

Préparer son marché public selon le nouveau Code de la commande publique

Les articles du Code relatifs à la préparation des marchés publics sont présentés en fonction des différentes étapes de réflexion que l'acheteur doit mener avant de sélectionner sa procédure de passation. Trois étapes méthodologiques sont ainsi clairement identifiées : définir son besoin, arrêter le contenu du marché, organiser son achat.

Le Code de la commande publique constitue essentiellement une avancée méthodologique : si la codification s'est accompagnée de certains aménagements et de quelques évolutions textuelles à la marge, en regroupant dans un seul code l'ensemble des textes applicables en matière de commande publique, le législateur offre avant tout aux praticiens de l'achat public un outil qui se veut exhaustif en vue de faciliter la manipulation des règles.

Dans le cadre de ce travail de codification, l'organisation choisie pour la présentation des différentes dispositions révèle aussi la vision des pouvoirs publics quant à la méthode à adopter et la succession des questions que l'acheteur doit se poser pour passer et exécuter un achat. Une fois décidé le recours à un marché public⁽¹⁾ relevant du champ d'application du code⁽²⁾, les règles à respecter sont ainsi énoncées selon la chronologie de la vie du marché : sa préparation, la conduite de sa procé-

Auteur

Rachel Cattier

Avocate of counsel AdDen avocats, spécialiste en droit public, qualification spécifique en droit des contrats administratifs

Mots clés

Centrale d'achats • Labels • Sourcing • SPASER • Spécifications techniques

(1) L'article L. 1 du code rappelle la décision première qui doit être prise : avoir recours à un contrat de la commande publique ou répondre à ses besoins par ses moyens propres : « Les acheteurs et les autorités concédantes choisissent librement, pour répondre à leurs besoins, d'utiliser leurs propres moyens ou d'avoir recours à un contrat de la commande publique. »

(2) Les règles de qualification des contrats relevant de la commande publique sont énoncées par la première partie du code. Il faut également mentionner ici les « autres marchés » visés par les articles L. 2500-1 et suivants du code, qui ne sont soumis qu'aux règles relatives aux délais de paiement, à la sous-traitance ou à la maîtrise d'ouvrage publique. Ces autres marchés ne sont pas soumis aux règles de préparation des marchés, ce qui est dommage dans l'absolu, puisque même si leur conclusion n'a pas à être précédée d'une procédure de publicité et d'une mise en concurrence, il reste important que l'acheteur définisse correctement ses besoins et le contenu de son marché.

dure de mise en concurrence, sa conclusion, son exécution et enfin sa résiliation.

Les dispositions consacrées à la préparation du marché public ne dérogent pas à cette logique : la codification n'introduit presque aucune modification de fond, mais l'organisation de ce titre et les regroupements de textes opérés traduisent la méthodologie proposée par les codificateurs, c'est-à-dire les différentes réflexions que l'acheteur doit conduire avant de sélectionner sa procédure de passation.

Alors, selon les rédacteurs du code, comment bien préparer son marché public ? Trois étapes méthodologiques sont clairement identifiées par les trois chapitres du titre 1^{er} consacré à la préparation du marché : définir son besoin, arrêter le contenu du marché, et enfin organiser son achat.

Définir et exprimer son besoin

Les aides à la définition du besoin : l'incertain « sourcing » et le nouveau rôle du SPASER

La règle générale demeure inchangée : avant le lancement de sa procédure, l'acheteur doit déterminer avec précision la nature et l'étendue des besoins à satisfaire en prenant en compte des objectifs de développement durable^[3]. Cette règle est toutefois replacée en principe premier, elle est la première disposition du titre consacré à la préparation du marché : c'est l'étape préalable à toutes les autres.

Pour le Code de la commande publique, constituent pour l'acheteur une aide à la définition de ses besoins l'engagement d'un « sourcing »^[4] mais également les orientations établies par le schéma de promotion des achats publics socialement et écologiquement responsables (SPASER)^[5].

Le sourcing : le dispositif maintenu en l'état

L'habilitation législative ne permettant pas au codificateur de faire évoluer le droit, l'adoption du Code de la commande publique ne s'est pas accompagnée de précisions sur les modalités d'engagement d'un « sourcing ».

