

L'achat public local en procédure adaptée : pourquoi et comment mettre en place un guide interne de procédures ?

Mémoire pour le Master Professionnel « Management du secteur public : collectivités et partenaires »

Soutenu par Céline FORT

Le 9 septembre 2005

JURY : Dominique DEPORCQ, Avocat à la Cour – Lyon, Président du jury Christian DEBIEVE,
Consultant en management de l'achat public - Cairn Conseil (74), Directeur de mémoire Pascale
GRANDGIRARD, Directrice générale des services - mairie de Gaillard (74), Maître de stage

Table des matières

Remerciements . .	1
INTRODUCTION .	3
PREMIERE PARTIE La pertinence du recours un guide interne de procdures dachat public ..	7
Chapitre 1. La collectivité choisit sa procédure en matière de MAPA . .	8
§1. Le guide interne de procédures permet de faciliter l'application des principes de la commande publique . .	9
§2. Le guide interne de procédures est un outil efficace de management de l'achat public .	14
Chapitre 2. La collectivité doit se prémunir contre les risques inhérents à l'achat public .	19
§1. Les risques techniques d'un mauvais achat public : la paralysie de l'opération en question .	20
§2. Les risques financiers et juridiques d'un mauvais achat public : la sanction de la chambre régionale des comptes et la légalité des actes . .	22
SECONDE PARTIE La nature juridique dun guide interne de procdures des marches publics est discute . .	27
Chapitre 1. Le contenu définit en théorie la nature et les effets juridiques d'un acte .	28
§1. La nature juridique du règlement intérieur . .	28
§2. Les effets de cette nature juridique .	31
Chapitre 2. La question de l'association ou non de l'assemblée délibérante à la validation du guide de procédure .	32
§1. L'autorité compétente est la personne responsable du marché (PRM) . .	33
§2. L'absence de délibération ne vaut pas absence de concertation et d'information .	35
CONCLUSION .	39
BIBLIOGRAPHIE . .	43
Presse spécialisée : . .	43
Manuels : . .	44
Sites internet principalement utilisés : . .	44
Jurisprudence .	44

Textes officiels .	45
ANNEXES .	47
ABREVIATIONS .	47
ANNEXE I .	48
ANNEXE II .	48
ANNEXE III .	50
ANNEXE IV . .	51
ANNEXE V .	54
Résumé .	57

Remerciements

Ce mémoire symbolise pour moi l'aboutissement de mes études, qui furent longues et parfois laborieuses, mais qui m'amènent aujourd'hui à un métier passionnant, celui d'acheteur public.

C'est aussi le point d'orgue d'une année d'études décisive au sein de la promotion 2004-05 du diplôme de droit et management proposé par l'IEP de Lyon. L'échange et l'enrichissement mutuel entre les différents étudiants y ont été véritablement constructifs, et les apports des enseignants fondamentaux pour la poursuite de mon parcours professionnel.

Merci à Anne BLANC-BOGE et Dominique DEPORCQ de m'avoir donné la chance de faire partie de cette promotion.

Pascale GRANGIRARD, qui m'a accueillie très chaleureusement à la mairie de Gaillard lors de mon stage, m'a permis d'aborder de façon très professionnelle et très pratique la rédaction de ce mémoire, en parallèle à l'élaboration du guide interne d'achat en procédure adaptée de sa commune. Merci à elle de son appui et de sa gentillesse.

Je tiens à remercier aussi Christian DEBIEVE, qui dirigea mon mémoire, et qui fut pour moi très disponible. Merci pour ses conseils avisés et professionnels, et surtout pour ses encouragements qui m'ont permis de toujours avancer malgré les doutes.

Merci à Caroline, Bruno, Guillaume, Marie-Alyette et Jean-Luc, pour leurs conseils pratiques, techniques, et leurs encouragements.

Et enfin un grand merci à Renaud, pour sa patience et ses encouragements sincères devant les contraintes de cette dernière année universitaire.

INTRODUCTION

Le droit des marchés publics est en constante évolution. Le code des marchés publics paru le 7 janvier 2004 ¹ succède au précédent « nouveau code » de 2001, et a déjà reçu une modification par le décret du 26 novembre 2004 ², introduisant un autre seuil de 4 000 euros HT dans la détermination des règles de publicité.

Par ailleurs, un projet de code pour 2006 est à l'étude et a été communiqué le 1er juillet dernier par le ministère de l'économie et des finances (MINEFI). Il est actuellement question d'apporter des modifications aux règles françaises de l'achat public, afin de les mettre en conformité avec les directives européennes en la matière.

Le « nouveau-nouveau » code des marchés publics (CMP) de 2004 introduit le concept de procédure adaptée, qui remplace les anciens marchés « sans formalité préalable » du code de 2001.

Pour la passation d'un marché à procédure adaptée (MAPA), la personne publique choisit elle-même la procédure la plus appropriée à la satisfaction de son besoin, pour les marchés d'un montant inférieur à 230 000 euros HT, et dans le respect des principes fondamentaux de la commande publique. Pour choisir la procédure, elle doit tenir compte notamment du montant, mais aussi de la nature, de la complexité et de l'urgence du marché en question.

¹ Décret n°2004-15 du 7 janvier 2004, JORF du 8 janvier 2004, annexe au n°6, p 370003 et s.

² Décret n° 2001-210 du 7 mars 2001

L'achat public local en procédure adaptée : pourquoi et comment mettre en place un guide interne de procédures ?

Les MAPA concernent principalement les marchés de fournitures et de services, les « petits » marchés concernant plus particulièrement ces deux types de marchés.

Pour une collectivité territoriale, la procédure adaptée concerne les marchés de travaux, de fourniture ou de service d'un montant inférieur à 230 000 euros HT, ou, pour les marchés de fourniture, de services et de travaux des opérateurs de réseau, d'un montant inférieur à 400 000 euros HT³.

Pour ces MAPA, et en dérogation au principe de la règle de l'appel d'offre, posée à l'art. 26 du CMP, les procédures de publicité et de mise en concurrence sont adaptées aux spécificités qu'offre un marché de faible montant.

Pour les marchés se situant en dessous des seuils précités, mais d'un montant supérieur à 90 000 euros, la publicité du marché doit se faire au Bulletin Officiel d'Annonces des Marchés Publics (BOAMP), ou dans un journal d'annonces légales.

Pour les marchés inférieurs à 90 000 euros, la règle de publicité reste au libre choix de la collectivité, et en dessous de 4 000 euros HT, le décret du 26 novembre 2004⁴ indique que la publicité du marché, sous quelque forme que ce soit, n'est pas obligatoire.

Bien que les textes distinguent publicité et mise en concurrence, ces deux notions restent très liées. Une bonne publicité entraîne de fait des garanties relatives à la mise en concurrence. A l'inverse, une mise en concurrence peut tout à fait être satisfaisante, et n'être accompagnée que d'une publicité assez simple, notamment dans le cadre des très petits achats, de moins de 4 000 euros HT. Ceci en relation évidemment avec le montant du marché considéré, mais aussi avec la nature de l'achat et des besoins de la collectivité.

Ainsi pour les marchés compris entre 90 000 et 230 000 euros HT, les mesures de publicité imposées assurent elles-mêmes la réalité de la mise en concurrence. Pour les marchés d'un montant inférieur, pour lesquels la PRM reste maîtresse des procédures à mettre en œuvre, celle-ci doit garantir une mise en concurrence adaptée au marché en question, mise en concurrence assurée ou non par une publicité formalisée⁵.

Même pour les marchés inférieurs à 4 000 euros HT, pour lesquels publicité et mise en concurrence formalisées ne sont pas requises de façon obligatoire, les collectivités doivent veiller au respect de la règle de mise en concurrence des partenaires économiques, et à conserver les preuves de cette mise en concurrence, aussi simple soit-elle.

En effet, le décret instituant ce nouveau seuil ne fait pas obstacle à l'application de l'article premier du CMP, qui concerne l'ensemble des achats publics.

Les instances européennes confirment cette interprétation.

Dans un arrêt Teleaustria (affaire C-324/98), la Cour de Justice de l'Union

³ Voir article 28.IV du code des marchés publics

⁴ Décret n° 2004-1298

⁵ Voir le tableau récapitulatif des procédures d'achat en annexe

européenne a en effet estimé que, en dessous des seuils des directives européennes, l'obligation de transparence qui incombe aux pouvoirs adjudicateurs demeure. Cette obligation consiste à garantir un degré de publicité adéquat permettant une ouverture du marché à la concurrence ainsi que le contrôle de l'impartialité des procédures d'adjudication

Devant la complexité des règles et de leur application au sein d'une organisation publique, nombre de collectivités en arrivent aujourd'hui à mettre en place un guide interne de procédures adaptées pour les marchés publics de faible montant. Il s'agit pour elles de réfléchir à l'organisation interne de la passation des marchés.

Dès le 1^{er} euro chaque achat public est constitutif d'un marché. Il doit donc respecter les principes de la commande publique, mais aussi être validé par la personne représentante de la collectivité. Dans une commune, le conseil municipal, organe exécutif de la collectivité, a une compétence de principe pour conclure tout marché public.

Pour des raisons pratiques, des délégations de compétence et de signature sont mises en place pour faciliter, au jour le jour, la passation des petits marchés dont dépend le fonctionnement de bon nombre de services communaux. Le guide de procédure interne doit donc faire état de ces différentes délégations, afin que les règles soient clairement établies, et ce dans un souci de transparence de l'achat public.

Nous le voyons, le guide interne de l'achat public d'une collectivité peut avoir de multiples composantes. La partie la plus intéressante d'un tel guide est bien sûr celle concernant les MAPA. En effet, pour les achats dépassant le seuil des 230 000 euros HT, les règles sont clairement définies par les lois et règlements, et nul n'est besoin de les répéter dans un document interne. C'est pourquoi l'appellation « guide d'achat » ou « guide de procédure » employée dans notre exposé concernera principalement, et sauf indication contraire, le guide relatif aux MAPA.

Pour les besoins d'un raisonnement clair et précis, nous nous appuyerons ici sur le cas de la création d'un guide au sein d'une commune. Les autres échelons de collectivités territoriales sont aussi concernés par ce type de document. Il suffira pour leur appliquer notre démonstration, de modifier les références juridiques auxquelles il sera fait allusion, puisque celles-ci diffèrent en fonction de la nature de la collectivité, même si les principes sont similaires.

A partir de ces bases prédéfinies, nous verrons plus particulièrement en quoi le recours à un tel guide des MAPA se développe aujourd'hui dans les collectivités territoriales. La question qui se pose aussi chez les acheteurs publics ayant eu recours à un tel outil, concerne la nature et la valeur juridique de ce guide. Nous essayerons d'y apporter un début de réponse, alors que le débat n'est pas encore tranché.

PREMIERE PARTIE La pertinence du recours un guide interne de procédures d'achat public

L'organisation préalable de l'achat public, même concernant de petits montants, est nécessaire à la bonne exécution des marchés, et à l'adéquation entre la réponse qu'ils apportent et les besoins réels de la collectivité.

Une collectivité qui choisit de mettre en place un guide interne de procédures, réglementant notamment les marchés en procédure adaptée, déconcerte bien souvent les professionnels du secteur privé. En effet, ceux-ci comprennent mal pourquoi les collectivités ne profitent pas de la liberté qui leur est offerte en matière de choix des procédures, et au contraire s'auto-contraignent en la matière⁶.

Le point de vue des entreprises partenaires des collectivités territoriales est entendu. Mais alors pourquoi la tendance à la rédaction d'un tel guide se confirme-t-elle ?

C'est sans compter avec la menace des risques juridiques pesant sur les personnes responsables des marchés de ces collectivités. Car **« la pratique de la commande publique se situe (...) à la « croisée de deux chemins », celui de la règle juridique et celui de l'organisation de l'achat »**⁷.

⁶ Voir l'article « Les fournisseurs jugent les collectivités encore trop timorées », Sandrine DYCKMANS, achatpublic.com, le 04 juillet 2005

Mettre en place un guide interne de l'achat c'est donc trouver des procédures prenant en compte les obligations légales, mais aussi les considérations de natures économique et organisationnelle propres à l'organisation plus générale de l'achat.

L'ampleur du recours à de tels documents internes nous fait comprendre que les acheteurs publics en ont un réel besoin. Certains au contraire estiment que cette démarche va à l'encontre de la volonté du législateur d'alléger les règles en la matière⁸.

Chaque collectivité est en effet libre de déterminer ou pas ses règles d'achat en interne. Celles qui en prennent le chemin ne doivent cependant pas douter de la pertinence de leur démarche, à condition que celle-ci soit organisée et élaborée après une réelle réflexion. La collectivité sera donc emmenée (ou « amenée ») à choisir sa procédure en fonction du type d'achat qu'elle effectue ainsi que de son montant, tout en gardant à l'esprit que ce guide interne lui permet aussi de se prémunir contre les risques multiples liés à l'achat public.

Chapitre 1. La collectivité choisit sa procédure en matière de MAPA

Les choix que va faire une collectivité afin d'élaborer son guide de procédure devront prendre en compte différents paramètres, dont ceux indiqués plus haut. C'est pourquoi un guide de procédure ne s'improvise pas, et ne peut pas non plus être « copié » sur celui d'une autre collectivité.

Si le guide se limite à encadrer les achats situés en dessous des seuils des procédures formalisées, alors le guide devra être le reflet des besoins de la collectivité en matière d'achat, et être en adéquation avec ses contraintes de fonctionnement.

C'est pourquoi un guide interne doit en premier lieu faire état des obligations juridiques incontournables liant la collectivité. Cet énoncé des règles à appliquer devra s'accompagner d'une démarche de pédagogie envers les agents qui, non spécialistes de la matière, se verront imposé un formalisme parfois lourd, sans en comprendre forcément les raisons et les enjeux.

Ensuite il faudra compter avec les exigences internes de fonctionnement des services de la collectivité. Comme toute règle de droit, les principes de la commande publique peuvent supporter plusieurs interprétations et applications. Il convient donc, dans le cadre de l'élaboration d'un guide de procédure, d'intégrer la façon la plus efficace d'appliquer les principes énoncés.

⁷ Voir le mémoire de Christian DEBIEVE, « La détermination préalable des besoins dans l'achat public local : simple exigence juridique ou réel enjeu organisationnel ? », mémoire pour le DESS « Management du secteur public : collectivités et partenaires » à l'IEP de Lyon, soutenu en septembre 2004.

⁸ Voir l'article « le guide de procédure interne : un outil de sécurisation de l'achat ? », achatpublic.com, le 03 mai 2004.

