



## PASSER DE LA DÉFIANCE À LA CONFIANCE POUR UNE COMMANDE PUBLIQUE PLUS FAVORABLE AUX PME

### *Mission commune d'information sur la commande publique*

Président : M. Philippe BONNECARRÈRE, sénateur du Tarn

Rapporteur : M. Martial BOURQUIN, sénateur du Doubs

*Rapport n° 82 (2015-2016)*

- La commande publique comprend essentiellement les **marchés publics**, les **concessions** et les **partenariats public-privé**. Elle permet de répondre aux besoins des personnes publiques et de certaines entités privées accomplissant des missions d'intérêt général (comme EDF ou La Poste) tout en assurant une égalité de traitement entre les entreprises candidates.
- Le **droit de la commande publique** a été construit à partir du droit européen de la concurrence et est empreint d'un important **formalisme juridique**. Le **rôle économique** de la commande publique est ainsi **sous-estimé** malgré les sommes en jeu (près de 400 milliards d'euros). De même, les petites et moyennes entreprises (PME) ne profitent que trop peu de son potentiel.
- Au terme de cinq mois de travaux, la mission commune d'information a adopté son rapport le 8 octobre 2015. Elle dresse un bilan du cadre juridique et économique de la commande publique tout en faisant **21 propositions concrètes pour des achats publics plus simples, plus efficaces et mis au service de l'économie**. Tout en abordant des thématiques transversales à la commande publique, la mission a dévolu une large partie de ses travaux à une meilleure prise en compte des PME dans le cadre d'une économie de proximité.

### Une commande publique aux modalités perfectibles

#### ■ Une architecture juridique complexe

Au sein de la commande publique, il convient de distinguer :

- les **marchés publics**, contrats à titre onéreux permettant à répondre à un besoin de travaux, de fourniture ou de service ;
- les **concessions**, contrats par lesquels une personne publique confie l'exploitation d'un service public ou la construction d'un ouvrage à une entreprise concessionnaire ;
- les **partenariats public-privé (PPP)**, contrats globaux prévoyant un étalement dans le temps des paiements de la personne publique.

Chacune de ces catégories possède un cadre juridique propre caractérisé par sa **complexité**. Il existe par exemple cinq régimes de marchés publics, notamment élaborés pour répondre aux spécificités des entités adjudicatrices – entreprises publiques exerçant une activité de réseau comme EDF – et des achats de défense et de sécurité.

En réaction notamment à cette complexité, une **crainte du contentieux** a émergé chez les acheteurs publics alors que les recours administratifs ne concernent que 1,5 % des contrats et que le nombre de condamnations pénales se limite à une trentaine par an.

#### ■ Un montant approchant 400 milliards d'euros

Alors que le **montant de la commande publique** est parfois évalué à 80 milliards d'euros – chiffre qui correspond aux seuls marchés publics recensés par l'Observatoire économique de l'achat public (OEAP) – la mission d'information démontre qu'il approche **400 milliards** en croisant plusieurs sources (INSEE, OEAP, etc.).

Elle constate ainsi l'existence d'un véritable « **trou noir statistique** » qu'il convient de résorber afin de mieux appréhender la commande publique.

### ■ Une contribution toujours trop faible au développement des PME

En 2011, les PME ont représenté **35,7 % du chiffre d'affaires** des entreprises françaises mais seulement **25 % du montant total des marchés public**, soit environ 10 points de moins qu'en Allemagne. La part des PME innovantes dans les achats de l'État ne dépasse pas 0,01%.

Un décrochage est également constaté pour les marchés dont le montant dépasse un million d'euros.

Si des mesures significatives ont été prises (allotissement, raccourcissement des délais de paiement, *etc.*), la commande publique profite trop peu aux PME et leurs contraintes de trésorerie restent fortes.

