

La dématérialisation des marchés publics : objectif(s) atteint(s) ?

Une analyse économique¹

Pierre-Henri MORAND

Professeur d'Économie, Avignon Université, membre du LBNC (EA 3788, Avignon Université)

Les dépenses liées à la commande publique² représentent en moyenne 12 % du PIB et près d'un tiers des dépenses publiques dans les pays de l'OCDE. À l'échelle de la France, les seuls marchés publics représentent quelques 250 000 marchés, publiés chaque année pour un montant estimé de 80 milliards d'euros, soit 5 % du PIB. Les enjeux économiques sont considérables, plus de 100 000 entreprises sont ainsi concernées.

Les marchés publics sont par ailleurs une activité complexe. Il ne s'agit pas seulement d'un acte d'achat. On peut le voir comme une longue chaîne de décision - de l'identification des besoins à la détermination de la structure la mieux à même d'y répondre, puis à la facturation, au suivi et contrôle de la procédure, qui doivent toutes respecter un formalisme, visant à assurer son caractère équitable et transparent. La complexité des marchés publics s'observe également à travers l'extraordinaire diversité des acteurs impliqués dans les processus. Responsables des marchés publics et fournisseurs, mais aussi décideurs politiques, organismes de contrôle, soumissionnaires et citoyens sont tous, à leur échelle, et pour des objectifs qui leurs sont propres, partie prenante. Modifier les règles, les adapter aux évolutions technologiques a des conséquences notamment économiques et juridiques considérables. Ainsi, s'assurer que la dématérialisation de la commande publique, et en particulier celle des marchés publics, permet d'atteindre les objectifs assignés revêt une importance considérable.

I. - UNE BRÈVE HISTOIRE DE LA DÉMATÉRIALISATION

Présenter sommairement l'histoire de la dématérialisation de la commande publique oblige à se pencher sur un processus plus ancien et plus complexe qu'on ne pourrait le penser. Si la plupart des textes qui contraignent l'acheteur public français à la dématérialisation sont relativement récents, la simple possibilité offerte à la dématérialisation d'une partie du processus lié à la commande publique trouve quant à elle une origine plus ancienne.

A. - Une histoire récente ?

¹ Ces recherches s'inscrivent dans le cadre du projet DeCoMaP Grant ANR-19-CE38-0004.

² Si le présent article s'intéresse spécifiquement aux marchés publics, pour partie l'analyse intègre plus largement le concept de commande publique dématérialisée dans son ensemble.

La date du 1er octobre 2018 constitue malgré tout une date centrale dans cette histoire. Prévues au décret relatif aux marchés publics de 2016³, elle constitue la date à laquelle l'obligation de dématérialisation de tout marché public supérieur à 25 000 € HT est effective. Ainsi, à cette date, toutes les communications et tous les échanges d'informations sont effectués par des moyens de communication électronique lorsqu'une consultation est engagée ou un avis d'appel à la concurrence envoyé à la publication⁴. Cette évolution s'inscrit par ailleurs dans le cadre du Plan de la transformation numérique de la commande publique (PTNCP) adopté en décembre 2017.

Cette date ne marque pourtant qu'une étape dans un processus qui a vocation à s'étendre sur de nombreuses années, l'objectif final d'une complète dématérialisation de la commande publique étant fixé quant à lui à 2022. Ce processus s'inscrit enfin dans la suite des obligations nées dès 2004, où, sous l'impulsion des directives européennes « marchés publics », la France avait lancé la dématérialisation de ses marchés publics, en rendant obligatoires, pour les marchés supérieurs aux seuils européens, tant la transmission et la publication des avis de publicité que la mise à disposition des documents de consultation par voie électronique.

La date du 1er octobre demeure cependant une date pivot car elle complète des dispositifs qui jusqu'alors n'intégraient pas l'intégralité des procédures de passation des marchés publics de plus de 25 000 € HT. Elle consacre, par ailleurs, le caractère intimement lié de deux dimensions techniques de la dématérialisation, puisqu'aux obligations de dématérialisation des procédures vient s'adjoindre le déploiement d'une démarche d'open data sur les données des marchés publics et contrats de concession.

D'un point de vue fonctionnel, cette obligation de dématérialisation passe par l'impératif d'utilisation d'une plate-forme de dématérialisation, appelée profil d'acheteur, pour la mise à disposition des documents de marché et la réception sécurisée des offres. Mais elle passe également par la nécessité, pour tous les acheteurs publics, de rendre accessibles, sous un format ouvert et librement réutilisable, les données essentielles des marchés publics.

la DGFIP⁵ est désormais le destinataire des flux de marchés publics dits « Protocole d'Echange Standard marché » (P.E.S. Marché) émis par les collectivités et les établissements publics de santé dès la notification des marchés initiaux, puis lors de leurs modifications. La dimension d'ouverture des données publiques de la commande publique (*Open Data*) organise ainsi un écosystème numérique où le P.E.S. Marché alimente en données essentielles la plateforme data.gouv.fr gérée par Etalab⁶. Elle permet aux acteurs de la commande publique de les exploiter aux fins de leur publication sur les profils d'acheteurs, assure une remontée des données de recensement (pour

³ Décret n° 2016-360 du 25 mars 2016 relatif aux marchés publics

⁴ Ibid. art. 41

⁵ Direction Générale des Finances Publiques

⁶ Mission interministérielle qui met à disposition et utilise les données pour améliorer l'action publique

l'Observatoire économique de la commande publique (OCEP), et offre également les données utiles aux comptables dans le suivi de l'exécution des marchés.

