

La gestion des achats de fournitures courantes dans les petites et moyennes communes

Mémoire pour le MASTER Management du secteur public : collectivités et partenaires

Soutenu par

Camille GRUNCHEC

le 8 septembre 2005

Jury : Dominique DEPORCQ, Maître de Conférences de Droit Public à l'Institut d'Etudes Politiques de Lyon, Président du Jury Claude MILLIOT, Directeur général adjoint de l'Association des maires de grandes villes de France, Directeur du mémoire Fanny DEJOURS, Responsable du service Marchés publics de la Ville d'Oullins, Maître de stage

Table des matières

Remerciements . .	1
La gestion des achats de fournitures courantes dans les petites et moyennes communes	
Introduction .	3
I. Les fournitures courantes : un achat aux enjeux et caractéristiques propres .	7
A. Des achats spécifiques dans le fonctionnement d'une petite et moyenne commune .	7
1. La portée économique de ces achats .	8
2. Les acteurs de l'acte d'achat des fournitures courantes .	11
B. Un cadre juridique spécifique à ces achats .	17
1. De l'achat sur facture au marché de fournitures .	18
2. Les principaux dispositifs juridiques adéquats . .	20
II. Une nouvelle organisation de l'acte d'achat des communes inspirée des pratiques privées .	27
A. Un cadre réglementaire qui se veut plus proche des exigences du marché concurrentiel . .	27
1. Un rééquilibrage entre les aspects juridiques et les aspects économiques de l'acte d'achat .	27
2. Des procédures davantage en adéquation avec un souhait d'efficacité de l'acte d'achat . .	31
B. Des évolutions organisationnelles engendrées par le Code des marchés publics de 2004 : vers une professionnalisation de la fonction achat .	36
1. Les démarches actuellement engagées par les petites et moyennes communes .	36
2. Les pratiques privées au service d'un achat public efficace .	45
III. A la recherche d'une gestion optimale d'un point de vue économique : entre difficultés et innovations . .	53
A. Les obstacles à une dynamique de changement .	53
1. Une difficile adaptation entre le cadre juridique lourd et contraignant de l'achat public et l'application de pratiques privées .	53
2. Une évolution nécessaire mais délicate des pratiques vers la recherche de l'efficacité économique .	57
B. De nouveaux outils à la disposition des communes . .	61

1. La dématérialisation . .	61
2. Le futur cadre de l'achat public : un prochain Code des marchés . .	69
La gestion des achats de fournitures courantes dans les petites et moyennes communes	
Conclusion . .	73
Bibliographie . .	75
Annexes . .	79
<u>Annexe I</u> : Tableau relatif aux différents postes occupés par les agents chargés de la gestion des achats, extrait de l'enquête réalisée par Jean DESMAZES et Michel KALIKA, « Pratiques et logiques de gestion des achats dans les collectivités publiques françaises » . .	79
<u>Annexe II</u> : Tableaux relatifs aux différentes mesures de publicité susceptibles d'être adaptées, extraits de l'ouvrage de Cyrille EMERY, Passer un marché public (p 317 et 320) . .	79
<u>Annexe III</u> : Autoquestionnaire du responsable des achats concernant la connaissance des fournisseurs, extrait de l'ouvrage de Yves JONCOUR et Pascal PENAUD, L'achat public : optimiser la fonction achat-approvisionnement dans le secteur public (p 260) . .	80
<u>Annexe IV</u> : Extrait de la circulaire du 20 février 2005 relative au Code des marchés publics et au délit de favoritisme concernant les MAPA .	80
Annexe V : Dossier d'information à destination des collectivités locales de l'ADAE, ADELE 80 « Dématérialisation et modernisation des procédures d'achat public » . .	82
Résumé .	83

Remerciements

Je remercie Monsieur François-Noël BUFFET, maire d'Oullins, Monsieur Pierre-Alain MOUSSIER, directeur général des services, Monsieur Alain JUFFET, directeur général adjoint et Mademoiselle Fanny DEJOURS, responsable du service Marchés publics pour m'avoir accueillie au sein de la Mairie d'Oullins.

Je remercie Monsieur Claude MILLIOT, mon directeur de mémoire, pour sa disponibilité et ses précieux conseils.

Je remercie Monsieur Dominique DEPORCQ, co-responsable du Master professionnel Management du secteur public : collectivités et partenaires et président du jury.

La gestion des achats de fournitures courantes dans les petites et moyennes communes Introduction

Les achats publics pris dans leur globalité correspondent à des montants qui ne peuvent être négligés : 1 429 milliards d'euros par an, soit 16 % du PIB de l'Union européenne ; 120 milliards d'euros, soit 43 % du budget de l'Etat¹. Ils intéressent tous les domaines de la vie économique : bâtiment et travaux publics, informatique et télécommunications, services et fournitures diverses.

La réglementation des marchés publics, qui scellent les relations entre structures publiques et entreprises privées, est aujourd'hui du ressort de l'Europe. Peut-être demain, d'un droit international ? Les cycles de négociations commerciales du GATT puis de l'OMC ont effectivement été à la base d'un Accord sur les marchés publics. Ce dernier vise à ouvrir à la concurrence internationale une partie aussi large que possible des marchés publics. L'enjeu des achats publics n'est donc plus à démontrer.

Dans un contexte budgétaire durablement contraint, les structures publiques recherchent la maîtrise de leurs coûts. L'achat se révèle être une source de performance.

Les entreprises privées ont montré le chemin. Confrontées au jeu de la concurrence, elles ont adopté, dans les années quatre-vingt et quatre-vingt-dix, des stratégies de

¹ Source : achatpublic.com, octobre 2004

restriction des coûts pour lesquels les achats ont été mis fortement à contribution.

L'actualité relative aux achats publics français est chargée : un Code des marchés publics en janvier 2004², un prochain annoncé pour la fin de l'année 2005. Quelle est la ligne directrice en matière d'achat public ?

En parallèle des trois principes de l'achat public : liberté, égalité et transparence, deux objectifs fondamentaux sont visés par ces réformes successives : l'efficacité et l'économie.

C'est une nouvelle conception de l'achat public qui est favorisée. Elle s'émancipe de l'approche purement réglementaire qui a prédominé jusqu'à maintenant et s'inspire des pratiques privées.

Les achats de fonctionnement couramment appelés dans les collectivités, les fournitures courantes font l'objet d'une récente attention. En effet, la rationalisation et la centralisation de ces achats sont des objectifs stratégiques qui s'inscrivent dans une démarche globale incitée par les rédacteurs du Code de 2004 : la mise en œuvre d'une politique d'achat.

En effet, les structures publiques doivent repenser l'organisation de leurs achats afin d'utiliser au mieux les deniers publics en tenant compte de la réalité économique actuelle. L'adaptation de pratiques privées semble être un moyen pertinent pour atteindre cet objectif.

En partant de cette hypothèse, intéressons-nous aux achats de fournitures courantes dans les petites et moyennes communes.

De quels outils dispose l'acheteur public pour optimiser la gestion de ce type d'achats ? **Le code de 2004 impulse-t-il une dynamique particulière pour inciter à l'efficacité économique de ces achats ?** Quels sont les outils de demain qui seront à la disposition de l'acheteur public local ?

Cette réflexion est directement liée à mon stage de fin d'études réalisé dans le cadre du Master Management du secteur public : collectivités et partenaires. La mission qui m'a été confiée au sein du service Marchés publics de la ville d'Oullins (25 000 habitants, Rhône) s'inscrit dans la droite ligne de ces nouvelles préoccupations. Comme beaucoup de communes à l'heure actuelle, les achats de fournitures courantes sont éclatés entre les services utilisateurs. Plusieurs fournisseurs sont sollicités pour des biens de même nature. Dans un objectif de rationalité et pour se conformer aux nouvelles dispositions du Code, la mairie m'a chargée de réaliser un recensement des besoins concernant plusieurs axes définis comme prioritaires par la direction générale.

Cette présente étude comporte trois parties :

Le champ d'investigation de ce travail est, dans un premier temps, présenté :

I. les fournitures courantes : un achat aux enjeux et caractéristiques propres.

Les avancées du Code de 2004 et la gestion actuelle de ces achats font l'objet de la seconde partie :

² Décret n° 2004-15 du 7 janvier 2004 portant Code des marchés publics, JO du 8 janvier 2004

II. Une nouvelle organisation de l'acte d'achat inspirée des pratiques privées

Enfin, nous apporterons une vision davantage prospective de la problématique abordée :

III. A la recherche d'une gestion optimale d'un point de vue économique : entre difficultés et innovations

I. Les fournitures courantes : un achat aux enjeux et caractéristiques propres

A. Des achats spécifiques dans le fonctionnement d'une petite et moyenne commune

Au préalable à toute réflexion concernant les achats dans les collectivités publiques, définissons tout d'abord le type d'achats qui fait l'objet de notre étude.