On peut souligner que cette méthode d'aide à la définition du besoin, introduite par le décret n° 2016-360, applicable depuis près de trois ans maintenant, ne s'est pas encore tout à fait inscrite dans les pratiques, tandis que les commentateurs continuent de souligner les risques qui y sont attachés^[6], notamment en cas de dérives conduisant l'acheteur à accepter des avantages que lui offre un opérateur pour examiner une solution

technique (comme un voyage ou une visite guidée) ou à transmettre trop d'informations à un seul opérateur en amont du marché.

Peut-être qu'au-delà du texte, une fiche pratique de la Direction des Affaires Juridiques (DAJ) explicitant les bonnes pratiques du « sourcing » permettrait de dépasser quelques sujets. Par exemple, il ne fait guère de doute que les acheteurs peuvent engager des méthodes de « sourcing » transparentes et ouvertes à tous les opérateurs, comme des réunions d'informations préalables sur leurs besoins ou leurs projets d'achat, des rencontres périodiques ouvertes à tous les opérateurs d'un secteur pour se tenir informés des évolutions de l'offre de produits, travaux ou services, ou encore des consultations dématérialisées (« request for information »). De telles démarches permettent aux acheteurs d'identifier les offres disponibles sur le marché sans se contenter de ne consulter qu'un ou deux opérateurs, ce qui présente toujours le risque de transmettre trop d'informations de manière privilégiée. La pratique continue également de s'interroger sur la nature et l'objet des informations relatives à l'achat qui peuvent être transmises sans empêcher ensuite la participation des opérateurs à la consultation, ou encore sur la nature des mesures appropriées permettant de remédier à l'avantage obtenu par un ou plusieurs opérateurs en raison de sa participation à la préparation du marché, interrogations à propos desquelles une fiche pratique pourrait apporter d'utiles éclairages.

Un nouvel outil d'aide à la définition du besoin : le schéma de promotion des achats publics socialement et écologiquement responsables (SPASER)

Le SPASER est présenté par le Code de la commande publique comme une aide à la définition du besoin, ce qui lui confère un statut nouveau qui pourrait participer à sa promotion.

Ce schéma a été créé par l'article 13 de la loi n° 2014-856 du 31 juillet 2014 relative à l'économie sociale et solidaire (ESS) pour inciter les politiques d'achat public à adopter une stratégie d'intégration des travailleurs handicapés ou défavorisés. Il a été ensuite modifié par la loi n° 2015-992 du 17 août 2015 relative à la transition énergétique pour la croissance verte, qui y a ajouté la prise en compte d'éléments écologiques et la promotion d'une économie circulaire. Son élaboration s'impose aux acheteurs dont les achats annuels dépassent 100 millions d'EUR HT, ce qui représente environ 160 acheteurs sur 50 000.

Ce schéma constitue un outil méthodologique intéressant pour que les acheteurs publics se fixent des objectifs en matière d'intégration sociale et de développement durable et qu'ils définissent les engagements permettant de les réaliser, mais il peine lui aussi à s'inscrire dans les pratiques. En mars 2018, le conseil économique, social et environnemental (CESE) a souligné un faible taux d'adoption des SPASER chez les acheteurs tenus de l'élaborer (7 % seulement) et des engagements restant pour l'essentiel des vœux pieux. Pour le gouvernement, cet insuccès du dispositif pourrait être corrigé

[3] CCP, art. L. 2111-1.

[4] CCP, art. R. 2111-1 et R. 2111-2.

[5] CCP, art. L. 2111-3 et D. 2111-3.

[6] Voir par exemple Emmanuel Perois et Laurent Sery, « Le sourcing : démarche vertueuse ou piègeuse pour les acheteurs publics ? », *Contrats et Marchés publics* n° 3, mars 2018, étude 3.

par différentes mesures. Est ainsi envisagé un abaissement du seuil de 100 millions d'EUR HT d'achats annuels imposant son adoption, afin de mobiliser davantage de structures publiques dans l'élaboration de ce document et en généraliser ainsi la pratique. Les pouvoirs publics identifient également la nécessité d'une définition plus précise de ce que doit contenir le SPASER, les obligations énoncées en l'état restant effectivement très généralistes^[7]. Ces mesures n'ont pas été adoptées à ce jour.

