

**”Commande publique responsable : un levier
insuffisamment exploité”. A propos d’un nouveau
Rapport du Conseil économique, social et
environnemental (Cese)**

Florian Linditch

► **To cite this version:**

Florian Linditch. ”Commande publique responsable : un levier insuffisamment exploité”. A propos d’un nouveau Rapport du Conseil économique, social et environnemental (Cese). Contrats et marchés publics , LexisNexis, 2018. hal-02121774

HAL Id: hal-02121774

<https://hal-amu.archives-ouvertes.fr/hal-02121774>

Submitted on 6 May 2019

HAL is a multi-disciplinary open access archive for the deposit and dissemination of scientific research documents, whether they are published or not. The documents may come from teaching and research institutions in France or abroad, or from public or private research centers.

L’archive ouverte pluridisciplinaire **HAL**, est destinée au dépôt et à la diffusion de documents scientifiques de niveau recherche, publiés ou non, émanant des établissements d’enseignement et de recherche français ou étrangers, des laboratoires publics ou privés.

FOCUS

"Commande publique responsable : un levier insuffisamment exploité"

A propos d'un nouveau Rapport du Conseil économique, social et environnemental (Cese)

<https://www.caissedesdepotsdesterritoires.fr/cs/ContentServer?pagename=Territoires/Ar>

Le Conseil économique, social et environnemental (Cese) a livré le 27 mars dernier un beau rapport de près de 90 pages sur le thème pourtant rebattu de la commande publique responsable.

Définition de l'achat responsable

Le rapport considère qu'un achat responsable s'il :

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

Il ne semble pas que l'achat doive réunir ces conditions qui ne produisent pas d'ailleurs d'effet juridique, mais il s'agit à travers ces quatre items d'envisager de manière suffisamment riche et attractive la dimension durable de chaque achat afin que chaque acheteur prenne conscience du levier dont il dispose lorsqu'il passe un marché.

Présentation d'ensemble

Le rapport tire un premier bilan de la réforme 2015-2016 et donc d'examiner le nouveau cadre juridique de la commande publique responsable afin de rappeler les notions clés, les objectifs

de développement durable qui lui sont assignés ainsi que les grandes étapes qui ont marqué son évolution au cours de la dernière décennie » (p. 7).

Dans une seconde partie, il fait un état des lieux en demi-teinte « des pratiques observées auprès des différentes parties prenantes », en considérant qu'elles n'atteignent pas pour autant les objectifs affichés initialement par les pouvoirs publics » (Idem). Pour cette raison, la troisième partie regroupe des pistes de réflexion pour « optimiser le potentiel offert par le nouveau cadre juridique de la commande publique » et même « réinterroger certains principes à l'échelle nationale et européenne » (Id.).

Statistiques étonnantes

Bien que non reliées directement au sujet de l'étude, on trouvera des statistiques très intéressantes, à commencer par le nombre d'acheteurs publics au sens de l'ordonnance de 2015 : 132.000 pour la France (selon l'UGAP), ce nombre traduisant un morcellement supérieur à celui des autres pays européens (décentralisation oblige : les collectivités locales représentent 53,5% des achats, contre seulement 15,4 % pour l'Etat, suivi des bailleurs sociaux 13,9 % de la santé, 7,4 et des opérateurs publics 4,8%, c'est-à-dire SNCF, RFF, RATP, EDF, ADP, UGAP, etc.).

De même, on sera surpris d'apprendre que « selon l'OCDE, la commande publique représente 15,1 % du PIB en France soit quasiment le même niveau que l'Allemagne (15 %), alors qu'elle se situe à moins de 10 % du PIB en Grèce et en Irlande contre plus de 20 % aux Pays-Bas » (p. 10).

Nouveaux textes intéressant le développement durable

Hormis le droit commun de la commande publique tel qu'il résulte de l'ordonnance du 23 juillet 2015 et du décret du 25 mars 2015 (spécifications techniques, marchés réservés, critères intégrant le cycle de vie, allotissement, etc...) plusieurs textes doivent être signalés.

L'article 13 de la loi du 31 juillet 2014 relative à l'économie sociale et solidaire a instauré pour encourager les acheteurs publics dans la voie des achats responsables, l'obligation d'adopter et de publier un schéma de promotion des achats publics socialement responsables. Cette obligation ne concerne que les acheteurs dont le volume financier atteint le seuil minimum de 100 millions d'euros HT, soit « la quasi-totalité des régions, une soixantaine de départements, près de 70 établissements publics de coopération intercommunale et une dizaine de communes (dont la population est supérieure à 250 000 habitants) » (p. 22), ce qui représente 160 collectivités publiques locales.