B. - Une histoire plus ancienne

On peut cependant remonter plus loin dans le temps pour identifier la genèse de cet impératif de dématérialisation. Ainsi, dès mars 1998, dans une communication de la Commission européenne, cette dernière « invit[ait] [...] à la mise en place d'un système européen de passation électronique des marchés [...] 25 % de l'ensemble des marchés seraient effectués sur support électronique en 2003 ». Les dispositions proposées seront alors peu modifiées par les débats parlementaires qui suivront et aboutiront à la directive marché du 3/02/2004⁷. Dans son 12ème attendu, la directive souligne que « certaines nouvelles techniques d'achat électroniques sont en développement constant. Ces techniques permettent d'élargir la concurrence et d'améliorer l'efficacité de la commande publique, notamment par les gains de temps et les économies que l'utilisation de telles techniques comporte. Les pouvoirs adjudicateurs peuvent utiliser des techniques d'achat électroniques, pour autant que leur utilisation soit faite dans le respect des règles établies par la présente directive et des principes d'égalité de traitement, de non-discrimination et de transparence. » Cet ainsi que la dématérialisation de la commande publique émerge alors, non comme une obligation, mais comme une possibilité offerte aux États membres. Il en est en particulier des informations relatives aux marchés publics européens, l'annexe VIII de la directive précisant que « les pouvoirs adjudicateurs peuvent, en outre, publier ces informations via le réseau Internet sur un profil d'acheteur », possibilité qui, si elle ne constitue pas une obligation, est néanmoins « encouragée »⁸.

En France, on retrouve cette possibilité offerte dans l'article 56 du décret du 7 mars 2001⁹, organisant la dématérialisation des données : « Les échanges d'informations intervenant en application du présent Code peuvent faire l'objet d'une transmission par voie électronique ».

La même année, un décret d'application de l'article 56, « relatif aux enchères électroniques » a été pris le 18 septembre (n° 2001-846). Passé alors assez inaperçu, il offrait pourtant de très larges possibilités aux administrations de modifier en profondeur leurs procédures d'achat. La dématérialisation ne se limitait plus en une simple numérisation des pièces constitutives d'un appel d'offre et en une transmission ou mise à disposition électronique de ces dernières mais à une petite

⁷ Directive 2004/18/CE du Parlement européen et du Conseil du 31 mars 2004 relative à la coordination des procédures de passation des marchés publics de travaux, de fournitures et de services.

⁸ Ibid. annexe VIII, 2. A : Les pouvoirs adjudicateurs sont encouragés à publier l'intégralité du cahier des charges et des documents complémentaires sur Internet.

⁹ Décret no 2001-210 du 7 mars 2001 portant code des marchés publics

révolution en termes de procédure¹⁰. L'enchère électronique qu'elle autorise alors avait plus de proximité technique¹¹ avec ce que l'on pouvait alors observer sur eBay, pour ce qui relève des échanges dits C2C¹² ou sur des places de marchés électroniques privées¹³ de type Covisint¹⁴ qu'aux procédures standards de passation de marchés publics.

Mais on pourrait remonter plus loin encore pour retrouver trace de ces évolutions. Ainsi la loi dite Madelin¹⁵ actait déjà le principe de la transmission électronique de données dans un projet de commission centrale des marchés dès 1994. Ce projet ne verra finalement pas le jour.

C. - Une histoire plus complexe.

La complexité du processus de dématérialisation tient pour partie à des impératifs d'ordre juridiques. En effet, les procédés doivent permettre de respecter tant la transparence que la régularité des procédures. Cela impose l'intangibilité des écrits, l'authenticité de l'identité de l'auteur, la confidentialité des informations ainsi que la pérennité des données électroniques à titre probatoire. Dès lors l'encadrement juridique des dimensions ayant trait à la cryptologie, à la signature électronique ou à la protection des données à caractère personnel est une nécessité. Mais la complexité est également inhérente à la complexité même de la chaîne de décision qui gouverne au processus d'achat (fut-il public ou privé). En suivant la typologie proposée par Costa, Arantes et Tavares ¹⁶, on peut décomposer le processus d'achat en trois phases : celle préalable à l'attribution, celle de l'attribution en elle-même et enfin la phase postérieure à l'attribution allant jusqu'à l'exécution du marché. L'ensemble des étapes de chacune de ces phases peut faire l'objet d'une dématérialisation. Ainsi faut-il penser une dématérialisation totale selon la chaîne suivante : e-Notification, puis e-Soumission et e-Décision (dont potentiellement enchères électroniques) constituent les étapes de la phase pré-attributaire (on peut alors parler d'appels d'offres électroniques), s'ensuit l'e-attribution avant la phase post-attributaire qui peut être intégralement

¹⁰ Pour un éclairage sur les spécificités des enchères électroniques inversées dans la commande publique, voir BRISSET, Karine, François MARECHAL, and Pierre-Henri MORAND. "La commande publique par enchère électronique inversée." *Économie publique/Public economics* 10 (2003).

¹¹ art. 1 du Décret n° 2001-846 du 18 septembre 2001 pris en application du 3° de l'article 56 du code des marchés publics et relatif aux enchères électroniques :
« Les enchères électroniques constituent le procédé par lequel les candidats à un marché public admis à présenter une offre s'engagent sur une offre de prix transmise par voie électronique dans une période de temps préalablement déterminée par l'acheteur public et portée à la connaissance de l'ensemble des candidats ».

¹² C2C : de consommateur à consommateur.

¹³ Voir par exemple ALLAL-CHÉRIF, Oihab, and Marc FAVIER. "Le modèle économique des places de marché électroniques." *Revue française de gestion* 1 (2008): 161-173.

¹⁴ Covisint est une place de marché électronique qui regroupe un grand nombre d'acteurs industriels de l'automobile, offrant, depuis le début des années 2000 des solutions d'enchères en ligne pour les approvisionnements.

¹⁵ Loi n° 94-126 du 11 février 1994 relative à l'initiative et à l'entreprise individuelle.

