

Le point sur les données essentielles de la commande publique

Le Code de la commande publique, dans sa partie législative, oblige les acheteurs à publier les données essentielles des marchés publics et contrats de concession. Les conditions et modalités pratiques de cette publication, détaillées dans la partie réglementaire, ont fait l'objet de modifications par deux arrêtés du 22 décembre dernier et entreront en vigueur à compter du 1^{er} janvier 2024.

Les acheteurs ont l'obligation de publier les données essentielles des marchés et des contrats de concession en application du Code de la commande publique. Son annexe définit 15 quelles sont les données concernées ainsi que la forme et la durée de leur mise à disposition. Deux arrêtés du 22 décembre 2022⁽¹⁾ qui seront applicables à tous les contrats notifiés à compter du 1^{er} janvier 2024 accroissent significativement le nombre de données considérées comme essentielles et modifient le régime de leur publication.

« Les choses dont il y a vue, ouïe et examen, ce sont celles-là que, moi, je préfère ». Ce fragment d'Héraclite d'Éphèse résume assez bien la philosophie du dispositif ici commenté, lequel a pour principal objectif de renforcer le principe de transparence en apportant aux acheteurs publics et opérateurs économiques une connaissance librement accessible.

C'est en effet pour renforcer la transparence des procédures que l'ordonnance n° 2015-899 du 23 juillet 2015 relative aux marchés publics, transposant les nouvelles exigences européennes issues, entre autres, de la directive 2014/24/UE du 26 février 2014 sur la passation des marchés publics et abrogeant la directive 2004/18/CE, a impulsé l'entreprise de dématérialisation et de diffusion en *open data* des données des contrats de la commande publique. Fut ainsi posé le principe selon lequel « les acheteurs (...) rendent accessibles sous un format ouvert et librement réutilisable les données essentielles du marché public »⁽²⁾. Quelques mois plus tard, l'ordonnance n° 2016-65 du 29 janvier 2016 relative aux contrats de concession a étendu cette obligation à ces contrats⁽³⁾.

Auteurs

Vincent Drain
Valians - Avocat associé

Gustave Barthélémy
Valians - Juriste

(1) Arrêté du 22 décembre 2022 (NOR : ECOM2235715A) ; arrêté du 22 décembre 2022 (NOR : ECOM2235716A).

(2) Ordonnance n° 2015-899 du 23 juillet 2015, art. 56.

(3) Ordonnance n° 2016-65 du 29 janvier 2016, art. 53.

Le 14 avril 2017, un arrêté du ministère de l'Économie et des Finances venait préciser les conditions et les modalités de mise en œuvre de cette obligation. Le 1^{er} octobre 2018, elle entrait en vigueur.

L'objectif de transparence se met donc ici au service des acteurs de la commande publique, l'*open data* leur permettant d'avoir « vue, ouïe et examen » de données qui faciliteront les acheteurs dans l'élaboration ou l'adaptation de leur stratégie d'achat et les opérateurs économiques dans le ciblage des opportunités de marchés sur lesquelles se positionner. De surcroît, l'accès libre et gratuit de ces données renforce l'égal accès à la commande publique.

Le 22 décembre 2022, deux nouveaux arrêtés de Bercy ont introduit des modifications substantielles qui s'appliqueront à compter du 1^{er} janvier 2024. L'occasion de faire un point, un peu plus de quatre ans après son entrée en vigueur, sur l'obligatoire publication des données essentielles des marchés publics et concessions et sur les modalités de sa mise en œuvre.

Le cadre juridique actuellement applicable

S'il a été conféré force législative à l'obligation faite aux acheteurs de « rendre accessibles sous un format ouvert et librement réutilisable les données essentielles » du marché ou de contrat de concession *via* les articles L. 2196-2 et L. 3131-1 du Code de la commande publique, c'est dans la partie réglementaire et les annexes dudit code que sont déclinées les conditions et modalités pratiques de cette publication.

Ainsi, l'article R. 2196-1 du Code de la commande publique dispose que c'est sur son profil d'acheteur que ce dernier offre « un accès libre, direct et complet » aux données essentielles portant sur la procédure de passation, le contenu du contrat, l'exécution du marché et, le cas échéant, sur sa modification. C'est une obligation pour les marchés ayant une valeur égale ou supérieure à 40 000 euros hors taxes (HT), seuil réhaussé le 1^{er} janvier 2020 en même temps que le seuil de dispense de procédure de passation des marchés publics^[4].