Nous allons nous intéresser aux **achats courants et de faibles montants**. Ils sont qualifiés **d'achats transversaux** car ils correspondent à un besoin partagé par différents services municipaux.

Ceci est le cas par exemple du papier, du mobilier et des fournitures de bureau, des vêtements de travail, des produits d'entretien...

Ces achats revêtent un double enjeu. A titre **organisationnel**, ils conditionnent le bon fonctionnement des services municipaux. D'un point de vue **gestionnaire**, ces achats correspondent à un nombre considérable de commandes qui engendrent des coûts pour la collectivité. Ainsi, une réflexion particulière doit leur être apportée dans une démarche d'efficacité de la fonction « achat » des petites et moyennes communes.

Ils se distinguent des achats de travaux qui représentent la majorité des marchés passés par les collectivités que nous avons choisi d'étudier. Les achats de travaux et les achats de fournitures courantes ne touchent pas les mêmes services.

En effet, les marchés de travaux (et de services qui y sont rattachés) sont réalisés par les services techniques. La relation service marchés publics et services techniques fonctionne généralement de façon satisfaisante. Au contraire, les marchés de fournitures courantes concernent les autres services de la mairie avec lesquels le service marchés publics n'a pas toujours l'habitude de collaborer régulièrement.

Ainsi, « au traditionnel clivage général existant dans les collectivités territoriales entre les services techniques et les autres services, correspond une nette séparation entre les achats de travaux et de bâtiments, compétence exclusive des premiers, et l'ensemble des autres achats pris en charge par les seconds »³. De plus, la localisation de ces autres services, « la nature et l'étendue des achats dont ils sont responsables » dépendent de la centralisation dont ces derniers ont fait ou non l'objet.

1. La portée économique de ces achats

La portée économique des achats de fournitures courantes n'a été reconnue que récemment, dans un contexte de restriction budgétaire. Que ce soient les entreprises privées ou les collectivités publiques, toute structure a la possibilité de réaliser des économies sur son fonctionnement en rationalisant ses achats courants. Après avoir pris conscience de l'enjeu de ces achats, nous nous intéresserons aux coûts engendrés par ces achats.

a. L'enjeu des achats de fournitures courantes, lumière sur la gestion de ces achats dans le privé

Un petit rappel est nécessaire concernant les pratiques privées afin d'éclairer notre réflexion. En effet, l'enjeu de tels achats est davantage palpable au regard des nouvelles pratiques appliquées par les entreprises privées depuis le début des années 1990 en ce domaine.

La dénomination diffère : « achats de fonctionnement » ou encore « achats hors production » dans le privé, « fournitures courantes » dans les structures publiques, mais la nature est la même.

Les gestionnaires privés classent en deux catégories ces achats :

- les produits ou services ORM (Operating Resource Management), que l'on peut traduire par le management des ressources opérationnelles, concernent les fournitures de bureau, les voyages, les services de nettoyage par exemple ;

³ Jean DESMAZES, Michel KALIKA, Achats publics et théorie des coûts de transaction : le cas des achats de fournitures dans les collectivités territoriales, Cahier de recherche n°55, Centre de Recherche Economique Pure et Appliquée CREPA, Université de Paris IX Dauphine, octobre, 1999, p 29

les produits ou services MRO (Maintenance Repair Operating), dont la traduction française pourrait être l'ensemble des produits et services liés à la maintenance et à la réparation, regroupent les pièces de rechange, d'entretien et de maintenance.

La première catégorie correspond davantage aux achats qui font l'objet de cette présente étude.

Alors que ces achats étaient auparavant oubliés d'un point de vue stratégique, l'appellation « hors production » en est bien la preuve, les entreprises se sont petit à petit intéressées de près à ces dépenses. *« Cette volonté de mieux acheter l'ensemble des produits et des services nécessaires au bon fonctionnement de l'entreprise s'est imposée en raison de la complexité croissante de l'environnement mondial et de la nécessité d'exploiter tous les gisements possibles pour une amélioration globale de la performance économique des entreprises. Au milieu des années 1990, la problématique des achats a évolué d'une manière de plus en plus globale : il s'agit moins d'acheter « moins cher » que d'acheter « mieux ». La seule négociation des conditions tarifaires n'est plus considérée comme suffisante, et des techniques, des méthodes et des outils ont été développés et mis en œuvre par des acheteurs de plus en plus professionnels »⁴.*

Depuis 2001, les collectivités publiques suivent le même chemin, encouragées par les codes des marchés publics de 2001 et 2004 qui ont adapté les « techniques, méthodes et outils » du privé aux caractéristiques des structures publiques. La France connaît aujourd'hui un **contexte de restriction budgétaire**. Une réforme de l'Etat est engagée. La réorganisation des achats des ministères en fait partie. Une décentralisation des compétences au profit des collectivités publiques est en cours. Une organisation optimale de leurs achats doit accompagner ces évolutions.

Cette prise en charge particulière et effective de ces achats est bien sûr un souhait de la commission européenne. En effet, les codes de 2001 et 2004 ont intégré les **exigences communautaires** en matière de commande publique comme notamment la notion de marché dès le premier euro.

b. Le coût global des achats de fournitures courantes

La part du budget des communes consacrée aux dépenses en fournitures courantes n'est heureusement pas comparable aux autres postes budgétaires. Cependant, ces coûts sont élevés au regard du caractère peu stratégique de ces achats. Intéressons nous aux différentes facettes de ces coûts.

Le coût des achats de fournitures courantes ne s'arrête pas au seul prix d'acquisition des biens. L'acte d'achat, par lui-même, engendre des coûts liés aux procédures mises en œuvre. De plus, un certain nombre de coûts supplémentaires viennent encore s'ajouter si l'on considère la fonction achat dans sa globalité.

⁴ Manuel didactique du Ministère de l'économie, des finances et de l'industrie et de la Direction Générale de la Comptabilité Publique, La carte d'achat dans les collectivités locales et les établissements publics locaux, janvier 2005, p 15 et 16

La procédure d'achat en œuvre dans les collectivités publiques est à l'origine de coûts et de perte de temps liés aux procédures d'engagement comptable, de liquidation, de mandatement et de paiement. Quels que soient les montants des factures, une procédure similaire est appliquée, les mêmes contrôles opérés.

Les achats de fournitures courantes engendrent un nombre important de factures. Alors même que les montants concernés sont faibles, les coûts liés aux procédures sont élevés. **Les coûts de traitement de ces factures sont disproportionnés comparés aux enjeux de ces achats.** En effet, si l'on prend deux factures, l'une de 1 500 €, l'autre de 150 000 €, « le caractère stratégique de la seconde quant aux deniers publics en jeu est 100 fois plus élevé ». De façon administrative, elles seront pourtant traitées de la même manière. **«Or, dans la sphère publique, les factures de moins de 1 500 € représentent environ 2/3 des factures traitées et seulement 4 % de la valeur de la dépense globale »⁵.**

Ces coûts de gestion sont aussi liés à une organisation peu performante de la fonction achat encore aujourd'hui dans les petites et moyennes communes. La centralisation des achats courants est loin d'être acquise dans les petites et moyennes communes.

Aux coûts procéduraux doivent être ajoutés ceux liés à l'acte d'achat pris dans sa globalité. Ainsi, Jean DESMAZES et Michel KALIKA, dans le cadre de leur étude sur les achats de fournitures dans les collectivités territoriales⁶, ont enrichi leur réflexion en y associant les fondements de **la théorie des coûts de transaction** développée par O. WILLIAMSON. Ce dernier met en évidence l'ensemble des coûts associés à tout échange économique. **« Fondamentalement, la théorie des coûts de transaction formule une hypothèse explicative des mécanismes de constitution des organisations ou, plus exactement, des dispositifs et arrangements organisationnels et relationnels (les « structures de gouvernance ») que les agents mettent en place pour encadrer leurs échanges économiques. [...] A l'image du mouvement qui ne peut s'opérer sans frottement, l'échange ne s'accomplit pas sans coût. Les coûts de transaction désignent cette catégorie particulière de coûts associés à la réalisation de l'échange »⁷.**

De la même façon, **la théorie du coût total d'acquisition** met en évidence la nécessité de prendre en compte la somme des coûts avant, pendant et après la procédure d'achat.