Exprimer son besoin : spécifications techniques toujours et labels encore

L'acheteur doit toujours exprimer ses besoins en arrêtant les spécifications techniques des travaux, des fournitures ou des services objets du marché^[8], c'est-à-dire les caractéristiques que ceux-ci doivent présenter pour répondre à ses attentes^[9]. L'apport du Code de la commande publique sur ce sujet est de réorganiser et de simplifier l'énoncé des règles de formulation de ces spécifications techniques : le code rappelle que celles-ci peuvent prendre la forme (i) soit de références à des normes, (ii) soit être exprimées en termes de performances ou d'exigences fonctionnelles, (iii) soit une combinaison de ces deux méthodes^[10]. Ensuite, les conditions particulières d'utilisation des normes^[11] ou des performances ou exigences fonctionnelles^[12] sont décrites.

En complément de ces spécifications techniques obligatoires, l'acheteur peut aussi exiger la détention d'un label. Si auparavant le recours au label était autorisé lorsque l'acheteur souhaitait acquérir des travaux, des fournitures ou des services « présentant certaines caractéristiques d'ordre environnemental, social ou autre », cette formulation n'est pas reprise par le code : le terme « ou autre » permettait effectivement d'y inclure toute caractéristique et ne réservait donc pas le recours au label à certaines catégories d'exigences seulement. Au-delà, le code se contente de réorganiser la présentation des labels : au lieu de l'unique article 10 du décret consacré aux labels, 6 articles du Code de la commande publique détaillent désormais leur mode d'emploi dans les marchés publics : leur définition, inchangée^[13], puis les conditions dans lesquelles l'acheteur peut imposer la détention d'un label, en distinguant les exigences propres à la délivrance du label^[14] et celles propres au lien que le label doit présenter avec le marché^[15], et enfin les moyens de preuve équivalents qui doivent être acceptés^[16].

On peut noter que les rapports d'essai et les certifications établissant la conformité de la fourniture, du service ou des travaux aux spécifications techniques exprimées par l'acheteur sont désormais classés dans le chapitre consacré aux pièces qui peuvent être sollicitées à l'appui des offres^[17], et non plus dans la partie consacrée à la définition des besoins. Ce classement est logique, mais le label est autant un document permettant d'exprimer les caractéristiques attendues d'un produit qu'une pièce permettant de prouver que l'offre d'un soumissionnaire est conforme à ces caractéristiques : il aurait été cohérent de rappeler dans le chapitre consacré aux pièces à remettre à l'appui des offres que l'acheteur peut exiger la production d'un label pour établir cette conformité.

Préparer le contenu de son marché

Une fois le besoin identifié et exprimé, l'acheteur doit préparer le marché lui-même, dont les clauses vont préciser les conditions d'exécution des prestations^[18]. Sans aucune modification, l'écrit reste imposé pour les marchés de plus de 25 000 euros HT^[19], le renvoi aux cahiers des clauses administratives ou techniques générales reste possible^[20], les conditions d'exécution du marché doivent toujours être liées à son objet et peuvent prendre en compte des considérations relatives à l'économie, à l'innovation, à l'environnement, au domaine social (comme l'obligation de réserver des heures d'exécution du marché à des travailleurs handicapés ou en situation défavorisée), à l'emploi ou à la lutte contre les discriminations, à quelque égard que ce soit et à n'importe quel stade du cycle de vie des produits, services ou travaux objets du marché^[21]. Le « localisme » européen est confirmé^[22]. Le Code n'apporte pas davantage de modification aux règles de définition de la durée du marché ou de ses modalités de reconduction^[23].

Le marché doit enfin préciser son prix^[24]. Sur cette thématique financière, le code réunit des dispositions autrefois éparées : la partie réglementaire du Code de la commande publique précise ainsi que les marchés conclus par les pouvoirs adjudicateurs dotés d'un comptable public doivent indiquer « les conditions administratives et techniques auxquelles sont subordonnés l'ordonnement et le paiement »^[25], ce qui vise concrètement les conditions permettant d'attester du service fait, ainsi que les conditions d'établissement et d'adresse des factures. Cette exigence était auparavant prévue par le décret n° 2013-269 du 29 mars 2013 relatif à la lutte contre les retards de paiement dans les contrats de la commande publique : l'œuvre de codification lui permet d'être désormais à sa place, dans le chapitre consacré

[7] Réponse min. n° 7285, JOAN 14 août 2018, p. 7474.