Ces dispositions s'appliquent également aux marchés ayant une valeur égale ou supérieure à 25 000 HT. Cependant, les acheteurs peuvent en être dispensés s'ils publient, au cours du premier trimestre de chaque année et sur le support de leur choix, la liste des marchés passés durant l'année N-1, liste mentionnant « l'objet, le montant hors taxes et la date de conclusion du marché ainsi que le nom de l'attributaire et son code postal ».

Pour les concessions, l'article R. 3131-1 du Code de la commande publique reprend ces dispositions dans des termes similaires, à la différence près qu'il ne prévoit pas de seuil de publication. Partant, ce sont les données

essentielles de tous les contrats de concessions qui doivent être mises à disposition par l'autorité concédante sur son profil d'acheteur.

L'annexe 15 du Code de la commande publique prévoit, quant à elle, le contenu et les modalités de la publication des données essentielles.

Ainsi, aux termes de sa version issue de l'arrêté du 22 mars 2019^[5], doivent être publiées les données relatives à la passation et au contrat initial (permettant, entre autres, d'identifier les parties au contrat, son montant, son objet, sa durée mais aussi sa nature ou bien la procédure de passation utilisée), sa modification et, pour les concessions uniquement, son exécution (listant les dépenses d'investissement réalisées par le concessionnaire ainsi que les intitulés et montants des principaux tarifs à la charge des usagers)^[6].

Cette publication doit se faire dans les deux mois suivant la notification du marché au titulaire ou avant le début d'exécution du contrat de concession pour les données initiales^[7], dans les deux mois suivant la notification de la modification du contrat^[8] et, pour les données relatives à l'exécution des concessions, à la fin de chaque année d'exécution du contrat^[9]. Elles sont maintenues disponibles sur le profil d'acheteur pendant une durée minimale de cinq ans suivant le terme de l'exécution du contrat. Les données sont publiées suivant la nomenclature annexée et doivent être disponibles gratuitement en consultation et en téléchargement, dans un format lisible par une machine, c'est-à-dire aux formats XML ou JSON^[10].

Ce cadre juridique est donc censé garantir la publicité de données utiles, précises et facilement accessibles par les différents acteurs de la commande publique.

En pratique, les résultats sont plus contrastés. On constate d'abord des disparités en matière de maturité numérique entre les territoires. Certaines collectivités, comme la Métropole de Lyon, ont mis en place leur propre portail *open data* (data.grandlyon.com), recensant les données essentielles des marchés publics et contrats de concessions. D'autres ont recours au protocole d'échange standard (PES) marché mis en place par la Direction générale des finances publiques (DGFIP), permettant de rationaliser les flux de données et de les centraliser sur le portail data.gouv.fr. Enfin, nombre d'acheteurs se contentent de les publier sur leur profil d'acheteur.

Il résulte de ces disparités une complexification du dispositif. En effet, dans la plupart des cas, collecter les données essentielles de la commande publique relève d'un

[5] Arrêté du 22 mars 2019 (NOR : ECOM1831542A).

[6] Arrêté du 22 mars 2019 (NOR : ECOM1831542A), art. 1 et 2.

[7] Arrêté du 22 mars 2019 (NOR : ECOM1831542A), art. 4.

[8] Arrêté du 22 mars 2019 (NOR : ECOM1831542A), art. 5.

[9] Arrêté du 22 mars 2019 (NOR : ECOM1831542A), art. 6.

[10] Arrêté du 22 mars 2019 (NOR : ECOM1831542A), art. 7.

[4] Décret n° 2019-1344 du 12 décembre 2019.

véritable « parcours du combattant »^[11]. L'information est fragmentée, dispersée entre différentes sources. Si la réglementation en vigueur impose la mise à disposition des données sur le profil d'acheteur, elle laisse la liberté aux acheteurs et concédants de choisir leur plateforme. Or, ces derniers ont le choix entre plusieurs solutions pour ce faire, toutes avec un fonctionnement et une interface différentes. Quant au PES marché, si la volonté de centralisation et de simplification des flux est louable, il n'en reste pas moins que les collectivités ayant choisi la solution de la DGFIP restent astreintes à la publication de leurs données essentielles sur leur profil d'acheteur, données qu'elles devront préalablement récupérer sur le portail data.gouv.fr. Surtout, les formats imposés par le règlement pour le téléchargement de ces données (XML et JSON) ne sont pas des plus maniables, ce qui ne facilite pas la vie des acheteurs publics et opérateurs économiques n'ayant pas les ressources et compétences idoines pour les manipuler et les exploiter utilement.

