marché, même estimatif, atteint 90 000 €, quel que soit l'objet du marché. Positionné en deçà des niveaux européens, ce seuil permet, idéalement, une granularité assez fine dans l'observation.

Les concepts n'étant pas équivalents, ces données ne sont donc pas en tant que telles à rapprocher en particulier de données de dépenses publiques (DGFIP) ou de grandeurs macroéconomiques dérivant de la comptabilité nationale (INSEE).

C'est avec des données présentant de telles caractéristiques (données de passation, régularité annuelle, montant en principe supérieur ou égal à 90 000 €) que l'Observatoire fonde ultérieurement ses retraitements statistiques, calculs et présentations sur données agrégées.

L'OECF ne procède pas à ce stade à des approches par échantillonnages, encore que cela ait pu être le cas par le passé (travail conjoint avec la DG Trésor ayant mené à une enquête « TPE-PME ») et qu'il ne s'interdit aucunement d'y recourir dans son plan de travail futur (question de la sous-traitance, par exemple).

#### b. Sources des données

Une **application web** avancée, appelée REAP<sup>110</sup> et développée pour la DAJ des ministères économiques et financiers, permet l'enregistrement des données, des comparaisons historiques et l'édition de quelques statistiques descriptives.

De manière différente chacune, trois sources de données principales alimentent cette application :

- les données des collectivités locales, via une interface avec les bases de données de la direction générale des finances publiques ; cependant, depuis le 1<sup>er</sup> janvier 2017, l'application web est directement ouverte à la déclaration par le secteur public local ;
- les données du périmètre Etat, transmises sous forme de fichier annuel par l'Agence de l'informatique financière de l'Etat (AIFE) puis statistiquement retraité par l'OECF ;
- les données déclarées par les acheteurs publics eux-mêmes soumis à l'obligation de recensement, soit par la transmission de fiches de recensement directement dans l'application dédiée, soit par la transmission de fichiers (plus de 500 fiches) ensuite statistiquement retraités par l'Observatoire.

Si l'exercice du recensement des marchés publics était déjà en partie dématérialisé, l'ouverture à la déclaration directe en ligne pour le secteur public local est un pas supplémentaire vers la simplification et la dématérialisation de la collecte des données de marchés publics en France.

Ces mesures préparent la convergence, à terme, du recensement avec l'exercice des « données essentielles », probablement au début des années 2020, grâce à la mise en œuvre d'un format unique de données structurées pour les marchés publics, conforme aux normes internationales utilisées pour *l'open data*.

#### c. Méthodologie de redressement des données du secteur public local

---

<sup>110</sup> REAP : Recensement Économique de l'Achat Public.

Pour des raisons techniques, la transmission des données des marchés publics du secteur public local ne permet plus, à partir de l'exercice 2014, l'alimentation des bases de données de l'Observatoire dans des conditions adéquates et au volume attendu.

Dans ce contexte, a été décidée et produite une méthodologie de redressement de ces données, en privilégiant la simplicité et le caractère vraisemblable des estimations obtenues.

L'idée directrice est de produire une estimation, pour 2016, d'un niveau de contrats recensés qui aurait pu être obtenu si nous avions, en 2016, mesuré la commande publique locale « aussi bien » qu'un autre exercice annuel, considéré comme une référence (en l'espèce l'année 2011). Dit autrement, l'objectif de cette méthode n'est pas de « tendre vers un idéal » mais de **ramener la mesure effectuée à un niveau objectif et vraisemblable**, qui a déjà été atteint par le passé.

Pour cela, sont effectués le calcul et l'application de différents « coefficients de redressement » au moyen de comparaison à des données réelles, compilées à partir des déclarations publiques obligatoires au titre de l'article 133 du Code des marchés publics de 2006.

Cette méthode est appliquée aux communes et aux intercommunalités, qui présentent, dans la catégorie du secteur public local, les soldes les plus importants en valeur.

La présentation des données 2014 et 2015 est ensuite obtenue par rétropolation, à partir des données estimées pour 2016.