### ■ La transposition du paquet « commande publique », une opportunité à saisir

Constitué de trois directives européennes du 26 février 2014, ce paquet représente une opportunité car il **s'éloigne de la vision formaliste des marchés publics** et prône une **démarche plus économique**.

Devant être transposé avant 18 avril 2016, il

## Pour une commande publique plus simple, plus efficace et au service de l'économie

### ■ Mieux prendre en compte la situation des PME et favoriser une économie de proximité

Il est nécessaire de **faciliter l'accès des PME à la commande publique**.

Sans préconiser une politique de quotas du fait de son inconstitutionnalité, la mission d'information propose que la **proportion des marchés attribués aux PME figure dans la liste annuelle des marchés** réalisée par les collectivités territoriales au titre de l'article 133 du code des marchés publics. Cette mesure inciterait les collectivités à se fixer des objectifs d'accès des PME et à adopter une politique volontariste pour les atteindre.

Il est également de la responsabilité des acheteurs **d'éliminer les offres anormalement basses** - qui représentent une concurrence déloyale pour les PME - au terme de la procédure contradictoire prévue à l'article 55 du code des marchés publics.

Enfin, les **groupements d'entreprises** - comme le groupement CRRRI 2000 basé à Montbéliard qui rassemble 37 entreprises - permettent aux PME de se voir attribuer des contrats qu'elles ne pourraient exécuter seules.

visé à fournir une **nouvelle palette d'outils** aux acheteurs pour atteindre des objectifs économiques et renforcer la place des PME. Font partie de ces outils :

- la procédure concurrentielle avec négociation, qui permettra d'échanger avec les candidats même en appel d'offres ;
- la possibilité de rendre l'allotissement obligatoire pour les entités adjudicatrices, possibilité que la France a retenue ;
- la dématérialisation des procédures d'ici octobre 2018.

La France a fait le choix de **transposer ces directives par ordonnances**.

Le Gouvernement souhaite également **regrouper ces normes** dans une optique de simplification du droit. Ainsi, alors que les dispositions relatives aux marchés publics et aux partenariats public-privé sont aujourd'hui réparties entre 17 vecteurs juridiques différents, la transposition permet de les rassembler dans l'ordonnance n° 2015-899 du 23 juillet 2015 et dans un à deux décrets d'application. Un travail comparable est en cours concernant les concessions.

La mission d'information préconise aussi de rendre les **conditions d'exécution** des contrats plus favorables aux PME en :

- améliorant leur **trésorerie**. L'avance obligatoire pourrait ainsi passer de 5 à 10 % du montant du marché ;
- **luttant contre le travail détaché illégal** par des mesures concrètes (mobilisation de l'inspection du travail, possibilité de donner la faculté aux organismes sociaux du pays d'accueil de prélever les cotisations sociales pour le compte du pays d'origine du travailleur détaché, *etc.*) ;
- faisant des **clauses sociales et environnementales** des **clauses d'exécution** du contrat et non d'attribution afin d'éviter tout effet d'éviction des PME.

Ces actions en faveur de l'accès des PME à la commande publique sont complémentaires des **politiques d'achats locaux** rendues possibles par l'article 53 du code des marchés publics. Peuvent ainsi constituer des critères d'attribution d'un marché public : les performances en matière de protection de l'environnement, les délais de livraison, la sécurité d'approvisionnement, *etc.*

### ■ Simplifier les procédures et réduire leur coût

Les **coûts de procédure** – que la commission européenne évalue à 30 000 euros par marché – **doivent être réduits**.

La **simplification des démarches** constitue un levier d'action important mais difficile à mettre en œuvre : le document unique de marché européen (DUME) – censé regrouper toutes les informations relatives à la candidature dans un même document – n'est pas encore opérationnel car trop complexe.

La mission d'information propose de **généraliser les marchés publics simplifiés** – qui permettent de répondre à un appel d'offres en indiquant seulement un numéro de SIRET –, de **développer les logiciels d'assistance** à la rédaction des marchés – qui représentent un gain de temps appréciable pour les acheteurs – et de poursuivre la **dématérialisation des procédures**.