¹⁶ COSTA, António Aguiar, Amílcar ARANTES, and Luís Valadares TAVARES. "Evidence of the impacts of public e-procurement: The Portuguese experience." *Journal of Purchasing and Supply Management* 19.4 (2013): 238-246.

dématérialisée si l'ensemble du dispositif s'inscrit dans une séquence de e-Commande, e-Facturation, e-Paiement et e-Evaluation.

Désormais en France, c'est l'arrêté du 22 mars 2019¹⁷ qui encadre juridiquement plusieurs étapes de ce processus (liste des impôts, taxes, contributions ou cotisations sociales donnant lieu à la délivrance de certificats pour l'attribution des contrats de la commande publique (Annexe 4, qui précise les contours du principe dit du « Dites Le Nous Une Fois »), modalités de mise à disposition des documents de consultation et de la copie de sauvegarde (Annexe 6), fonctionnalités et exigences minimales des profils d'acheteurs (Annexe 7), exigences minimales des moyens de communication électronique utilisés dans la commande publique (Annexe 8), signature électronique des contrats de la commande publique (Annexe 12), certificat de cessibilité des créances issues de marchés publics (Annexe 14) et enfin données essentielles dans la commande publique dans son Annexe 15).

Mais comme nous l'indiquions, l'acte d'achat public constitue une chaîne encore plus longue et plus complexe. Aussi, la brève histoire de la dématérialisation de la commande publique en France demeure encore une histoire à écrire jusqu'en 2022. Fin 2020, il restera deux ans pour arriver à la complète dématérialisation de la commande publique selon les objectifs du plan de transformation numérique de la commande publique. Sont encore identifiés des besoins en termes de travaux d'interopérabilité et de référentiels sémantiques qui doivent faciliter les communications entre les systèmes d'information des différents acteurs, ainsi que les différentes fonctionnalités (sourcing, consultations, gestion financière, archivage, etc...) d'un même acheteur.

II. - LES OBJECTIFS DE LA DÉMATÉRIALISATION

À travers cette lecture historique et essentiellement juridique de l'évolution des règles de la commande publique vers sa dématérialisation, on discerne en creux la multiplicité des objectifs visés par l'État. On peut schématiquement retenir trois objectifs qui, que ce soit à l'échelle française ou européenne, dans les attendus des textes, dans les arguments mis en avant dans les discussions parlementaires, dans les analyses qui ont pu en être faites, ressortent de cette évolution : la volonté de moderniser la fonction achat dans la sphère publique, la volonté d'améliorer l'accès des PME à la commande publique et l'idée selon laquelle la transparence offerte par l'ouverture des données concourent toutes à l'efficacité de la commande publique.

A. - La modernisation de la fonction achat dans la sphère publique.

¹⁷ Arrêté du 22 mars 2019 fixant la liste des renseignements et des documents pouvant être demandés aux candidats aux marchés publics, JORF n°0077 du 31 mars 2019.

Le processus de dématérialisation de l'acte d'achat trouve ses origines dans la sphère privée¹⁸. À la fin des années 1990, on assiste à un mouvement massif au sein des entreprises, tout au moins pour les plus grandes d'entre elles. La fonction achat y apparaît désormais stratégique, les organigrammes des entreprises se modifient en profondeur faisant remonter la fonction achat, historiquement considérée comme une sous-direction de la fonction logistique, à un niveau plus élevé, traduisant l'attention qui lui est apportée. Confrontées à une concurrence potentiellement mondiale et exacerbée, soumises à des impératifs de rentabilité plus pressants, la gestion stratégique de la chaîne d'approvisionnement (*supply chain management*) devient centrale. Liées pour partie à l'internationalisation de la chaîne d'approvisionnement, ces évolutions mettent en avant des concepts nouveaux. Les notions de « cost killers¹⁹» et autres « low cost countries²⁰» deviennent centrales. À cette mise sous tension de la chaîne logistique induite par l'ouverture des marchés, s'adjoignent les opportunités offertes par le commerce électronique qui émerge exactement à la même période. De grandes entreprises se regroupent, mutualisent leurs achats (notamment dans le cadre de la grande distribution ou de l'industrie automobile), afin d'améliorer le rapport de force au profit de l'acheteur dans leurs relations avec les potentiels fournisseurs. Ces regroupements prennent la forme de centrales d'achat privées, de places de marchés qui seront alors nativement électroniques. Cet intérêt pour la dématérialisation est d'autant plus fort que la chaîne d'approvisionnement fait fi des frontières et que le monde numérique offre alors l'ubiquité nécessaire à la mondialisation de la chaîne logistique.

Peut-on comprendre dans les motivations qui sous-tendent à la dématérialisation de l'achat privé l'intérêt premier que revêt la dématérialisation de l'achat public ? L'analogie serait pernicieuse. La bonne gestion des deniers publics peut être vue, pour partie et d'un point de vue économique, comme un concept d'efficacité. Pour autant, le concept d'efficacité (au sens de la maximisation d'un profit, de celle de la valeur de marché d'une entreprise etc...) ne se transpose pas aisément à la sphère publique, dont les objectifs sont, par nature, différents et multiples. Mais ce sont bien des arguments en termes d'efficacité qui sont en premier mis en avant pour pousser à la modernisation de la commande publique. On retrouve l'idée, communément admise alors que, par certains de ses aspects, le Droit de la commande publique, s'il n'est pas réformé, constituerait un frein à l'efficacité.

Dans un rapport pour le Conseil d'Analyse Économique²¹, Stéphane Saussier et Jean Tirole notent ainsi que « dans la plupart des pays de l'OCDE, le métier d'acheteur public ne bénéficie d'aucune

¹⁸ voir *supra*

¹⁹ La fonction de « cost killers » consiste à améliorer la rentabilité d'une entreprise en se focalisant non sur les marges obtenues sur le produit ou service vendu, mais sur les coûts des consommations intermédiaires nécessaires à sa production.

