

Les marchés publics gouvernementaux

Une transparence à parfaire

Résumé de l'étude

Étude #4
3 mai 2021



**Mathias
AMILHAT**
Directeur du
département
éthique publique de
L'Observatoire

Les marchés publics ministériels représentent près de 30 milliards d'euros de dépense publique chaque année mais ils ne sont jamais envisagés en tant que tels.

La méconnaissance des marchés publics gouvernementaux s'explique en partie par l'approche retenue par le Code de la commande publique. En effet, il ne se préoccupe pas de déterminer quelles sont les personnes susceptibles de conclure des marchés publics au nom de l'État mais se contente de consacrer, en matière de calcul de la valeur estimée du besoin, la notion d'unité opérationnelle. Pour pouvoir identifier une telle unité, il faut que coexistent au sein d'un même acheteur différentes entités dépourvues de la personnalité morale mais qui sont chacune chargées de mener « *de manière autonome* » leurs procédures de passation et de conclure leurs marchés à partir de leurs propres budgets. Or, si cette notion est la seule qui permette d'envisager les marchés publics du gouvernement comme des marchés publics spécifiques, elle n'est pas réellement mobilisée. En ce sens, la Plateforme des achats de l'État (PLACE) identifie différentes « Entités d'achat » qui ne répondent pas tout à fait à la définition donnée des unités opérationnelles. Ce découpage a donc pour avantage de permettre d'identifier différentes entités au sein de l'État mais il

manque de pertinence au regard du droit de la commande publique. En réalité, l'identification des différentes unités opérationnelles ne semble possible que par un examen minutieux des caractéristiques de chaque entité d'achat et dépend plus précisément du numéro SIRET attribué.

Malgré tout, le fonctionnement du gouvernement implique l'expression de besoins qui ne peuvent être satisfaits qu'au travers de contrats de la commande publique, ce qui rend l'existence des marchés publics gouvernementaux incontestable. Dès lors, si l'existence de ces marchés publics ne fait pas de doute, leur identification continue de poser des difficultés, au détriment de la transparence. La question est alors de savoir comment améliorer la mise en œuvre du principe de transparence s'agissant de ces marchés publics spécifiques.

L'étude des marchés publics du gouvernement laisse apparaître de nombreuses réformes institutionnelles qui ont permis de structurer l'achat public gouvernemental et d'aboutir à davantage d'efficacité (I). Pourtant, ces évolutions ne sont pas suffisantes et des réformes supplémentaires sont nécessaires pour mettre en œuvre une transparence qui soit réellement efficace (II).

UNE STRUCTURATION PROGRESSIVE FAVORISANT LA TRANSPARENCE DES MARCHES PUBLICS GOUVERNEMENTAUX

Si le Code de la commande publique n'envisage pas les marchés publics gouvernementaux, des textes spécifiques sont venus structurer leur organisation et leur passation depuis 2016. Ils ont permis de donner un cadre institutionnel aux achats réalisés tant par les services du Premier ministre que par les différents ministères, mais aussi de définir une véritable politique d'achat au niveau étatique.

L'institutionnalisation de la fonction achat

La structuration des achats de l'État repose actuellement sur le décret du 3 mars 2016 et sur la circulaire du 19 juillet 2016¹. En pratique, la fonction achat de l'État fait appel à trois catégories d'acteurs : la direction des achats de l'État, les acteurs ministériels et les instances de concertation.

La direction des achats de l'État (DAE) est responsable de la conclusion des marchés publics gouvernementaux dès lors qu'ils s'inscrivent dans une stratégie d'achat interministérielle. L'objectif est de mutualiser les achats, afin d'éviter les redondances et donc de réaliser des économies. Toutefois, il ne s'agit que d'un principe et, par exception, tous les marchés publics qui ne sont pas passés par la DAE ou pour son compte peuvent être conclus par n'importe quel service de l'État. Ceci explique que de nombreux marchés publics interministériels soient passés par les différents ministères et non par la DAE. La Direction des achats de l'État assure également d'autres missions, notamment de contrôle et de conseil.

Le décret structure également les achats au sein de chaque ministère en répartissant les responsabilités entre le secrétaire général ministériel et le responsable ministériel des achats. L'objectif est de faire en sorte que les marchés publics conclus par chaque ministère s'inscrivent dans le cadre fixé au niveau étatique. Il prévoit également une procédure spécifique d'avis conforme du responsable ministériel des achats pour les marchés publics supérieurs à un certain seuil.

Enfin, le décret crée trois instances de concertation : la conférence des achats de l'État, le comité des achats de l'État et le comité des achats des établissements publics de l'État.

L'institutionnalisation de la fonction achat favorise la transparence. Or, ce mouvement est renforcé par la définition d'une véritable politique des achats au niveau étatique.