Il sera nécessaire alors de trouver le meilleur compromis possible entre ces deux objectifs : appliquer les principes obligatoires de la commande publique d'une part, veiller au bon management de l'achat public d'autre part.

§1. Le guide interne de procédures permet de faciliter l'application des principes de la commande publique

Le code des marchés publics énonce les principes applicables en matière de marchés publics.

Pour les MAPA, anciennement appelés « marchés non formalisés », l'article 28-I du CMP dispose qu'ils sont « passés selon des modalités de publicité et de mise en concurrence déterminées par la personne responsable du marché en fonction de leur objet et de leurs caractéristiques ».

En dehors des marchés dont le montant est compris entre 90 000 et 230 000 euros HT, pour lesquels les modes de publicité sont imposés, les MAPA sont donc organisés selon les modalités choisies par la collectivité. C'est bien généralement dans le cadre d'un guide de procédure interne que se formalise l'organisation de ces MAPA.

La collectivité n'est cependant pas totalement libre lorsqu'il s'agit de mettre en place le fil rouge qui permettra de passer des MAPA de façon sécurisée et adaptée. En effet, elle doit respecter un certain nombre de principes, énoncés dans le CMP, et applicable pour tout marché public. Ces principes généraux sont un premier « imposé » en matière d'élaboration d'un guide interne de procédures.

A. Les principes généraux du code des marchés publics sont à respecter en toutes circonstances

L'article 1er alinéa 2 du CMP énonce que « quel que soit leur montant, les marchés publics respectent les principes de liberté d'accès à la commande publique, d'égalité de traitement des candidats et de transparence des procédures. Ces principes permettent d'assurer l'efficacité de la commande publique et la bonne utilisation des deniers publics. »

Cette disposition indique dans un premier temps les catégories de marchés dont il sera ici question. Dès le premier euro une commande publique constitue donc un marché public au sens du CMP, et doit répondre aux exigences que ce dernier impose. Ces exigences sont applicables aussi bien pour les marchés de faible montant, comme pour les marchés les plus importants.

Notons que la forme du marché n'est pas imposée dès le premier euro, sauf dans le cadre des marchés de maîtrise d'œuvre⁹. En dehors de ces derniers, un contrat

⁹ La jurisprudence « Anfosso et Cecconi », CAA Lyon, 27 octobre 1992, est toujours d'application aujourd'hui. Au regard des décrets d'application de la loi n°85-704 du 12 juillet 1985 sur la maîtrise d'ouvrage public, dite loi MOP, l'obligation de contrat écrit dès le premier euro en matière de maîtrise d'œuvre demeure.

formalisé n'est pas obligatoirement de mise pour ce qui concerne les MAPA. Ainsi des marchés peuvent en théorie être conclus et avoir force juridique même de façon orale. Cependant, une collectivité choisira souvent de rétablir cette nécessité de rédaction du marché, notamment pour des raisons pratiques évidentes de preuve contractuelle et de continuité dans le service public.

Le CMP décline les grands principes de la commande publique pour les marchés de fort montant, en indiquant les moyens à utiliser pour respecter ces principes premiers dans la passation et l'exécution de ces marchés. Dans le cas des MAPA, aucune précision n'est donnée, la collectivité n'est donc au départ tenue que par ces principes généraux de la commande publique, qui constituent pour elle une obligation de résultat.

Il est donc stratégique pour une collectivité territoriale de choisir les meilleurs moyens juridiques et pratiques pour arriver à ces résultats.

Les grands principes généraux de la commande publique sont au nombre de trois :

- liberté d'accès à la commande publique
- égalité de traitement des candidats
- transparence des procédures

Ces principes se concrétisent dans la mise en œuvre de différents procédés, qui peuvent être explicités et imposés dans le cadre du guide interne de procédures.

1) La publicité des projets d'achat

Le principe de liberté d'accès à la commande publique de l'ensemble des fournisseurs potentiels sera respecté par la mise en place d'une publicité suffisante et adaptée des projets de marchés de la collectivité.

Celle-ci pourra choisir, en fonction du montant du marché d'une part, mais aussi de la nature des prestations demandées, le mode de publicité le plus adéquat : page web réservée aux avis de publicité sur le site internet de la collectivité, annonces dans des journaux locaux, journaux spécialisés ou journaux d'annonces légales semblent les modes de publicité correspondant le mieux aux besoins des collectivités en matière de MAPA.

Au-delà des considérations d'adaptation du mode de publicité à l'achat considéré, les communes ont intérêt à prendre en compte le coût des annonces dans les différents journaux envisagés. Car le montant des factures peut vite s'élever. Les communes disposant par exemple d'un site internet pourront alors indiquer que celui-ci sera à privilégier pour la publicité de projets de certains types d'achat, réduisant d'autant le coût des publications d'avis de marchés par rapport à des publications dans différents journaux.

Cette publicité des avis de marché permet d'assurer l'efficacité de la commande publique. Son objectif est d'attirer l'attention des entreprises sur les possibilités de contrat à conclure avec la collectivité, mais aussi de leur faire connaître les besoins de cette collectivité aux candidats potentiels. Les avis de publicité doivent donc être « travaillés »

et indiquer toute information utile aux entreprises pour leur donner envie de se porter candidates au marché.

L'article 40 du CMP indique que les personnes publiques doivent faire une « publicité suffisante » préalablement à chaque marché, mais n'indique que les modalités de cette publicité (supports de l'avis) et non son contenu.

L'acheteur public doit se conformer aux modèles produits par le ministère de l'économie pour les avis relatifs à des marchés supérieurs à 90 000 euros publiés au BOAMP, JAL ou journal spécialisé, en respectant un même contenu de la publicité d'un marché qui serait faite sur différents supports.

Rappelons que la publicité préalable des projets d'achat en procédure adaptée est imposée par l'application du CMP en son article 28.I. Elle n'est en aucun cas à confondre avec les modalités permettant de respecter (« d'organiser » ou de « susciter la mise en concurrence ») la concurrence entre les candidats.

2) La mise en concurrence des candidats

Les MAPA sont soumis aux principes de l'art. 1^{er} du CMP, et doivent aussi respecter l'obligation de mise en concurrence imposée par l'art.28 du CMP. La publicité est un excellent moyen de garantir cette mise en concurrence¹⁰.

Mais attention, sous prétexte de respect de la mise en concurrence de plusieurs entreprises, notamment par le biais de consultations sur devis, les collectivités passent souvent outre la publicité de leurs projets de MAPA. Or en absence de toute publicité préalable du projet d'achat, une entreprise non consultée est recevable à contester la procédure de commande publique. Le risque juridique est donc fort pour la collectivité¹¹.

Le respect du principe de mise en concurrence ne décharge donc pas la collectivité de faire une publicité adéquate, au cas où une entreprise non consultée souhaiterait répondre au marché en question. Ce système permet notamment de remettre en question le nombre d'entreprises compétentes pour l'objet du marché, et de permettre l'accès à la commande publique d'une commune à de nouvelles entreprises installées ultérieurement à la conclusion du dernier marché en la matière. La mise en concurrence s'en trouve donc en général élargie et surtout plus justement effectuée.

Les deux autres principes énoncés par l'art. 1^{er} du CMP, publicité et égalité de traitement des candidats, sont très liés au fait qu'une bonne mise en concurrence soit effectuée.

L'égalité de traitement des candidats pendant la phase préalable à la signature du

¹⁰ Voir le manuel d'application du CMP, circulaire du 7 janvier 2004 (JO du 8 janvier 2004), mise à jour par la circulaire du 16 décembre 2004 (JO du 1^{er} janvier 2005), Le moniteur, Cahier détaché n°2, n° 5277, 14 janvier 2005, p16 et suivantes.

¹¹ Pour les marchés formalisés, s'ajoute à l'obligation de publicité du projet d'achat la publication de l'avis d'attribution du marché au fournisseur retenu, par les mêmes voies et dans un délai de 30 jours à compter de la notification du marché. Cette publication permet à toute personne intéressée de pouvoir intenter un recours contre la décision d'attribution. Pour les MAPA, cette publicité de l'avis d'attribution n'est pas obligatoire.

marché est un principe qui sera facilement respecté par les collectivités soucieuses d'une bonne mise en concurrence. Après les phases de publicité et de mise en concurrence proprement dites, la collectivité prendra soin de traiter les candidats de façon égalitaire, notamment en donnant les informations qui pourraient être demandées par l'un d'entre eux à tous les autres.

Et afin de permettre aux personnes, physiques ou morales, intéressées par la passation d'un marché public de s'assurer du respect de ces deux premiers principes généraux, la collectivité doit veiller à ce que les procédures régissant la passation de ses marchés publics soient les plus transparentes possibles. Pour respecter ce dernier principe, un effort d'étude préalable du marché doit être fait par la collectivité, pour détailler le cahier des charges de leur commande.

B. Le guide interne de procédures permet de réfléchir au préalable aux moyens de réaliser un bon achat public malgré les difficultés rencontrées dans l'application des principes de la commande publique

Lors de l'élaboration d'un guide interne de procédures, la collectivité doit s'interroger sur la pertinence des procédures qu'elle souhaite mettre en place en matière de MAPA, et ce au regard des exigences de fonctionnement de sa collectivité. Cette idée sera d'autant plus forte dans de petites collectivités ayant des moyens organisationnels relativement limités.

Car deux difficultés semblent rendre les communes « frileuses » dans leur application des règles de la commande publique. Il s'agit d'une part, de leur habitude à (de) traiter avec les entreprises locales, voire installées sur le territoire communal, et d'autre part, de trouver comment pouvoir commander (mal dit) en urgence sans avoir à respecter de formalisme superflu.

1) Les fournisseurs locaux

Nombre de « petites collectivités »¹², mais d'autres aussi, traitent leurs achats directement avec leurs fournisseurs locaux, et ce plus par habitude que parce que ceux-ci ont été déclarés attributaires de marchés après publicité du projet d'achat et mise en concurrence des candidats potentiels.

Le plus souvent il ne s'agit pas d'une réelle volonté de passer outre l'obligation de mise en concurrence imposée par les textes. Que ce soit le choix politique de développer l'emploi sur son territoire, les habitudes de la collectivité non remises en question, ou des arguments uniquement de proximité et donc de facilité de livraison par exemple, privilégier un fournisseur local est aujourd'hui toujours pratiqué. (cette phrase pourrait être utilement revue)

Les collectivités passent outre la mise en concurrence parfois uniquement par peur que celle-ci ne les oblige de (à) devoir traiter avec une entreprise éloignée, et par crainte des difficultés que cela pourrait occasionner dans l'exécution du marché.

¹² Référence à la classification des collectivités, parmi lesquelles les communes de moins de 3 500 habitants

Cette appréhension est bien souvent exagérée, voire même un argument facilement avancé pour justifier une absence de mise en concurrence. Car un cahier des charges bien étudié et très complet pourrait être élaboré et faire ressortir des impératifs dans les besoins de la collectivité qui entraîneraient *ipso facto* la candidature de fournisseurs locaux. Si ceux-ci répondent correctement aux exigences du marché, il est tout à fait possible qu'ils soient attributaire du marché considéré.

Attention, il ne s'agit pas de mettre en place un cahier des charges « sur mesure », et le juge sanctionne de telles manœuvres destinées à écarter de la concurrence des candidats éloignés pour des motifs totalement arbitraires.

Si le recours à une entreprise voisine ne peut se justifier, lors de l'élaboration du projet d'achat, par la stricte réponse aux besoins réels de la collectivité, c'est qu'il est abusif.

2) Les cas d'urgence

Un des problèmes soulevé par les agents territoriaux est le cas des interventions d'urgence de services techniques notamment (ex : dépannage informatique, réparation d'une fuite d'eau sur le réseau public...).

Dans certaines collectivités, il n'est pas possible de concevoir un stockage de matériel dans un magasin, sous la responsabilité d'un agent, notamment pour des raisons de coût du stockage et du manque de disponibilité en termes de locaux.

Or, lors d'une urgence technique, en absence de matériel stocké, la commande doit être réactive. Emprunter les circuits habituels de la commande publique semble donc pour les agents incompatible avec la rapidité indispensable de leur réaction, grosse (importante ou habituelle) revendication de la part des services techniques afin de pouvoir assurer un service public efficace et répondre aux attentes des élus.

Pour contourner cette difficulté, il faut faire preuve d'un peu d'imagination, mais aussi d'organisation.

Tout d'abord, il est indispensable de limiter ce genre de réflexion aux véritables cas d'urgence, qui nécessitent une commande exceptionnelle. Un manque régulier d'anticipation ou de prise de recul entraîne le plus souvent le travail en urgence, et peut donc facilement être corrigé.

En cas de véritable urgence, deux situations peuvent être rencontrées.

Les travaux, fournitures ou services peuvent dépendre d'un marché à bons de commande en cours d'exécution, et il sera alors assez simple, à condition d'avoir prévu avec le fournisseur une procédure de commande et d'exécution de la prestation en cas d'urgence, de répondre en un minimum de temps au besoin.

La commande pourra aussi répondre à une opération spécifique et ponctuelle, indépendante de tout autre marché qui présente un caractère d'urgence indépendant de la volonté de la collectivité (qui ne pouvait donc pas être anticipé). En effet, il ne s'agira plus de prévoir et d'anticiper des besoins récurrents, mais de faire face à une opération particulière et urgente, qu'il était impossible de prévoir : c'est par hypothèse le seul

véritable cas de l'urgence, notion proche de celle de la force majeure, qui se caractérise traditionnellement par la réunion de trois conditions : extériorité de l'évènement, son imprévisibilité, et son irrésistibilité¹³.

Si l'on se trouve devant une nécessité de commande en procédure adaptée de très petit montant (moins de 4 000 euros HT), le traitement de l'urgence sera facilité, mais devra tout de même être justifié par un acte d'achat raisonné et respectueux des principes de la commande publique.

§2. Le guide interne de procédures est un outil efficace de management de l'achat public

La « codification » des pratiques des services est un moyen comme un autre d'unifier les méthodes de fonctionnement à l'intérieur d'une même collectivité, et est utilisé dans différents types de services.

La mise en place d'un guide interne de procédures en matière de marchés publics à procédure adaptée doit être l'occasion pour les dirigeants territoriaux de réfléchir au(x) moyen(s) à mettre en œuvre pour réussir une commande publique efficace à l'échelle de la collectivité.