²⁰ La montée en gamme d'un grand nombre de pays émergents, notamment en Asie du Sud Est ouvrent la voie à la délocalisation d'une partie importante de la chaîne d'approvisionnement vers des pays considérés comme à bas coût.

²¹ SAUSSIÉ, Stéphane et Jean TIROLE. "Renforcer l'efficacité de la commande publique." Notes du conseil d'analyse économique 3 (2015): 1-12.

reconnaissance spécifique. En France, il n'est référencé dans le Répertoire interministériel des métiers que depuis 2010. On a longtemps reproché aux administrations de confier la gestion de leurs marchés publics à des personnes ayant reçu une formation uniquement juridique, indispensable pour que les procédures soient conformes à la législation mais insuffisantes pour réellement optimiser la commande publique ». Ils préconisent par ailleurs de « centraliser les achats autant que possible et capitaliser l'expérience ». En 2008, La Commission européenne lance une enquête en ligne pour en savoir plus sur l'expérience de terrain des entreprises et des acheteurs publics en matière de passation de marchés publics en ligne. Dans son communiqué de presse²², la commission précise que son « plan d'action [pour la mise en œuvre du cadre juridique des marchés publics électroniques, adopté par la Commission en décembre 2004] a notamment pour but d'aider les États membres à éliminer les obstacles à la passation de marchés publics transfrontaliers en ligne et à améliorer son efficacité ». Identification du caractère stratégique de la fonction achat, volonté de regrouper les procédures, internationalisation des marchés, on retrouve ici les mêmes logiques qui ont gouverné à l'émergence du *e-procurement* chez les entreprises privées.

L'analogie s'arrête pourtant ici. L'idée n'est pas tant d'améliorer le rapport de force vis-à-vis des fournisseurs, comme cela peut s'entendre dans l'achat privé, que d'améliorer la procédure en tant que telle ; les gains d'efficacité escomptés se trouvent principalement dans la charge liée à l'exercice formel d'achat public. Dans la même communication, la Commission précise ainsi qu'elle « estime que la passation de marchés publics et la facturation en ligne pourrait diminuer de quelque 5% le coût total des marchés publics et diviser par deux, au moins, les frais de transaction, ce qui ferait économiser des milliards d'euros chaque année aux gouvernements – et donc aux contribuables ». La Commission européenne avait ainsi « cerné la passation de marchés publics en ligne comme un domaine où des économies substantielles peuvent être réalisées et cherchait à encourager l'utilisation de l'outil électronique à cette fin ».

La nature des objectifs visés par la dématérialisation de la commande publique est donc de nature sensiblement différente de ceux des entreprises privées. Jean-François Thibous, Directeur de projet « Transformation numérique de la commande publique » à la direction des Affaires juridiques des ministères économiques et financiers les résume parfaitement²³, présentant ces derniers comme un « processus gagnant-gagnant pour les acheteurs et les entreprises. Côté acheteur, les avantages de la dématérialisation sont multiples : une limitation de tâches administratives répétitives, une transparence accrue, de nouveaux outils d'aides à la décision, etc. De leur côté, les entreprises y voient une plus grande accessibilité à l'information et une opportunité de gagner des marchés. Par ailleurs, le développement d'une économie numérique, notamment de la donnée (open data), autour de la commande publique pourrait rendre les acteurs français plus compétitifs, notamment au

²² Marchés publics: la Commission évalue la passation de marchés publics en ligne en Europe, IP/08/1577, 2008.

²³ Jean-François THIBOUS, La transformation numérique de la commande publique, *Gestion et organisation administrative*, N° 3-2019 / Mai-Juin 2019

niveau européen ». Cette présentation illustre bien les objectifs complémentaires visés par le processus de dématérialisation.

B. - Améliorer l'accès des PME à la commande publique

Serpent de mer des réformes successives de la commande publique, l'amélioration de l'accès des PME à ces marchés est, dans la plupart des pays de l'OCDE et depuis longtemps, un objectif central. Il n'est donc pas étonnant qu'on le retrouve comme objectif central de la dématérialisation.

La part des PME sur les marchés publics en accès direct (sous-traitance exclue) s'élève seulement à 25% des achats, alors que ces mêmes entreprises représentent 65% du PNB des pays de l'Union européenne. Dès l'achèvement du Marché intérieur, les instances européennes se sont interrogées sur les modalités permettant un accès effectif des PME aux marchés publics. L'objectif avancé était double. En favorisant la participation des PME, les pouvoirs publics peuvent s'attendre à un accroissement avantageux tant en prix qu'en qualité de la concurrence. De plus, et de façon indirecte, l'augmentation de cette participation pourrait avoir des retombées positives sur la croissance économique et sur l'emploi, grâce à un meilleur développement des PME²⁴. Dans le Plan d'action pour la mise en œuvre du cadre juridique des marchés publics électroniques adopté par la Commission européenne²⁵ cette dernière voit dans la dématérialisation « un accès plus facile aux informations et aux connaissances [qui] profitera à toutes les entreprises, mais tout particulièrement les PME qui ne disposent souvent pas des ressources humaines nécessaires pour surveiller le marché ». Elle reconnaît par ailleurs que « les avantages de la passation de marchés publics en ligne ne se limitent pas à la diminution des coûts. Les systèmes traditionnels de passation de marchés publics peuvent être d'accès difficile pour les soumissionnaires potentiels, tandis que la plupart ne sont tout simplement pas au courant des opportunités d'adjudication existantes ».

Si la littérature économique identifie des barrières à l'entrée des PME à la commande publique qui n'ont rien à voir avec le caractère dématérialisé ou non de la procédure (délais de paiement peu adaptés à la trésorerie des plus petites entreprises, allotissement des marchés peu en phase avec les compétences et les tailles des TPE-PME notamment), les lourdeurs et le coût implicite de la procédure sont également mises en exergue. Investir du temps dans la préparation d'une réponse, dans le formalisme administratif de cette dernière, le tout pour un succès intrinsèquement incertain à toute procédure de mise en concurrence, décourage bon nombre de PME de tout simplement tenter leur chance. De plus, l'extrême diversité des sources de publicité « papier » des marchés (presse quotidienne régionale, publications spécialisées autorisées, bulletin officiel des annonces des marchés publics etc...) rend difficile la simple veille économique pour les entreprises qui ne possèdent pas de services dédiés.

