

**Accès des PME à la commande publique et sous-traitance**

15ème législature

**Question écrite : 18890 de de M. Matthieu Orphelin (Non inscrit - Maine-et-Loire) : Question publiée au JO le : 16/04/2019 page : 3389**

M. Matthieu Orphelin interroge M. le ministre de l'économie et des finances sur l'application de la législation en matière de commande publique. En raison de trop nombreuses exceptions au principe d'allotissement dans les marchés publics de construction, beaucoup de PME-PMI n'ont accès à la commande publique que comme sous-traitantes d'entreprises générales. En l'état actuel le droit de la commande publique, toute latitude est laissée aux titulaires pour désigner, y compris après l'attribution du marché, ou changer de sous-traitants. Cette liberté ne prend jamais en compte les impacts économiques, fiscaux et sociaux. Des entreprises sous-traitantes établies en France peuvent ainsi être écartées tardivement, notamment au profit de sous-traitants européens ou extra-européens. Les conséquences de ces choix sont dommageables pour les recettes des budgets de l'État, des collectivités locales et des organismes de sécurité sociale. Il est essentiel que les acheteurs publics exercent toutes leurs responsabilités économiques, sociales et environnementale lors de l'attribution et de l'exécution des marchés publics, y compris par un examen attentif des conditions de sous-traitance. Au moment où le nouveau code de la commande publique va entrer en vigueur, il aimerait connaître la stratégie que le Gouvernement entend appliquer pour inciter les acheteurs publics à favoriser les pratiques responsables en matière de sous-traitance, et notamment la prise en compte des efforts d'optimisation de la sous-traitance française comme cela a été réalisé dans le cadre de la réforme récente des dispositifs d'appui au commerce extérieur.

**Réponse publiée au JOAN le 04/06/2019 page 3815, Ministère attributaire de l'Économie et des finances**

Aux termes de l'article L. 2193-2 du code de la commande publique codifiant la loi du 31 décembre 1975, « la sous-traitance est l'opération par laquelle un opérateur économique confie par un sous-traité, et sous sa responsabilité, à une autre personne appelée sous-traitant, l'exécution d'une partie des prestations du marché conclu avec l'acheteur ». S'il est loisible au titulaire d'un marché public de sous-traiter l'exécution d'une partie du marché tout au long de son exécution, le droit encadre toutefois cette pratique et enjoint aux acheteurs de réaliser un examen attentif des conditions de sous-traitance. En effet, le titulaire ne peut recourir à la sous-traitance qu'à la condition de l'avoir déclarée à l'administration et d'avoir obtenu l'acceptation du sous-traitant et l'agrément de ses conditions de paiement (article L. 2193-4). Ces deux formalités, indépendantes du montant envisagé, doivent être simultanément réunies pour que la sous-traitance soit considérée comme régulière. Dans ce cadre, l'acheteur procède à des vérifications d'ordre technique (compétence) et financier (montant versé au sous-traitant, délai de paiement, avance, nantissement de créance...), qui pourront le cas échéant le conduire à refuser d'agréer des conditions de paiement qui lui sembleraient trop déséquilibrées. La réglementation française ne permet certes pas d'exiger qu'un sous-traitant présenté lors de la remise d'une offre soit conservé pour l'exécution du marché, car le titulaire est seul responsable de la bonne réalisation des prestations. Néanmoins, une bonne pratique consiste pour l'acheteur à demander systématiquement aux entreprises candidates de présenter leurs futurs partenaires dès le stade des offres, afin de responsabiliser moralement les titulaires de marchés et de valoriser la plus-value des sous-traitants dans la bonne réalisation des marchés publics. Le renforcement du suivi de la sous-traitance par les acheteurs se manifeste également à l'article R.2193-9 du code de la commande publique qui impose le contrôle des offres anormalement basses jusqu'au niveau des sous-traitants. Ainsi, une offre qui serait trop basse, par exemple du fait de mauvaises conditions imposées aux sous-traitants (français ou étrangers), pourrait être écartée, après mise en œuvre d'une procédure contradictoire permettant au candidat de justifier son prix. Si l'acheteur ne peut intervenir directement dans la formation du contrat de sous-traitance, il peut toutefois, dans une logique de transparence et de responsabilisation de l'ensemble des parties, se le faire communiquer. Tous ces éléments, de droit ou issus de la pratique, seront soulignés dans le nouveau guide opérationnel pour « faciliter l'accès des TPE/PME à la commande publique » de l'Observatoire économique de la commande publique.