¹ Décret n° 2016-247 du 3 mars 2016 créant la direction des achats de l'État et relatif à la gouvernance des achats de l'État et Circulaire du 19 juillet 2016 relative à l'application du décret n° 2016-247 du 3 mars 2016 créant la direction des achats de l'État et relatif à la gouvernance des achats de l'État

La définition d'une politique d'achat encadrant les marchés publics gouvernementaux

Le décret du 3 mars 2016 organise la définition de la politique des achats de l'État de manière précise. Elle conditionne la passation de l'ensemble des marchés publics gouvernementaux et repose sur les mêmes acteurs, à savoir la direction des achats de l'État, les secrétaires généraux et les responsables des achats au sein de chaque ministère. Trois documents essentiels peuvent ainsi être distingués : la politique des achats de l'État au sens strict, les stratégies d'achat ministérielles et interministérielles, et la programmation pluriannuelle des achats.

C'est la Direction des achats de l'État qui est chargée de définir la politique des achats de l'État. Il s'agit d'une politique pluriannuelle.

Elle est accompagnée de stratégies d'achat qui peuvent être interministérielles ou ministérielles. Les premières sont établies par la direction des achats de l'État, les secondes par le responsable ministériel des achats au sein de chaque ministère.

Enfin, la politique des achats et les stratégies d'achat sont complétées par une programmation pluriannuelle des achats.

Les réformes institutionnelles permettent donc de renforcer la transparence mais il ne s'agit pas de leur objectif principal. La transparence n'est donc favorisée que de manière indirecte et constitue toujours un objectif secondaire. Or, des moyens permettraient de la renforcer davantage, sans nuire à l'efficacité économique de l'achat public.

UNE STRUCTURATION INSUFFISANTE POUR ASSURER LA TRANSPARENCE DES MARCHES PUBLICS GOUVERNEMENTAUX

Les marchés publics gouvernementaux constituent une catégorie trop hétéroclite pour permettre une transparence qui soit réellement efficiente. Pour dépasser cette difficulté il est indispensable, dans un premier temps, de proposer une systématisation des différentes catégories de marchés publics gouvernementaux. Celle-ci pourrait permettre, dans un second temps, des améliorations concrètes en repensant ou en renforçant les outils utilisés et en favorisant davantage la publicité.

La nécessité de proposer une systématisation des catégories de marchés publics gouvernementaux

Le développement de la transparence et de la déontologie dans la passation et l'exécution des marchés publics gouvernementaux nécessite une typologie claire.

En premier lieu, il convient de s'appuyer sur le droit de la commande publique pour admettre que les marchés publics gouvernementaux ne peuvent être que des marchés publics conclus par l'État en tant que personne morale. A minima, il faudrait donc que la DAE distingue dans les données fournies et sur la plateforme PLACE les achats réalisés par l'État et ceux réalisés par les autres acheteurs dont la compétence *rationae loci* est étatique.

En second lieu, il convient de distinguer les différents marchés publics conclus par l'État en tant que personne morale. Deux réformes assez simples permettraient de clarifier la situation : regrouper sous une même arborescence l'ensemble des marchés publics gouvernementaux et établir une typologie claire et cohérente des marchés passés par les différents ministères.

Bien que nécessaire, cette systématisation n'est pas suffisante pour renforcer la transparence des marchés publics gouvernementaux : elle doit s'accompagner d'une révision et d'un renforcement des outils de recensement et de la publicité concernant ces achats.

La nécessité de renforcer les dispositifs existant

Les outils et la publicité qui permettent de connaître et de comprendre les achats publics réalisés par le gouvernement ont été renforcés à partir de 2016. Pourtant, ils restent largement imparfaits et pourraient être facilement améliorés.

Du point de vue de la publicité, il serait tout d'abord souhaitable que chaque année la liste des contrats conclus sur leur propre site internet, en plus de la publication sur la plateforme PLACE. Par ailleurs, la politique des achats de l'État devrait faire l'objet d'une publication sur le site de DAE, tout comme les informations transmises par les ministères, ainsi que les avis et les prises de position de la conférence des achats de l'État, du Comité des achats de l'État et du comité des achats des établissements publics de l'État. De plus, la publication des stratégies d'achat devrait être améliorée. Enfin, il serait souhaitable de publier davantage d'informations au titre de la programmation pluriannuelle des achats de l'État.

Du point de vue des outils, la répartition des responsabilités devrait être revue s'agissant des achats interministériels pour renforcer la compétence de la DAE. De plus, la mutualisation des achats ministériels devrait être renforcée. Enfin, la procédure d'avis conforme pourrait être doublée d'un contrôle a posteriori.

**10 PROPOSITIONS
DE REFORMES**

1

**Construire une typologie claire et cohérente des marchés publics
gouvernementaux**

Cela implique en premier lieu d'identifier les marchés publics gouvernementaux comme les marchés publics passés par les ministères, pour le compte de l'État. Cela implique également d'exclure toutes les entités qui disposent de la personnalité juridique (en particulier les établissements publics) comme ne relevant pas de la catégorie des marchés publics du gouvernement.

Cette typologie devrait aussi distinguer les marchés publics passés pour répondre aux besoins des services centraux et ceux conclus pour répondre aux besoins des services déconcentrés : les différents services déconcentrés doivent être identifiés comme des unités opérationnelles qui concluent leurs propres marchés.