²⁴ cf par exemple MORAND, Pierre-Henri. Accès des PME aux marchés publics : allotissement ou groupement? *Économie publique/Public economics* 10 (2003).

²⁵ Commission européenne, IP/08/1577, *op. cit.*

Une enquête de l'OCDE, menée dans 30 pays (les 28 pays de l'OCDE ainsi que la Colombie et le Costa Rica) identifiait le recours à des procédures de passation des marchés dématérialisés comme la mesure la plus fréquemment évoquée afin d'améliorer l'accès des PME à la commande publique. Avec 88 % des répondants identifiant cette mesure, la dématérialisation surpassait l'accroissement de l'allotissement (82 % des répondants). La simplification du processus et l'allègement des documents nécessaires à la participation, qui peut dans une certaine mesure s'entendre à travers les dispositifs de dématérialisation, arrivait en cinquième position (55 % des répondants)²⁶.

La dimension informationnelle de la dématérialisation apparaît ici comme un argument fort en faveur de la dématérialisation dans un objectif d'accès des PME. Mais cet argument peut s'entendre également pour une cible plus large.

C. - Open data et transparence, leviers de l'efficacité.

Associer transparence des données publiques et efficacité économique n'est pas l'apanage des seules politiques d'open data de la commande publique. Ainsi, la charte du G8 pour l'ouverture des données publiques^{27 28} précise dans son préambule que « le monde assiste à la montée en puissance d'un mouvement planétaire favorisé par la technologie et les médias sociaux et stimulé par l'information — un mouvement au potentiel extraordinaire pour encourager l'émergence d'entreprises et de gouvernements plus responsables, efficaces, proactifs et efficaces, et pour stimuler la croissance économique » : l'efficacité espérée n'est pas la seule motivation à cette ouverture. Ainsi, « l'accès aux données ouvertes permet d'accroître la transparence de l'action des gouvernements et des entreprises [...] Autant de facteurs qui contribuent à promouvoir la responsabilité et l'amélioration de la gouvernance, à favoriser le débat public et à lutter contre la corruption. [...] Ces données amènent le secteur privé à innover, contribuant à la création de nouveaux marchés, de nouvelles entreprises et de nouveaux emplois ». Efficacité économique, amélioration de la gouvernance, lutte contre la corruption... on le conçoit aisément : la commande publique prend une part centrale dans les espoirs fondés sur l'open data.

Les espoirs fondés sur l'open data de la commande publique s'observent directement en France. Le 12 décembre 2018, se tenait à Paris le cinquième forum Open d'État qui avait pour thème la transparence de la commande publique. Il avait vocation à réunir des administrations qui travaillent sur la publication des données de la commande publique, des entreprises qui produisent et utilisent ces données, des organisations de la société civile et des citoyens, utilisateurs des données. Le

²⁶ Public procurement progress report highlights, OCDE, 2019.

²⁷ Charte du G8 pour l'ouverture des données publiques, 2013.

²⁸ Pour un approfondissement, voir GOETA, Samuel. Instaurer des données, instaurer des publics: une enquête sociologique dans les coulisses de l'open data. 2016. Thèse de doctorat. Paris, ENST.

compte-rendu de ce forum²⁹ traduit parfaitement la diversité des espoirs qui sont fondés sur l'open data de la commande publique. En particulier, une cartographie des usagers des données de la commande publique reflète la diversité des usages anticipés : des militants anti-corruption issus de la société civile, aux contrôleurs de l'action publique en passant par les candidats aux marchés, ce ne sont pas moins de 13 catégories d'acteurs relevant de la société civile, du secteur privé ou acteurs publics qui sont ainsi énumérés³⁰. On retrouve dans cette cartographie les sous-objectifs assignés à l'open data. Elle est vue comme un levier de l'efficacité, facilitateur d'affaire entre les fournisseurs potentiels et les acheteurs publics. Elle apparaît également comme un outil de contrôle (légal ou citoyen) de l'action publique, qui aurait vocation en retour à améliorer les pratiques. Elle est également vue comme une opportunité de nouveaux services, la naissance de nouveaux métiers, de nouvelles activités directement fondées sur le traitement et l'analyse des données désormais ouvertes.

III. PREMIER BILAN : OBJECTIFS ATTEINTS ?

De la dématérialisation rendue possible, au début du 21^{ème} siècle, à la dématérialisation impérative de ces toutes dernières années, le processus, on l'a vu, s'accélère. Les espoirs qui sont fondés en lui sont multiples. Ils ne sont pas en revanche nécessairement compatibles. Aussi, dresser un premier bilan aujourd'hui ne peut être qu'un exercice très parcellaire. Quelques effets tangibles et quelques tendances se dégagent ; des inquiétudes, des questions à trancher pour l'avenir demeurent.

A. - Des objectifs compatibles ?

En politique économique, la règle de cohérence dite de Tinbergen³¹ démontre que pour toute politique économique ayant des objectifs fixés, le nombre d'instruments doit être égal au nombre d'objectifs visés. Une seconde règle, attribuée à Robert Mundell³², énonce que la politique économique doit utiliser chaque instrument pour réaliser l'objectif au regard duquel il possède un avantage comparatif relativement aux autres instruments. Ces deux règles forment le socle de la vision dite normative de la politique économique. Si elles concernent les politiques macroéconomiques, et non les politiques publiques telles que celles relatives à la commande publique, elles nous alertent cependant. L'idée selon laquelle une réforme, aussi ambitieuse soit elle, passant par un seul « instrument » (la dématérialisation) permettrait simultanément de réduire les fardeaux de la charge administrative liée à la passation des commandes, améliorerait le sort des

²⁹ <https://www.etalab.gouv.fr/transparence-de-la-commande-publique-des-donnees-aux-politiques-dachat-quels-usages>

³⁰ Militants, journalistes, représentants des corps intermédiaires, passionnés de données, candidats aux marchés, acteurs de l'intelligence économique, assistant à la maîtrise d'ouvrage, acheteurs, contrôleurs de l'action publique, créateurs d'opportunité économique, régulateurs, bureau d'étude sans oublier le monde de la recherche.