Il est notamment très intéressant d'organiser un partenariat entre les différents services de la collectivité et le référent « commande publique » lors de l'établissement du guide interne de procédures, afin de conserver une commande publique efficiente.

Car même si une certaine centralisation de l'achat public est imposée par les textes en la matière, il convient de ne pas tomber dans les travers classiques de la bureaucratie: « complications inutiles, standardisation contraignante, étouffement de la personnalité » en seraient les caractéristiques au sens le plus populaire, selon Michel CROZIER. (cité peut-être les références de l'ouvrage duquel est extraite cette phrase)

A. Une certaine centralisation de la commande publique est imposée à l'échelle de la commune

La structure classiquement pyramidale de l'organigramme d'une collectivité entraîne de facto une centralisation de décision, si elle n'est pas accompagnée de mécanismes de régulation.

En matière d'achat public, cette centralisation est accentuée par les obligations légales de regroupement et de globalisation des achats, et par la désignation de personnes exclusivement compétentes pour valider juridiquement les commandes.

1) Le regroupement des achats

Les règles de la commande publique imposent de regrouper les achats. Ces regroupements permettent de calculer les montants à prendre en compte pour

¹³ Voir « Droit administratif général », Tome 1, René CHAPUS, 2001, n° 689, p.1248

l'application de la procédure correspondante, selon le principe de la computation des seuils.

Une fois fixé le montant prévisionnel de l'ensemble des achats regroupés, ceux-ci peuvent faire l'objet de plusieurs marchés publics, passés chacun selon la procédure correspondant au montant prévisionnel global¹⁴.

Les regroupements se font autour d'achats de même nature, ou bien par unité fonctionnelle ou opération spécifique (pour les marchés de travaux uniquement). Cette démarche se situe au moment de l'évaluation des besoins d'achat de la personne publique.

Le regroupement des commandes permet de prendre en considération le montant global de l'achat, et de le faire coïncider avec la règle applicable. L'objectif est de ne pas « soustraire des marchés aux règles qui leur sont normalement applicables ».

Si d'un point de vue légal cette règle de computation des seuils est incontournable, elle n'est pas sans poser quelques difficultés organisationnelles sur le plan du fonctionnement des services de la collectivité en question, notamment lorsqu'il s'agira de s'assurer de la réalité des regroupements.

La solution la plus évidente serait de confier à une cellule de la commande publique la tâche de vérifier la réalité des regroupements des achats, à partir d'une nomenclature des achats permettant de visualiser et de fixer les regroupements à faire. Les achats faits indépendamment des regroupements préformalisés par la nomenclature seront alors refusés par la cellule de la commande publique dans sa mission de contrôle des projets d'achat.

Cette vision centralisatrice de la commande publique sera notamment à privilégier dans des collectivités pour lesquelles la pratique de l'achat public est clairement irrespectueuse des règles, et où il est alors nécessaire de renouer avec la légalité de façon incisive. Cela demande donc une certaine fermeté et un contrôle permanent des services dans les premiers temps, afin que ceux-ci intègrent la nouvelle marche à suivre.

Cette centralisation de fond est accentuée par une centralisation plus formelle, la centralisation de la signature des marchés publics.

2) La signature des engagements juridiques de commande

La signature d'un bon de commande (attention à la confusion possible avec les « bons de commandes » des marchés à bons de commandes/apporter une précision dans ce sens), formalisation classique de l'autorisation d'achat dans une collectivité, doit être effectuée par une personne habilitée. En effet, il s'agit de vérifier la disponibilité et d'engager juridiquement les crédits de la collectivité, donc l'argent public.

La faculté de prendre une telle décision, formalisée par la signature d'une commande, est initialement du ressort (? orthographe à vérifier) de la seule assemblée délibérante de la collectivité.

¹⁴ C'est notamment ce système qu'illustre la technique du marché alloti, chaque lot correspondant à un marché passé selon la procédure relative au montant de l'ensemble des lots (sauf aménagement particulier comme décrit dans le CMP)

L'assemblée peut cependant donner une délégation de pouvoir à l'exécutif, notamment pour la signature de marchés déterminés. Classiquement, dans les communes les maires disposent d'une telle délégation de pouvoir¹⁵ pour l'ensemble des MAPA. Au titre d'une délégation de pouvoir, le délégant se trouve dessaisi totalement de sa compétence.

Le délégataire de pouvoir peut alors organiser la signature des marchés publics par le biais de différentes délégations de signatures. Il reste cependant titulaire de la compétence, et peut à tout moment signer lui-même un marché qui aurait pu être signé par une personne ayant délégation de signature.

Ces délégataires de signatures au sein des collectivités territoriales sont limitativement énumérées par le code général des collectivités territoriales (CGCT). Dans une commune de plus de 3 500 habitants¹⁶, le directeur général des services, le cas échéant son adjoint, ainsi que le directeur des services techniques peuvent obtenir une délégation de signature de la part du maire ayant délégation de pouvoir (cas le plus courant), ou directement du conseil municipal.

Les personnes ainsi désignées sont des personnes responsables du marché « dérivées »¹⁷, même si le CMP ne fait pas cette distinction.

La délégation de signature, comme la délégation de pouvoir d'ailleurs, est nominative, et doit indiquer précisément le cadre de la délégation, c'est-à-dire les actes que le délégataire pourra alors signer (catégorie et montant des achats délégués).

Dans le cadre de l'organisation interne des marchés publics, il est donc impossible pour les services « consommateurs » de gérer d'un bout à l'autre leurs commandes, puisque les signatures leur échappent.

Ces considérations entrent, pour certains agents, en conflit avec l'attribution de budgets indépendants aux différents services. Ces réactions découlent tout simplement d'une mauvaise analyse de l'utilité et des objectifs de la mise en place d'une comptabilité analytique. Si l'on recadre ce problème, en redonnant au procédé analytique toute sa valeur en terme de contrôle de gestion, alors il ne peut être confondu avec un découpage et une attribution aux services de la collectivité d'une quote-part du budget communal.

Il est vrai que lors de l'élaboration du budget, les services évaluent leurs besoins pour l'exercice à suivre, et que les sommes correspondantes sont inscrites au budget, chaque service veillant alors à respecter la limite des crédits demandés.

Mais le contrôle budgétaire et comptable effectué par le juge des comptes ne prend en considération que les finances globales de la commune. Il est donc important de garder à l'esprit la globalisation des crédits et de sortir d'un éclatement et de l'« indépendance financière » que les services d'une collectivité pourraient penser détenir.

¹⁵ Délégation de pouvoir au titre de l'article L.2122-22 4° du CGCT pour les maires

¹⁶ Article L.2122-19 CGCT pour les communes

¹⁷ Voir l'ouvrage « Les marchés à procédure adaptée », Ph. SCHMIDT et L. THIERRY, 2004, n°88

Dès lors, le recadrage budgétaire de la commande publique peut sembler difficile à mettre en place dans des collectivités où la consommation des crédits est depuis longtemps cloisonnée de service en service (par service). C'est toute la difficulté de la rationalisation de l'achat public dans une collectivité qui n'avait pas cette sensibilité auparavant.

Si les différents services d'une collectivité territoriale ne détiennent pas d'indépendance financière ni juridique dans le processus d'achat, cela n'empêche pas les dirigeants de la collectivité de pouvoir réfléchir à l'association des services dans le processus, en s'appuyant notamment sur des réflexions managériales.

B. La centralisation doit être compensée par l'association des services au processus d'achat

La rigidité du processus d'achat public est souvent critiquée de la part des agents territoriaux. Ils ne se sentent pas pleinement associés à un achat dont ils sont les premiers « consommateurs ».

Michel CROZIER, sociologue au centre national de recherches scientifiques (CNRS), a analysé en détail le fonctionnement des administrations françaises et s'est efforcé d'en expliquer les dysfonctionnements. Il apparaît que la conception d'autorité absolue dans l'administration française entraîne une lutte pour le pouvoir au sein de l'organisation, qui ne fait qu'aggraver la centralisation initiale, seule solution à ces luttes de pouvoir¹⁸.

Sans doute les dirigeants des collectivités peuvent-ils amorcer une modification des rapports de force entre eux et leurs agents, à travers le processus d'achat public, en valorisant la place et le rôle des services « consommateurs » de leur organisation.

1) Associer les services « consommateurs » à l'élaboration des marchés

Il est indispensable de mettre l'accent sur la sauvegarde de l'initiative des services dans la gestion de leurs commandes. Car ce sont eux, services « consommateurs », qui sont les mieux à même de connaître leurs besoins propres, et les contraintes pesant sur leur consommation. La définition des besoins doit donc naturellement être effectuée avec la participation de ceux-ci aux réflexions juridiques conduites par la cellule commande publique de la collectivité.

Ainsi, bien que ne disposant pas eux-mêmes de l'habilitation à signer les commandes, l'élaboration de la commande reste de leur unique compétence. Ils pourront alors mettre en avant les différentes contraintes inhérentes à leurs besoins, et influencer sur la mise en place d'un marché, afin que celui-ci leur permette un fonctionnement opérationnel efficace.

L'élaboration d'un marché pourrait alors être répartie entre les services « consommateurs », le service de la commande public ou des achats, et la PRM comme indiqué sur le schéma suivant.

¹⁸ Voir le manuel « Organisation - Théories et applications », Luc BOYER et Noël EQUILBEY, Les Editions d'Organisation, 2003, 464 p., p.159 et suivantes

DOCUMENTS CONSULTABLES en version papier au Centre de Documentation Contemporaine de l'Institut d'Etudes Politiques de Lyon

Figure 1. Répartition des rôles dans le processus d'élaboration de la commande

Pour les associer pleinement au processus d'achat, et notamment dans la phase d'évaluation des besoins, la collectivité peut communiquer directement aux services « consommateurs »¹⁹ une nomenclature très détaillée des achats, leur permettant de vérifier eux-mêmes la validité des groupements.

La nomenclature transmise pourra être dématérialisée, afin d'intégrer des données actualisables, comme par exemple la liste des marchés en cours ou en préparation, et leur correspondance avec une ligne budgétaire d'achat particulière.

Elle pourra aussi se présenter sous la forme d'un « cartogramme des achats », indiquant pour chaque nature d'achat la procédure choisie par la collectivité en matière de règle de publicité, de mise en concurrence et de procédure de commande à mettre en place.

Cette méthode suppose une sensibilisation des responsables de chaque service aux exigences de la commande publique. Le lien se fait ensuite directement avec la PRM ou son délégué pour la signature des marchés et commandes en découlant.

Cette solution semble risquée, mais peut être un objectif vers lequel tendre. En effet, elle permettrait d'alléger considérablement le travail de « gendarme » souvent attribué au service responsable de la commande publique.

Dans l'idéal, les échanges entre ce service et les « services consommateurs » de la commune seraient limités à de la collaboration, partant du principe que l'ensemble des services « consommateurs » d'une même famille d'achats serait associé à la mise en place du marché en question, et donc serait parfaitement à même de respecter ce marché dans son exécution.

2) Associer les services « consommateurs » à l'exécution des marchés

La centralisation auprès d'une cellule de la commande publique de l'ensemble des commandes est imposée pour des raisons de computation des seuils des marchés, et de rationalisation de l'achat.

Une fois les besoins déterminés par les services, le marché formalisé par la cellule commande publique, les services doivent pouvoir « récupérer » la responsabilité du suivi de l'exécution des marchés. Ce sont eux qui peuvent constater la réalité du service effectué, la conformité des factures aux commandes émises, et donner l'accord pour le départ du processus de paiement des entreprises.

Pour la majorité des fournitures et services récurrents permettant le fonctionnement des services au jour le jour²⁰, le système des marchés à bons de commande semble le

¹⁹ La notion de « services consommateurs » utilisée dans cette étude regroupe l'ensemble des services, autres que la commande publique, qui sont déclencheurs d'un achat public au sein de la collectivité, et par là-même consommateur des crédits. Cette notion sera utilisée à plusieurs reprises.

plus adéquat. Ainsi les services conservent une maîtrise de leurs commandes, encadrées cependant dans un marché global formalisé.

L'exécution d'un marché à bons de commande pourrait alors s'organiser comme décrit sur le schéma ci-dessous.

DOCUMENTS CONSULTABLES en version papier au Centre de Documentation Contemporaine de l'Institut d'Etudes Politiques de Lyon

Figure 2 . Répartition des rôles dans le processus d'élaboration de la commande

L'avant-projet de CMP version 2006, publié le 1^{er} juillet 2005, remplace la pratique des marchés à bons de commande par la notion de « marché-cadre »²¹. Celui-ci se formalise par un contrat précisant toutes « les caractéristiques des prestations attendues et au prix » du marché. Le marché-cadre est ensuite exécuté par émission de bons de commande successifs, au moment de la survenance du besoin. Cette méthode permet notamment d'éviter un stockage de fournitures trop important, en commandant et en se faisant livrer à échéances régulières.

Chapitre 2. La collectivité doit se prémunir contre les risques inhérents à l'achat public

Le guide interne de procédures permet à la collectivité une réflexion complète sur ses choix procéduraux en matière de MAPA. L'élaboration d'un tel guide est purement facultative.

Mais on remarque aujourd'hui la multiplication de ces guides internes, concernant principalement les procédures à mettre en application en cas de marché en dessous des seuils imposés par le CMP. En effet, les collectivités se trouvent confrontées à de très grands risques, de toutes natures, en matière d'élaboration et d'exécution de marchés publics.

Elaborer un guide interne de procédures est donc aussi un moyen pour elles de sécuriser au maximum leur commande publique et de faire face aux risques techniques, juridiques et financiers pouvant découler d'un mauvais achat public.

Car sécuriser l'achat public c'est non seulement déterminer la réalité (sous toutes ses formes) de l'achat que la collectivité a à faire, mais c'est aussi en déterminer la procédure, étape découlant de la première. Dans un premier temps, il est donc indispensable de déterminer les besoins de la collectivité pour sécuriser l'achat²². Dans un second temps, le parcours procédural à suivre pour l'achat déterminé précisément dans la phase

²⁰ Les fournitures et services permettant le fonctionnement des services d'une collectivité peuvent comprendre des dépenses de fonctionnement comme d'investissement. Seuls sont exclus ici les grosses opérations de travaux, pour lesquelles les procédures sont plus facilement justifiées et comprises.

²¹ Voir articles 99 et 132 de l'avant-projet sur le site du ministère des finances www.minefi.gouv.fr

d'évaluation des besoins doit être jalonné. Le CMP en indique les bornes pour les achats au-delà de 230 000 euros HT, mais c'est à la collectivité de faire ce travail pour les achats se situant en dessous de ces seuils.