Frédéric PETIT et Xavier LOEFFEL, spécialistes en achat⁸, expliquent leur hypothèse selon laquelle pour diminuer le coût global d'un achat, il s'agit d'intégrer

⁵ Yves-René GUILLOU, Jean-Marc BINOT, Yves-Marie LEGRAND, *L'achat public local, Politiques Locales, Editions LGDJ-EJA, mai, 2005, p 95*

⁶ Jean DESMAZES, Michel KALIKA, Achats publics et théorie des coûts de transaction : le cas des achats de fournitures dans les collectivités territoriales, Cahier de recherche n°55, Centre de Recherche Economique Pure et Appliquée CREPA, Université de Paris IX Dauphine, octobre, 1999

⁷ *Idem, p 5*

l'ensemble des facteurs qui interviennent dans le prix. Ces derniers se retrouvent dans l'équation suivante : « prix unitaire * la quantité * la qualité * les spécifications * les délais de livraison * le processus d'achat * le service * le contrat * la ressource * le périmètre concerné par l'achat ».

Après avoir présenté les achats de fournitures courantes à la fois au regard de la sphère privée et en terme de coûts, attachons-nous maintenant à déterminer quels sont les acteurs de l'acte d'achat et les particularités organisationnelles propres aux petites et moyennes communes concernant la gestion de ces achats.

2. Les acteurs de l'acte d'achat des fournitures courantes

Où peut-on situer la gestion des achats de fournitures courantes sur l'organigramme des petites et moyennes collectivités ? Cette place est, sans conteste, liée au contexte politique et économique globale mais aussi à leur histoire et aux individus qui les composent. D'autre part, la gestion de ces achats n'est pas le fait d'un seul agent mais le fruit de plusieurs intervenants.

a. Le rôle du contexte politique et économique dans la création des services consacrés aux marchés publics et à l'achat

L'organisation des collectivités locales est le résultat d'une évolution qui reste liée à leur histoire. La dynamique de changement peut avoir une origine interne. En effet, les alternances politiques s'accompagnent souvent de réorganisations des services. Elle est aussi la résultante des politiques engagées au niveau national. La décentralisation en est le meilleur exemple puisque les nouvelles compétences transférées ont nécessité de repenser la répartition des tâches entre les services et entre les agents.

L'organisation des petites et moyennes communes se caractérise par une grande hétérogénéité. Les changements organisationnels incités par les dispositions législatives interviennent plus ou moins rapidement selon les priorités accordées par les élus locaux et les dynamiques en présence. La culture de la collectivité reste encore souvent forte. Les habitudes sont difficilement abandonnées. Cependant, les petites et moyennes collectivités ont considérablement évolué ces dernières décennies. Elles se sont vues confier un champ d'action toujours plus important qui s'est accompagné de responsabilités accrues.

Le délit de favoritisme, créé par l'article 7 de la loi n° 91-3 du 3 janvier 1991⁹, a incité les élus locaux à prendre des décisions concrètes en terme d'organisation afin de se prémunir de cette nouvelle incrimination.

Aux termes de l'article 432-14 du Code pénal, « **est puni de deux ans d'emprisonnement et de 30 000 euros d'amende** le fait, par une personne dépositaire

⁸ Christophe BELLEUVRE, Frédéric PETIT et Xavier LOEFFEL : les achats sont une nouvelle source de performance, www.achatpublic.com, 23/06/2005

⁹ Loi modifiée par l'article 10 de la loi du 8 février 1995

de l'autorité publique ou chargée d'une mission de service public ou investie d'un mandat électif public ou exerçant les fonctions de représentant, administrateur ou agent de l'Etat, des collectivités territoriales, des établissements publics, des sociétés d'économie mixte d'intérêt national chargées d'une mission de service public et des sociétés d'économie mixte locales ou par toute personne agissant pour le compte de l'une de celles susmentionnées, de **procurer ou de tenter de procurer à autrui un avantage injustifié par un acte contraire aux dispositions législatives ou réglementaires ayant pour objet de garantir la liberté d'accès et l'égalité des candidats dans les marchés publics** et les délégations de service public ».

Le champ d'application matériel du délit d'octroi d'avantage injustifié est très large. **« Il s'agit en premier lieu de tous les marchés soumis au Code des marchés publics, y compris les marchés conclus au terme d'une procédure adaptée »**¹⁰.

L'acheteur public, qu'il soit élu, fonctionnaire ou agent peut commettre le délit. En effet, l'article 432-14 a un champ organique très large. Cyrille EMERY ajoute que « le délit a vocation à réprimer les personnes agissant « pour le compte » de celles susnommées ». La collégialité des délibérations de la commission d'appel d'offres ne peut pas être invoquée¹¹ car « chacun des membres est co-auteur de l'infraction ».

Une part seulement indirecte aux faits délictueux n'échappe pas au délit de favoritisme. Ainsi, **« il a été jugé qu'il appartient au président d'une commission d'appel d'offres de veiller aux agents placés sous sa responsabilité**¹². **De même un maire ne saurait échapper à sa propre responsabilité en invoquant la délégation consentie à l'un de ses adjoints**¹³ ».

Enfin, « ne peuvent échapper à la sanction les fonctionnaires ou agents qui ne se sont pas opposés à un ordre manifestement illégal en application de l'article 122-4 du Code pénal et de l'article 28 du statut général des fonctionnaires ».

En vertu de l'article 321-1 du Code pénal définissant le recel, les dirigeants de l'entreprise bénéficiaire de l'avantage injustifié peuvent être poursuivis pour recel, mais aussi l'entreprise elle-même en application de l'article 321-12 du code précité.

Les manquements punissables touchent toutes les mesures réglementant la préparation, la passation et l'exécution des marchés qui ont pour finalité la liberté d'accès ou l'égalité de traitement des candidats. On constate qu'il s'agit de principes fondamentaux du droit des marchés publics énumérés à l'article premier du Code des marchés publics de 2004.

Le manquement à ces principes peut être constaté même lorsque le marché est inférieur aux seuils des procédures formalisées¹⁴. Cyrille EMERY donne l'exemple

¹⁰ Cyrille EMERY, *Passer un marché public : principes, procédures, contentieux*, Editions Le Moniteur, mars, 2004, p 364

¹¹ Tribunal correctionnel Strasbourg, 19 janvier 1996, RMP, n° 4, 95/96, p 22

¹² Tribunal correctionnel Orléans, 5 juin 1996, *Circ. Min. justice crim. 98.4 / G3*, 2 juillet 1998

¹³ CA Colmar, 12 décembre 1997, n° 1387/97, 09700077

d'un jugement de la Cour d'appel de Colmar s'agissant d'un marché de maîtrise d'œuvre. Ce dernier précise qu'il faut « **même en l'absence de recensement formel, disposer de plusieurs noms et connaître les compétences réelles ou supposées, les moyens d'éventuels candidats (...) qu'en cette absence totale de concurrence réside la rupture du principe d'égalité de la commande publique constitutive de l'avantage injustifié** »¹⁵.

Il est important de préciser que le **délit existe même s'il n'est pas intentionnel**. Ainsi, « **même l'erreur de droit ne semble pas de nature à infléchir la rigueur du juge pénal malgré l'évidente complexité du droit des marchés publics** »¹⁶. A ce sujet, une circulaire du ministère de la Justice invite d'ailleurs les procureurs de la République à faire preuve de clémence à l'égard d'agissements illégaux de cette nature, dès lors qu'ils ne présentent « **qu'un faible caractère de gravité** »¹⁷.

En vertu des dispositions du Code de procédure pénale, la prescription du délit de favoritisme est de trois ans à compter du jour où les faits ont été commis. Il est sanctionné d'une **peine qui peut être au plus égale à deux ans d'emprisonnement et/ou 30 000 euros d'amende**. L'article 432-17 du Code pénal prévoit des **peines complémentaires** susceptibles d'être encourues à savoir « l'interdiction des droits civils, civiques et de famille, l'interdiction d'exercer une fonction publique, une activité professionnelle ou sociale dans l'exercice ou à l'occasion de l'exercice de laquelle l'infraction a été commise, et la confiscation des sommes ou objets irrégulièrement reçus par l'auteur de l'infraction, à l'exception des objets susceptibles de restitution ».

