



## **COMPTE RENDU DU SIXIEME COMITÉ D'ORIENTATION DE L'OECP 10 JUIN 2021**

### **ORDRE DU JOUR**

- 1- Introduction par la Directrice des affaires juridiques
- 2- Présentation des derniers travaux DAJ/OECP
  - Etude relative à la sous-traitance & suites
  - Données nationales de la commande publique 2019 & premières tendances du recensement 2020
  - Suivi de l'expérimentation achats innovants
  - En cours : mise à jour du guide prix et marchés d'énergie
- 3- Propositions de programmation des travaux de l'OECP 2022
  - Première approche des thématiques :
    - Les concessions : relance de l'étude - perspectives
    - Une étude sur les délais de paiement cachés
  - Participation de l'OECP à la création d'un guide label RFAR Médiation des entreprises
- 4- Autres travaux en cours
  - Point sur la dématérialisation de la commande publique
  - Point sur le guide aspects sociaux
  - Point sur les travaux de la DAE

### **CONTENU DE LA RÉUNION**

#### **1. Introduction par la Directrice des affaires juridiques**

L'actualité de la commande publique s'est révélée très riche en 2020 avec notamment **la réforme des CCAG**. La mise à jour et l'harmonisation de l'ensemble des CCAG a permis de les adapter à l'ère du numérique et de l'ouverture des données et de renforcer la sécurité juridique pendant l'exécution des marchés publics, de tendre vers

un rééquilibrage économique des relations contractuelles. **Un 6<sup>ème</sup> CCAG applicable aux marchés de maîtrise d'œuvre** a été créé, les dispositions sociales et environnementales ont été renforcées et une clause relative aux avances a été ajoutée dans l'ensemble des CCAG. Les nouveaux CCAG remplaceront les actuels CCAG à compter du 1<sup>er</sup> octobre 2021. Afin d'aider les parties prenantes à se les approprier, la DAJ a publié une notice explicative et un guide méthodologique sera également mis en ligne prochainement.

**La loi n° 2020-1525 du 7 décembre 2020 d'accélération et de simplification de l'action publique (ASAP)** a mis en place plusieurs mesures relatives au droit de la commande publique destinées à soutenir les opérateurs économiques dans le cadre du plan de relance et de pérenniser certaines dispositions de simplification mises en place par l'ordonnance n° 2020-319 du 25 mars 2020 pendant l'état d'urgence sanitaire, telle que la réservation de 10% du montant prévisionnel d'un marché global à des PME ou artisans.

**L'article 58 de la loi n° 2020-105 du 10 février 2020 relative à la lutte contre le gaspillage et à l'économie circulaire, dite AGECE**, introduit une obligation nouvelle pour les acheteurs de l'Etat et des collectivités territoriales et leurs groupements, en imposant d'acquérir des biens issus du réemploi ou de la réutilisation ou comportant des matières recyclées selon des proportions fixées par type de produits (entre 20% et 100%).

**L'article 1<sup>er</sup> du projet de loi confortant le respect des principes de la République** prévoit que « Lorsqu'un contrat de la commande publique, au sens de l'article L. 2 du code de la commande publique, a pour objet, en tout ou partie, l'exécution d'un service public, son titulaire est tenu d'assurer l'égalité des usagers devant le service public et de veiller au respect des principes de laïcité et de neutralité du service public ».

**Le projet de loi portant lutte contre le dérèglement climatique comporte de nombreuses dispositions** en matière de commande publique (SPASER, critères et clauses environnementales...).

**Le Plan national pour des achats durables 2021-2025 (PNAD)** qui constitue la feuille de route nationale des achats publics durables et sera bientôt mis en ligne.

## 2. Présentation des derniers travaux DAJ/OECP

### 2.1 Etude relative à la sous-traitance & suites

L'étude en matière de sous-traitance dans les marchés publics intégrant des aspects statistiques (paramètres, poids économique) et les pratiques (rapports entre titulaires,

sous-traitants et acheteurs), publiée durant l'été 2020, confirme que la sous-traitance est un levier d'accès des TP/PME à la commande publique important, même si la sous-déclaration fragilise les chiffres obtenus.

