

## L'achat public : au-delà de la règle

**A** lors que nous fêtons les 10 ans de l'arrêt *Smirgeomes*<sup>(1)</sup>, qui a rendu au référé précontractuel la juste proportion de son efficacité, il faut constater que le mouvement qui l'a accompagné – constitué par les arrêts *Tropic Travaux Signalisation*<sup>(2)</sup> pour les recours des candidats évincés d'abord, puis *Tarn-et-Garonne*<sup>(3)</sup> pour les recours de tous les tiers à l'encontre du contrat, et enfin de l'arrêt *Commune de Béziers*<sup>(4)</sup> pour les litiges opposant les parties au contrat qui a consacré le principe de loyauté contractuelle – a considérablement éloigné le risque de nullité des contrats de la commande publique et de leurs procédures.

Cet équilibre bienvenu entre principe de légalité et sécurité des relations contractuelles permet ainsi aux praticiens consacrer leurs réflexions non plus seulement à la régularité formelle des procédures de passation des contrats relevant de la commande publique, mais aussi à l'efficacité concrète de l'achat et à l'optimisation de la dépense publique. C'est, de fait, l'objectif premier de la réglementation applicable à l'achat public : garantir que l'acheteur fasse le choix de l'offre la meilleure pour répondre à son besoin. Cet encadrement impératif est né de l'idée, probablement caricaturale, que les acheteurs publics ne seraient pas naturellement conduits par les mêmes instincts que ceux qui gouvernent les acheteurs privés, qui seraient, eux, guidés par essence par un objectif de rentabilité les conduisant au choix objectivement le meilleur.

Mais il faut constater qu'en se focalisant sur le respect des règles, l'achat public ne s'est pas encore parfaitement approprié la culture et les bonnes pratiques des acheteurs privés, sûrement, en outre, réticent à une assimilation qui n'est pourtant pas négative : l'achat privé ne recherche pas uniquement la performance économique et peut lui aussi être guidé par des considérations d'exemplarité, à

travers la responsabilité sociétale des entreprises (RSE) par exemple.

Depuis 2016, la Commission Européenne a mandaté le Comité Technique 447 du Comité Européen de Normalisation dédié aux « normes horizontales de services », au sein duquel un groupe de travail se consacre à l'élaboration d'une norme de recommandations dont l'ambition est de recenser et de valoriser les meilleures pratiques en termes d'achat de services, qu'il soit privé ou public. Celles-ci recouvrent les méthodes d'appréciation des capacités des opérateurs, la définition des critères de choix de l'offre économiquement la plus avantageuse (en ce compris l'utilisation des critères environnementaux ou sociaux), leur mise en œuvre (pondérations et méthodes de notation) ou encore l'identification des pièces à solliciter à l'appui des offres pour les apprécier et les évaluer (dont on constate qu'elles sont parfois inutilement nombreuses et d'une exigence de précision et de contenu sans commune mesure avec l'enjeu de l'achat).

La publication de cette norme (prévue pour 2020) devrait inciter les acheteurs publics à s'inspirer des « bonnes » pratiques de l'achat privé (et inversement d'ailleurs), dont certaines sont d'ailleurs expressément autorisées par les textes de la commande publique désormais, comme par exemple le « sourcing »<sup>(5)</sup>, qui permet de contacter des opérateurs pour solliciter leurs avis sur les pratiques d'un marché donné, et ainsi mieux préparer leur achat. Cette démarche peut être très utile pour s'informer sur les prestations disponibles sur le marché, ou encore pour construire des grilles de prix adaptées à la réalité des pratiques des professionnels. L'extension des possibilités d'intégrer la négociation aux procédures d'achat<sup>(6)</sup> offre aussi aux acheteurs de nouvelles occasions de discuter les offres pour les amener au plus près de leurs besoins.

L'achat public est soumis à un double défi de régularité et d'efficacité, dont la pression moindre pesant sur le premier permet aux acheteurs de se concentrer sur le second, qui est probablement le plus important.

**Rachel Cattier**

*Avocate of counsel, AdDen avocats, spécialiste en droit public*

[1] CE 3 octobre 2018, req. n° 305420 : *Rec. CE*. Lire à ce sujet l'article de B. Dacosta, « Dix ans de SMIRGEOMES », *AJDA* 2018, p. 2000.

[2] CE Ass., 16 juillet 2007, Société Tropic travaux signalisation, req. n° 291545 : *Rec. CE* p. 360, concl. Casas.

[3] CE Ass., 4 avril 2014, Département de Tarn-et-Garonne, req. n° 358994 : *Rec. CE* p. 70, concl. Dacosta.

[4] CE 28 décembre 2009, Béziers I, req. n° 304802.

[5] Décret n° 2016-360 du 25 mars 2016, art. 4.

[6] Décret n° 2016-360 du 25 mars 2016, art. 25.