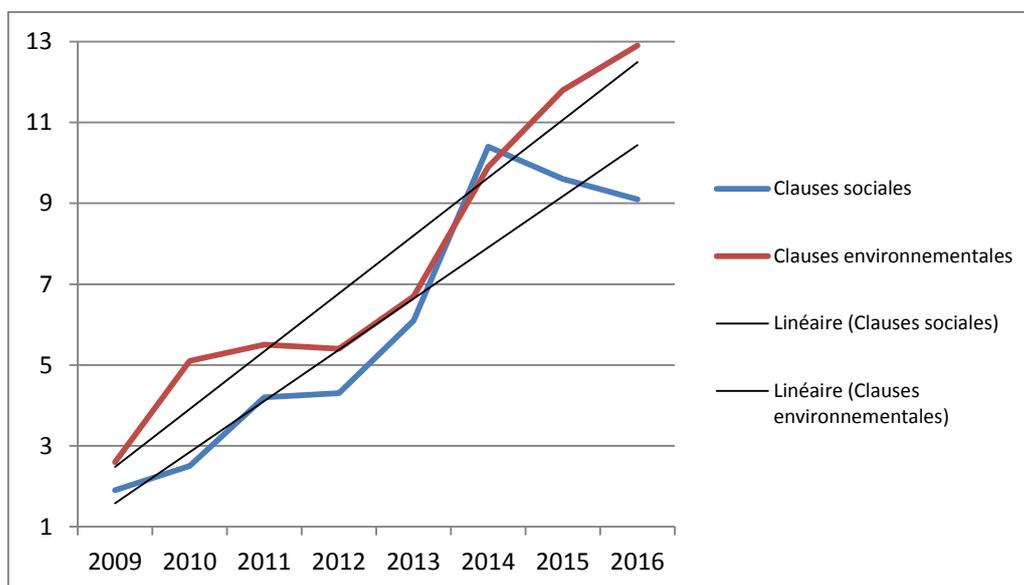
## Annexe 2 : catégories juridiques de l'OECP

La variable « Catégorie juridique » est construite par l'Observatoire pour ses besoins de traitements statistiques. Elle se définit comme suit :

<b>Catégorie juridique</b>	<b>Rattachement (cf. partie I)</b>
Autorités indépendantes	<b>Etat</b>
Secteur hospitalier	
Etablissements publics industriels et commerciaux de l'Etat	
Etablissements publics nationaux (dont hôpitaux)	
Ministères	
Services déconcentrés de l'Etat	
Caisses communales des écoles	<b>Collectivités</b>
Communes	
Départements	
Etablissements publics locaux	
Etablissements publics locaux d'enseignement	
Intercommunalités	
Etablissements médico-sociaux (hors hôpitaux)	
Régies	
Régions	
Services départementaux d'incendie et de secours	
Syndicats intercommunaux à vocation multiple	
Syndicats intercommunaux à vocation unique	
Syndicats de communes	
Associations	<b>« Autres »</b>
Chambres de commerce et d'industrie	
Divers (SNCF, RATP, EDF...)	
Groupements d'intérêt public	
SA de HLM (Habitations à Loyer Modéré)	
Organismes de Sécurité sociale, Mutuelles agricoles, Retraites	
Sociétés d'économie mixte	

### **Annexe 3 : clauses sociales et environnementales – évolution sur une période longue**

*Graphique 1 – Clauses sociales et environnementales (en % du nombre de contrats passés) – évolution sur les 8 dernières années tous acheteurs confondus*

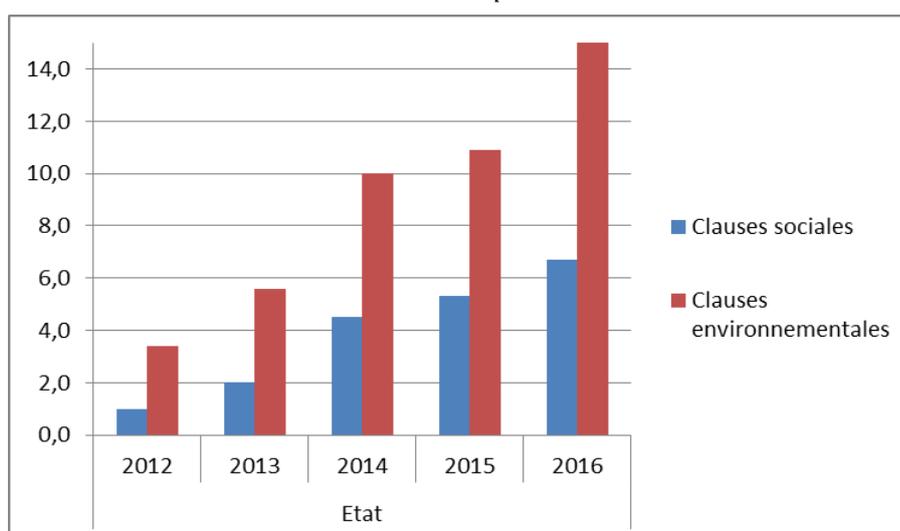


Source : Recensement annuel des marchés publics. Calculs et retraitements statistiques OCEP.  
Champ : Contrats Initiaux.