Quant au contenu de ces schémas, initialement limités aux « marchés publics comportant des éléments à caractère social visant à concourir à l'intégration sociale et professionnelle de travailleur handicapés ou éloignés du marché du travail », la loi du 17 août 2015 relative à la transition énergétique pour la croissance verte les a élargi « à la promotion des achats publics écologiquement responsable » (p. 22).

Pour information, le schéma grenoblois s'articule autour de trois grands objectifs :

- la promotion de l'emploi et de l'insertion ;
- la protection de l'environnement et de la santé ;
- la facilitation de l'accès à la commande publique pour les acteurs économiques du territoire

La loi de 2015 fixe également de nouvelles obligations à l'État et ses établissements et opérateurs, « de fonctionnement interne, et impose des objectifs nationaux...ces obligations couvrent des domaines tels que :

- la rénovation des bâtiments pour économiser l'énergie ;
- le développement de transports propres ;
- les points de charge pour les véhicules électriques et hybrides ;
- l'économie circulaire (article 40) ;
- le schéma de promotion des achats publics socialement et écologiquement responsables – SPASER - (article 76).

Enfin, le décret du 7 avril 2016 relatif à la prise en compte de la performance énergétique dans certains contrats et marchés publics, indique que les acheteurs de l'État et de ses établissements publics sont tenus d'acquérir ou de louer des bâtiments déjà construits attestant d'une haute performance énergétique.

La loi du 4 août 2014 pour l'éga-conditionnalité des marchés publics interdit notamment l'accès aux marchés publics aux entreprises ayant été condamnées pour discrimination, méconnaissance ou encore violation de l'obligation de négociation en matière d'égalité professionnelle.

En fin, la loi du 28 février 2017 relative à l'égalité réelle outre-mer favorisant l'accès des TPE/PME à la commande publique contient ainsi des dispositions qui feront l'objet d'une phase expérimentale pendant cinq ans. Il s'agit principalement d'un mécanisme permettant aux acheteurs publics de réserver jusqu'à un tiers de leur marché aux PME locales, dans les limites de 15 % du montant annuel moyen des marchés d'un secteur économique donné (ce montant moyen étant calculé sur les trois années précédentes).

Par ailleurs, la loi prévoit la mise en place de « plan de sous-traitance » censé favoriser le recours à des PME pour différentes prestations. Ainsi, pour les marchés supérieurs à 500 000 euros HT, les soumissionnaires seront désormais tenus de présenter un « plan de sous-traitance » prévoyant des montants réservés aux PME.

Les plans nationaux d'action pour les achats publics durables (PNAAPD)

Après un premier plan 2007-2020, un second plan portant sur la période 2014-2020, fixe les objectifs suivants :

- « 30 % des marchés devraient intégrer une disposition environnementale ;

- 25 % une disposition sociale ;
- dès l'étape de la définition du besoin, 100 % des marchés feraient l'objet d'une analyse approfondie pour définir les objectifs de développement durable et leur possible intégration ;
- 60 % des organisations publiques seraient signataires de la charte pour l'achat public durable (promue par le second PNAAPD) ;
- et 100 % des produits et services achetés par les organisations publiques seraient des produits à haute performance énergétique, sauf si le coût global est supérieur à celui des produits et services classiques » (p. 28).

Faible part des TPE/PME dans le volume des achats

Si les PME représentent 99 % des entreprises en France, elles ne comptaient en 2013 que pour 58 % dans la commande publique et seulement 30 % des contrats publics en valeur (p. 47).

La réforme de 2015 a donc pour ambition de rendre plus accessible le marché de la commande publique aux PME à travers diverses mesures. La plus significative est celle de l'allotissement qui devient la règle. On peut également citer le relèvement du seuil de dispense de procédure à 25 000 euros et des partenariats publics-privés devant obligatoirement comporter une part réservée aux PME, fixée à 10 % pour les contrats de concession.

Le rapport pointe toutefois une réforme nécessaire intéressant les groupements : il s'agit de « la responsabilité que doit endosser l'entreprise « tête de file ». Cette responsabilité d'ordre technique et financière est souvent perçue comme un frein réel à la constitution de ces groupements » (p. 48).