De plus, selon l'article L. 7 du Code électoral, « **la condamnation définitive pour une infraction constitutive d'un manquement au devoir de probité entraîne l'inéligibilité** ». Il s'agit d'une sanction pénale qui s'applique sans que le juge n'ait à la prononcer.

Pour l'entreprise poursuivie, une interdiction définitive ou de cinq ans, d'accès à la commande publique, peut être prononcée en application de l'article 131-9 du Code pénal.

Dans les années 1990, les nombreuses affaires impliquant la mise en cause d'agents et d'élus au titre du délit de favoritisme, ont eu pour effet d'inciter les élus locaux à davantage de vigilance et de rigueur dans le domaine de la commande publique. On parle alors de « juridicisation de la vie publique locale ». Pour répondre à ces nouvelles exigences des postes ont été créés et des services repensés. Les services marchés publics sont le fruit de ces récentes préoccupations.

La création de services consacrés à l'achat, et donc à des problématiques davantage économiques, s'inscrit dans un contexte de restrictions budgétaires qui touche l'ensemble

¹⁴ CA Rouen, 27 janvier 1998 ; TGI Paris, 7 janvier 1998 ; CA St-Denis 28 mai 1998, Circ. Min. justice crim.-98.4/ G3 du 2 juillet 1998

¹⁵ CA Colmar, 12 décembre 1997, n° 1387/97, 09700077

¹⁶ Cyrille EMERY, *Passer un marché public : principes, procédures, contentieux*, Editions Le Moniteur, mars, 2004, p 368

¹⁷ Circulaire 14 février 1996 Bulletin officiel du ministère de la Justice, n° 61, janvier-mars 1996, p 87

des structures publiques. A l'attention particulière donnée à l'aspect juridique des achats publics s'ajoute désormais le volet économique.

A l'heure actuelle, les services consacrés à la fonction achat se trouvent exclusivement dans les collectivités de grande importance. L'achat est encore loin d'être une priorité pour la grande majorité des communes.

La fonction achat est plus ou moins identifiable dans l'organigramme des structures. Lorsqu'elle est formalisée, elle est rattachée à des services qui s'avèrent être différents selon les communes. Même si aucune étude ne le met clairement en évidence, il semble que cette fonction se trouve dans un grand nombre de cas rattachée aux services techniques puis à la direction des finances et la direction générale.

Les services marchés publics des petites et moyennes communes consacrent la plus grande partie de leur activité aux procédures liées aux travaux réalisés sur leur territoire. Un lien étroit existe entre ces services et les services techniques qui sont les premiers interlocuteurs pour ces problématiques. L'achat de fournitures courantes nécessite, quant à lui, une collaboration avec les autres services de la mairie, ce qui est loin d'être évident. Il est nécessaire de construire petit à petit une relation entre ces acteurs afin de centraliser les besoins pour ensuite passer des marchés globalisés. Les agents des différents services doivent être mis au tour de la table pour qu'ils définissent ensemble leurs besoins communs et par la même le futur cahier des charges.

L'achat de fournitures courantes est aujourd'hui encore une fonction éclatée. **« Chaque type d'achat est effectué de manière isolée par les spécialistes du domaine particulier pour lequel il est fait. En d'autres termes, c'est au sein de chaque service opérationnel ou fonctionnel particulier que sont réalisés les achats nécessaires à l'accomplissement des tâches incombant à ces services, en dehors de toute supervision, de toute coordination et en l'absence de toute fonction achat organisée »**¹⁸. Si cela n'est plus le cas dans les communes et les collectivités de taille importante, ces pratiques restent très répandues dans les structures qui intéressent notre étude. Si un pôle centralisateur des achats est formalisé, il se positionne de façon très différente sur l'organigramme des communes.

b. Les différents visages de l'acheteur public local

Les étapes qui entourent l'acte d'achat sont nombreuses et les acteurs de chacune d'entre elles, préalablement identifiés. En effet, la procédure d'achat est découpée « en séquences chronologiques : publicité, mise en concurrence, candidatures, offres, choix »¹⁹. Toute décision est collégiale. De cette façon, l'acheteur public en tant que personne à part entière n'existe pas. Il s'agit selon Cyrille EMERY d'une « sorte d'ectoplasme juridique ».

¹⁸ Jean DESMAZES, Michel KALIKA, *Achats publics et théorie des coûts de transaction : le cas des achats de fournitures dans les collectivités territoriales, Cahier de recherche n°55, Centre de Recherche Economique Pure et Appliquée CREPA, Université de Paris IX Dauphine, octobre, 1999, p 28, 29*

¹⁹ Cyrille EMERY, *Passer un marché public : principes, procédures, contentieux*, Editions Le Moniteur, mars, 2004, p 173

Le Code des marchés publics ne fait jamais référence à l'acheteur public en tant que tel mais bien à plusieurs organes distincts. **La personne responsable du marché (PRM)**, la **Commission d'appel d'offres (CAO)**, l'assemblée délibérante ainsi que les autorités de contrôle et d'avis interviennent à différents moments de la procédure d'achat.

Selon l'article 20 du Code des marchés publics de 2004, « **la personne responsable du marché est chargée de mettre en œuvre les procédures de passation et d'exécution des marchés. Elle signe les marchés** ». La notion de PRM s'agissant des collectivités territoriales a été introduite avec le Code de 2001. Toutefois, il ne définit pas qui est la PRM au sein des collectivités territoriales. Il faut se référer au Code général des collectivités territoriales (CGCT) pour obtenir des précisions à ce sujet.

Le principe défini dans le Code général des collectivités territoriales est que les collectivités sont administrées par leurs assemblées élues. En effet, « **le conseil municipal règle par ses délibérations les affaires de la commune** »²⁰. Ainsi, « seule l'assemblée délibérante peut autoriser la conclusion d'un contrat, même inférieur à 230 000 € HT »²¹.

La question de la délégation de pouvoir se pose alors.

Le Code général des collectivités territoriales traite ce point dans son article L. 2122-22 qui prévoit que **le conseil municipal peut donner délégation au maire pour « prendre toute décision concernant la préparation, la passation, l'exécution et le règlement des marchés de travaux, de fournitures et de services qui peuvent être passés sans formalités préalables en raison de leur montant, lorsque les crédits sont inscrits au budget** ». C'est une délégation permanente jusqu'à la fin du mandat.

Dans la mesure où « peut être désignée en qualité de PRM au sein d'une collectivité territoriale la personne à qui un pouvoir a été confié, notamment en application de l'article L. 2122-22 du CGCT tel que modifié par la loi MURCEF »²², le maire est la PRM dans sa commune.

Une « subdélégation » de pouvoir est possible mais elle doit être expressément prévue dans la délibération du conseil municipal déléguant les pouvoirs au maire. Le fait que « des adjoints ou des fonctionnaires signent des lettres de commande sur le fondement d'une délégation de fonction ou d'une délégation de signature » est une « pratique illégale »²³. L'article L. 2122-23 du CGCT précise que « les décisions prises en application de la délégation de pouvoir doivent être signées personnellement par le maire nonobstant les dispositions des articles L. 2122-17 et L.2122-19 ».

La commission d'appel d'offres (CAO) peut être définie comme « **un organe collégial, dont les membres ayant voix délibérative sont élus au sein de l'assemblée**

²⁰ Article L. 2121-29 du CGCT

²¹ Patrice COSSALTER, les marchés sans formalisme préalable, Territorial, 2004, p 50

²² Cyrille EMERY, Passer un marché public : principes, procédures, contentieux, Editions Le Moniteur, mars, 2004, p 175

²³ Patrice COSSALTER, les marchés sans formalisme préalable, Territorial, 2004, p 52

délibérante ou désignés par l'organe délibérant, et qui a pour mission, selon les cas, d'autoriser l'engagement d'une procédure, de donner un avis, d'éliminer les offres non conformes, de déterminer l'offre économiquement la plus avantageuse et d'attribuer le marché, ou de déclarer la consultation infructueuse »²⁴.

Pour les communes de plus de 3 500 habitants, la CAO est composée d'un président, de cinq membres et de cinq suppléants, membres ayant voix délibérative. Depuis le Code de 2004, la convocation du comptable public et du représentant de la Direction générale de la concurrence, de la consommation et de la répression des fraudes (DGCCRF), membres ayant voix consultative est devenue facultative.