³¹ Jan Tinbergen est le premier lauréat du prix de la Banque de Suède en sciences économiques en mémoire d'Alfred Nobel, communément appelé « prix Nobel d'économie ».

³² Robert Mundell sera également, en 1999, lauréat du prix Nobel d'Économie.

entreprises soumissionnaires, des entreprises candidates, favoriserait l'accès des plus petites d'entre elles à la commande publique, assurerait par la transparence qu'elle offre un puissant outil d'amélioration des pratiques, permettrait de lutter contre la corruption et toute forme de favoritisme, faciliterait le contrôle a posteriori et créerait de la croissance... mérite d'être questionnée ! À titre illustratif, nous mettrons en avant quelques-uns des conflits d'objectifs identifiés.

Dans la droite ligne des évolutions constatées dans le e-procurement privé, la centralisation des achats, la possibilité de mutualiser ces derniers entre services, entre administrations, entre acheteurs publics est perçue comme un avantage en termes de coût administratif (un acte d'achat génère un coût fixe de passation, essentiellement liée aux ressources humaines affectées à la tâche, pour grande partie indépendant de la taille du marché). Les places de marché électroniques facilitent l'agrégation des besoins et évitent ainsi la réplication de ces coûts fixes sur autant de petits marchés. On constate alors directement que cet objectif rentre en totale contradiction avec l'idée d'améliorer l'accès des PME à la commande publique, la taille des lots constituant une barrière à l'entrée importante pour ces dernières.

On retrouve le même dilemme concernant les PME si l'on compare les coûts administratifs, objectivement allégés par ces processus dématérialisés aux éventuelles barrières technologiques qu'elles érigent. Fernandes et Vieira³³ recensent dans la littérature économique et de gestion un certain nombre de freins, dont ceux liés spécifiquement à la technologie (obstacles liés aux préoccupations concernant la sécurité des informations échangées, l'absence d'une solution de dématérialisation unique, le manque d'interopérabilité entre les systèmes et la faible uniformité des procédures de passation de marchés), des freins liés aux processus (faible propension des organisations de petite taille à procéder à une réingénierie des processus, au taux encore faible d'adoption de solutions technologiques par les entreprises), des freins liés à la culture et aux personnes (déficit de main-d'œuvre en matière de qualifications spécifiques pour les marchés publics, résistance au changement et l'absence d'une culture organisationnelle adéquate pour encourager le recours à des technologies d'avant-garde). À nouveau, si l'objectif pouvait paraître louable, son efficacité reste questionnable.

Enfin, à lui seul le sous-objectif lié à la seule transparence accrue offerte par une politique d'open data porte ses propres contradictions. Lutte contre le favoritisme, contre la corruption et lutte contre les ententes et les cartels peuvent apparaître parfois comme antinomique : la première plaide pour un accroissement de la profondeur des données qui doivent être ouvertes, la seconde peut identifier une trop grande information diffusée comme un possible instrument favorisant la stabilité ou l'émergence de pratiques anti-concurrentielles. De même, si la diffusion électronique massive des informations relatives à la publicité des marchés offre une réelle opportunité pour l'ensemble des entreprises (tout le monde peut mieux savoir, plus aisément identifier les opportunités qui s'offrent

³³ FERNANDES, Teresa, and Vítor VIEIRA. "Public e-procurement impacts in small-and medium-enterprises." *International Journal of Procurement Management* 8.5 (2015): 587-607.

à lui), les conséquences en termes d'attribution des marchés dépendront de l'appropriation relative de ces informations par les structures. Rien n'assure que cette appropriation de la donnée soit uniforme. Bien au contraire, les plus grandes entreprises peuvent posséder un avantage spécifique sur cet aspect, avantage qui renforce l'inégalité des chances de remporter un marché. Si la valorisation des données ouvertes à des fins d'accès au marché peut être externalisée (un grand nombre d'entreprise des technologies de l'information offrent désormais ce genre de service), ce service n'en demeure pas moins coûteux et potentiellement prohibitif, au moins à court terme, pour les entreprises les plus fragiles ou de petite taille.

B. - Les effets tangibles

L'Observatoire Économique de la Commande Publique (OECF) recensait 11 % des marchés dématérialisés en 2011. Le chiffre n'avait pas varié 4 ans plus tard, traduisant l'absence de montée en puissance du dispositif lorsque la dématérialisation était une simple possibilité offerte. Il s'élevait à 30 % des marchés en 2018, année de l'entrée en vigueur de l'obligation pour les marchés supérieurs à 25 000 euros H.T. On peut, à ce titre comparer, la situation française avec le reste du monde.