De plus, les textes ne prévoient aucune sanction en cas de non-publication ou de publication de données erronées. Par suite, les conséquences contentieuses attachées au non-respect de cette obligation pourtant imposée aux acheteurs par le code sont encore très floues, pour ne pas dire inexistantes. Si on peut, en théorie, envisager un recours au référé conservatoire^[12] pour forcer l'acheteur récalcitrant à publier les données essentielles d'un de ses contrats, on peine à imaginer quel requérant aurait l'opportunité et l'intérêt à agir de la sorte. De la même manière, les chances de voir engagée la responsabilité pour faute de l'acheteur apparaissent peu probables.

Aussi, si la mise à disposition des données essentielles des marchés et concessions est susceptible de constituer une source d'informations profitable aux acteurs de la commande publique, force est de constater que son effet utile est quelque peu obéré par une complexification patente des flux de données et des modalités de leur publication. Pour y remédier, la nouvelle réglementation applicable à compter du 1^{er} janvier 2024 devrait rationaliser en partie cette mosaïque en *open data*.

Le cadre juridique applicable à compter du 1^{er} janvier 2024

Les arrêtés du 22 décembre 2022 relatifs aux données essentielles des marchés publics et des contrats de concessions ont été élaborés par Bercy en application des objectifs fixés par le décret n° 2022-767 du 2 mai 2022 portant diverses modifications du Code de la commande publique. Applicables à tous les contrats

notifiés à compter du 1^{er} janvier 2024^[13], ils remplacent les annexes 15 et 17 du Code de la commande publique et apportent donc des modifications substantielles tant au contenu qu'aux modalités de publication des données essentielles des marchés publics et concessions.

En premier lieu, on relèvera un élargissement significatif de la liste des données essentielles. Pour rappel, l'annexe 15 issue de l'arrêté du 22 mars 2019 listait seize données du contrat initial et sept données complémentaires pour les marchés publics ainsi que seize données initiales, trois relatives à l'exécution et cinq à la modification pour les concessions. L'annexe 15 qui entrera en vigueur à compter du 1^{er} janvier 2024 comporte vingt-sept données du contrat initial relatives à la passation et dix-huit données complémentaires pour les marchés publics. Pour les concessions, les acheteurs seront initialement amenés à publier quatorze données essentielles, quatre données relatives à l'exécution du contrat et, le cas échéant, cinq données relatives à la modification.

Cette inflation concerne donc en premier chef les marchés publics, et s'explique d'abord par la prise en compte de nouvelles considérations économiques, mais aussi sociales et environnementales.

Ainsi, l'acheteur devra indiquer sa prise en compte des considérations environnementales en faisant état, selon le cas de figure, d'une ou plusieurs des mentions suivantes : « clause environnementale », « critère environnemental » ou « pas de considération environnementale ». Il en est de même des considérations sociales. Il devra également être indiqué si le marché comporte des travaux, services ou fournitures innovants. Devront également être précisées la part des produits issus de l'Union européenne, dont la part de produit français, avec laquelle des marchés de fournitures de denrées alimentaires, de véhicules, de produits de santé et d'habillement énumérés dans une liste annexée à l'arrêté.

Par ailleurs, et en sus de la procédure de passation utilisée, les acheteurs devront désormais indiquer, le cas échéant, la technique d'achat à laquelle ils ont eu recours, ainsi que la modalité d'exécution retenue pour leur marché.

Surtout, est ajoutée pour les marchés l'obligation de publier les données relatives à la sous-traitance et notamment les numéros d'identification du sous-traitant, la durée du contrat (en nombre de mois) ainsi que son montant HT. En cas de modification de l'acte spécial de sous-traitance, il sera également nécessaire de publier ces données modifiées en conséquence. Une novation qui interroge, dans la mesure où, comme l'a

[11] E. Vandeven, D. Thierry, « Accéder aux données essentielles de la commande publique : un parcours du combattant », *Tribune, Le Moniteur*, 25 octobre 2022.

[12] CJA, art. L. 521-3.