Si le **seuil minimum** en dessous duquel les acheteurs publics sont dispensés de publicité est passé le 1<sup>er</sup> octobre 2015 de 15 000 à 25 000 euros HT, la mission d'information propose de l'augmenter à **40 000 euros HT d'ici trois ans**. En contrepartie, elle appelle de ses vœux la mise en œuvre de procédures d'**autocontrôle** de ces marchés (établissement d'une liste d'attributaires, sollicitation de trois devis pour chaque besoin, *etc.*) afin de s'assurer du respect du droit de la commande publique.

### ■ Faire émerger une véritable culture de l'achat public

Les acheteurs publics n'étant pas suffisamment formés et reconnus, il convient d'intégrer des **enseignements pratiques** relatifs à la commande publique **dans les cursus de l'enseignement supérieur**. La diffusion des bonnes pratiques doit également être encouragée avec la publication d'un **manuel d'accompagnement** aux acheteurs faisant référence dans la « communauté de la commande publique ».

La **mutualisation** de la commande publique permet, en outre, de bénéficier d'une expertise de professionnels de l'achat public comme le montre l'exemple du marché de gaz naturel de l'UGAP qui regroupe 3 800 acheteurs ne disposant pas des ressources nécessaires pour lancer ce type de marchés par leurs propres moyens. Les **centrales d'achat** doivent ainsi être **renforcées** avec un effort particulier à réaliser pour développer leur **nouvelle mission de conseil aux acheteurs**.

### ■ Libérer les acheteurs d'une approche purement formelle de la commande publique

La mission d'information souhaite permettre aux acheteurs d'élaborer de **véritables politiques d'achat** et donc de passer d'une vision strictement juridique de la commande publique à une approche plus économique.

Le **sourçage** – qui consiste à se renseigner sur l'état de l'offre avant de lancer un marché – doit être développé car il s'agit d'un préalable à tout bon achat.

En outre, si le **délit de favoritisme** est un garde-fou indispensable, il convient de le **recentrer** sur la volonté d'avantager une entreprise et d'exclure de son périmètre les méconnaissances involontaires des règles de la commande publique, ces dernières étant contrôlées par les juridictions administratives.

### ■ Veiller à la préservation des principes français de la commande publique

Le partenariat transatlantique (TIPP) que la commission européenne est en train de négocier pourrait avoir des conséquences sur la commande publique.

Le mandat de négociation évoque notamment la création d'un organisme de règlement des différends dont la logique rejoindrait celle de l'arbitrage et pourrait supplanter les juridictions administratives.

Or, la mission d'information juge qu'une remise en cause des équilibres européens de la commande publique n'est pas opportune dans la mesure où leur évolution vers une logique plus économique est satisfaisante.