Si cette pratique de rédaction d'un guide interne de procédures se développe autant, c'est que la sécurité apportée par ce cadrage procédural est indispensable face aux nombreux et divers risques pris par l'acheteur public.

§1. Les risques techniques d'un mauvais achat public : la paralysie de l'opération en question

Fixer les règles de l'achat public permet dans un premier temps de s'assurer que toutes les questions permettant d'élaborer le meilleur marché pour la collectivité auront été posées. C'est le travail à effectuer lors de la phase d'évaluation des besoins, et qui est ensuite valorisé par l'application de la procédure appropriée.

Si cette évaluation des besoins n'est pas complète, alors les sanctions tomberont (mal dit) quasi-automatiquement.

A. Le caractère obligatoire de l'évaluation des besoins

Cette étape est imposée pour tout achat public local. En effet, l'article 5 du CMP de 2004, constituant à lui seul le chapitre premier de ce code, indique au présent de l'indicatif que « la nature et l'étendue des besoins à satisfaire sont déterminées avec précision par la personne publique » et que « le marché conclu (...) doit avoir pour objet exclusif de répondre à ces besoins ».

L'évaluation du coût prévisionnel du marché, dont dépendront, en fonction aussi de la nature du marché, les seuils et procédure à prendre en compte, est une des deux facettes de l'évaluation des besoins.

En effet, cette opération comprend un volet financier, mais en premier lieu un volet technique. Il appartient à la collectivité de déterminer ses besoins techniques, les caractéristiques que devra recouvrir l'achat. L'évaluation des besoins est trop souvent assimilée à la seule évaluation financière du projet d'achat.

L'évaluation des besoins est une étape indispensable dans la procédure de passation d'un marché. Elle s'effectue d'ailleurs de façon presque automatique par les acheteurs dans son volet financier, parfois de façon moins nette dans son volet technique. Pourtant, cette étape prédétermine grandement la vie future du marché en question.

B. Le rôle de l'évaluation des besoins d'un point de vue technique

La définition des besoins, aussi entendue dans les termes d'évaluation ou de

²² Voir les développements intéressants concernant les intérêts de la détermination préalable des besoins faces aux risques de l'achat public, dans le mémoire de DESS de Christian DEBIEVE, « La détermination préalable des besoins dans l'achat public local : simple exigence juridique ou réel enjeu organisationnel ? », soutenu le 10 septembre 2004, 141 pages, et notamment le titre 4 de la seconde partie.

détermination des besoins²³, est une phase essentielle d'un point de vue technique, mais qui nécessite plus d'effort et d'attention de la part des services territoriaux qu'il n'en est actuellement porté.

Un travail précieux et incontournable doit être effectué de la part des services « consommateurs » lors de la phase de définition des besoins. Ce sont en effet ces services qui doivent déterminer avec autant de précision que possible les caractéristiques et contraintes techniques liées à la commande, qu'il s'agisse d'achat de travaux, de fournitures ou de services.

La commande publique doit avoir comme unique but la satisfaction des besoins de la personne publique. Encore faut-il que celle-ci les connaisse le plus précisément possible.

Techniquement, cela nécessite une réflexion sur les caractéristiques de l'achat, mais aussi une vision à moyen et long terme. Certains achats paraissant très intéressants de prime abord s'avèrent très paralysants par la suite.

C. L'exemple concret d'un manque de réflexion en amont de l'achat

Prenons le cas de l'achat de dérouleurs pour papier aluminium dans une cuisine collective²⁴, qui ne supporte par la suite l'approvisionnement uniquement par des rouleaux bénéficiant du système compatible, évidemment vendu uniquement par la société à laquelle ont été achetés les dérouleurs.

La collectivité, dans son étude technique des besoins, doit être vigilante à ne pas devenir par la suite une cliente captive auprès de certains fournisseurs. Une étude complète devra prendre en compte le fait que le fournisseur des dérouleurs pourrait être aussi le fournisseur des rouleaux de papier. Cela permettrait de proposer un marché englobant la fourniture des rouleaux pendant la période de vie estimée des dérouleurs par exemple.

A défaut, la collectivité se rendra compte a posteriori qu'elle est liée au fournisseur des dérouleurs pour acheter ses rouleaux. Le premier achat, concernant les dérouleurs, influe sur l'achat des rouleaux de papier aluminium, ce dernier ne pouvant ni permettre une réelle concurrence entre différents fournisseurs, ni une bonne gestion des deniers publics, ni une réelle adaptation de l'achat aux besoins de la collectivité.

Plusieurs exemples aussi divers que variés permettraient d'illustrer l'importance d'une bonne évaluation des besoins, pour ce qui concerne l'aspect technique de l'achat.

En absence de cadrage de l'achat public, des dérives peuvent avoir lieu. Les risques sont alors importants, tant au regard des missions extérieures de service public des collectivités, qu'au regard du fonctionnement interne des services territoriaux.

D. Les conséquences d'un mauvais achat sur le plan technique sont

²³ Voir au sujet des différents vocabulaires utilisés par le CMP le mémoire de Christian DEBIEVE précité, p 92 et suivantes.

²⁴ Est ici rapporté un exemple concret, posant actuellement des difficultés dans une commune de taille moyenne (environ 11 000 habitants), ne disposant pas encore de réflexion globale sur les achats.

variables

Il faut distinguer deux effets principaux conséquents (consécutifs à ?) d'un manque de réflexion technique avant la réalisation de l'achat.

Tout d'abord, il faut prendre en compte la possible paralysie de la commune qui se trouve liée par un marché ne répondant pas exactement à toutes les nécessités. Une grande majorité des marchés passés par une collectivité concernent l'achat de fournitures et de services inscrits en fonctionnement²⁵. Ces achats contribuent au fonctionnement des services territoriaux en premier lieu

Ensuite viennent les perturbations occasionnées dans l'action de service public de la collectivité concernée. Le fonctionnement des services aura de toute évidence un impact direct sur le service rendu au public, service directement procuré par les agents territoriaux (voirie défectueuse, mauvaise prestation du marché alimentaire pour les cantines scolaires...)

§2. Les risques financiers et juridiques d'un mauvais achat public : la sanction de la chambre régionale des comptes et la légalité des actes

Outre les problèmes techniques du manque de préparation d'un achat, des conséquences tout aussi importantes peuvent survenir.

Il s'agit d'une part, des problèmes liés à une mauvaise évaluation financière de l'achat, et d'autre part les aspects juridiques d'un achat ne respectant pas les règles.

A. Les risques d'ordre financier

Nous pouvons regrouper sous l'appellation risques financiers les difficultés d'ordre financier pouvant découler d'un mauvais achat public, que ce soit des difficultés touchant d'une part le marché public en lui-même, mais aussi les documents budgétaires de la collectivité elle-même.

1) Les risques pour le budget et le contrôle de la gestion financière de la collectivité

L'absence de définition des besoins, ainsi qu'un manque de sérieux dans la réalisation de cette étape, peuvent être constitutifs d'une évaluation non sincère du coût estimatif de l'achat. Cette défaillance au niveau de l'évaluation du montant prévisionnel du marché aura des conséquences directes sur les documents budgétaires de la collectivité.

En effet, les règles comptables imposent aux collectivités territoriales d'élaborer un budget en équilibre en recettes et en dépenses²⁶. Or si les montants inscrits au budget

²⁵ A ce titre, sont concernés les achats de fournitures de bureau, de formation, de fournitures de fluides, de télécommunications, d'assurance, etc... ils sont en général plus nombreux que les marchés d'investissement en nombre, même si ces derniers mettent en jeu des sommes plus importantes.

s'avèrent modifiés par la suite, c'est tout l'équilibre global des documents budgétaires qui s'en trouve altéré.

L'équilibre du budget et la constitution sincère de celui-ci sont deux conditions liées posées par les règles de la comptabilité générale des collectivités territoriales.

Le juge administratif a établi que l'équilibre du budget constitue une condition de légalité des délibérations budgétaires²⁷. A défaut de respect de la règle de l'équilibre, il est donc amené à annuler l'ensemble de l'acte budgétaire.

L'équilibre du budget des collectivités territoriales est par ailleurs vérifié dans le cadre de la procédure du contrôle budgétaire par le représentant de l'Etat et par les chambres régionales des comptes (CRC).

La loi du 2 mars 1982 a supprimé la tutelle exercée a priori par le représentant de l'Etat. Depuis, il existe uniquement un contrôle de légalité exercé par les juridictions administratives, ainsi qu'un contrôle budgétaire confié à un nouvel ordre judiciaire : les chambres régionales des comptes.

Il revient au représentant de l'Etat de saisir la chambre régionale des comptes en lui transmettant le budget concerné ainsi que l'ensemble des documents requis. Cette procédure a lieu dans les trente jours suivant le vote des documents budgétaires.

En dehors de cette procédure, la chambre régionale des comptes peut toujours être appelée à se prononcer sur la gestion d'une collectivité territoriale, dans le cadre de la procédure dite d'examen de la gestion²⁸.

Les CRC contrôlent traditionnellement les découpages artificiels des marchés publics, transformant des marchés devant relever de procédures formalisées en MAPA (marchés passés sans formalités préalables). Elle effectue un contrôle de régularité et non d'opportunité des marchés²⁹.

Les avis de la CRC ont une véritable force juridique envers les collectivités territoriales. Les observations de la chambre portant sur des faits susceptibles d'entraîner des suites contentieuses peuvent faire l'objet de communication au ministère public, et faire l'objet de poursuites devant les tribunaux.

2) Les risques pour le marché lui-même

²⁶ Voir pour ce qui concerne les communes de plus de 3 500 habitants, l'instruction M14, Tome 2, page 14 et suivantes, en application à l'article L. 1612-4 et -7 du CGCT : « *le budget de la collectivité territoriale est en équilibre réel lorsque la section de fonctionnement et la section d'investissement sont respectivement votées en équilibre, les recettes et les dépenses ayant été évaluées de façon sincère (...).* »

²⁷ CE, 23 décembre 1988, Département du Tarn c/ Barbut

²⁸ Articles L. 211-8 et suivants du code des juridictions financières

²⁹ Voir pour le contrôle de la CRC les développements dans l'ouvrage « Les marchés à procédure adaptée », Ph. SCHMIDT et L. THIERRY, 2004, n° 274 et suivants.

Il en est question lors d'une mauvaise évaluation du prix prévisionnel de l'achat public, et qu'un ou plusieurs avenants sont pris pour permettre le paiement au titulaire du marché d'un prix supérieur au montant initial du marché, alors qu'aucune « sujétion technique imprévue ne résultant pas du fait des parties » ne justifie cette augmentation du prix du marché³⁰.

En effet, une augmentation excessive du prix initial du marché, inscrit dans l'acte d'engagement, constitue un bouleversement de l'économie du marché public, et ne respecte donc pas les prescriptions du CMP. Cette illégalité est constituée classiquement lorsque l'augmentation dépasse de 15 à 20 p.100 le montant initial du marché constitue le bouleversement économique³¹. La CRC apporte par exemple des critiques concernant un manque d'anticipation et de globalisation des achats ayant pour conséquence la réduction du montant prévisionnel d'un achat, et donc son positionnement par rapport aux seuils imposant des procédures³².

Le représentant de l'Etat peut transmettre à la CRC les conventions relatives aux marchés³³. Les contrats de marchés publics ainsi que leurs avenants doivent en effet majoritairement être transmis pour contrôle de légalité aux services préfectoraux. La CRC examine la convention, et formule ses observations dans un délai d'un mois à compter de la saisine, dans un avis. Celui-ci est transmis à la collectivité territoriale ou à l'établissement public intéressé et au représentant de l'Etat.

Bouleversant l'économie générale du marché, ces avenants faussent la mise en concurrence des entreprises. Ce ne sont pas nécessairement les mêmes entreprises qui se seraient portées candidates pour le marché dans sa nouvelle forme (modifié par les avenants). Cet aspect financier emporte une sanction juridique : la nullité de l'avenant pris en ces conditions.

Nous pouvons dès lors constater que les risques financiers des marchés publics proviennent majoritairement d'une mauvaise évaluation des besoins. Ils peuvent être évités par un effort des collectivités en amont de la constitution du marché, lors de l'étape importante de l'évaluation des besoins. C'est pourquoi un guide de procédure doit sensibiliser les services acheteurs sur l'importance de cette étape, bien souvent considérée comme superficielle, elle permet cependant un véritable confort tout au long de la constitution et de la vie du marché.

Cette évaluation aura aussi le mérite de permettre un juste choix de la procédure à appliquer, et permettra une meilleure sécurisation juridique de la constitution (passation ?) du marché.

³⁰ Article 19 du CMP

³¹ Voir le manuel d'application du CMP 2004 (circulaire d'application du 7 janvier 2004 modifiée par la circulaire du 16 décembre 2004), page 29.

³² CRC Rhône-alpes, 26 avril 1994, Commune X., Marchés publics, 1995, 1, p.23

³³ Article 47-III de la loi du 6 février 1992, art. L.1411-18 et R.1411-6 CGCT

B. Les risques d'ordre juridique

Les lois de décentralisation ont mis en place depuis 1982 un contrôle a posteriori des actes des collectivités par les services de l'Etat, faisant apparaître le principe de libre administration des collectivités territoriales.

A ce titre, les services préfectoraux contrôlent le respect des formalités de mise en place des marchés, avec, à la clef, des sanctions administratives comme principalement la nullité des contrats de marchés publics, mais aussi des sanctions pénales envers les représentants des collectivités émettant des contrats de marchés publics illégaux.

C'est aussi dans le but de se prémunir contre ces sanctions pénales graves que les collectivités choisissent aujourd'hui de mettre en place un guide de procédure³⁴.

Le risque pénal le plus important en matière de marchés public, lié à un manque de rigueur dans les procédures pratiquées, est constitué par le délit de favoritisme. Ce délit est prévu à l'article 432-14 du nouveau code pénal. Il permet de sanctionner les atteintes à la liberté et l'égalité d'accès des entreprises à la commande publique. Ce délit peut être constitué pour la passation de MAPA sans distinction des autres types de marchés³⁵.

Le délit de favoritisme peut être poursuivi envers toute personne dépositaire de l'autorité publique, ou chargée d'une mission de service public, ou bien investie d'un mandat électif public. La PRM est donc directement concernée par ce délit. Elle sera aussi concernée par des actes caractérisant le délit, et commis par une personne placée sous sa responsabilité³⁶.