De même, on sera intéressé par la mise en concurrence des sous-traitants par les titulaires de marchés, qui, à cette occasion délaissent les préoccupations environnementales, pour ne privilégier que le prix. Plusieurs secteurs sont signalés : les carriers, les producteurs de béton, souvent contraints de laisser au second plan leur démarche environnementale (p. 49).

On lira également avec profit les développements consacrés au sourcing (p. 57), encore pratiqué de manière frileuse, ainsi que ceux qui intéressent le développement de plate-formes (joliment baptisées « vitrines mutualisées ») particulièrement efficaces pour faire connaître les TPE-PME (Idem). Quelques noms méritent d'être cités : Zig et Zagen Alsace, Pro.conso Solidaires en Rhône-Alpes, et dans le domaine alimentaire : Agrilocal, Repasbio.org, Mes produits en ligne (plateforme initiée par les chambres d'agriculture).

Pratique inégale des clauses sociales

Ici, encore, des statistiques intéressantes sont produites : « les marchés comportant des clauses sociales sont essentiellement ceux de travaux et dans une moindre mesure, ceux de service, tandis que les marchés de

fournitures sont par nature, minoritaires. A ce titre, le rapport précité de l'IGAS précise les secteurs où sont effectuées ces heures à savoir :

- 58 % dans celui de la construction (46 % bâtiment et 12 % travaux publics) ;
- 16,5 % dans le nettoyage et les espaces verts ;
- 7,5 % dans le domaine de l'eau ;
- 5 % dans la santé et l'action sociale ;
- et 4 % dans les prestations intellectuelles.

Même constat pour les marchés réservés aux travail adapté ou protégé : « la part du chiffre d'affaires des entreprises adaptées réalisée avec les acheteurs.. représente 13 % dont 8 % de collectivités territoriales. La commande publique aux ESAT et aux EA est aussi caractérisée par une forte concentration sur quelques secteurs d'activités. Ainsi, plus de 30 % des marchés réservés en 2013 ont été passés pour des prestations liées à l'entretien des espaces verts, (plus de 40 % en y ajoutant l'entretien de la voirie) » (p. 52).

La frilosité des acheteurs publics peut être pointée alors même qu'ils ont adopté une démarche dans le secteur : « pour des petits marchés (moins de 15 000 euros), les acheteur.euse(s) peuvent être « tétanisé(e)s » par la crainte d'un recours et ont tendance à introduire des clauses spécifiques de façon disproportionnée. Dans certains cas, les clauses d'insertion sont contre-productives alors que des entreprises réellement « insérantes » car développant des actions d'apprentissage et de formation continue, ne peuvent pas se distinguer faute de certifications ou labels reconnaissant des pratiques sociales vertueuses ». (p. 53).

Associations et commande publique

On doit au Rapport de forts constats, sur l'effet destructurant, voire destructeur, du « tout commande publique ». Sans revenir sur les qualifications abusives de subventions en marchés, il insiste sur plusieurs points redoutables : « nombreux(euses) sont les acteur(rice)s du tissu associatif qui n'ont « ni la maturité structurelle ni les moyens humains pour répondre à ces appels d'offres ». A titre d'exemple, les associations des secteurs de la petite enfance, celles intervenant dans le champ périscolaire ou auprès des personnes âgées, bénéficient pour nombre d'entre elles, d'une délégation de service public (DSP). Les durées définies pour les marchés de service ou délégation de service public se limitent à trois ans et parfois à un an renouvelable deux fois. La répétition des mises en concurrence limite le potentiel de mesure de l'impact réel d'un service public et instaure une forme d'instabilité permanente pour le.la délégataire et les équipes salariées. De plus, les cahiers des charges sont souvent disproportionnés et inadaptés aux capacités de réponse des acteur(rice)s associatif(ive)s du territoire, notamment en milieu rural, la surabondance de critères dissuadant même les bénévoles de petites associations de concourir. Pour ces dernières, un accompagnement juridique pourrait s'avérer utile pour le montage des dossiers. La systématisation de la commande publique et la mise en concurrence entre « offreur(euse)s » risquent de contribuer à la banalisation du rôle des associations par la seule considération de leur place d'acteur(rice)s économiques, dissociée de leurs projets associatifs. Conformément aux propos tenus par Philippe Jashan, l'enjeu autour de la commande publique est double pour le secteur associatif :

- créer les conditions au sein de la commande publique pour que certains services ne soient pas marchandisés ;

- utiliser les bons outils par les collectivités publiques auprès des bon(ne)s acteur(rice)s, ce qui signifie privilégier la subvention qui apparaît comme la plus sécurisante et la mieux adaptée au modèle socio-économique des associations » (p. 54).