L'étude menée par l'OCDE³⁴ nous offre un panorama éclairant. La Recommandation 2015 de l'OCDE relative à la réforme des marchés publics invitait les pays adhérents à « mettre en place un portail en ligne permettant à l'ensemble des parties prenantes, y compris les fournisseurs potentiels nationaux et étrangers, la société civile et le grand public, d'accéder gratuitement à l'information relative aux marchés publics, notamment au sujet du système de passation de marchés publics » (principe de transparence) (paragraphe II). Les données de l'enquête de 2018 menée par l'OCDE montrent que la communication des appels d'offres est la fonctionnalité des systèmes de passation électronique de marchés publics qui est la plus largement adoptée. Près de 100 % des répondants l'utilisent pour annoncer les appels d'offres et l'attribution des marchés. Cette évolution s'accompagne de la mise à disposition croissante de modules électroniques destinés aux agents publics chargés de passer les marchés afin d'améliorer les flux de travail, d'automatiser les processus et d'éliminer les compartimentations inefficaces. Ainsi, « une part croissante des systèmes de passation électronique des marchés comprend des modules d'intelligence économique et des registres de fournisseurs » et ce pour 62 % des répondants, qu'il s'agisse de plateformes de passation électronique de l'administration centrale ou de celles d'une autorité adjudicatrice particulière. Les données de l'enquête de 2018 montrent également que les modules d'enchères en ligne se développent. « Ces outils sont disponibles dans certains ou dans la totalité des systèmes de passation électronique des marchés dans 65 % des pays répondants ».

³⁴ OCDE (2019), *Réforme des marchés publics : Progrès de mise en œuvre de la Recommandation 2015 de l'OCDE*, Examens de l'OCDE sur la gouvernance publique, Éditions de l'OCDE, Paris, <https://doi.org/10.1787/621e6366-fr>.

Si 37 % seulement des pays de l'OCDE ont fait état d'une intégration sous une forme ou sous une autre avec d'autres systèmes informatiques publics dans l'Enquête 2016, ce pourcentage est passé à 72 % dans l'Enquête 2018, les pays ayant de plus en plus tendance à adopter des solutions complètes de passation électronique de marchés publics, couvrant l'ensemble du cycle, depuis la planification et la préparation du marché à l'exécution du contrat et au paiement³⁵.

La France, en 2018, comme 62 % des pays enquêtés par l'OCDE, présente une intégration du ou des systèmes de passation électronique des marchés publics avec d'autres systèmes d'administration numérique, et ce au niveau central, contre 10 % au niveau des autorités contractantes. De même, comme 39 % des répondant, la France indique mesurer des gains d'efficacité résultant de l'utilisation de systèmes de passation électronique des marchés publics.

Elle se départit cependant des pays les plus avancés dans les processus de dématérialisation. Si le Chili, la Corée, l'Estonie, L'Islande, l'Italie, la Lettonie, la Norvège, la Pologne, la République Slovaque, la Turquie et le Costa Rica indiquaient offrir une totale disponibilité des documents relatifs aux marchés publics (avis d'appel d'offres, dossier d'appel d'offres, critères d'évaluation, avis d'adjudication et texte du contrat) lors de l'enquête 2016, ce n'était pas encore le cas pour le dernier item en France en 2018.

On peut également dresser un premier bilan de l'effectivité des conséquences de l'arrêté du 14 avril 2017, modifié par l'arrêté du 27 juillet 2018, entré en vigueur le 1er octobre 2018, et avec lui l'obligation pour les 70 000 acheteurs publics français (collectivités, ministères, hôpitaux publics, etc.) de publier les données essentielles de leurs marchés publics sur leur profil d'acheteur. Au 11 octobre 2019, les données essentielles de la commande publique, rassemblées sur la plateforme ouverte des données publiques françaises (datagouv.fr) décrivent 39 000 attributions et modifications d'attribution, par environ 2 450 acheteurs publics différents. Début 2020, on recensait 58 500 attributions et modifications d'attribution par 3 177 acheteurs publics. Si la mise en conformité avec cette obligation d'open data semble progresser rapidement, elle ne concerne encore qu'une minorité de ce qui aurait dû être rendu disponible.

Le dernier effet tangible concerne la structuration de tout un écosystème de places de marché, plates-formes électroniques de publicité et de candidature. Elles sont apparues à tous les échelons administratifs : communal, départemental, régional et même national avec l'introduction de la PLACE, la plate-forme des achats de l'Etat. À l'opposé de l'objectif affiché d'un accès facilité aux informations, sensé en retour stimuler la concurrence et faciliter l'accès aux marchés publics, chaque plate-forme comporte ses propres spécificités d'utilisation et les documents demandés ne sont pas toujours les mêmes, ce qui multiplie les coûts pour les entreprises candidates. Dans la

³⁵ OCDE (2019), *Transformation numérique des marchés publics*, Panorama des administrations publiques 2019, Éditions de l'OCDE, Paris.

quatrième recommandation du rapport remis au Conseil d'Analyse Économique, Saussier et Tirole³⁶ suggèrent ainsi de « mettre en place (ou maintenir) des plates-formes électroniques de publicité et de candidature uniquement au niveau régional et [de] faire remonter toute l'information à une plate-forme nationale. [Ils suggèrent également de] faire converger les pratiques des différentes plates-formes vers les initiatives régionales les plus performantes ».

C.- les effets qui font débat

Une série de questions parlementaires ont très vite pointé quant à elles les difficultés d'accès des PME à la commande publique qui résulteraient de la dématérialisation. La question n° 20153 de M. Vincent Rolland (Les Républicains - Savoie) traduit cette inquiétude³⁷ : « Il semblerait que cette nouvelle réglementation soit pénalisante en cela qu'elle limite le nombre de réponses d'entreprises, c'est en tout cas le constat fait par des élus de petites communes. En effet de nombreuses très petites entreprises ou micro-entreprises ne disposeraient pas de compétences informatiques suffisantes pour affronter la complexité administrative de la procédure. Par conséquent, il souhaite connaître les premiers bilans qui ont été faits de la nouvelle réglementation, et les aménagements qui seront réalisés pour permettre au plus grand nombre d'entreprises de participer aux consultations. »