La sous-traitance ne recouvre pas qu'un seul type de situation, mais une multiplicité. Elle est majoritairement déclarée lors de l'exécution du marché : plus le marché est important en volume financier et en durée, plus le recours à la sous-traitance augmente. Dans le domaine des travaux, la sous-traitance est une des voies importantes d'accès aux marchés avec plus des 2/3 des actes de sous-traitance déclarés, pour moins de 40 % des contrats, suivis par celui des services.

Les pistes d'amélioration des conditions de la sous-traitance identifiées portent notamment sur le processus d'acceptation et d'agrément des sous-traitants après un contrôle technico-financier effectif et les relations entre les titulaires et leurs sous-traitants.

La DAJ complétera la fiche technique relative à la sous-traitance sur les activités considérées comme du louage de choses et mettra en ligne sur son site un modèle de délégation de paiement pour les sous-traitants de rang 2 issu du réseau des comptables de la DGFIP.

## **2.2 Données nationales de la commande publique 2019 et premières tendances du recensement 2020**

Le recensement fait apparaître une augmentation du nombre total de contrats initiaux avec plus de **170 000 contrats** (redressement collectivités territoriales inclus). En montant, grâce à l'amélioration des déclarations en 2019 par rapport aux exercices précédents, mais également du fait de la correction statistique « Col. Terr. », le montant des marchés publics recensés a dépassé les **110 milliards d'euros HT**. On reste donc dans la tendance à la hausse des 3 dernières années, les montants notifiés en 2019 montrant une augmentation apparente importante par rapport à l'année dernière, avec 9.8 % en glissement annuel.

Cette hausse s'explique tant par l'amélioration significative de la collecte quantitative que par une pertinence plus grande des corrections statistiques opérées pour les collectivités territoriales. Elle ne doit pas être interprétée comme une augmentation du poids économique des marchés publics en 2019, mais plutôt comme une **meilleure restitution statistique d'une réalité économique stable**.

La répartition selon les catégories d'objets des marchés montre que les marchés de fournitures s'établissent à 27% en nombre et à 35% en montant du fait de la présence de quelques contrats à très forte valeur. A l'inverse, les marchés de travaux représentent 37 % en nombre et 26% en montant, ces marchés étant caractérisés par des montants moyens relativement faibles.

L'exercice 2019 confirme la tendance à la **hausse** de l'exercice précédent avec une **part de PME** en nombre et en montant légèrement supérieure à 2018, à hauteur de 62% et 32,3% respectivement. La part des PME en montant est à son niveau le plus haut en 4 ans, bien que la progression ne soit que de 0,3 points de plus qu'en 2018.

**Les clauses sociales et environnementales** confirment la tendance à la **hausse** observée depuis trois ans atteignant respectivement 12,5% et 15,8% en nombre.

### **Première approche d'un effet COVID sur la notification des marchés :**

La comparaison par trimestre et en nombre des marchés supérieurs à 25 000 € notifiés par l'**Etat** sur les exercices 2018, 2019 et 2020 montre une légère baisse sur les 2<sup>ème</sup> et 3<sup>ème</sup> trimestre de 2020, s'expliquant probablement en partie par les effets de la crise sanitaire, notamment du confinement lors du 2<sup>ème</sup> trimestre, mais aussi par la tendance globale observée sur les marchés de l'Etat ces dernières années du recours de plus en plus fréquent à la mutualisation, qui réduit le nombre de marchés. Le 4<sup>ème</sup> trimestre quant à lui montre une hausse pour l'année 2020 par rapport à 2019, traduisant probablement un effet de rattrapage par rapport à la crise, mais qui est à relativiser car le 4<sup>ème</sup> trimestre est traditionnellement un trimestre de forte notification, les budgets nécessitant de notifier les marchés avant la fin d'année.