Le délit de favoritisme réprime le fait de « procurer à autrui un avantage injustifié » en contradiction avec « la liberté d'accès des candidats à un marché public ».

Outre le délit de favoritisme, un acheteur public peut être poursuivi pénalement pour prise illégale d'intérêt, délit prévu à l'article 432-12 du code pénal. Ce délit concerne une personne ayant en charge l'administration, la liquidation, le paiement ou la surveillance du marché en question, et avoir « pris, reçu ou conservé un intérêt » particulier dans l'opération.

Si le code des marchés publics laisse le choix de la procédure la plus adaptée à mettre en œuvre, il n'est aucune obligation de fixer dans un document administratif les règles ainsi définies.

Devant de tels risques pénaux, les collectivités cherchent aujourd'hui à sécuriser leur achat public. Elaborer de tels guides internes de procédure, permet de soumettre les

³⁴ Confirmation récente de la condamnation d'un élu corse pour prise illégale d'intérêt et délit de favoritisme, à 50 000 euros d'amende, 5 ans d'interdiction d'exercice des droits civils, et 15 mois d'emprisonnement avec sursis : C.Cass. Crim, 6 avril 2005, maire de Propriano.

³⁵ Circulaire du Ministère de la justice en date du 4 mars 2002.

³⁶ TGI Orléans, 5 juin 1996. « il appartient à tout responsable de contrôler les services techniques ou administratifs dont il dispose »

agents à une pratique sécurisée des marchés publics, mais aussi de mener une réflexion managériale globale autour du rôle que chacun, outre l'autorité décisionnelle, peut jouer dans le processus d'achat public.

De multiples raisons peuvent emmener une collectivité territoriale à recourir à ce type de guide d'achat, surtout pour ce qui concerne les achats en procédure adaptée.

Mais un débat naît alors quand à la nature juridique d'un guide d'achat. Les acheteurs publics s'opposent souvent à (sur ?) ce sujet, et nous essayerons de comprendre quelle est la nature des arguments qui peuvent les opposer, et qui font naître autour de la qualification juridique d'un guide d'achat en procédure adaptée, ainsi que de son régime juridique, de telles discussions.

SECONDE PARTIE La nature juridique dun guide interne de procdures des marches publics est discute

Les collectivités choisissent chacune à leur convenance le contenu de leur guide interne de procédures des achats publics. Ce document sera plus ou moins complet et précis, en fonction de la valeur que lui apportera la collectivité.

Sur la forme autant que sur le fond, diverses positions se côtoient. Certaines collectivités sont partisans d'un guide de procédure fort, opposable aux tiers, et entériné par une délibération de l'assemblée délibérante.

D'autres collectivités préfèrent lui conserver une simple valeur de règlement interne, estimant qu'il n'est que l'adaptation particulière des règles de droit imposées à tous.

Face à ces opinions divergentes³⁷, il est parfois difficile de se faire une idée de la juste valeur juridique d'un tel document. Nous allons essayer, à travers les divers arguments avancés par les acheteurs publics, d'éclairer la question, et de proposer un scénario de compromis aux collectivités voulant faire la démarche d'élaborer un guide intérieur d'achat.

³⁷ Voir concernant les différentes positions des acheteurs territoriaux « L'adoption d'un guide en assemblée délibérante, objet d'un large débat » – achatpublic.com ; 3 mai 2004

Chapitre 1. Le contenu définit en théorie la nature et les effets juridiques d'un acte

Avant de prendre en considération les divers arguments soutenus par les partisans des différentes opinions au sujet de la valeur juridique d'un guide de procédure interne d'achat, nous allons essayer de raisonner méthodiquement, de façon purement juridique, afin de déterminer la nature juridique du document en question. Cette nature juridique, ou appellation juridique, peut découler du contenu du document lui-même.

A cette nature juridique seront associés des effets particuliers, que nous étudierons afin de constater s'ils conviennent aux attentes des acheteurs locaux.

§1. La nature juridique du règlement intérieur

Pour définir la nature juridique d'un guide interne d'achat, il faut en premier lieu s'intéresser à son contenu.

En effet, la nature d'un acte administratif peut être multiple, et il est possible au juge, au regard du contenu de l'acte, de le requalifier pour le cas où l'administration lui aurait attribué une nature, et donc des effets juridiques ne correspondant pas à la réalité.

L'étude du contenu que peut avoir un guide pour les achats en procédure adaptée nous fait constater qu'il s'agit d'un acte purement intérieur, qui pourrait être qualifié soit de circulaire, soit de directive.

A. Un acte purement intérieur

Les administrations peuvent produire trois types d'actes juridiques : une décision administrative générale, une décision individuelle, ou bien un acte purement intérieur.

Pour ce qui concerne le guide interne de procédures, il n'est ni question d'une décision administrative ayant des effets directs envers les tiers à l'administration, comme ce serait le cas avec une décision administrative générale. Il n'entraîne pas non plus d'effet envers un tiers nommé ou désigné par lui, comme ce serait le cas avec une décision administrative individuelle.

Le guide de procédure d'achat ne modifie pas la situation des administrés ni n'intervient sur leurs droits. Il s'agit donc d'un acte purement intérieur, réglant le fonctionnement interne de l'administration en fonction des règles générales auxquelles elle doit se soumettre.

Mais au sein de cette catégorie des actes intérieurs, un débat subsiste s'agissant de la qualification d'un tel guide d'achat.

B. Circulaire ou directive ?

L'acte purement intérieur peut prendre la forme d'un circulaire ou d'une directive. La distinction entre ces deux natures d'acte est importante, puisqu'elle pourrait entraîner un régime juridique différent.

1) La circulaire

La circulaire peut être définie comme « un acte purement intérieur, une instruction de service ». C'est un acte réservé aux seuls agents du service. La circulaire impose aux agents une procédure interne, à laquelle ceux-ci sont tenus de se conformer en raison de leur devoir d'obéissance hiérarchique. Elle permet à un supérieur de faire connaître à ses subordonnés la conduite à tenir dans le cadre de l'exécution du service, ou bien de l'interprétation d'une loi ou d'un règlement ³⁸ .

2) La directive

La directive est l'acte par lequel une autorité administrative fait connaître les critères généraux auxquels elle entend subordonner ses décisions, en se réservant toutefois le droit d'y déroger pour des motifs d'intérêt général en particulier ³⁹ .

La directive est un acte de facilitation et de rationalisation de l'action administrative. Elle permet d'assurer la cohérence des décisions qui seront prises dans des affaires similaires. R.CHAPUS l'assimile à une doctrine de la collectivité, à une ligne de conduite ⁴⁰ .

Elle a un effet direct sur les décisions de l'administration, qui font grief aux tiers.

3) La qualification du guide interne d'achat

La distinction entre ces deux natures juridiques pour un guide d'achat public peut paraître assez floue. Ainsi certains indiquent que « **les procédures formalisées par l'acheteur public relèvent de la catégorie des directives, instructions, circulaires et notes qui comportent une interprétation du droit** ⁴¹ ». Cette reprise de la loi de 1978 (voir ci-après) ne résout pas la question de la nature juridique de ce type de document administratif.

Notons que le juge se réserve le droit de requalifier un acte administratif et lui faire porter la valeur de véritable décision réglementaire, dans la mesure où une prétendue circulaire viendrait à modifier la situation des administrés.

³⁸ Voir « Circulaire, instructions de service et autres prétendues mesures d'intérieur », CHARLIER, J.C.P, 1954, I, n°1169 ; ainsi que « De la mesure d'ordre intérieur », M.HECQUARD-THENRON, A.J.D.A, 1981, p. 235.

³⁹ Voir les développements à ce sujet dans l'ouvrage « Droit administratif », Jean RIVERO et Jean WALINE, Dalloz, 1998, 529p, p98 et suivantes.

⁴⁰ Voir « Droit administratif général », Tome 1, René CHAPUS, 2001, n° 689, p.519

⁴¹ Voir « Les marchés a procédure adaptée », Ph. SCHMIDT et L. Thierry, 2004, n° 78.

C'est le fondement de la décision du Conseil d'Etat dans son arrêt N.D du KREISKER⁴², par laquelle le juge requalifie une circulaire en véritable décision réglementaire, ce qui emporte la possibilité de recours direct. Le juge peut aller jusqu'à l'annulation de la décision requalifiée, si son auteur s'avère ne pas avoir la compétence réglementaire concernée⁴³.

Au regard de ces définitions, il convient donc, comme le ferait le Conseil d'Etat, de s'attarder sur l'objet exact du document intitulé « guide interne de procédures d'achat ».

Dans tous les cas, il est certain que ce document soit réellement un acte purement intérieur.

Le guide d'achat d'une collectivité peut en réalité avoir deux finalités :

Décliner les règles générales de l'achat public en les interprétant au regard de la politique interne de la collectivité. La collectivité fait alors usage du principe de libre administration des collectivités territoriales, dans les limites imposées par la loi et les règlements, qu'elle met en application et interprète. Le guide de procédure sera alors une circulaire interprétatrice de droit.

Faire connaître les règles générales de l'achat public. Cette sorte de guide, que nous préférons dès lors appeler « vade-mecum » de l'achat public, n'apporte que des explications d'ordre pédagogique aux agents de la collectivité en question, sans pour autant fixer de façon ferme des procédures d'achat. Il s'agira alors, non pas d'interpréter les lois et règlements concernant l'achat public, mais bien de les expliquer en interne aux différents services pouvant y avoir recours⁴⁴. Dans ce cas, le document pourra être qualifié de directive.

Certes la distinction entre les deux conceptions est délicate. Mais sans doute est-ce là une des explications à l'absence de consensus en la matière. En effet, au regard des différents types de guides élaborés par les collectivités, il semble évident que cette appellation regroupe des documents aussi divers que variés, dans leur précision comme dans leur vocation.

La qualification juridique du guide de procédure dépendra donc de la volonté de la collectivité : plutôt interprétation et déclinaison des règles de droit (circulaire interprétative) ayant une valeur juridique certaine et imposée pour la conclusion de toute marché de la collectivité; ou bien simple document interne (directive) ayant plus une valeur pédagogique et d'instruction hiérarchique.

La préférence des décideurs territoriaux sera grandement influencée par les nécessités de la vie locale de leur collectivité, et de l'avancée de la mise en place d'une structure d'achat public dans son organigramme.

⁴² CE, 29 janv. 1954, Institution Notre-Dame du Kreisker, Gr.Ar., n°88, concl. TRICOT, R.P.D.A., 1954, 50

⁴³ CE 24 mai 1995, Union syndicale CGT de la santé et de l'action sociale de la Vienne

⁴⁴ Voir par exemple le projet de vade-mecum de l'achat élaboré en juillet 2005 à la commune de Gaillard (74)

§2. Les effets de cette nature juridique

C'est à ce propos que débattent les acheteurs publics. Mais avant de régler cette question, il était impératif de traiter de la nature juridique du guide.

A partir de la démonstration ci-dessus, nous allons différencier les applications d'un guide d'achat en procédure adaptée, qu'il s'agisse d'une circulaire ou d'une directive.

L'intérêt de la qualification du guide de procédure est de connaître le régime juridique qui lui sera applicable, concernant principalement les obligations de publication et d'opposabilité aux tiers.

A. L'obligation de publication du guide de procédure.

La loi n° 78-753 du 17 juillet 1978 portant diverses mesures d'amélioration des relations entre l'administration et le public et diverses dispositions d'ordre administratif, social et fiscal, impose la publication des documents portant règlement strictement interne et réservé aux services, donc un acte purement intérieur.

L'article 9-1° de la loi indique que « font l'objet d'une publication régulière (...) les directives, instructions, circulaires, notes et réponses ministérielles qui comportent une interprétation du droit positif ou une description des procédures administratives ».

Les développements précédents montrent qu'un guide interne d'achat, dans la mesure où il ferait état de règles juridiques précises, répond à la catégorie des circulaires interprétatrices du droit. Dès lors, ce document doit être publié, en réponse aux obligations de transparence de l'activité des collectivités territoriales.

Cette obligation concerne aussi un vade-mecum, prenant la forme d'une directive, puisque ces actes décrivant une procédure administrative, sont aussi visés par l'article 9-1 de la loi.

La différence entre les régimes juridiques des deux types d'actes ne semble pas se situer au niveau de leur publication ou de leur communication aux administrés ou partenaires des administrations.

Quelque soit la nature de l'acte, et donc son contenu, il a vocation à être diffusé à toute personne concernée. Les collectivités doivent donc le communiquer à la demande par exemple des candidats à un marché public.

B. L'opposabilité du guide aux tiers

Tout naturellement, il découle de l'obligation de publication une certaine force juridique du guide de procédure envers les agents ou même les tiers. Mais la jurisprudence a depuis longtemps joué un grand rôle dans la détermination du régime juridique des circulaires et directives.

Une circulaire, n'étant pas une décision administrative, puisque simple acte intérieur, est insusceptible de recours pour excès de pouvoir⁴⁵. Dans le cadre d'une action basée sur un autre fondement juridique, les administrés ne peuvent non plus invoquer utilement

les moyens tirés de la violation d'une circulaire⁴⁶. Enfin, l'administration ne peut justifier ses décisions par les dispositions d'une circulaire, les décisions étant alors entachées d'« erreur de droit »⁴⁷.

Cependant, un décret du 28 novembre 1983 permet aux intéressés de se prévaloir à l'encontre de l'administration de l'ensemble des circulaires et directives publiées en vertu de la loi de 1978 pré-citée. Les administrés pourraient donc s'appuyer sur une circulaire « guide d'achat » d'une collectivité pour contester les décisions prises en vertu de celui-ci.

Dans le cas d'un vade-mecum, ayant valeur de directive, le recours pour excès de pouvoir n'est pas plus recevable⁴⁸. La jurisprudence consacrant le régime juridique des directives précise qu'elles sont opposables aux administrés et aux tiers dans la justification d'une décision exécutoire prise par la même administration⁴⁹, finalement au même titre que les circulaires.

La différence entre circulaire et directive, pour ce qui concerne un guide interne d'achat public, tiendrait alors plus de la possibilité offerte aux collectivités de déroger à leurs propres directives, à partir du moment où celles-ci sont motivées par des données particulières les justifiant. Une certaine souplesse est alors introduite dans le cas des directives, cette possibilité de dérogation restant absente du régime juridique des circulaires.

Déduire du régime, très proche, de la circulaire et de la directive une distinction en terme de publication ou d'opposabilité aux tiers semble bien difficile, tant ces notions sont proches, parfois confondues par les administrations et troublant doctrine et juge administratif.