Le graphique 1 montre l'évolution générale des clauses sociales et environnementales tous acheteurs publics confondus. Il permet d'objectiver :

- la **tendance à la hausse** dans l'utilisation de ces clauses ;
- le parallélisme dans la **progression tendancielle conjointe** de l'utilisation de ces deux formes de clauses (les droites d'ajustements linéaires sont en effet quasi-parallèles).

*Graphique 2 – Clauses sociales et environnementales (en % du nombre de contrats passés) – évolution sur les 5 dernières années – périmètre Etat*



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

On constate la **prédominance de l'utilisation des clauses environnementales** par rapport aux clauses sociales dans les contrats de l'Etat (dans un rapport d'environ un à deux), avec toutefois une dynamique de progression comparable.

#### **Annexe 4 : liste des sigles**

**ADLC** : Autorité de la concurrence  
**ADEME** : Agence de l'environnement et de la maîtrise de l'énergie  
**AFA** : Agence française anticorruption  
**AFNOR** : Association française de normalisation  
**AIFE** : Agence de l'informatique financière de l'Etat  
**CCRA** : Comité consultatif de règlement amiable  
**CDBF** : Cour de discipline budgétaire et financière  
**CGDD** : Commissariat général au développement  
**CII** : Crédit d'impôt innovation  
**CIR** : Crédit d'impôt recherche  
**CRC** : Chambre régionale des comptes  
**DACG** : Direction des affaires criminelles et des grâces (ministère de la Justice)  
**DAE** : Direction des achats de l'Etat (ministères économiques et financiers)  
**DAJ** : Direction des affaires juridiques (ministères économiques et financiers)  
**DGCCRF** : Direction générale de la concurrence, de la consommation et de la répression des fraudes (Ministères économiques et financiers)  
**DGCL** : Direction générale des collectivités locales (ministère de l'Intérieur)  
**DGE** : Direction générale des entreprises (ministères économiques et financiers)  
**DGFIP** : Direction générale des Finances publiques (ministères économiques et financiers)  
**DGP** : Délai global de paiement  
**DIRECCTE** : Direction régionale des entreprises, de la concurrence, de la consommation, du travail et de l'emploi  
**DNLF** : Délégation nationale à la lutte contre la fraude  
**DUME** : Document unique de marché européen  
**EDF** : Electricité de France  
**ESS** : Economie sociale et solidaire  
**ETI** : Entreprise de taille intermédiaire  
**GE** : Grande entreprise  
**GEM** : Groupe d'étude des marchés  
**HATVP** : Haute autorité pour la transparence de la vie publique  
**INSEE** : Institut national de la statistique et des études économiques  
**OECP** : Observatoire économique de la commande publique  
**PFRA** : Plateforme régionale d'achats  
**PME** : Petites et moyennes entreprises  
**PNAAPD** : Plan national d'action pour les achats publics durables  
**RAPIDD** : Réseau des acheteurs publics intégrant le développement durable  
**RMA** : Responsable ministériel des achats  
**REAP** : Recensement économique de l'achat public  
**R&D** : Recherche et développement  
**SCPC** : Service central de prévention de la corruption  
**SGAR** : Secrétariat général aux affaires régionales  
**SNCF** : Société nationale des chemins de fer français  
**UGAP** : Union des groupements d'achats publics

## **Annexe 5 : liste des contributeurs**

La Direction des affaires juridiques des ministères économiques et financiers tient particulièrement à remercier l'ensemble des organismes et services ayant contribué à la rédaction du présent rapport (par ordre alphabétique) :

- l'Autorité de la Concurrence ;
- le Conseil d'Etat, Secrétariat général ;
- la Cour des Comptes, Secrétariat général ;
- le ministère de l'Intérieur, Direction générale des collectivités locales ;
- le ministère de la Justice, Direction des affaires criminelles et des grâces ;
- le ministère de la Transition écologique et solidaire, Commissariat général au développement durable.

Au sein des ministères économiques et financiers :

- l'Agence française anticorruption ;
- la Direction des achats de l'Etat ;
- la Direction générale de la concurrence, de la consommation et de la répression des fraudes ;
- la Direction générale des entreprises ;
- le Médiateur des entreprises.