L'analyse trimestrielle pour **les collectivités territoriales** sur les exercices 2018, 2019 et 2020 montre un pic au 1<sup>er</sup> trimestre des marchés notifiés en 2020. Il faut rappeler que ce trimestre coïncide avec la fin des mandats électoraux et le premier tour des élections municipales, et avant la manifestation majeure de la crise sanitaire, donc sans lien avec elle. Sur les 3 trimestres suivants, le nombre de marchés en 2020 est en baisse par rapport à 2019 ce qui est partiellement expliqué par la hausse très importante du 1<sup>er</sup> trimestre, et le retard pris par l'installation des conseils municipaux, aptes à prendre des décisions sur de nouveaux marchés. Cela peut également refléter un effet indirect de la crise COVID.

On peut conclure qu'il n'y a pas eu d'effondrement de la commande publique pendant la crise sanitaire, crise qui a eu malgré tout un effet visible, relativement faible, mais dont une partie des effets a été rattrapée sur la fin de l'année 2020.

## **2.3 Suivi des achats publics innovants**

**Le décret n° 2018-1225 du 24 décembre 2018** portant diverses mesures relatives aux contrats de la commande publique a mis en place une **expérimentation** permettant aux acheteurs de passer un **marché public sans publicité ni mise en concurrence**, portant sur des travaux, fournitures ou services innovants (y compris les marchés de défense ou de sécurité), et répondant à un **besoin dont la valeur estimée est inférieure à 100 000 euros HT** pour une période de **trois ans jusqu'au 25 décembre 2021**.

L'OECP doit prochainement dresser un **bilan sur la base des données qui lui ont été transmises par les acheteurs** afin d'assurer le suivi et l'évaluation de l'expérimentation. Ce rapport d'évaluation sur l'application du dispositif, **transmis au Premier ministre** dans les six mois qui précèdent le terme de l'expérimentation, **sera rendu public**.

**L'expérimentation est montée progressivement en puissance**, car les acheteurs ont eu besoin de temps pour s'approprier cette nouvelle procédure (avec l'aide du guide « achats innovants »), pour modifier leurs pratiques afin d'intégrer dans leur processus d'achat le recours à des solutions innovantes et pour contractualiser, ce qui peut prendre plusieurs mois.

L'ARF souhaiterait fournir aux acheteurs en régions des exemples et un cadre facilitant la qualification des achats d'innovation.

L'APHP indique que même si le seuil est trop bas pour elle, il est important de pérenniser cette mesure. Elle rappelle que la caractérisation de l'innovation est complexe et qu'il faut du temps pour bien s'approprier ce sujet même si certains prescripteurs exercent une forte pression qui risque d'entraîner la qualification d'achat « innovant » sans pouvoir le démontrer.

## **2.4 Mise à jour du guide prix et marchés d'énergie**

- **Guide des prix**

La mise à jour de ce guide datant d'avril 2013 avait été envisagée lors du 5<sup>ème</sup> comité d'orientation en janvier 2020, mais a dû être reportée en raison de la crise sanitaire.

Il s'agit d'intégrer les dispositions du code de la commande publique et des nouveaux CCAG, de l'enrichir et de mettre en particulier l'accent sur les critères d'attribution, la négociation et le traitement des offres anormalement basses, les clauses de réexamen, les clauses incitatives... Le guide sera illustré d'exemples concrets, indispensables à la bonne compréhension des principes qu'il porte.

La réunion institutionnelle de lancement du groupe de travail se tiendra le 16 juin 2021.

Le groupe de travail sera le plus interactif possible.

L'objectif est de mettre à la disposition des acteurs de la commande publique un nouvel outil de référence sur les prix au 1<sup>er</sup> semestre 2022.

Les membres du comité, notamment les fédérations professionnelles, soulignent leur intérêt pour ce sujet qui génère de nombreuses demandes de médiation.