Concernant les communes de moins de 3 500 habitants, la CAO se résume à un président, trois membres et trois suppléants, membres ayant voix délibérative.

La personne responsable des marchés (PRM) est l'acteur principal de la procédure de passation des marchés passés selon sur une procédure adaptée (MAPA, marchés < 230 000 euros). En effet, on constate que la commission d'appel d'offre (CAO) n'est jamais évoquée dans le Code à propos des MAPA. Son action se limite exclusivement aux marchés formalisés.

Dans la pratique, il n'en est pas toujours ainsi.

Avec le Code de 2004, le seuil des procédures formalisées est passé de 90 000 € HT à 230 000 € HT. La marge d'intervention de la CAO, telle que prévue par le Code, a été de cette manière réduite. Ceci d'autant plus dans les petites et moyennes collectivités pour lesquelles une quantité non négligeable de leurs marchés ne dépasse pas le seuil des procédures formalisées. Cantonner la CAO aux procédures formalisées, c'est affaiblir considérablement le rôle de cette instance.

Rappelons que la CAO est une instance collégiale où est représentée l'opposition municipale. Dans cette mesure, les élus vont être tentés de faire intervenir la CAO, même en deçà de ce qui est prévu dans le Code. Le rôle donné à la CAO concernant les MAPA est donc un choix politique.

A Oullins²⁵, par exemple, la CAO n'est pas absente de la procédure des MAPA de la commune. La délégation de pouvoir accordée au maire en vertu de l'article L. 2122-22 du CGCT est effective pour les marchés qui ne dépassent pas 150 000 € HT. Pour ces marchés, la PRM (le maire) choisit l'offre économiquement la plus avantageuse et attribue le marché. A partir de 100 000 € HT, la CAO est consultée pour avis. Au delà de 150 000 € HT, c'est cette dernière qui attribue le marché comme pour les procédures formalisées (> 230 000 € HT).

D'autres collectivités ont fait le choix de créer une commission, sur le modèle des CAO, pour la passation de leurs MAPA. Par exemple, « **la ville de Besançon**²⁶ a instauré pour les seuils, oscillant entre 30 000 et 230 000 €, la tenue d'une

²⁴ Cyrille EMERY, *Passer un marché public : principes, procédures, contentieux*, Editions Le Moniteur, mars, 2004, p 178

²⁵ Rhône, 25 000 habitants

²⁶ Doubs, 113 800 habitants

commission des achats composée à l'identique de celle de la CAO »²⁷. Daniel CHEVAILLIER, directeur général des services de la mairie de Besançon explique que la création de cette commission émane d'un choix politique : « C'est une volonté des élus ».

Nous avons pu constater que l'acheteur public ne prend pas les traits d'une seule et même personne d'un point de vue juridique. Ceci est tout autre si l'on considère l'aspect économique de l'achat. En effet, une personne que l'on peut identifier en tant qu'acheteur peut être chargée de la mission suivante : rationaliser les achats de la commune pour arriver à des achats efficaces d'un point de vue économique. La fonction est encore loin d'être formalisée dans toutes les communes et les personnes actuellement chargées de cette tâche occupent des postes très différents selon les collectivités.

L'enquête de Jean DESMAZES et Michel KALIKA portant sur la fonction achats dans les collectivités publiques met en lumière cette diversité des postes²⁸ cités si l'on évoque cette fonction. La catégorie « Secrétaire/Directeur Général » est la plus représentée suivie entre autres par « Directeur/Responsable des services Financiers », « Directeur/Responsable Achats », « Secrétaire/Directeur Général Adjoint », « Directeur/Responsable du service Marchés publics », « Directeur/Responsable des services techniques ».

Il est important de rappeler que la moitié des communes de France ont moins de 2 000 habitants et plus de 10 000 communes ont moins de 200 habitants²⁹. Le nombre d'agents qui travaillent pour ces communes est limité. Le « Secrétaire/Directeur Général » se charge de la majorité des tâches. C'est pourquoi cette catégorie est la plus représentée selon les données de cette étude.

Le champ d'investigation de notre étude dressé, nous pouvons maintenant nous intéresser aux considérations juridiques en présence concernant les achats de fournitures courantes des petites et moyennes collectivités.

B. Un cadre juridique spécifique à ces achats

Le cadre juridique des achats de fournitures courantes des petites et moyennes communes a connu un tournant important avec les Codes de 2001 et 2004 relatifs aux marchés publics. Les achats de faibles montants ne faisaient auparavant pas l'objet de

²⁷ Sandrine DYCKMANS, A Besançon, réunion d'une commission des achats dès 30 000 €, www.achatpublic.com, le 03/05/2004

²⁸ Voir en Annexes le tableau récapitulatif, Jean DESMAZES, Michel KALIKA, Pratiques et logiques de gestion des achats dans les collectivités publiques françaises ; résultats d'une enquête, papier de recherche, CREPA, Université de Paris IX Dauphine, décembre, 1999

²⁹ Source : wikipedia.org En France : 31 927 communes ont moins de 2 000 habitants 3 764 communes entre 2 000 et 10 000 habitants 762 communes entre 10 000 et 50 000 habitants 102 communes entre 50 000 et 200 000 habitants 10 communes plus de 200 000 habitants

formalisme particulier. Depuis le code de 2001, l'étendue de la notion de marché dès le premier euro dépensé change considérablement la donne pour les achats de fournitures qui sont dorénavant soumis à la passation d'un marché public.

De façon concrète, nous sommes passés d'achats sur facture sans mise en concurrence à des marchés et donc des conditions de publicité et de mise en concurrence.

1. De l'achat sur facture au marché de fournitures

Tout d'abord, il est nécessaire de préciser qu'au dessus d'un certain seuil, une procédure formalisée est obligatoire. Il s'agit de façon générale de l'appel d'offre. Les différents codes relatifs aux marchés publics ont tous ce point commun. Ce qui a évolué et ce qui nous intéresse ici, ce sont les procédures en œuvre en dessous de ce seuil. En effet, concernant les fournitures courantes des petites et moyennes communes, les montants ne dépassent pas, pour une grande partie des cas, le seuil des procédures formalisées.

Ainsi, notre attention se porte sur des achats dont le montant est inférieur au seuil des procédures formalisées.

Le seuil en question a évolué avec les différents Codes. De 130 000 francs TTC après l'adoption du décret n°90-553 du 3 juillet 1990, il passe à 90 000 euros HT dans le Code de 2001, pour enfin atteindre les 230 000 euros HT dans le Code de 2004.

a. Le cadre juridique des achats de fournitures courantes avant les Codes de 2001 et 2004

Jusqu'au code de 2001, les achats de faibles montants étaient dépourvus de formalisme. Dans l'ancien Code des marchés publics, l'article 321 était relatif aux "travaux sur mémoires et achats sur factures". Dans la pratique, les dénominations étaient diverses : « commandes hors marchés », « achats sur facture », "lettres de commande", "bons de commande".

Les techniciens faisaient appel aux entreprises sans se poser de question tant que les montants étaient inférieurs au seuil à partir duquel les procédures formalisées étaient obligatoires. Aucune condition de publicité ni de mise en concurrence n'était requise puisque ces achats ne donnaient pas lieu à des marchés.

A l'époque, ***"la notion de marché public était associée à son régime juridique et plus précisément à sa soumission à une procédure formalisée"***³⁰.

Cette pratique n'incitait pas à une réflexion en terme de centralisation et de programmation des achats.

Dans les faits, ces achats en dehors de tout marché n'ont pas disparu dans les communes qui font l'objet de cette étude. Chaque service possède un budget qui est utilisé en partie pour les achats de fournitures courantes. Les différents services de la

³⁰ Yves-René GUILLOU, Jean-Marc BINOT, Yves-Marie LEGRAND, *L'achat public local, Politiques locales, Editions LGDJ-EJA, mai 2005, p12*

mairie ne se concertent pas et sollicitent chacun l'entreprise qu'ils préfèrent. Cette pratique est désormais prohibée car il s'agit de saucissonnage à partir du moment où ces achats sont de même nature.

b. La notion de "marché" étendue avec le code de 2004

Ces achats ont ensuite fait l'objet de « marchés passés sans formalités préalables » dans le Code de 2001 et de "marchés passés selon une procédure adaptée" dans le code de 2004.