Enfin, il faudrait revoir les arborescences utilisées pour présenter les achats de l'État en créant une catégorie regroupant les marchés publics gouvernementaux, qui regrouperait elle-même deux sous-catégories : les marchés publics passés par les services du Premier ministre et ceux conclus par chaque ministère.

2

**Faire reposer la typologie des marchés publics
gouvernementaux sur la notion d'unité opérationnelle**

Utiliser cette notion comme référence pour les arborescences de la plateforme Place et pour les différents documents relatifs à la politique des achats de l'État (notamment la programmation des achats de l'État). Faire notamment en sorte que l'attribution de numéros SIRET distincts corresponde bien à l'existence d'unités opérationnelles distinctes.

Intégrer la notion d'unité opérationnelle dans la définition générale des marchés publics : l'article L. 1111-1 du Code de la commande publique pourrait être complété par un second alinéa précisant que « *Lorsqu'un acheteur est composé de plusieurs unités opérationnelles, des marchés publics distincts peuvent être conclus par chaque unité opérationnelle. Une unité opérationnelle se définit comme une entité qui n'est pas dotée de la personnalité morale mais qui est chargée de mener les procédures de passation de ses marchés publics de manière autonome et de les conclure à partir de son propre budget* ».

3

Identifier les marchés publics passés pour répondre aux besoins des cabinets ministériels

La plateforme chorus permet aux services d'extraire ces informations mais elles ne sont pas communiquées, à moins que des questions parlementaires soient formulées en ce sens. Leur identification dans un document annuel spécifique renforcerait la transparence et permettrait de bien distinguer les différentes catégories de dépenses engagées par les marchés publics gouvernementaux. Elle favoriserait également le contrôle des procédures engagées.

4

Imposer la publication annuelle de la liste des marchés conclus pour répondre à leurs besoins sur le site internet de chaque ministère et sur celui du Premier ministre

Le décret de 2016 pourrait être révisé en ce sens, par l'adjonction d'un nouvel article. Cette publicité interviendrait en complément de celle réalisée sur la plateforme PLACE (dans sa version réformée telle que proposée). Elle devrait contenir certaines informations minimales, dont le contenu serait précisé dans la version révisée du décret et/ou de la circulaire de 2016 : type de procédure, objet précis du marché, montant du marché, nombre de candidats, nom de l'attributaire...

5

Publier la politique des achats de l'État et étendre son champ d'application

Le décret de 2016 devrait également être révisé pour prévoir la publication systématique de la politique des achats de l'État. Celle-ci pourrait logiquement intervenir sur le site internet de la Direction des achats de l'État. Le décret devrait également prévoir d'intégrer les marchés publics de défense et de sécurité dans la politique des achats de l'État (en prévoyant éventuellement une intervention accrue ou un contrôle du ministère de la défense).

6

Publier l'ensemble des documents permettant l'élaboration de la politique des achats de l'État et le contrôle de sa mise en œuvre

La publication pourrait également être prévue par le décret. Elle devrait notamment concerner les informations transmises par les ministères à la DAE, ainsi que les avis et les prises de position de la conférence des achats de l'État, du Comité des achats de l'État et du comité des achats des établissements publics de l'État.

7

Améliorer les stratégies d'achat et renforcer leur diffusion

Les stratégies interministérielles d'achat ne sont pas suffisamment nombreuses : elles devraient concerner davantage de catégories de produits, services ou travaux. De plus, leur mise à jour régulière devrait être assurée.

De la même manière, le décret devrait prévoir la publication des stratégies ministérielles d'achat lorsqu'elles existent. Il serait utile de les regrouper sur le site de la DAE.

8

Publier l'ensemble des informations exigées s'agissant de la programmation pluriannuelle des achats de l'État

Les données publiées ne correspondent pas au contenu prévu par la circulaire de 2016. Cette pratique devrait être revue.

9

Favoriser davantage les achats interministériels

Le décret de 2016 devrait être révisé pour prévoir la compétence de principe de la DAE pour la passation de l'ensemble des marchés publics interministériels (tout en prévoyant la possibilité de solliciter auprès de la DAE la mise en œuvre d'une procédure dérogatoire).

Le décret devrait également prévoir la compétence de la DAE pour identifier les besoins qui doivent donner lieu à la conclusion de marchés interministériels.

10

Renforcer les procédures de contrôle des marchés publics aux montants les plus importants

La procédure d'avis conforme qui permet un contrôle a priori du responsable ministériel des achats devrait être doublée d'un contrôle a posteriori. Celui-ci pourrait être exercé directement par la DAE ou par une autorité indépendante, avec la possibilité de saisir le juge en cas de manquements. Le décret de 2016 pourrait être révisé en ce sens, en retenant les mêmes seuils que pour la procédure d'avis conforme.

Le décret devrait également être révisé pour limiter la possibilité de déroger aux seuils imposant l'avis conforme du responsable ministériel des achats afin que la dérogation ne permette qu'une définition des seuils à la baisse et un contrôle renforcé.