- **Marchés d'énergie**

Ce domaine a fortement évolué ces dernières années notamment en raison de la libéralisation de ces marchés et a entraîné un changement des pratiques ce qui justifie la mise en œuvre des travaux suivants :

### **Création d'une fiche synthétique relative aux marchés d'énergie**

La forme contractuelle la plus utilisée dans les consultations des marchés de gaz et électricité est l'accord-cadre qui entraîne des interrogations notamment sur l'équilibre entre accord-cadre et marchés subséquents, sur l'allotissement et sur la durée du marché avant remise en concurrence... Concernant la forme de prix, on peut s'interroger notamment sur les éléments à faire figurer dans le marché. Sont à l'étude également : les énergies renouvelables, l'accès aux bases de données avec l'enjeu de la mutualisation... La fin des travaux est décalée au 2<sup>ème</sup> semestre 2021.

### **Mise à jour importante de la fiche « Certificat Economie d'énergie » (CEE) 2013**

En parallèle et afin de tenir compte des nouvelles orientations 2021 ainsi que de l'arrivée de la cinquième période des CEE au 1<sup>er</sup> janvier 2022, l'actualisation demandée notamment par la CAPEB de certains éléments d'expertise techniques de cette fiche sera l'occasion également de valoriser les efforts en matière d'économie énergétique et de lancer une nouvelle concertation. La mise en ligne de la fiche relative aux CEE est prévue d'ici la fin de l'année 2021 sous réserve de l'arrivée prochaine de la deuxième vague de publication de textes définissant cette fois, non plus le dispositif des CEE, mais ses modalités.

## **3. Propositions de programmation des travaux de l'OECP 2022**

Le comité d'orientation doit envisager de nouveaux thèmes pour ses travaux de l'année 2022.

### **3.1 Première approche des thématiques :**

- **Les concessions : relance de l'étude - perspectives**

Afin d'avoir une meilleure connaissance des concessions et d'anticiper d'éventuelles sollicitations nationales ou européennes, il a été convenu, lors du 5<sup>ème</sup> Comité d'orientation, de lancer courant 2020 une étude, dont les travaux ont été ralentis en partie en raison de la crise sanitaire.

Les premières recherches, qui ont commencé début 2020, sur les données essentielles publiées depuis 2019 pour les concessions nouvelles ont été décevantes et nécessitent d'élargir le champ de collecte à d'autres sources d'information comme par exemple l'IGD. Ces travaux s'étendront très probablement sur le premier semestre 2022.

Parallèlement, il s'agira également d'étudier, à l'instar des marchés publics, les pratiques qui sont mises en œuvre pour ce type de contrats (mode de dévolution, durée, place des TPE/PME, aspects sociaux et environnementaux, l'équilibre économique, évolution tarifaire, pratiques de reconduction ou de prolongation etc.). Des réunions de travail avec les parties prenantes seront organisées en fonction des axes d'études qui auront émergé.

L'université Paris 1, évoque le programme de travail relatif aux modifications dans les contrats de concessions qu'elle mène sur la base de données récupérées sur la plateforme européenne TED. Elle indique avoir recensé plus de 70 000 renégociations dans les contrats en Europe mais précise que ces données sont parfois de qualité assez moyenne. En outre, un travail sur les objectifs sociaux et environnementaux contractualisés est conduit avec une équipe d'Oxford. La DAJ associera à ses travaux l'université Paris 1 qui dispose ainsi d'informations très intéressantes sur ce thème notamment au travers des données de TED.

Les membres du comité soulignent leur intérêt pour cette étude très attendue.

- **Une étude sur les délais de paiement cachés**

Cette étude porterait sur les pratiques constatées en matière d'achats publics. Il s'agirait par exemple de mesurer si le délai réel a été retardé par une manœuvre de l'acheteur et d'identifier par quel moyen. La problématique des délais de paiement est souvent citée, et plus encore pendant la crise sanitaire, comme une faiblesse des marchés publics, alors que les délais moyens de paiement sont inférieurs dans les marchés publics à ceux des achats privés.

Cette étude viserait donc à une meilleure connaissance de la situation réelle, l'identification des raisons d'un tel ressenti, et ce qui peut rester des pratiques retardant le paiement réel, les délais cachés, sans que les délais légaux ne soient apparemment dépassés.