## Les 21 propositions du rapport

1. Laisser toute sa place au débat parlementaire en débattant des projets de ratification des ordonnances.
2. Utiliser pleinement la procédure de l'article 55 du code des marchés publics en rejetant toute offre anormalement basse, comme la directive « marchés » l'impose et la procédure contradictoire le permet en toute sécurité.
3. Prévoir l'obligation, pour les collectivités territoriales, de publier la proportion de leurs marchés attribués aux PME en même temps que la liste annuelle des marchés.
4. Améliorer la trésorerie des PME en prenant, dans leur cas, les mesures suivantes : faire passer l'avance obligatoire de 5 % à 10 % du montant du marché et la rendre obligatoire pour les marchés de plus de 25 000 euros HT ; ramener la retenue de garantie de 5 % à 3 % et accélérer son paiement à l'entreprise.
5. Faire des clauses sociales et environnementales des clauses d'exécution plutôt que des critères d'attribution.
6. Éviter que le recours aux travailleurs détachés dans les marchés publics conduise à une concurrence déloyale : rejeter les offres anormalement basses (Cf. recommandation n° 2) en particulier dans ce cas ; mobiliser les corps de contrôle concernés pour que les normes édictées ne restent pas lettre morte ; lutter contre la fraude dans le pays d'origine en faisant de la délivrance du formulaire A1 la condition préalable à tout détachement, et examiner la possibilité de donner la faculté aux organismes sociaux du pays d'accueil de prélever, pour le compte du pays d'origine, les cotisations sociales ; renégocier la directive 96/71/CE, de manière à prévoir que le régime des cotisations sociales applicables est celui du pays d'accueil.
7. Favoriser l'innovation dans les marchés publics en étendant l'objectif de part des PME innovantes dans le montant des achats publics à l'horizon 2020 (actuellement de 2 %) à l'ensemble des administrations publiques, et en le portant à 4 % à l'horizon 2025 ; en étendant aux appels d'offres la règle selon laquelle, sauf indication contraire du pouvoir adjudicateur, les variantes sont autorisées ; en sécurisant les partenariats d'innovation ; en ouvrant la plateforme des achats d'innovation à l'ensemble des administrations publiques, en particulier aux collectivités territoriales.
8. Généraliser les marchés publics simplifiés.
9. Simplifier le document unique de marché européen (DUME) pour le rendre opérationnel.
10. Relever le seuil inférieur des MAPA à 40 000 euros HT d'ici trois ans tout en prévoyant des procédures d'autocontrôle, comme le cas échéant le contrôle du président de la commission d'appel d'offres.
11. Simplifier les conditions de publicité des contrats de la commande publique.
12. Généraliser l'utilisation des logiciels d'assistance à la rédaction des marchés en donnant un libre accès à ORME.
13. Dématérialiser progressivement l'ensemble des procédures en établissant un calendrier d'actions précis et une programmation financière pour le « plan national de dématérialisation des marchés publics » ; et en étalant dans le temps l'obligation de dématérialisation des marchés inférieurs aux seuils européens en fonction de la taille des acheteurs.
14. Mieux former et accompagner les acheteurs.
15. Asseoir les centrales d'achat en favorisant leur coopération ; en développant leur nouvelle mission de conseil aux acheteurs ; en étendant leur activité dans les autres États membres de l'Union européenne.
16. Poursuivre la mutualisation des achats à l'échelle locale.
17. En cas d'irrégularité purement formelle, permettre la régularisation de l'offre, même en appel d'offres ; s'il y a une seule offre régulière, prévoir l'obligation de demander la régularisation des offres irrégulières.
18. Rendre les règles relatives à la transparence plus compatibles avec un achat public efficace, en recentrant le délit de favoritisme sur l'intention dolosive de l'acheteur public et l'étendant aux concessions de travaux et de services « non publics » ; en alignant la notion de conflits d'intérêts de l'ordonnance n° 2015-899 du 23 juillet 2015 relative aux marchés publics sur celle retenue par la loi n° 2013-907 du 11 octobre 2013 relative à la transparence de la vie publique.
19. Inciter au *sourçage* en généralisant les rencontres entre les acheteurs publics et les entreprises sous l'égide des organismes consulaires.
20. Mettre en place un dispositif statistique permettant effectivement le recensement des marchés publics, des concessions et de la sous-traitance, et la mesure de la place des PME dans la commande publique.
21. Veiller à ce que le partenariat transatlantique de commerce et d'investissement (TTIP) ne remette pas en cause les principes français du droit de la commande publique.



### Mission commune d'information sur la commande publique

[http://www.senat.fr/commission/missions/commande\\_publicque.html](http://www.senat.fr/commission/missions/commande_publicque.html)

*Président*  
**M. Philippe  
 Bonnecarrère**  
 Sénateur (UDI-  
 UC)  
 du Tarn



*Rapporteur*  
**M. Martial  
 Bourquin**  
 Sénateur  
 (SOC)  
 du Doubs