[8] CCP, art. L. 2111-2.

[9] CCP, art. R. 2111-4.

[10] CCP, art. R. 2111-8.

[11] CCP, art. R. 2111-9.

[12] CCP, art. R. 2111-10.

[13] CCP, art. R. 2111-12.

[14] CCP, art. R. 2111-14 : le label doit pouvoir être obtenu de manière transparente et non-discriminatoire.

[15] CCP, art. R. 2111-15.

[16] CCP, art. R. 2111-16 et 17.

[17] CCP, art. R. 2151-14.

[18] CCP, art. L. 2112-2.

[19] CCP, art. R. 2112-1.

[20] CCP, art. R. 2112-2.

[21] CCP, art. L. 2112-3.

[22] CCP, art. L. 2112-4.

[23] CCP, art. L. 2112-5 et R. 2112-4.

[24] CCP, art. L. 2112-6.

[25] CCP, art. R. 2112-5.

à la rédaction des marchés publics, ce qui présente l'avantage d'attirer immédiatement l'attention sur l'obligation de prévoir une telle clause dans le marché.

Le prix peut être ferme, et alors il doit ou peut être actualisé^[26] : le prix de tous travaux et le prix des fournitures et services autres que courants doit être actualisé, le prix des fournitures et services courants peut l'être^[27]. Le prix du marché doit être révisable lorsque les parties sont exposées à des aléas majeurs du fait de l'évolution des conditions économiques pendant l'exécution des prestations^[28] ou encore parce que le prix des matières premières nécessaires à l'exécution des prestations est affecté par les fluctuations des cours mondiaux^[29]. Enfin, le prix du marché peut être provisoire, sous certaines conditions^[30].

Organiser son achat

La codification aurait dû permettre de mieux cerner la méthodologie que l'acheteur est invité à suivre pour « organiser son achat », mais l'exercice n'est peut-être pas tout à fait abouti pour cette partie.

Un nouvel article L. 2113-1 du Code de la commande publique énonce les étapes de l'organisation de l'achat : l'acheteur doit s'interroger sur l'éventuelle mutualisation de son achat, définir les conditions de l'allotissement de son marché et enfin examiner l'intérêt de réserver l'attribution de son marché à certains opérateurs en raison de leur implication dans l'insertion des travailleurs handicapés ou défavorisés ou encore celui de réserver l'attribution d'un marché portant spécifiquement sur des services sociaux ou d'autres services spécifiques aux entreprises de l'économie sociale et solidaire. Les dispositions réglementaires du code ajoutent à ces questions l'organisation de l'exécution du marché en tranches.

L'essentiel des dispositions antérieures est confirmé, l'allotissement^[31], la réservation des marchés^[32] ou le fonctionnement à tranches du marché^[33] demeurant inchangés.

Sur cette partie consacrée à l'organisation du marché, deux sujets peuvent faire l'objet d'utiles commentaires : sur le fond d'abord, la définition de la centrale d'achats évolue, et sur la forme ensuite, tous les sujets afférents à l'organisation de l'achat ne paraissent pas avoir été réunis.

[26] CCP, art. R. 2112-9.

[27] CCP, art. R. 2112-10.

[28] CCP, art. R. 2112-13 - cette disposition, déjà connue des anciens codes des marchés publics, a été réintégrée par le décret n° 2018-1225 du 24 décembre 2018.

[29] CCP, art. R. 2112-14.

[30] CCP, art. R. 2112-15 et s.

[31] CCP, art. L. 2113-10 et L. 2113-11.

[32] CCP, art. L. 2113-12 à L. 2113-16.

[33] CCP, art. R. 2113-4 à R. 2113-8.

Mutualiser son achat : la nouvelle définition de la centrale d'achat

Mutualiser son achat recouvre trois méthodes différentes : le recours à une centrale d'achat^[34], le groupement de commandes^[35] ou le groupement européen de coopération territoriale^[36].