Le droit français de la commande publique serait d'ailleurs plus sévère que le droit de l'Union : « le Haut conseil de la vie associative (HCVA) a dressé le constat d'une « sous-transposition » des directives européennes concernant leurs dispositions relatives aux clauses sociales : la réglementation française ne retranscrirait pas pleinement l'ensemble des critères qualitatifs d'attribution ouvert au niveau européen. La prise en compte des catégories défavorisées et vulnérables, ou encore de l'implication ou la participation des utilisateur(rice)s, telle que prévue par l'article 76 de la directive, n'est pas suffisante dans la réglementation française » (p.55).

Circuits courts, des progrès à réaliser

Même si les circuits courts commencent à prendre place dans la commande publique (le Rapport ne fournit hélas pas de statistiques), plusieurs points sont perfectibles : « cette définition est trop restrictive car plutôt que de s'attacher aux caractéristiques des produits, elle se focalise sur celles de la chaîne de commercialisation qu'elle limite à un(e) intermédiaire entre le producteur(rice)(agricole) et le (la) consommateur(rice) final(e). Cependant, mixée à une définition précise des modes production et/ou des propriétés organoleptiques des produits, cette notion de circuits courts permet aux acheteur(euses) de favoriser l'approvisionnement en produits locaux en contournant les contraintes juridiques tenant à l'interdiction des clauses visant une origine géographique. Elle doit cependant être utilisée avec précaution pour ne pas se heurter aux principes de non-discrimination et de libre circulation des marchandises » (p. 56).

Une personne auditionnée a expliqué que « grâce à un bon sourçage de la part des acheteur(euse)s public (que)s et aux actions communes des coopératives agroalimentaires et des grossistes, il a été possible de réintroduire des productions plus locales, comme le lait biologique qui était auparavant importé d'Allemagne, des champignons produits en Ile-de-France, du porc de montagne en Savoie, etc., ce qui a permis de redynamiser des filières entières » (Idem).

En revanche, trois obstacles tenant à la mise en œuvre des règles de la commande publique demeurent :

1° « l'offre peut se heurter à l'écueil du prix qui est encore le facteur prépondérant de choix » (Id.) ;

2° « Les gestionnaires public(que)s semblent également faire preuve d'une grande frilosité pour appliquer des clauses de réexamen des prix ». (Id.)

3° certaines clauses techniques sont inadaptées : la multiplication des points de livraison, l'emballage (palettisation exigée trop systématiquement) jouent également un effet d'éviction.

Coût global et granit chinois

Même si on pourra juger le propos anecdotique (mais il ne l'est pas pour les producteurs concernés), le Rapport fournit un exemple parfait de l'intérêt de la démarche en coût global.

On découvre en effet qu'alors même que les granits bretons ne représentent jamais que 2 ou 3% du prix des travaux (routiers, notamment), le granit chinois continue à être importé. L'explication tient à son faible prix lié... au fait qu'il s'agit d'un matériaux utilisé pour stabiliser les porte-conteneurs à fond plats, ce qui revient leur conférer un coût de transport quasiment nul (p. 57), et un bilan énergétique inversement proportionné... .

Enfin on trouvera dans la troisième partie du rapport nombre de propositions qui émergent déjà en filigrane des constats qui précèdent, spécialement, pour ce qui concerne « la mise en relation entre l'offre et la demande grandement facilitée par le sourçage » (p. 73). Compte tenu de la richesse des informations et analyses offertes, on ne peut que recommander la lecture d'un rapport qui permettra à minima de susciter la réflexion des acheteurs sur leur pratiques quotidiennes, et peut-être, de donner un sens supplémentaire à la dépense publique.

VEILLE

Premier ministre, Rapport sur « Les leviers permettant de dynamiser le Travail d'Intérêt Général »

https://france3-regions.francetvinfo.fr/bourgogne-franche-comte/sites/regions_france3/files/assets/documents/2018/03/06/rapport_mission_tig-3544589.pdf

Emporter un marché en employant des travailleurs d'intérêt général (dit « tigestes »), telle est la proposition de ce rapport remis durant le mois de mars au Premier ministre par le député Didier Paris (Côte d'Or – EM) et David Layani, président de la société Onepoint, entreprise spécialisée dans le digital.