Ceci dit, les acheteurs publics se posent la question en bien d'autres termes. La force juridique du guide d'achat pourrait aussi découler de sa validation ou non par l'assemblée délibérante de la collectivité, par le biais d'une délibération.

Chapitre 2. La question de l'association ou non de l'assemblée délibérante à la validation du guide de procédure

⁴⁵ CE 20 oct. 1999, Fédération des syndicats généraux de l'éducation nationale

⁴⁶ CE 1^{er} déc. 1997, fédération des syndicats chrétiens de l'équipement

⁴⁷ Voir les développements dans « Droit administratif général », Tome 1, René CHAPUS, 2001, p.513 et suivantes

⁴⁸ CE, 29 juin 1973, Sté Géa, R.D.P., 1974, p.547, note M.WALINE

⁴⁹ CE sect. Crédit Foncier de France, 11 déc. 1970, Dalloz 1971, p.673, note D.LOSCHAK

Outre le débat de la qualification juridique du guide d'achat, il est souvent question entre les acheteurs publics d'opérer une distinction entre les guides validés par l'assemblée délibérante et ceux qui ne le sont pas.

En effet, la délibération du conseil donne une pleine opposabilité au guide ainsi entériné, et fait intervenir les services préfectoraux pour un contrôle de légalité de la délibération (et donc du guide qui lui serait annexé), ajoutant selon tout avis à sa force juridique.

A l'inverse, un guide non validé par l'assemblée ne serait là qu'un document interne sans aucune portée affirmée au regard des tiers, hormis celle inhérente à sa nature de circulaire ou de directive, que nous avons vu rester cependant assez floue.

Cette distinction entre document validé ou non par l'assemblée se croise avec celle évoquée précédemment, et c'est pour cela que la détermination exacte de la valeur juridique d'un tel acte est si délicate.

Concernant le fait de savoir s'il faut ou non faire adopter le guide par l'assemblée délibérante, deux arguments sont généralement avancés. Il s'agit de savoir si c'est effectivement le conseil qui est compétent pour prendre ce genre d'acte, et à défaut, si les élus peuvent raisonnablement être totalement écartés de la mise en place d'une telle procédure.

§1. L'autorité compétente est la personne responsable du marché (PRM)

Si la compétence générale en matière de marchés publics, et plus particulièrement de MAPA était reconnue intégralement au conseil municipal, alors la solution irait de soit.

En fait, il est nécessaire d'approfondir un peu la question, et l'on s'aperçoit que les compétences en l'espèce sont distribuées. En particulier, il est impératif de distinguer la définition des règles d'achat de leur exécution.

A. La PRM exécute les procédures générales d'achat public

Le CGCT définit l'exercice des compétences de l'assemblée délibérante des collectivités territoriales. Celle-ci a des compétences très générales.

Ainsi l'art. L.2121-9 du CGCT dispose en matière communale que « le conseil municipal règle par ses délibérations les affaires de la commune »

Pour ce qui est des marchés publics, le CMP précise en son article 20 que c'est la PRM qui est chargée de « mettre en œuvre les procédures de passation et d'exécution des marchés ».

La PRM est la personne physique qui représente la collectivité.

Dans une commune, le maire est désigné comme PRM pour l'ensemble des marchés publics. Il est notamment chargé par une compétence générale « de souscrire les marchés », comme indiqué dans les articles L.2122-21.6° du CGCT.

Notons par parallélisme que les présidents de conseil général et régional sont les organes exécutifs de leurs assemblées délibérantes (article L. 3221-1 et L.4231-1 du CGCT) et sont donc les PRM de leurs collectivités.

Le maire « est titulaire » d'une délégation de signature au titre de l'article L 2122-22.4° du CGCT pour l'ensemble des marchés de moins de 230 000 euros HT. Il donne ensuite classiquement délégation de signature à des responsables administratifs, notamment le directeur général des services (ou à ses adjoints..). Cette possibilité est notamment évoquée par l'article 20 du CMP, relatif aux délégations de compétence et de signature en matière de marchés publics.

Pour ce qui est de l'ensemble des marchés publics, dans la généralité, la PRM est donc chargée de la conclusion et de la simple exécution des marchés, à l'exclusion de la fixation des règles, celles-ci étant explicitées dans les lois et règlements afférents à l'achat public.

Un guide d'achat limité à la répétition et à l'explication des règles d'achat contenues dans les différents documents légaux n'est en principe pas du ressort de la seule PRM. Si une commune décide par exemple de généraliser l'appel d'offres à tous ses marchés de travaux au-dessus de 230 000 euros HT, ces marchés étant hors MAPA, ce devrait être au conseil municipal, et donc par délibération, de prendre la décision d'adapter ces règles légales.

Dans le cadre des MAPA, les règles de l'achat sont dès le départ à déterminer par la collectivité. Et le code attribue cette compétence de façon particulière à un organe particulier.

B. Pour les MAPA, la PRM définit les procédures d'achat

L'article 28.I du CMP dispose que la PRM définit les « modalités de publicité et de mise en concurrence » des marchés passés selon une procédure adaptée. La ou les PRM d'une collectivité habilitée(s) en vertu d'une délégation de compétence de l'exécutif territorial, sont alors compétentes pour élaborer le guide interne des achats en procédure adaptée de leur administration.

Un guide de procédure pour les MAPA peut tout à fait être élaboré et imposé par les seuls services administratifs d'une collectivité, à partir du moment où la PRM, qui est l'organe compétent en matière de MAPA, valide le document.

Le fait d'imposer que de telles règles soient définies par une délibération du conseil est donc abusif⁵⁰, puisque le conseil de la collectivité n'a pas la qualité de PRM comme définie par les textes.

Mais si le conseil n'a pas de rôle légitime sur la forme de l'acte, il a sans doute sa place à tenir de façon plus informelle, en tant qu'autorité concertée et informée de la mise en place d'un guide d'achat en procédure adaptée.

⁵⁰ La préfecture de Haute-Savoie part du principe qu'un guide de procédure concernant les MAPA se fait par adoption d'une délibération du conseil : voir sa circulaire n° 2004/76 du 21 septembre 2004, www.haute-savoie.pref.gouv.fr, rubrique « circulaires préfectorales »

§2. L'absence de délibération ne vaut pas absence de concertation et d'information

Rien n'oblige la validation d'un guide d'achat en procédure adaptée sous la forme d'une délibération du conseil municipal. Et il est vrai que cette solution est plutôt intéressante au regard des impératifs subordonnés à la validité d'une délibération territoriale, mais aussi dans la perspective de l'évolution d'un tel guide.

Prendre une délibération n'est pas la façon la plus simple et la plus pratique de régler le fonctionnement interne d'une collectivité.

Mais nous l'avons dit plus haut, l'élaboration d'un tel document se fait en adéquation avec les choix stratégiques de la collectivité, initiés par les élus. Si le guide de procédure se veut adapté à la commune et donc en adéquation avec la ligne politique de la majorité, il va de soit que les élus ont leur rôle à jouer dans son élaboration. S'il ne s'agit pas de le valider de façon juridique, alors peut-être faut-il leur conserver des prérogatives en matière de concertation et d'information.

A. La souplesse d'un guide non validé par l'assemblée délibérante.

Acter par délibération du conseil la mise en place d'un guide interne de l'achat en procédure adaptée entraîne deux conséquences importantes.

D'une part, la délibération concernée devra faire l'objet du contrôle étatique (préfectoral ?) au même titre que l'ensemble des autres délibérations de la collectivité.

D'autre part, les modifications de ce guide devront elles aussi être faites par délibération, ce qui peut à terme provoquer des difficultés dans le fonctionnement de l'achat de la collectivité.

1) La validation *a posteriori* de la délibération par les services centraux.

Depuis les réformes de l'organisation de l'administration française, et notamment les vagues de décentralisation législative de 1982-83, amplifiée par l'« acte II » en la loi du 13 août 2004, les services centraux représentés au niveau local dans les préfectures et sous-préfectures de l'hexagone ont abandonné leur rôle de tutelle des collectivités locales.

Depuis plus d'une dizaine d'années, ces services opèrent un contrôle de la légalité des actes des collectivités *a posteriori*, et non plus *a priori*. Ce contrôle est destiné à vérifier que les actes pris par les communes, départements, régions, mais aussi par les intercommunalités, sont conformes aux lois et règlements régissant la matière correspondante. Ce contrôle est purement légal, et n'est en aucun cas fait en opportunité. C'est le principe de libre administration des collectivités locales qui est désormais inscrit à l'article 72 de la constitution.

Dès lors qu'un guide d'achat en procédure adaptée ferait l'objet d'une délibération du conseil territorial, il ne répondrait plus à la catégorie des actes intérieurs comme décrite

précédemment. En effet, soumis au contrôle de légalité comme toute autre délibération, cet acte serait par conséquent opposable aux tiers, et accompagné d'une force juridique plus importante que s'il s'était agi d'une simple circulaire ou directive.

Il s'agira tout d'abord de passer le stade du contrôle de légalité des services préfectoraux. Mais même avec leur aval, la validité juridique d'une délibération n'est en aucun cas garantie.

Il semble ici utile de rappeler que les préfetures ne sont en aucun cas les garantes suprêmes du respect du droit. Il n'est pas de notre propos de montrer du doigt leur efficacité en matière de légalité. Mais une délibération qui fait grief, est susceptible de recours pour excès de pouvoir, et peut donc directement être sanctionnée par le juge. C'est donc le juge administratif qui, en cas de conflit, dira le droit.

Les services préfectoraux peuvent avoir une interprétation des règles de droit particulière, et pas nécessairement en accord avec la jurisprudence. Cette dernière est par ailleurs unifiée, par la possibilité de recours à une instance nationale, le Conseil d'Etat, qui tranchera de façon uniforme en principe les litiges de même nature.

La mise en place d'un guide de procédure par une délibération d'un conseil municipal peut, on le remarque ici, avoir des conséquences disproportionnées avec l'objet initial du guide : rester un acte à vocation d'organisation interne de l'achat public en procédure adaptée.

D'autre part, la forme de délibération du guide entraînera sans doute des difficultés en cas de modification des règles légales de l'achat public, qui devraient entraîner une adaptation du guide.

2) La perspective des modifications à venir

Dès qu'une collectivité décide d'élaborer un règlement interne des procédures d'achat, elle doit se poser la question des éventuelles modifications que pourrait subir ce guide au fil du temps.

En effet, les règles de droit évoluent très rapidement. En matière de marchés publics, cela s'illustre parfaitement ⁵¹.

Le droit français impose un parallélisme des formes pour la modification d'un acte juridique. Ainsi un décret pris en conseil d'Etat ne pourra être modifié que par un nouveau décret en conseil d'Etat.

Il en est de même au niveau territorial. Dès lors, un guide d'achat rendu officiel de par une délibération du conseil municipal ne pourra se voir (être) modifié que par une délibération du même organe.

Compte tenu de l'évolution très rapide des règles de droit en matière de marchés public, sous l'influence de la législation européenne, et de la réactivité nécessaire à la modification d'un document comme un guide d'achat, il ne semble pas très opportun d'opérer par voie de délibération.

⁵¹ Voir l'introduction pour les récentes et futures évolutions du CMP.

En effet, de petites modifications pourraient être apportées rapidement et correctement par la seule PRM. Cela permettrait notamment une réelle réactivité de l'administration locale, souvent critiquée à cet égard.

Une délibération du conseil municipal ne peut donc pas être imposée pour l'élaboration des règles de publicité et de mise en concurrence relatives aux MAPA. Cependant, il ne faut sans doute pas pour autant écarter de façon inconditionnelle les élus du processus d'adoption d'un guide interne de procédures d'achat.

Compte tenu de ces difficultés, le recours à une délibération du conseil municipal ne semble pas être la solution la plus opportune.

Avançons-nous à ajouter (je comprends l'idée mais l'expression surprend..), pour l'avoir vécu au niveau de plusieurs collectivités, que les élus ne perçoivent pas non plus nécessairement toutes les subtilités de la matière complexe qu'est l'achat public. Au regard des nombreuses discussions entre les techniciens en la matière, ceux-ci avouent avoir eux-mêmes parfois du mal à diriger leur achat public.

Cependant, et au regard de la nature même de la commande publique et du rôle d'initiateurs des élus en la matière, il reste nécessaire de leur conserver une place importante dans le processus d'élaboration d'un guide d'achat.

B. La nécessité d'associer l'assemblée délibérante à la mise en place du guide

Deux réflexions nous amènent à affirmer le rôle des élus dans le processus décrit ici.

Il s'agit d'une part de respecter leur compétence dans la conduite des affaires de la collectivité, et d'autre part d'évoquer une application particulière qui pourrait être faite au principe de la transparence de la commande publique.

1) Les élus impulsent la politique d'achat de leur collectivité

Il est trop souvent fait opposition entre les élus et les agents d'une collectivité territoriale, laissant à penser que les élus décident d'une part, et que les agents exécutent d'autre part.

Cette vision des choses, bien que reconnue comme étant très naïve, est malheureusement encore répandue.

Pour le bon fonctionnement d'une collectivité locale, il est certain que chacun doit avoir un rôle prédéterminé. Les élus conduisent la politique de la commune, définissent les directions que doit prendre son action.

Les agents territoriaux sont effectivement ceux qui vont mettre en œuvre l'action définie par les politiques.

Mais ce cloisonnement des fonctions est loin d'être hermétique, et il est d'ailleurs préférable qu'il ne le soit pas. En matière d'achat public notamment, l'interaction entre élus et agents s'illustre dès la première phase du processus : la définition des besoins.

Car la PRM a nécessairement recours aux compétences techniques de ses agents

pour une évaluation la plus juste possible.

De par le rôle indispensable des élus dans le processus d'achat public, il semble délicat de ne pas les associer à l'élaboration des règles internes d'achat de la collectivité.

2) La transparence complète des procédures d'achat

Au titre des principes énoncés dans l'article premier du CMP de 2004, figure le principe de transparence des procédures.

Ce principe est classiquement considéré comme le fait de communiquer à l'ensemble des candidats potentiels à un marché public les règles permettant de sélectionner l'entreprise qui sera finalement retenue.

Pourquoi ne pas avoir une conception élargie de ce principe, en considérant que, pour ce qui concerne les MAPA, les règles d'achat soient rendues transparentes au plus grand nombre, c'est-à-dire aussi aux élus des collectivités.

Permettre à ces derniers de prendre connaissance d'un guide d'achat sans leur demander de le valider par une délibération semble la solution la plus répandue chez les acheteurs publics, alliant pédagogie juridique et respect de la philosophie de l'achat public.