Le statut de centrale d'achat permet aux acheteurs d'acquiescer directement auprès d'elle des fournitures, services ou travaux, en étant considéré comme ayant respecté les obligations de publicité et de mise en concurrence applicables parce que la centrale les a elle-même respectées, cette considération ne valant bien sûr que pour les opérations que l'acheteur a confiées à la centrale^[37].

Sur ce point, la codification fait évoluer les critères de qualification de centrale d'achat, en ajoutant que l'entité doit être un acheteur exerçant « de façon permanente » des activités d'achat centralisées.

Il n'existe donc pas de centrale d'achat « ponctuelle » pour le Code de la commande publique. Une telle définition correspond à une certaine logique, la centrale d'achats présentant un caractère évidemment plus continu que le groupement de commandes ponctuel qui n'est constitué que pour un achat. Cependant, la notion de permanence de l'activité de centrale d'achats pose question. Il ne s'agit a priori pas d'exclusivité, mais bien de continuité de l'activité d'achat centralisé (en tous cas si les mots ont un sens), mais alors, à partir de quelle périodicité l'activité d'achat centralisé peut-elle être considérée comme permanente ? La question est susceptible de questionner certaines pratiques : il n'est en effet pas si rare que les statuts de structures publiques ou parapubliques qui ont la qualité d'acheteur précisent qu'elles ont la qualité de centrales d'achat sans que les achats centralisés constituent l'essentiel de leurs activités, et ceux-ci peuvent ainsi se limiter à quelques procédures engagées dans l'année pour les membres de la structure par exemple. La nouvelle exigence de permanence de l'activité pourrait restreindre cette pratique, dans la mesure où elle discute directement de telles qualifications de centrale d'achat.

Les sujets manquants à l'organisation de l'achat

Enfin, on peut souligner que préparer et organiser son achat ne paraît pas tout à fait se réduire aux questionnements listés par le code.

Par exemple, la question de la dérogation au principe de l'allotissement que constitue le marché global se pose au moment de la préparation du marché, mais les marchés globaux sont pourtant présentés plus tard

[34] CCP, art. L. 2113-2 à L. 2113-5.

[35] CCP, art. L. 2113-6 à L. 2113-8.

[36] CCP, art. L. 2113-9.

[37] CCP, art. L. 2113-4.

dans le code, après le choix de la procédure de passation^[38]. Bien entendu, la question du recours à un marché global doit et se pose d'ailleurs systématiquement au moment de la préparation du projet, et non pas au stade du choix de la procédure de passation, même si l'engagement d'un montage contractuel global implique certaines spécificités de passation, comme le recours à un jury par exemple. Il aurait été cohérent de les aborder au moment de la préparation du marché, puisque le questionnement des acheteurs lors de cette étape porte aussi sur le choix du montage contractuel.

Par ailleurs, organiser son achat, n'est-ce pas aussi s'interroger sur la mise en place d'une technique particulière d'achat ? C'est en effet bien avant le lancement d'une procédure que l'acheteur se demandera s'il met en place un accord-cadre, un concours, un système de qualification, un système d'acquisition dynamique (SAD), une enchère ou encore un catalogue électronique^[39], ou s'il aura tout simplement recours à l'un de ces dispositifs qui aurait déjà été mis en place. Par exemple, si en définissant ses besoins, l'acheteur constate qu'ils sont récurrents et qu'ils correspondent à des fournitures standards, la question de la mise en place d'un SAD pourra utilement se poser. Pourtant, ces techniques par-

ticulières d'achat sont traitées dans un titre propre placé après l'exposé des procédures de passation. Seules les dispositions relatives au marché à tranches, autrefois présenté comme une technique particulière d'achat, sont désormais intégrées au titre consacré à la préparation du marché, alors qu'elles constituent finalement une modalité d'exécution du marché : elles intéressent davantage le contenu du marché que la structuration ou l'organisation de l'achat.

L'exercice méthodologique accompli aurait pu être davantage abouti pour ce dernier chapitre du titre consacré à la préparation du marché.

[38] CCP, art. L. 2171-1.

[39] CCP, art. R. 2162-1 et s.