L'article 132-57 du Code pénal pose le principe de la conversion de la peine d'emprisonnement ferme en sursis-TIG : « Lorsqu'une condamnation pour un délit de droit commun comportant une peine d'emprisonnement ferme de six mois au plus a été prononcée, le juge de l'application des peines peut, lorsque cette condamnation n'est plus susceptible de faire l'objet d'une voie de recours par le condamné, ordonner qu'il sera sursis à l'exécution de cette peine et que le condamné accomplira, pour une durée de vingt à deux cent quatre-vingts heures, un travail d'intérêt général non rémunéré au profit soit d'une personne morale de droit public, soit d'une personne morale de droit privé chargée d'une mission de service public ou d'une association habilitées à mettre en œuvre des travaux d'intérêt général.»

Or, en 2016, les TIG représentaient seulement 6% des peines prononcées sur le territoire avec 36 428 mesures, or ce chiffre devrait augmenter dans les années à venir. Il est en effet envisagé par l'Élysée de lutter contre la surpopulation carcérale en élargissant les peines en milieu ouvert (c'est-à-dire hors de prison).

D'où la proposition que chaque entreprise bénéficiaire d'une commande publique soit non seulement habilitée à recevoir des tigestes, mais en plus soit incitée dans le cadre de clauses de réinsertion sociale.

A l'Assemblée nationale

<http://lignesdedefense.blogs.ouest-france.fr/archive/2018/02/28/externalisations-la-cour-des-comptes-donne-rendez-vous-le-25-19108.html>

A la demande de l'assemblée nationale, la Cour des comptes a commencé début mars des investigations sur les « *contrats d'externalisation du soutien aux armées en opérations extérieures* ». L'enquête devrait dépasser les seuls domaines des transports aériens stratégiques et tactiques, et intégrer diverses sous-traitances, y compris la restauration.

Cette mission d'assistance au Parlement est prévue par l'article 58 de la loi organique du 1^{er} août 2001 relative aux lois de finances qui prévoit dans son 2^o la possibilité pour la commission des finances de l'Assemblée nationale et du Sénat de demander à la Cour la réalisation de toute enquête sur la gestion des services ou organismes qu'elle contrôle. Les conclusions de ces enquêtes sont obligatoirement communiquées dans un délai de huit mois après la formulation de la demande à la commission dont elle émane, qui statue sur leur publication.

Plusieurs sont encours :

Sujet de l'enquête	Demandé par	Suivi
XV^{ème} législature		
Appréciation et optimisation des modalités d'allocation des ressources aux juridictions	Éric Woerth	Rapport attendu pour décembre 2018
Les droits d'inscription dans l'enseignement supérieur	Fabrice Le Vigoureux	Rapport attendu pour octobre 2018
La dépense fiscale des entreprises relatives au mécénat	Gilles Carrez	Rapport attendu pour octobre 2018
Les externalisations du soutien des forces en OPEX		

A la Caisse des Dépôts

<https://www.caissedesdepotsdesterritoires.fr/cs/BlobServer?blobkey=id&blobnocache=true&blobwhere=1250171069114&blobheader=application%2Fpdf&blobcol=urldata&blobtable=MungoBlobs>

Lors du Salon international de l'agriculture, le ministre de l'Agriculture et de l'Alimentation a annoncé la publication de la fiche "Locavert". Cet outil à destination des acheteurs publics a pour objectif de les accompagner dans le développement de l'approvisionnement local et de la qualité dans le domaine des espaces verts.



FICHE FILIÈRE ARBRES, PLANTES ET FLEURS

Favoriser l'approvisionnement
local et de qualité



Revier/2018

Intitulée "Locavert, acheter autrement dans la filière horticole", cette fiche - boîte à outils - s'inspire de la démarche "Localim", dédiée à la restauration collective. Divisée en sept thématiques, cette nouvelle fiche prodigue de nombreux conseils aux collectivités pour leurs marchés publics d'espaces verts.

Les étapes clés de la procédure d'achat y sont rappelés : mesure de l'impact de l'achat, conduite d'études et d'échanges préalables avec les opérateurs économiques (sourcing), rédaction du règlement de consultation et la rédaction du cahier des clauses techniques particulières (CCTP).