Certains ont opté pour une application concrète de cette solution médiane, en faisant valider par le bureau municipal le principe de l'élaboration d'un guide d'achat, avec explications à l'intention des élus.

Ainsi les élus ne sont pas complètement écartés du processus d'élaboration du guide, mais une souplesse juridique est conservée au document, utilisé alors obligatoirement par les agents pour tout achat en procédure adaptée, en vertu notamment de leur devoir d'obéissance hiérarchique.

CONCLUSION

Le choix de mettre en place un guide interne pour les achats en procédure adaptée reste une simple faculté pour les collectivités territoriales françaises. A une époque où leurs libertés mais aussi leurs responsabilités se développent au plus haut niveau réglementaire, le code des marchés publics a suivi cette même évolution.

Comme le souligne Thibaut ADELIN-DELVOLLE⁵², les collectivités ont la liberté de fixer elles-mêmes les règles de leurs achats inférieurs à 230 000 euros HT pour les fournitures et services et 5 900 000 euros HT pour les travaux, mais en contrepartie, elles endossent la responsabilité de respecter les règles générales de l'achat public.

Il est certain aujourd'hui que certaines administrations hésitent à se doter d'un tel document, de peur de s'en trouver contraintes. Nous avons montré ici que la nature même de l'acte qu'il constitue peut souffrir des dérogations, à condition que celles-ci soient valablement justifiées, et restent dans la droite ligne des règles générales de la commande publique.

Les collectivités devraient apprendre à maîtriser cet outil. Qu'il soit simplement interprétatif, ou bien qu'il apporte de véritables règles d'achat à la collectivité, l'important est surtout que le guide d'achat ne soit pas figé, et qu'il puisse souffrir des exceptions quand cela apparaît nécessaire. Cela rend le travail préparatoire de ce guide primordial pour la réussite d'achats en procédure adaptée efficaces.

Nous pensons donc qu'un tel document ne peut qu'apporter des bénéfices au travail

⁵² Voir « La procédure adaptée dans les marchés publics locaux, pourquoi tant de méfiance ? », achatpublic.com, 21 avril 2005

des acheteurs locaux.

Si l'on peut conseiller de mettre en place un tel guide, il est cependant impossible de privilégier une forme plutôt qu'une autre sans connaître la collectivité à laquelle il s'appliquera. C'est aux acheteurs publics de choisir la forme la plus adaptée à leurs achats, ainsi qu'à leur collectivité. Le type de guide à mettre en œuvre dépend de multiples paramètres, que l'acheteur local doit étudier avant de se positionner.

La toute jeune notion de « marchés à procédure adaptée » fait couler beaucoup d'encre. Le débat devrait se poursuivre, puisque la procédure adaptée sera aussi intégrée au futur code prévu pour 2006, aujourd'hui encore à l'état de projet⁵³.

Cette réforme apporte des éléments intéressants concernant les marchés adaptés de fourniture et de service. Classiquement conclus sous la forme d'un marché à bons de commande, permettant une globalisation des prestations pour le calcul des seuils, ceux-ci pourraient faire l'objet d'un « accord-cadre »⁵⁴. La collectivité effectue une présélection des candidats au niveau de l'accord-cadre, l'intérêt étant de retenir plusieurs entreprises qui constitueront un vivier de co-contractants potentiels⁵⁵.

Les entreprises retenues à ce stade de l'accord-cadre seront consultées lors de la survenance du besoin. C'est à ce moment, lors de la conclusion du marché pris en application de l'accord-cadre, que l'ensemble des spécifications techniques, le prix des prestations et toute autre précision non définies dans l'accord-cadre seront fixés.

Cette technique permettrait à la collectivité, ou « pouvoir adjudicateur », de créer une relation suivie avec différentes entreprises, et de les mettre en concurrence tout au long de la durée de l'accord-cadre, soit quatre ans maximum.

Les évolutions juridiques des règles de l'achat public ne sont pas terminées, et vont suivre en France les avancées de la réglementation européenne en la matière.

Au sein de la fonction publique territoriale, l'achat public est aussi source de discussions.

Certains se posent la question de la pertinence de la création d'un cadre d'emploi spécifique. Il est vrai que les acheteurs publics d'aujourd'hui, rédacteurs ou attachés territoriaux dans de nombreuses collectivités, endossent d'importantes responsabilités. Mais la refonte de la grille des emplois territoriaux peut paraître une solution assez extrême.

D'autres proposent donc la mise en place d'une charte déontologique liée au métier d'acheteur public, qui permettrait sans doute de « recadrer les usages disparates »⁵⁶.

⁵³ Voir article 45 II du projet de CMP 2006

⁵⁴ Voir articles 97,98 et 99 du projet de CMP 2006

⁵⁵ La collectivité ne peut aussi retenir qu'un « opérateur économique », l'accord-cadre servant dans un premier temps à définir de façon incomplète les contours de la future commande, qui sera précisée lors de la conclusion du marché en lui-même.

⁵⁶ Voir « Faut-il une charte déontologique pour les acheteurs publics ? », de Jean-Marc BINOT, achatpublic.com, 22 novembre 2004

L'idée, qui existe depuis les années 90, serait de fixer des principes comme la probité et la neutralité de l'acheteur, mais aussi des notions telles « le respect vis-à-vis des entreprises, la capacité d'écoute, la qualité de la définition des critères de choix... », inscrites par certaines collectivités dans leur guide interne de procédures.

L'intérêt serait alors d'uniformiser ces guides, notamment pour ce qui concerne la philosophie de l'achat public local, et qui consacrerait l'émergence du métier d' « acheteur public local » dans sa forme la plus récente.

BIBLIOGRAPHIE

Presse spécialisée :

Application des dispositions relatives aux marchés publics – Gazette des communes n°1756 ; 13 septembre 2004

Choisir une procédure de marché – Gazette des communes n°1557 ; 3 septembre 2000

Guide des bonnes pratiques, marchés publics en dessous des seuils – Revue de l'AMF ; Cahier spécial ; Mai 2004

La nomenclature des marchés publics est entrée en vigueur au 1^{er} janvier - Gazette des communes n°1627 ; 7 janvier 2002

Le fractionnement légal de commandes – Gazette des communes n°1732 ; 8 mars 2004

Les documents constitutifs d'un marché – Gazette des communes n°1733 ; 15 mars 2004

Obligation de publicité dans les MPA : entre liberté et responsabilisation – La revue des marchés publics des collectivités territoriales ; n°46 ; mars 2004

Recourir à la procédure adaptée – Gazette des communes n°1740 ; 3 mai 2004

Tout savoir sur... la gestion des commandes – Gazette des communes n° 1596 ; 7 mai 2001

Tout savoir sur... la responsabilité de l'acheteur – Gazette des communes n°1594 ; 23 avril 2001

Circulaire, instructions de service et autres prétendues mesures d'intérieur, CHARLIER, J.C.P, 1954, I, n°1169

De la mesure d'ordre intérieur, M.HECQUARD-THENRON, A.J.D.A, 1981, p. 235

Manuels :

Droit administratif – Jean RIVERO, Jean WALIN , Dalloz,1998, 529p

Droit administratif général, Tome 1, René CHAPUS, Domat, 2001,1427p

Organisation - Théories et applications, Luc BOYER et Noël EQUILBEY, Les Editions d'Organisation, 2003, 464

Les marchés à procédure adaptée, Philippe SCHMIDT et Laure THIERRY, Berger-Levrault, 2004,

Sites internet principalement utilisés :

www.achatpublic.com :L'adoption d'un guide en assemblée délibérante, objet d'un large débat –3 mai 2004 ; La Commission Européenne et les très petits marchés –10 février 2005 ; La procédure adaptée dans les marchés publics locaux, pourquoi tant de méfiance ? –21 avril 2005 ; Le BOAMP s'attaque aux marchés adaptés –16 novembre 2004 ; Le guide de procédure interne : un outil de sécurisation de l'achat ?- 3 mai 2004 ; Le règlement intérieur de l'achat public, la cuirasse des acheteurs du ministère de l'écologie –3 mai 2004 ; Les étapes à franchir pour réaliser son guide de procédure –3 mai 2004 ; Ne faudrait-il pas adapter la procédure adaptée aux petites communes ? - 10 mars 2005 ; Négociation dans les MAPA : mieux vaut préciser les règles du jeu –28 février 2005

www.minefi.gouv.fr :La procédure adaptée – Fiche du ministère de l'économie, des finances et de l'industrie, 7 février 2005

www.legifrance.fr : diverses références juridiques

Jurisprudence

- CAA Lyon, 5 décembre 2002 sur les modalités d'autorisation de l'exécutif local à signer un marché public
- CE sect. Crédit Foncier de France, 11 déc. 1970, Dalloz 1971, p.673, note D.LOSCHAK
- CE, 29 juin 1973, Sté Géa, R.D.P, 1974, p.547, note M.WALINE
- CE 20 oct. 1999, Fédération des syndicats généraux de l'éducation nationale
- CE 1er déc. 1997, fédération des syndicats chrétiens de l'équipement
- CE, 29 janv. 1954, Institution Notre-Dame du Kreisker, Gr.Ar., n°88, concl. TRICOT, R.P.D.A, 1954, 50
- CE 24 mai 1995, Union syndicale CGT de la santé et de l'action sociale de la Vienne
- C.Cass. Crim, 6 avril 2005, maire de Propriano
- CAA Lyon, 27 octobre 1992
- CRC Rhône-alpes, 26 avril 1994, Commune X., Marchés publics, 1995, 1, p.23

Textes officiels

Circulaire du Ministère de l'intérieur du 10 juin 2004 – référence
NOR LBL/B/04/10051/C

Circulaire de la préfecture de Haute-Savoie du 21 septembre 2004, n° 2004/76

Code des marchés publics 2004

Projet de code des marchés publics pour 2006

ANNEXES

ABREVIATIONS

- AJDA** – actualité juridique de droit administratif
- BOAMP** – bulletin officiel d’annonces de marchés publics
- CAA** – cour administrative d’appel
- C.Cass. Crim** – cour de cassation, chambre criminelle
- CE** – conseil d’Etat
- CGCT** – code général des collectivités territoriales
- CMP** – code des marchés publics
- CNRS** – centre national de recherche scientifique
- CRC** – chambre régionale des comptes
- DESS** – diplôme d’études supérieures spécialisées
- HT** – hors taxes
- JO** – journal officiel
- MAPA** – marchés à procédure adaptée

MINEFI – ministère de l'économie et des finances

TA – tribunal administratif

TGI – tribunal de grande instance

ANNEXE I

Les différentes sortes de mise en concurrence et de publicité des achats publics territoriaux

4 000 € HT	90 000 € HT	230 000 € HT	5 900 000 € HT
pas de formalité préalable de mise en concurrence	marchés passés selon une procédure adaptée choisie par la collectivité		FOURNITURES ET SERVICES: a TRAVAUX: appel d'offres, marché négocié, dialogue compétitif
pas de formalité préalable de publicité du projet d'achat	mode de publicité adapté	publicité au BOAMP, ou JAL, voire JS	FOURNITURES ET SERVICES: p BOAMP, préinformation à partir de TRAVAUX: publicité au BOAMP, ou JAL, voire JS

ANNEXE II

Les étapes à franchir pour réaliser son guide de procédure

(Extrait d'un article paru sur le site achatpublic.com, le 03/05/2004)

- *Etape 1 : Etablir un audit des marchés réalisés au cours des années précédentes. Autopsie du fonctionnement de la collectivité*

A cette étape, il s'agit de rechercher le nombre de marchés passés par la collectivité, pour quelle nature de marché, selon quelle procédure, et pour quel montant. Cette étude permettra de définir les marchés de faibles montants et éventuellement de faire une autopsie « des façons de faire » en interne.

- *Etape 2 : Définir le champ d'action du guide*

Préalablement à la rédaction d'un guide, il faut se poser les bonnes questions : à quels types d'achats va s'adresser ce guide ? Quels seront les acteurs concernés par ce guide ?

Les achats visés par le guide peuvent ne concerner que certains types de marchés : marché de travaux, de fournitures ou de service. Le périmètre du guide doit bien être défini. En effet, le Code distingue deux catégories de marchés. D'une part, les marchés

conclus selon une procédure formalisée, précédée d'un avis d'appel public à la concurrence, et pour lesquels l'ensemble des règles du Code est à respecter. D'autre part, les marchés qui peuvent être passés selon une procédure adaptée. Le guide ne peut concerner que les marchés à procédures adaptées ou l'ensemble des marchés qui seront passés par la collectivité. La personne responsable du marché doit ensuite déterminer quels seront les acteurs concernés par l'application du guide. Dans certains cas, l'énoncé de cette problématique peut provoquer une réorganisation de la collectivité. Une fois que la collectivité aura décidé quels types d'achat et quels acteurs sont concernés par le guide, elle doit décider du degré de souplesse du document : soit le guide laisse place à une grande liberté pour les acheteurs publics, soit au contraire il peut être directif.

- Etape 3 : Rédaction du guide

La rédaction du guide peut se faire conjointement avec les services concernés.

- Etape 4 (facultative) : Relecture du guide par un tiers (cabinet d'avocats, consultant, autre collectivité ...) afin d'échanger des avis sur celui-ci.

- Etape 5 : Transmission définitive du guide à la personne responsable du marché pour validation.

- Etape 6 (facultative) : Validation du guide par une délibération du conseil.

La collectivité pourra effectuer un bilan du guide après quelques mois d'application et procéder à des ajustements du document, si besoin est.

Ne pas faire un Code des marchés publics bis

Catherine Lerminez, adjointe au responsable du service juridique et des marchés de l'établissement public administratif (EPA) de Jussieu, a défini plusieurs strates de mise en concurrence pour le guide de procédure interne de son organisme. Elle précise : « on a été directif sur le niveau de publicité, mais pas sur les modalités de mise en concurrence. Tout ce que l'on demande aux différents services de l'établissement, c'est de respecter les grands principes de la commande publique. Un guide, oui, mais adaptable. Notre guide n'est pas un Code des marchés publics bis ». L'établissement public de Jussieu avait déjà mis au point un guide en interne qui reprenait par étape les différentes procédures du Code 2001. Le service juridique et des marchés l'a simplement actualisé en y introduisant les nouvelles dispositions du Code 2004 et en fixant des seuils intermédiaires pour les marchés à procédures adaptées. Pour déterminer le calcul des seuils intermédiaires, Catherine Lerminez s'est appuyée sur les marchés de l'année précédente.