Dans sa réponse, le Gouvernement revient sur une des étapes du processus de dématérialisation. Précisant que « depuis le 1er avril 2016, il n'est plus obligatoire de signer la candidature et l'offre au moment du dépôt initial », il reconnaît qu'il « est possible à l'acheteur de rendre, via son règlement de la consultation, la signature obligatoire pour tous les soumissionnaires au moment de la remise de leur offre ou de leur candidature. Néanmoins, un tel formalisme alourdit la charge administrative et n'est donc pas conseillé ». Indiquant par ailleurs que l'acquisition des certificats de signature électronique (pour un coût observé allant de 50 et 130 euros pour une année) prend du temps (« il faut compter quelques jours et 3 semaines entre la délivrance et la réception du certificat »), il suggère aux « acheteurs [de] veiller à laisser un délai suffisant pour les entreprises qui n'auraient pas préalablement acquis un certificat pour le faire à l'occasion de l'attribution du contrat ». Enfin, dans sa réponse, le Gouvernement rappelait avoir lancé, le 15 octobre 2018, l'initiative France Num en faveur de la transformation numérique des TPE/PME. Comme indiqué « son objectif est de rassembler sous une même bannière l'ensemble des actions menées par l'État, les régions et leurs partenaires pour accompagner les TPE/PME vers le numérique, notamment dans le domaine des marchés publics ».

³⁶ op. cit.

³⁷ voir également la question écrite de Michel Dagbert, n° 9707, JO du Sénat du 2 mai 2019 « Quelles sont les conséquences de la dématérialisation des appels d'offres sur l'économie locale ? » et la question n° : 19737 de Mme Marie-Ange Magne « Accès aux marchés publics pour les artisans et petites entreprises. »

Une logique équivalente apparaît dans le Rapport sénatorial sur la proposition de loi relative à l'accès effectif et direct des petites et moyennes entreprises à la commande publique³⁸. Le rapporteur pointe que le dernier article de la proposition de loi sénatoriale qui visait à ce que l'on tienne compte de la couverture numérique pour la mise en œuvre de la dématérialisation des échanges, semblait en fait déjà satisfait « par la possibilité déjà accordée aux entreprises de faire parvenir à l'acheteur une « copie de sauvegarde » de leurs candidatures afin, notamment, de se prémunir des défaillances ou des insuffisances de réseau internet ». Les promesses d'un accès facilité des PME à la commande publique par l'intermédiaire de la dématérialisation est ainsi aujourd'hui encore au cœur de débats.

Ainsi en est-il également de l'objectif de transparence associé à la dématérialisation. Partant du constat qu'« aujourd'hui, les rapports ne sont communicables que sur demande des entreprises dont l'offre n'a pas été retenue, un recours auprès de la Commission d'accès aux documents administratifs est nécessaire en cas de refus opposé par la personne publique. Pour augmenter la transparence et responsabiliser les acheteurs publics, [Stéphane Saussier et Jean Tirole, dans leur rapport au C.A.E]³⁹ propos[ent] que ces rapports – qui existent déjà dans la très grande majorité des cas – soient rendus publics. La dématérialisation des marchés et la mise en place de plates-formes centralisant les offres peuvent faciliter la transparence des marchés publics et être le lieu où les rapports seraient publiés ». Aussi, leur 5^{ème} recommandation demande à « rendre obligatoire la publication en ligne, en plus des informations légales (procédure, offre retenue, nombre d'enchérisseurs...), du rapport d'analyse des offres ». Ici le débat porte sur l'étendue des informations à transmettre par voie électronique et ainsi à les considérer comme des données de nature réellement essentielles. L'Arrêté du 22 mars 2019 relatif aux données essentielles dans la commande publique limite à 14 le nombre de ces informations impérativement transmises⁴⁰. Pourtant, nombreuses sont les voix qui s'élèvent pour élargir ce format pivot. À titre d'illustration, Breizh SBA (Stratégie du Bon Achat), association créée en Bretagne par des professionnels publics et privés autour des enjeux de l'achat public, et très active dans la question de la transparence des données propose d'élargir le format des données essentielles en insérant notamment de surcroît le nom des soumissionnaires (afin de mieux identifier les critères de sélection des attributaires), l'existence de clauses (sociales ou environnementales), et le nombre de candidatures reçues (afin de

³⁸ Rapport n° 530 fait au nom de la commission des lois constitutionnelles, de législation, du suffrage universel, du Règlement et d'administration générale sur la proposition de loi relative à l'accès effectif et direct des petites et moyennes entreprises à la commande publique, Par M. André REICHARDT, Sénat, enregistré à la Présidence du Sénat le 29 mai 2019.

³⁹ op. cit.

⁴⁰ l'identifiant du marché ; l'identifiant (SIRET) et le nom de l'acheteur public ; l'identifiant (SIRET) et le nom du ou des entreprises titulaires du marché ; la date de notification ; la date de publication des données ; l'objet du marché ; le montant hors taxes ; la durée (en mois) ; le code du type de bien/service principal (nomenclature CPV) ; le nom du lieu d'exécution du marché et son identifiant (code INSEE ou code postal) ; la nature (marché, marché de partenariat, accord-cadre ou marché subséquent) ; la procédure de passation utilisée ; la forme du prix (révisable, ferme et actualisable, ferme) ; les modifications de durée, de montant ou d'entreprises titulaires qui pourraient survenir pendant toute la durée du marché.

connaître le niveau de sélectivité d'un marché). On pourrait, de la même manière, penser que les critères de sélection des offres, et les règles de pondération des différents critères, pourraient utilement être insérés dans la liste des données essentielles. Ou concernant les marchés à bons de commande ou accords-cadres, que les transactions effectivement réalisées dans le cadre de ces marchés fassent l'objet d'une publicité. La liste est encore longue des informations qui pourraient utilement être ouvertes, tout comme celles des arguments qui pourraient être avancés pour en limiter l'ouverture. Les objectifs sont multiples, complexes, les parties-prenantes sont nombreuses. Il en est de ces questions comme de la dématérialisation des marchés publics dans son ensemble. Le chemin vers sa pleine maturité est encore long.