La Médiation des entreprises, la CPME et la FNTP considèrent cette étude comme essentielle.

### **3.2 Participation de l'Oecp à la création d'un guide pratique relatif au label RFAR MDE**

La Médiation des entreprises (MDE) rappelle que la Charte relative au Label Relations fournisseurs et achats responsables (RFAR) est en cours de refonte. La Charte est la première étape du parcours afin de construire une relation équilibrée dans la relation clients/fournisseurs et la chaîne d'approvisionnement. 10 engagements sont prévus et notamment la désignation d'un médiateur interne et d'un « correspondant PME ». La labellisation RFAR mise en place avec le Conseil national des achats, adossée à la norme ISO20400:2017 Achats Responsables--Lignes directrices est une étape

supplémentaire pour une démarche structurée. 54 organisations sont labellisées en juin 2021, dont 12 entités du secteur public. Le rapport remis par la MDE à la Secrétaire d'État auprès du ministre de l'Économie, des finances et de la relance, chargée de l'économie sociale, solidaire et responsable, fin mars 2021 prévoit le déploiement prioritaire du label auprès des acheteurs publics, en particulier des ministères.

Il est nécessaire d'accompagner cette démarche de labellisation dans de bonnes conditions de sécurité juridique notamment sur la mise en œuvre des considérations sociales, environnementales et de performance économique dans l'achat public. Un groupe de travail composé d'acheteurs publics déjà labellisés/candidats au Label sera mis en place en juillet afin de publier un guide concis, sous forme de fiches pratiques, d'ici la fin de l'année 2021. La DAJ viendra en appui à la rédaction du guide rédigé par la MDE.

La FACIM et la CPME soulignent l'intérêt de cette démarche.

## 4. Autres travaux en cours

### 4.1 Point sur la dématérialisation de la commande publique

- **Transformation numérique de la commande publique (TNCP)**

Après avoir rappelé l'objectif du PTNCP qui consiste en la mise en place effective de l'interopérabilité entre tous les profils d'acheteurs dont celui de PLACE pour l'Etat le Directeur du plan TNCP a rappelé que ce plan devrait se terminer en 2022. Le PTNCP permettrait ainsi une fluidité en évitant d'aller sur plusieurs plateformes différentes.

Dans le cadre des actions qui ont été menées, le Directeur du plan TNCP a présenté les différents chantiers en cours, et notamment les 3 avancées significatives suivantes ont été récemment finalisées :

- ❖ Cadre d'interopérabilité (Standard d'échanges inclus)
- ❖ Création d'un outil de signature électronique et de vérification de signature du marché
- ❖ Deux plateformes open data ont été mises en production :
  - [data.economie.gouv.fr](https://data.economie.gouv.fr) qui affiche les principales informations brutes des marchés publics et permet l'exportation, les filtres et les recherches par mots clefs
  - [datavision.economie.gouv.fr](https://datavision.economie.gouv.fr) qui permet de visualiser les indicateurs chiffrés des marchés publics : localisation géographique, type de marchés, type de titulaires

Concernant les perspectives, deux outils relatifs aux avis de publicité et aux certificats de cessibilité seront proposés d'ici la fin de l'année.



Puis, courant **2022**, seront mis en place deux services, l'un de dépôt des offres et le second de publication des consultations. Parallèlement, les profils acheteurs partenaires pourront se raccorder au cadre d'interopérabilité du projet TNCP permettant la dématérialisation des contrats et de leur suivi.

- **Textes et pilotage de projets en lien avec le PTNCP/TNCP**

**L'arrêté du 26 juillet 2021 modifie l'annexe de l'arrêté du 12 février 2020 fixant un modèle d'avis de publicité** pour la passation des marchés publics d'un montant estimé entre 90 000 € HT et les seuils de procédure formalisée. (Annexe 22 du code de la commande publique)

Le **nouveau règlement européen** fixant les modèles d'avis pour les marchés d'un montant supérieur aux seuils européens (dits « eForms ») a été publié le 25 octobre 2019. Ces 40 formulaires, qui devront être disponibles à compter du 14 novembre 2022, seront obligatoires en octobre 2023. L'implémentation technique de ces avis est menée en étroite collaboration avec l'AIFE. L'objectif est la mise à disposition des acheteurs et des autorités concédantes des nouveaux formulaires pour la rentrée 2022.