Cette requalification de la notion de marché à tout achat s'explique par l'intégration dans le droit interne de la législation européenne en matière de marchés publics. En effet, **« la Commission européenne avait envoyé un avis motivé à la France sur ce point, estimant le concept de « marchés sans formalités préalables comme étant contraire aux directives communautaires »³¹**.

Les achats de faibles montants sont, par conséquent, soumis aux principes généraux posés à l'article 1^{er} du Code. Il s'agit des "*principes de liberté d'accès à la commande publique, d'égalité de traitement des candidats et de transparence des procédures*". L'article 1^{er} poursuit en ces termes : "*L'efficacité de la commande publique et la bonne utilisation des deniers publics sont assurées par la définition préalable des besoins, le respect des obligations de publicité et de mise en concurrence ainsi que par le choix de l'offre économiquement la plus avantageuse*".

Le Conseil d'Etat a pris acte de ce changement dans un arrêt du 29 juillet 2002³² : "*Ils sont donc passés en application du Code des marchés publics, au même titre que les marchés pour la passation desquels le code impose le respect de règles de procédure. Ces marchés demeurent du reste soumis aux principes généraux posés aux deuxième et troisième alinéas du I de l'article 1^{er} du Code*".

Toutefois, l'application des principes fondamentaux à ces marchés ainsi que l'obligation de mise en concurrence ont suscité un débat dans la pratique. Le Code de 2004 a mis fin à ces confusions. Il est désormais clair que les principes fondamentaux s'appliquent dès le premier euro. Concernant l'obligation d'une mise en concurrence, les conditions sont précisément formulées aux I et II de l'article 40. Entre 1 et 90 000 euros, les marchés de fournitures doivent faire l'objet d'une "*publicité adéquate*" dont les modalités sont choisies librement par la personne publique. Lorsque les montants sont compris entre 90 000 euros et 230 000 euros, "*la personne publique est tenue de publier un avis d'appel public à la concurrence soit dans le bulletin officiel des annonces des marchés publics, soit dans un journal habilité à recevoir des annonces légales*". Une publication dans un journal spécialisé peut aussi être envisagée par la personne publique.

Aussi, les petites et moyennes mairies sont dans l'obligation de passer des marchés pour l'achat de leurs fournitures courantes. Il convient alors de préciser le type et la forme

³¹ Jérôme MICHON, *La nouvelle réglementation des marchés publics, Troisième édition, Editions Le Moniteur, juillet 2004, p 114*

³² CE, 29 juillet 2002, Société MAJ Blanchisseries de PANTIN

des marchés passés pour l'achat de fournitures courantes.

2. Les principaux dispositifs juridiques adéquats

Nous avons centré notre étude sur les achats de fournitures courantes dont le montant est inférieur au seuil des procédures formalisées. Le type de marché en présence est donc celui des marchés passés selon une procédure adaptée (MAPA). D'autres dispositifs peuvent être privilégiés par l'acheteur public local tels que le recours au groupement local d'achats et le passage par l'Union des Groupements d'Achats Publics (UGAP). Nous évoquerons, ensuite, les différentes formes de marché qui se révèlent appropriées concernant ces achats notamment les marchés à bons de commande et les marchés négociés.

a. Eclairage sur "les structures de gouvernance " ³³ des achats de fournitures courantes

Le cadre contractuel et organisationnel de ces achats peut prendre des formes diverses mais toujours en application du code des marchés publics. Quelles sont les différentes possibilités qui s'ouvrent à l'acheteur local ?

Jean DESMAZES, Michel KALIKA, parlent de "structures de gouvernance pré-codifiée par le Code des Marchés Publics" en référence à la théorie des coûts de transaction développée par O. WILLIAMSON sur laquelle ils basent leur étude. Quatre structures de gouvernance sont distinguées :

- l'achat hors marché public,
- le marché public,
- le recours au groupement local d'achats,
- le passage par l'UGAP.

Nous constatons tout d'abord qu'un dispositif n'est plus légal aujourd'hui. En effet, l'achat hors marché public, nous l'avons déjà évoqué, n'existe plus depuis le Code de 2001. Les trois autres structures, quant à elles, sont toujours applicables.

Le marché public

Le type de marché que l'on peut conclure en deçà du seuil de 230 000 euros est celui des marchés passés selon une procédure adaptée communément appelés MAPA. L'article 28 du Code des marchés publics définit les particularités de ces marchés : **"Les marchés passés selon la procédure adaptée sont des marchés 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".**

³³ Jean DESMAZES, Michel KALIKA, Achats publics et théorie des coûts de transaction : le cas des achats de fournitures dans les collectivités territoriales, Cahier de recherche n°55, Centre de Recherche Economique Pure et Appliquée CREPA, Université de Paris IX Dauphine, octobre, 1999

"Pour les marchés de fournitures et de services, les seuils en dessous desquels la procédure adaptée est possible sont de [...] 230 000 euros HT pour les collectivités territoriales".

Le formalisme de ces petits contrats est ainsi schématisé par Patrice COSSALTER³⁴

:

Les contrats inférieurs à 90 000 euros :

- Définition précise du besoin au regard des normes pour assurer l'égalité des candidats et la transparence et pour évaluer le seuil (articles 1, 5 et 6).
- Publicité adéquate (simple affichage, publicité sur le site Internet de la collectivité, annonce dans un journal local, dans une revue spécialisée, dans un journal d'annonces légales...).
- Remise des offres (dans la forme prévue par la publicité) ou remise préalable de candidatures si l'administration veut d'abord sélectionner.
- Négociation éventuelle avec le ou les futurs titulaires.
- Choix de l'offre (éventuellement précédé de l'analyse des capacités techniques).
- Vérifications préalables des obligations sociales.
- Transmission et publication de la décision de commander.
- Engagement de la dépense.
- Commande [orale ou écrite (à privilégier)].
- Notification du marché (même orale) au titulaire.
- Exécution du travail ou de la prestation.
- Envoi d'une facture.
- Mention du service fait.
- Mandatement.
- Paiement par le comptable.

Les contrats inférieurs à 230 000 euros :

- Définition précise du besoin au regard des normes pour assurer l'égalité des candidats et la transparence et pour évaluer le seuil (articles 1, 5 et 6).
- Publicité dans un journal d'annonces légales ou dans le BOAMP (éventuellement, en plus, dans un journal spécialisé).
- Remise des offres (dans la forme prévue par la publicité) ou remise préalable de candidatures si l'administration veut d'abord sélectionner.
- Négociation éventuelle avec le ou les futurs titulaires.
- Choix de l'offre (éventuellement précédé de l'analyse des capacités techniques).
- Vérifications préalables des obligations sociales.

³⁴ Patrice COSSALTER, les marchés sans formalisme préalable, Territorial, 2004, p 7 et 8

- Transmission et publication de la décision de commander.
- Engagement de la dépense.
- Commande [orale ou écrite (à privilégier)].
- Notification du marché (même orale) au titulaire.
- Exécution du travail ou de la prestation.
- Envoi d'une facture.
- Mention du service fait.
- Mandatement.
- Paiement par le comptable.

Le recours au groupement local d'achats

Le Code des marchés publics ouvre la possibilité aux collectivités et aux établissements publics locaux de regrouper leurs achats dans un marché commun. L'objectif est la **recherche d'une économie sur les coûts fixes liés à la réalisation de tout marché public**. Deux autres avantages sont aussi réalisables. En effet, les collectivités peuvent bénéficier de **prix plus attractifs au regard des quantités importantes en jeu**. Il peut être décidé que chaque collectivité se spécialise dans un type de fournitures afin que le groupement profite au final d'une **expertise technique plus poussée sur les fournitures achetées en commun**.

L'article 8 du Code des marchés publics définit ce qu'est un groupement local d'achats et les conditions de sa constitution.

Les membres de ce groupement peuvent être de plusieurs origines : collectivités territoriales, établissements publics locaux mais aussi **"des établissements publics nationaux à caractère industriel et commercial et des groupements d'intérêt public [...] à condition d'appliquer les règles prévues par le présent code"** ³⁵.

Le socle du groupement est une **"convention constitutive"** ³⁶ signée par les membres du groupement. *"Elle définit les modalités de fonctionnement du groupement. Elle désigne un des membres du groupement comme coordonnateur, chargé de procéder, dans le respect des règles prévues par le présent code, à l'organisation de l'ensemble des opérations de sélection d'un ou de plusieurs cocontractants. Chaque membre du groupement s'engage, dans la convention, à signer avec le cocontractant retenu un marché à hauteur de ses besoins propres, tels qu'il les a préalablement déterminés"*

Le passage par l'UGAP

Au préalable, présentons la structure particulière qu'est l'UGAP ³⁷.