[13] « Les dispositions des articles 4, 6 et 8 entrent en vigueur à une date fixée par un arrêté du ministre chargé de l'économie et au plus tard le 1^{er} janvier 2024 et s'appliquent aux marchés et aux contrats de concession pour lesquels une consultation est engagée ou un avis d'appel à la concurrence est envoyé à la publication à compter de cette date », décret n° 2022-767 du 2 mai 2022, art. 11.

justement relevé l'Association des acheteurs publics, la durée du contrat de sous-traitance est une donnée souvent inconnue des acheteurs à qui elle n'est pas toujours communiquée. Elle ne figure d'ailleurs pas, pour le moment, parmi les rubriques à compléter du formulaire DC4 idoïne⁽¹⁴⁾.

À noter également, la disparition de la mention des noms de l'acheteur et des titulaires. Ne seront dorénavant plus exigés que les numéros d'identification, c'est-à-dire, soit le numéro d'inscription au répertoire des entreprises et de leurs établissements, soit le numéro de TVA intracommunautaire. Une modification quelque peu étonnante, qui va à rebours de l'objectif de transparence censé irriguer la démarche.

La deuxième mutation induite par les arrêtés du 22 décembre concerne les modalités de publication des données essentielles. En effet, les acheteurs publics devront publier les données essentielles de leurs contrats « notifiés » à compter du 1^{er} janvier 2024 non plus sur leur profil d'acheteur, comme c'était le cas depuis le 1^{er} octobre 2018, mais sur le « portail national des données ouvertes »⁽¹⁵⁾, c'est-à-dire sur data.gouv.fr.

Le choix de ce support ne constitue pas une nouveauté. Dans les faits, la plupart des données essentielles y sont d'ores et déjà publiées, collectées manuellement ou *via* des scripts depuis différentes sources : le PES Marché de la DGFIP, l'API DUME de l'AIFE, le portail *open data* du Grand Lyon, ainsi que certains profils d'acheteur. La centralisation des données était d'ailleurs encouragée, l'article 7 de l'arrêté du 22 mars 2019 disposant que

lorsque les données essentielles sont rendues publiques sur le portail data.gouv.fr, leur durée minimale de mise à disposition après la fin de l'exécution du contrat est d'un an, contre cinq ans si elles sont accessibles sur le seul profil d'acheteur.

Les arrêtés du 22 décembre entendent rationaliser et simplifier drastiquement ces flux de données : le profil d'acheteur (ou « tout autre moyen technique présentant des fonctionnalités de publication (...) identiques à celles exigées par l'arrêté du 22 mars 2019 ») sera dorénavant le seul intermédiaire entre l'acheteur et le portail national des données ouvertes⁽¹⁶⁾.

Reste à savoir sous quelle forme ces données seront accessibles. En l'état, les données publiées sur le portail data.gouv.fr sont difficilement exploitables. En application du cadre réglementaire en vigueur, les jeux de données disponibles le sont en format JSON ou XML, ce qui rend leur collecte et leur manipulation difficiles pour qui n'a pas de compétences techniques pointues en la matière. Les nouveaux arrêtés devraient assouplir la réglementation sur ce point, la mise à disposition pour téléchargement devant se faire « notamment » (et donc plus exclusivement) aux formats XML ou JSON. De plus, une consultation simplifiée sera possible sur le portail data.economie.gouv.fr⁽¹⁷⁾.

Cette « centralisation » de la publication des données essentielles, couplée à leur fusion imminente avec celles relatives au recensement des marchés publics et des contrats de concession, devrait en simplifier la collecte et donc améliorer leur accessibilité et leur exploitation par les différents acteurs de la commande publique, en cohérence avec l'esprit du dispositif.

(14) A. Latrèche, « Nouvelles données essentielles : nouvelles difficultés potentielles ! », Association des acheteurs publics, 3 janvier 2023.

(15) Arrêté du 22 décembre 2022 (NOR : ECOM2235715A), art. 1-I ; arrêté du 22 décembre 2022 (NOR : ECOM2235716A), art. 1-I.

(16) Arrêté du 22 décembre 2022 (NOR : ECOM2235715A), art. 4 ; arrêté du 22 décembre 2022 (NOR : ECOM2235716A), art. 4.

(17) Arrêté du 22 décembre 2022 (NOR : ECOM2235715A), art. 7 ; arrêté du 22 décembre 2022 (NOR : ECOM2235716A), art. 7.