**Un arrêté du 28 juillet 2020 fixe le modèle de certificat de cessibilité** des créances issues des marchés publics. En vigueur depuis le 1<sup>er</sup> octobre 2020, il constitue l'annexe 14 du code de la commande publique. Un second arrêté, prévu pour le second semestre de cette année, fixera les modalités de la création et d'envoi du certificat de cessibilité dématérialisé.

La convergence des données du recensement et des données essentielles correspond à l'action 16 du PTNCP. Les deux exercices répondent à des objectifs, à des temporalités et à des seuils différents. Cette convergence répond à plusieurs impératifs :

- converger, c'est d'abord repenser les flux des données pour simplifier ces flux et alléger le travail des acheteurs ;
- rédiger les supports réglementaires de la convergence : il est prévu un arrêté pour les marchés publics et un autre pour les concessions ;
- échanger avec les acteurs : une réunion se tiendra en juillet afin de recueillir les points de vue des acteurs au sujet des schémas techniques proposés. L'objectif est de rendre cette convergence effective au 1<sup>er</sup> janvier 2023.

## **4.2 Guide dédié aux aspects sociaux dans les marchés publics**

Le principe du lancement de ces travaux menés en co-pilotage avec la DAE et la DGEFP avait été validé lors du 5<sup>ème</sup> comité d'orientation en janvier 2020. Lancés en septembre

2020, l'objectif de ces travaux est de procéder à une mise à jour réglementaire, de poursuivre les efforts de clarifications sur les marchés de la défense, les concessions et les marchés de partenariats et surtout d'élargir le périmètre couvert à d'autres aspects sociaux que la thématique de l'insertion tels que :

- Achats éthiques et équitables ;
- Lutte contre les discriminations et l'égalité hommes/femmes ;
- Economie circulaire et innovation sociale.

Les travaux incluent la réforme des CCAG avec l'introduction, dans tous les CCAG, d'une clause précisant les obligations du titulaire, les publics éligibles, les pénalités, lorsque les documents particuliers du marché prévoient une clause d'insertion sociale (pourcentage d'heures...), la loi ASAP qui modifie les règles des concessions et les cas de recours aux marchés réservés.

### **4.3 Point sur les Guides de la DAE**

Trois guides ont été publiés en 2020 :

- Maîtriser le risque de corruption dans le cycle des achats ;
- Mettre en place un plan de progrès dans un marché public ;
- Oser les variantes dans les marchés publics.

Les travaux en cours portent sur :

- Réussir son achat responsable dont la publication perlée sous forme de fiches thématiques est prévue pour cet été ;
- La contractualisation en mode AGILE en co-pilotage avec le ministère des Armées dont la publication est prévue à l'automne 2021 ;

La DAE ne prévoit pas d'engager de nouveaux guides de l'achat public.

### **Dates de la prochaine assemblée plénière et du prochain Comité**

**Les deux dates proposées pour la tenue de la prochaine assemblée plénière, ouverte à l'ensemble des acheteurs et des fédérations professionnelles, sont le jeudi 7 ou le mardi 12 octobre 2021. La date retenue est celle du 12 octobre 2021 à 10h.**

**L'ordre du jour est ouvert aux suggestions des membres du comité.**

**Les deux dates proposées pour la tenue de la prochaine réunion du Comité d'orientation sont les 18 ou 20 janvier 2022. Le 20 janvier 2022 est retenu.**

**La date de la prochaine réunion du Comité d'orientation sera fixée ultérieurement.**

**En conclusion, l'ensemble des participants est grandement remercié pour son implication dans les différents travaux de l'OECP, qui nécessiteront cette année encore de travailler en réseau et dans la plus grande concertation possible.**