³⁵ Article 8-I, 3° du CMP

³⁶ Article 8-II du CMP

³⁷ www.ugap.fr/nous_connaitre/missions.htm#mission

L'UGAP, l'Union des Groupements d'Achats Publics est la seule centrale d'achat publique généraliste. Elle a été créée pour rationaliser les achats publics.

L'UGAP est un Etablissement Public Industriel et Commercial (EPIC). Elle est placée sous la double tutelle du Gouvernement Français, exercée par le ministre de l'économie, des finances et de l'industrie et par le ministre de l'éducation nationale, de l'enseignement supérieur et de la recherche. Elle ne bénéficie d'aucune subvention et évolue dans un contexte totalement concurrentiel. Elle **"a pour objet d'acheter et de céder des produits et services destinés aux personnes publiques et aux organismes de statut privé assurant une mission de service public, d'apporter à ces personnes et organismes l'assistance technique dont ils peuvent avoir besoin en matière d'équipement et d'approvisionnement et d'apporter son concours à des opérations d'exportation d'intérêt général"**.³⁸

L'intérêt, pour une collectivité publique, de recourir à l'UGAP tient au fait qu'elle est, de cette manière, **soustraite aux obligations de conclure un marché public**. En effet, **"les commandes passées à l'établissement public sont dispensées de marchés au sens des articles 1er et 39 du Code des marchés publics. Les rapports entre l'établissement public et une collectivité [...] peuvent être définis par une convention prévoyant notamment la nature et les modalités des services attendus ou des opérations confiées, les obligations de chacune des parties, et les modalités du contrôle technique et financier exercé par ces collectivités"**.³⁹ Les centrales d'achat sont traitées à l'article 32 du Code des marchés publics.

L'avantage est de plusieurs ordres. Les coûts fixes et le temps de travail correspondants à la conclusion d'un marché public sont économisés. La collectivité peut bénéficier à la fois de l'**avantage de prix** que l'UGAP est susceptible d'obtenir auprès de ses fournisseurs (compte tenu de ses achats massifs), ainsi que de son **expertise technique**.

L'acheteur public local, malgré l'éventail de choix qui s'offre à lui, privilégie tout de même largement le marché public pour la réalisation de ces achats de fournitures courantes. Il s'avère être le dispositif le plus probant. Les résultats de l'enquête par questionnaire, réalisée par Jean DESMAZES, Michel KALIKA⁴⁰ en 2000, portant sur la fonction achats dans les collectivités publiques confirment ce constat.

Les éléments suivants ont été mis en valeur. Les groupements locaux d'achats sont très peu utilisés : **"près de quatre collectivités sur cinq n'y recourent jamais, et le volume total des achats publics réalisés par leur intermédiaire, faible pour chacune des collectivités de la petite proportion qui y recourt, s'avère, au bout du compte, tout à fait marginal"**⁴¹. Ces chiffres sont en adéquation avec les jugements globalement

³⁸ Décret n°85-801 du 30 juillet 1985, Article 1^{er}

³⁹ Décret n°85-801 du 30 juillet 1985, Article 25

⁴⁰ Jean DESMAZES, Michel KALIKA, Pratiques et logiques de gestion des achats dans les collectivités publiques françaises ; résultats d'une enquête, papier de recherche, CREPA, Université de Paris IX Dauphine, décembre, 1999 L'enquête a été réalisée par voie postale et 392 collectivités y ont répondu.

négatifs portés à ce dispositif.

Le passage à l'UGAP est quant à lui utilisé communément : "quatre collectivités sur cinq y recourent occasionnellement ou régulièrement", mais ceci pour une faible proportion d'achats. Les collectivités interrogées ont aussi largement remis en cause la qualité et l'efficacité des prestations de l'UGAP alors même qu'elles recourent à elle. La dispense de la mise en œuvre des procédures réglementaires d'achat explique l'intérêt qui est porté tout de même à cette modalité d'achat.

Ainsi, la conclusion de marchés publics est toujours le premier dispositif utilisé par les collectivités publiques, loin devant les autres modalités d'achat. De cette façon, précisons davantage les formes de marché envisageables pour les achats de fournitures courantes.

b. Les différents types de marchés pertinents pour les achats de fournitures courantes

Le marché passé selon une procédure adaptée peut être de plusieurs types selon l'objet concerné. Nous nous attarderons sur deux d'entre eux : les marchés à bons de commande et les marchés négociés.

Les marchés à bons de commande

Les fournitures courantes sont des besoins récurrents des services municipaux. Cependant, il n'est pas toujours possible de définir précisément les besoins globaux de la commune concernant une fourniture particulière et ceci pour des raisons qui peuvent être diverses.

Ainsi, ces achats peuvent entrer dans le champ d'action des marchés à bons de commande prévu par le législateur à l'**article 71 du Code des marchés publics**. Cette forme de marché ne peut être utilisée que dans certaines conditions ; conditions que l'acheteur public doit être en mesure de justifier. "Lorsque, pour des raisons économiques, techniques ou financières, le rythme ou l'étendue des besoins à satisfaire ne peuvent être entièrement arrêtée dans le marché, la personne publique peut passer un marché fractionné sous la forme d'un marché à bons de commande".

La particularité de ces marchés tient au fait que la collectivité ne s'engage pas sur une quantité commandée ferme mais sur une fourchette. **"Le marché à bons de commande détermine les spécifications, la consistance et le prix des prestations ou ses modalités de détermination ; il en fixe le minimum et le maximum en valeur ou en quantité. Le montant maximum ne peut être supérieur à quatre fois le montant minimum."**⁴²

De façon concrète, l'exécution du marché prend la forme d'émission de bons de commande successifs, selon les besoins de la collectivité. Le bon de commande est défini à l'article 71 comme *"le document écrit adressé par la personne responsable du marché au titulaire du marché ; il précise celles des prestations décrites dans le marché dont*

⁴¹ *Idem*, p24

⁴² *Article 71-I du CMP*

"l'exécution est demandée et en détermine la quantité."

Les marchés négociés

La procédure négociée est la **"procédure par laquelle la personne publique choisit le titulaire du marché après consultation de candidats et négociation des conditions du marché avec un ou plusieurs d'entre eux"** ⁴³. Cette éventualité est laissée à l'acheteur public dans certaines situations strictement encadrées par **l'article 35 du code des marchés publics**. L'appel d'offre est le principe, la négociation, une dérogation.

Le code issu du décret de 2004 donne une place plus grande à cette **pratique dont la finalité est la recherche de l'efficacité économique de l'achat**. A la base de l'acte d'achat dans le privé, la négociation apparaît timidement encore dans la sphère publique.

Les marchés passés selon la procédure adaptée font partie des cas où la procédure négociée est permise. En effet, **« le recours à la négociation avec plusieurs fournisseurs potentiels est possible pour tous ces marchés, sans aucune condition ni de circonstance, ni de montant du marché »** ⁴⁴. Dominique LEGOUGE et Florence PIQUET disent à son sujet : La négociation est **« facultative en procédure adaptée, mais on ne peut que la conseiller. La négociation conduit à plus d'efficacité »** ⁴⁵. Elle peut être présentée comme **« un instrument d'adaptation des offres à la demande. Au terme de la négociation, l'acheteur public aura à déterminer l'offre susceptible d'être formulée en fonction des capacités économiques et techniques des entreprises »** ⁴⁶.

Les **articles 65 et 66 du Code des marchés publics** présente le déroulement de cette procédure. **"La personne responsable du marché engage les négociations avec les candidats de son choix ayant présenté une offre. Le nombre de candidats admis à négocier ne peut être inférieur à trois, sauf si le nombre des candidats n'est pas suffisant"** ⁴⁷. **"Pour les collectivités territoriales, le marché est attribué par la commission d'appel d'offres au vu d'une proposition de classement des offres réalisée par la personne responsable du marché"** ⁴⁸.