Guillaume Verlaguet, juriste au sein de la direction générale de la ville d'Orly, a procédé de façon quasi similaire pour rédiger le guide de procédure interne de la commune, baptisé « vade-mecum ». Il défend également l'idée d'un dispositif souple : « pour les seuils les plus bas, les règles ne doivent être trop rigides », souligne-t-il. La ville d'Orly a anticipé son travail sur la parution du Code 2004. Dès septembre 2004, des réunions ont été organisées avec les différents services. Un audit des procédures passées au sein de la collectivité a été effectué avant d'amorcer la rédaction du vade-mecum. Celle-ci s'est enrichie au fil du temps des réflexions apportées par les différents services concernés : « on a cherché à concilier les intérêts de chaque service »,

commente Guillaume Verlaguet. Catherine Lerminez, tout comme Guillaume Verlaguet, envisage d'établir un premier bilan de l'application de leur guide dans quelque temps. D'ici la fin de l'année, tous deux prévoient d'y apporter des modifications en fonction des remarques que leur feront les acheteurs ou de l'actualité juridique. Ils estiment avoir mis au point un outil de sécurisation des procédures suffisamment souple.

ANNEXE III

L'adoption du guide en assemblée délibérante, objet d'un large débat

(Extrait d'un article paru sur le site achatpublic.com, le 03/05/2004)

C'est clair. La validation d'un guide de procédure interne, par une assemblée délibérante, a pour avantage non négligeable de le rendre opposable aux tiers. Le revers de la médaille, c'est qu'un document entériné à l'occasion d'une délibération devra repasser devant l'assemblée d'une collectivité en cas de modification, ce qui n'est pas fait pour alléger les procédures d'achat, là où justement les auteurs du Code ont souhaité en apporter. Il y a donc les partisans du « oui, il faut le faire valider » qui estiment qu'un guide officieux serait contraire au principe de transparence des procédures et qui veulent asseoir le dispositif par une reconnaissance officielle des élus. Et puis il y a les autres, ceux qui ne comprennent pas l'intérêt de l'officialisation d'un tel document qui doit rester, selon eux, un élément interne à la collectivité. Ils voient dans la délibération une volonté de faire du guide un outil de sanction, un moyen autoritaire de le faire appliquer au sein des services tout en faisant de ce document un élément de transparence des procédures pour les tiers. A ces objections, les partisans du guide répondent que le système est ajustable à tout moment et donc en aucun cas rigide.

Rangée dans le camp des « pour », la ville de Besançon a choisi de faire approuver son dispositif spécifique aux procédures adaptées en délibération au conseil municipal. Non pas pour apporter une sorte de valeur juridique au document, explique-t-on mais pour répondre à la politique de transparence que la commune a mise en place dans le cadre de sa démarche qualité vis-à-vis des entreprises, démarche qui, soumet d'ailleurs tous les acheteurs à l'obligation de l'appliquer.

Faire valider partiellement le guide

Certains ont mis en place des systèmes mixtes qui consistent à garder une certaine souplesse tout en faisant valider cet outil de procédures, mais différemment. L'établissement public administratif (EPA) de Jussieu a choisi de ne valider que les modalités de mise en concurrence du guide de procédure interne, et pas celles relatives à la publicité : « la décision de passer en délibération au conseil d'administration les modalités de mise en concurrence du guide est un gage de sérieux. Il s'agit de prouver au contrôleur d'Etat qu'il y a une cohérence en interne sur ce sujet là. Evidemment, si une modification est envisagée sur cette partie du guide, une nouvelle décision du conseil d'administration sera prise », explique Catherine Lerminez, adjointe au responsable du service juridique et des marchés de l'EPA de Jussieu. Elle ajoute : « nous prévoyons déjà,

dans un an, de faire un bilan de ces modalités et, le cas échéant, de les actualiser avec une délibération à la clé ».

Pour sa part, Guillaume Verlaguet, juriste auprès de la direction générale de la ville d'Orly, indique que le vade-mecum mis au point par la commune restera un document interne. Il n'y aura pas de décision de l'assemblée délibérante sur le sujet. Seule concession, le guide a été soumis au bureau municipal, mais sans faire l'objet d'une quelconque décision : « Nous avons soumis le guide le 13 avril dernier au bureau municipal qui en a validé la démarche, les adjoints et les maires l'ont admis et toutes les directions de la collectivité sont tenues de le respecter depuis cette date», précise-t-il.

Ni Catherine Lerminez, ni Guillaume Verlaguet n'ont transmis leur guide de procédure interne à des tiers, tels le contrôleur financier ou le contrôle de légalité. Ils n'ont pas non plus estimé nécessaire de procéder à sa publicité. Au contraire de certaines administrations qui font le choix de transmettre le fruit de leur travail pour validation. Ainsi, des collectivités ont envoyé leur manuscrit à la direction des affaires juridiques du ministère des Finances, apparemment sans grand succès. Tout est bon pour essayer de garantir que le guide correspond bien à une volonté commune, collectivité et organes de contrôle !

ANNEXE IV

Risque pénal et contentieux administratif des marchés publics en dessous des seuils

Guide des bonnes pratiques (Extrait du cahier spécial mai 2004 de la revue de l'association des maires de France)

Le risque pénal

Plusieurs causes menacent la légalité d'un marché public, en dehors du vice de forme ou de procédure.

Les plus graves concernent l'aspect pénal :

- la corruption,
- le favoritisme,
- la prise illégale d'intérêt,
- l'entente illicite ou autre pratique anticoncurrentielle,
- le trafic d'influence.

Ces délits sont susceptibles d'être relevés même en dessous des seuils, et nul, même l'esprit le

plus droit, n'est à l'abri d'une mise en cause.

Les cas de corruption « involontaire » sont assez rares, encore qu'un manque de vigilance

dans les rapports avec les entrepreneurs puisse

un jour être qualifié de tel : cadeaux d'entreprise dépassant la simple intention modeste, voyage d'étude pour voir une réalisation dans une région riante, petits travaux réalisés à titre amical par un entrepreneur dans une propriété privée d'un élu ou d'un fonctionnaire. « Je ne vais pas te facturer un truc pareil, quand j'ai un creux je t'envoie un gars, c'est pas pour deux heures de

boulot... »

Le délit de favoritisme est le plus dangereux car le plus imprécis, une simple erreur de procédure peut être retenue contre un élu. Une atteinte à la concurrence aussi. La préférence locale revendiquée comme telle et non justifiée

par un autre motif constitue un cas de favoritisme. Utiliser les compétences des élus... mais attention à **la prise illégale d'intérêt**. La participation à la décision ou à des actes préparatoires de la part d'une personne y ayant un intérêt familial ou professionnel est constitutive d'un délit même si au total la collectivité y a trouvé un avantage.

Le trafic d'influence consiste à user contre un

avantage quelconque de son influence pour l'obtention d'un marché par un candidat précis. Ce serait le cas d'un agent communal qui proposerait contre un cadeau de faire pencher le maire vers un choix déterminé. Ou d'un maire qui dirait avoir une grosse influence sur les achats d'un syndicat et accepterait un don en échange de son intervention. Difficile d'être coupable de trafic d'influence sans s'en apercevoir !

Les cas d'entente illicite entre candidats aux marchés sont beaucoup plus fréquents qu'on ne

le croit, y compris pour des petits marchés. L'entente – qui se traduit toujours par un prix

supérieur au prix normal – peut prendre deux

formes principales :

□ **la tournante** : les entreprises se répartissent

à tour de rôle des marchés ; toutes les offres sont surévaluées et il y a accord entre elles sur celle qui va l'emporter à un tarif bien supérieur au coût réel ;

□ **la ristourne** : l'entreprise qui emporte le marché (sur-évalué) sous-traite de façon officielle ou occulte des parts du marché, voire verse des commissions aux « perdantes ». Parfois cette entente prend la forme d'une offre groupée, ce qui n'est pas interdit en soi, éliminant toute concurrence.

Les sanctions maximales encourues sont de dix

ans de prison et 150 000 € d'amende pour la corruption

et le trafic d'influence, deux ans et 30 000 € pour le favoritisme, cinq ans et 75 000 € pour la prise d'intérêt.

Le contentieux administratif

Par bonheur, tous les candidats évincés ou mécontents d'une procédure d'attribution

d'un

marché public ne s'adressent pas au juge pénal

et saisissent fort justement le juge administratif. Plusieurs voies sont ouvertes à la personne s'estimant injustement écartée.

Le référé précontractuel

Il permet à un entrepreneur ou un fournisseur,

en cas de manquement aux obligations de publicité et de mise en concurrence auxquelles est soumise la passation des marchés publics, d'obtenir des mesures immédiates.

Cette action ne peut être entreprise qu'avant la

signature du contrat (8), mais il ne faut pas en

conclure qu'il convient de signer le plus vite possible pour faire échec à une telle action. Bien au contraire, ce peut être une occasion de régulariser une procédure discutable ou discutée pour la rendre incontestable.

Saisi d'un référé précontractuel, le président du

tribunal administratif doit se prononcer dans les vingt jours. Il peut immédiatement enjoindre de différer la signature du contrat jusqu'au terme de la procédure. Il peut ordonner au maire de se conformer à ses obligations et suspendre la passation du contrat ou l'exécution de toute décision qui s'y rapporte. S'il est fort peu probable qu'un fournisseur fasse un référé précontractuel pour un contrat portant sur trois gommes et deux crayons, les seuils sont suffisamment hauts pour que cette procédure soit utilisée à l'occasion de marchés portant sur quelques dizaines de milliers d'euros relevant toujours de la procédure adaptée.

Le recours pour excès de pouvoir

La décision du maire, la délibération du conseil

ou la délibération de la commission d'appel d'offres peuvent être soumises à la censure du juge administratif en invoquant l'excès de pouvoir. Ce terme, propre au vocabulaire juridique, ne doit pas être considéré comme désobligeant par l'élu ainsi « accusé à tort » mais comme le signe qu'est reprochée à la commune une erreur dans la procédure ou les motifs de la décision, sur l'existence de laquelle le juge aura à se prononcer. Bien que le recours pour excès de pouvoir soit dispensé du ministère d'avocat, il est préférable, si l'on n'a pas à disposition un juriste compétent dans ses services, de recourir immédiatement

– avant même toute première réponse au tribunal

– à un avocat compétent en droit administratif.

D'autant que le recours en annulation, s'il est gagné, pourra être suivi d'une demande d'indemnisation conséquente.

Le délai du recours pour excès de pouvoir est de deux mois, à compter de la publication, notification ou de la connaissance acquise de la décision par celui qui exerce

le recours.

Le contentieux de la responsabilité

Le candidat mécontent peut intenter directement un recours en responsabilité en invoquant soit une erreur dans la procédure de publicité et de mise en concurrence soit une erreur de fond sur les motifs de la décision. Fort heureusement le juge ne décidera d'accorder des dommages et intérêts que si cette dernière erreur lui paraît manifeste, c'est-à-dire grossière (9).

À noter que si les faits remontent à plus de quatre ans, la déchéance quadriennale (10) pourra être opposée par arrêté du maire. Il faut qu'aucune demande n'ait été faite durant quatre années pleines à dater de la naissance de la créance. Le point de départ sera en général le 1er janvier de l'année suivant celle au cours de laquelle le contrat a été signé.

ANNEXE V

Les enseignements à venir de la jurisprudence

Extrait de la Gazette des Communes, n°1740 du 3/05/2004)

Les enseignements à venir de la jurisprudence
<p>Hier Le fractionnement de prestations dans le seul but de permettre le recours aux commandes hors marché justifie tant leur annulation par le juge administratif que le prononcé de sanctions par la juridiction financière. CE, 29 janvier 1982, «Martin» et Cour de discipline budgétaire et financière, 6 novembre 1992 (JORF, 7 octobre 1993, p. 13969) Aujourd'hui Ces jurisprudences, qui ont plus de dix ans d'âge, demeurent complètement d'actualité. A la différence près qu'il convient de ne plus parler de «commandes hors marché», puisque toute commande publique est juridiquement un marché public, dès lors qu'elle entre dans le champ des directives européennes ou du Code des marchés publics Hier Même lorsqu'elle se trouve dans l'une des hypothèses où elle est autorisée à passer des commandes sur simples mémoires ou factures, l'administration peut se soumettre volontairement aux autres procédures formalisées du Code. Dans ce cas, elle est tenue de respecter les dispositions qui leur sont applicables. CE, 15 octobre 1982, «SA Affichage Giraudy» Aujourd'hui Soit l'acheteur public a recours à la procédure dérogatoire dite désormais «procédure adaptée» dès lors qu'il se trouve en dessous des seuils où elle s'applique, soit il a recours à la procédure de droit commun qui est l'appel d'offres (art. 26) ou toute autre procédure définie par le Code. A noter que, désormais, le nouveau Code n'admet plus les achats sur simples factures ou mémoires, compte tenu de l'obligation de publicité et mise en concurrence applicable en procédure adaptée. Hier En passant une commande de maîtrise d'œuvre sans marché écrit, l'administration commet une faute de nature à engager sa responsabilité. Les architectes qui en sont victimes peuvent prétendre, non seulement au remboursement des dépenses engagées par l'administration, mais aussi à la réparation du dommage imputable à cette faute. CAA Lyon, 27 octobre 1992, «Anfosso et Cecconi». Aujourd'hui L'obligation d'un contrat écrit dès le premier euro en matière de maîtrise d'œuvre demeure, compte tenu des décrets d'application de la loi MOP (définition des éléments de mission). Les voies de recours pour préjudice subi existent toujours, avec demande éventuelle de dommages et intérêts</p>

Résumé

Les collectivités territoriales ont de plus en plus recours à l'élaboration d'un guide interne de procédures concernant les marchés de faible montant. Ce guide leur permet d'organiser et de sécuriser l'achat public, afin que celui-ci soit efficient.

La nature d'un tel guide juridique est toujours discutée, et dépendra en réalité de son contenu, ainsi que de la voie prise par la collectivité elle-même, de son choix concernant la force juridique qu'elle souhaite y (lui ?) attacher.

Elaborer un guide interne de procédures pour les MAPA, c'est remettre en question le fonctionnement de la commande publique de la collectivité. Cette réflexion doit pouvoir se poursuivre après la mise en œuvre du guide, afin de permettre une adéquation constante avec l'évolution de la législation.

" C'est le propre de l'homme de se tromper ; seul l'insensé persiste dans son erreur. " Cicéron