La négociation peut porter **"sur tous les éléments financiers du contrat et les aspects qualitatifs ne doivent, si possible, pas être oubliés"** ⁴⁹. Dominique LEGOUGE et Florence PIQUET recommande l'utilisation d'une "grille de critères de choix

⁴³ Article 34, 1^{er} alinéa du CMP

⁴⁴ Quand peut-on négocier ? Extrait de la Circulaire d'application du code des marchés publics, Circulaire du 8 janvier 2004 du Ministre de l'économie, des finances et de l'industrie et du Ministre délégué au budget et à la réforme budgétaire

⁴⁵ chat "Négociation et marchés publics", 16/12/2004, Dominique LEGOUGE, Florence PIQUET, www.achatpublic.com

⁴⁶ Philippe SCHMIDT, Laure THIERRY, Les marchés à procédure adaptée, Berger Levrault, 2004, p 131

⁴⁷ Article 66, alinéa 3 du CMP

⁴⁸ Article 66, alinéa 5 du CMP

pondérés" qui aide à la lisibilité et à la traçabilité des négociations". La négociation concerne les points abordés dans cette grille. Ils doivent rester intangibles tout au long de la procédure.

Pour certains biens, la négociation se révèle indispensable pour atteindre la finalité d'un achat efficace.

Les achats de livres par une bibliothèque municipale nécessitent, par exemple, un contact particulier avec les éditeurs. Une procédure négociée est donc souhaitable si les montants en jeu le permettent.

La procédure négociée réclame une attention particulière concernant l'expression initiale du besoin. En effet, "le fait d'exprimer le mieux possible le besoin à satisfaire permet de fixer sans ambiguïté les objectifs à atteindre dans la négociation". **"Pour ce qui est de l'égalité de traitement des candidats, le formalisme qui lui est associé doit être proportionnel à l'enjeu de l'achat"** ⁵⁰ .

Les petites et moyennes collectivités sont donc incitées à négocier et encore davantage avec le Code de 2004. En effet, l'article 35 du Code autorise l'utilisation de la procédure adaptée dans le domaine des travaux jusqu'aux montants de 5 900 000 euros HT. Ainsi, « **la plupart des petites et moyennes collectivités pourront abandonner, si elles le souhaitent, la procédure d'appel d'offres pour leurs travaux au regard du seuil important fixé par le pouvoir réglementaire** » ⁵¹ .

Nous avons pu constater que les fournitures courantes constituent un achat aux enjeux et caractéristiques propres. Intéressons nous maintenant aux avancées apportées par le Code de 2004 dans ce domaine.

⁴⁹ chat "Négociation et marchés publics", 16/12/2004, Dominique LEGOUGE, Florence PIQUET, www.achatpublic.com

⁵⁰ chat "Négociation et marchés publics", 16/12/2004, Dominique LEGOUGE, Florence PIQUET, www.achatpublic.com

⁵¹ Patrice COSSALTER, *Les marchés négociés, Territorial*, mars 2004, p 17

II. Une nouvelle organisation de l'acte d'achat des communes inspirée des pratiques privées

Le Code des marchés public de 2004 change de façon non négligeable la gestion, par les communes, de leurs achats de fournitures courantes. Il s'inspire directement des pratiques du secteur privé.

Cette nouvelle orientation de l'acte d'achat est à aborder sous deux aspects : procédural et organisationnel.

A. Un cadre réglementaire qui se veut plus proche des exigences du marché concurrentiel

1. Un rééquilibrage entre les aspects juridiques et les aspects économiques de l'acte d'achat

a. L'aspect économique valorisé : "la bonne utilisation des deniers publics"

52

Ce qui est le plus souvent reproché à l'administration française, c'est la lourdeur de ses procédures. L'achat est un domaine qui demande une souplesse et une réactivité pour faire face aux fluctuations du marché.

Le secteur public s'avère être en retrait par rapport au « privé » quant à l'utilisation de pratiques favorisant des achats performants d'un point de vue économique. Le caractère public de la mission et la nature des biens achetés n'expliquent pas cette différence puisque **« de nombreux achats faits par les collectivités publiques ne présentent aucune spécificité comparé aux achats d'entreprises industrielles ou de services »**⁵³. Ceci est d'ailleurs le cas, en ce qui nous concerne, des fournitures courantes. Cependant, **une nouvelle tendance se dessine et est particulièrement encouragée par le code de 2004. Il s'agit de valoriser l'aspect économique des achats réalisés par les structures publiques** afin de mettre en pratique l'un des objectifs premiers de la commande publique : **utiliser de façon optimale l'argent public.**

Il n'est pas nécessaire de rappeler que le droit est omniprésent dans l'acte d'achat des collectivités au détriment de l'aspect économique. Les rédacteurs du code de 2004 ont souhaité rééquilibrer les aspects juridiques et les aspects économiques au profit d'achats efficaces. « Le cœur de la réforme » engagée par le Code de 2004 est de **« sortir d'une logique de la procédure avec tout ce qu'elle a de rigide et de déresponsabilisant et entrer dans une logique de l'efficacité. Bien acheter ne doit plus seulement signifier bien respecter le Code, mais utiliser intelligemment les différents outils que ce Code propose afin d'aboutir à la satisfaction optimale des besoins publics. Si l'achat public est l'une des expressions les plus visibles de l'action publique, il est aussi un acte économique qui s'inscrit dans une économie de marché dominée par le principe de libre concurrence. Dans ce contexte, l'acheteur doit à la fois se comporter en acteur public soucieux d'assurer la transparence de l'action publique mais aussi en opérateur économique avisé utilisant sa connaissance du marché et ses capacités de négociation pour obtenir le résultat le moins coûteux et garantir ainsi le bon usage des deniers publics dont il a la responsabilité. »**⁵⁴

b. Une souplesse des procédures et une responsabilisation de l'acheteur

Une des réformes majeures du code de 2004 est le relèvement important des seuils à partir desquels une procédure formalisée est obligatoire.

⁵² Article 1-I du CMP

⁵³ Yves JONCOUR, Pascal PENAUD, *L'achat public : optimiser la fonction achat-approvisionnement dans le secteur public*, Editions d'organisation, 2000, p 64

⁵⁴ Introduction de la circulaire d'application du Code des marchés publics, circulaire du 8 janvier 2004 du Ministre de l'économie, des finances et de l'industrie et du Ministre délégué au budget et à la réforme budgétaire

II. Une nouvelle organisation de l'acte d'achat des communes inspirée des pratiques privées

Dorénavant, l'appel d'offre ainsi que les autres procédures formalisées s'appliquent au dessus de 230 000 euros pour les collectivités territoriales. Rappelons que ce seuil s'élevait à 90 000 euros selon le code de 2001.

Le recours à la procédure de l'appel d'offre est, de cette façon, amenée à être beaucoup moins utilisée par les petites et moyennes communes qui vont préférer des procédures plus souples.

Le choix des rédacteurs du Code s'explique par une volonté de simplifier les procédures à mettre en œuvre lorsque la collectivité souhaite acheter des biens pour satisfaire ses besoins.

De la même manière, **l'acheteur est responsabilisé dans son acte d'achat car il doit lui-même définir les modalités à appliquer en fonction des caractéristiques de l'achat en cause** (nature, fréquence de l'achat, montant,...).

En effet, en dessous du seuil de 230 000 euros, le Code ne prévoit qu'un seuil intermédiaire de 90 000 euros à partir duquel *"la personne publique est tenue de publier un avis d'appel public à la concurrence soit dans le Bulletin officiel des annonces des marchés publics, soit dans un journal habilité à recevoir des annonces légales. La personne publique apprécie de plus si, compte tenu de la nature ou du montant des fournitures ou des services en cause, une publication dans un journal spécialisé correspondant au secteur économique concerné est par ailleurs utile pour assurer une publicité conforme aux objectifs mentionnés à l'article 1er du présent code"*. En dessous de ce seuil, c'est la personne publique qui *"choisit les **modalités de publicité adaptées** au montant et à la nature des travaux, des fournitures ou des services en cause"*.

Concrètement, le Code confie une marge de manœuvre à l'acheteur public local qui peut ainsi organiser ses achats en tenant compte des particularités de sa structure. La cohérence de l'achat prime de cette manière sur le strict respect des procédures.

Chaque structure doit donc entamer une réflexion sur les spécificités de ses achats. A ce propos, **une polémique est née sur la nécessité ou non de mettre en place une procédure interne à travers l'élaboration d'un "guide de procédure interne"**.

Deux courants de pensée s'opposent aujourd'hui sur cette question. "Le premier soutient la nécessité de mettre en place, pour ces marchés, un document destiné à fixer une procédure en interne, le second estime qu'il faut éviter d'aller à contre sens du Code, en l'alourdissant de règles supplémentaires"⁵⁵. Il faut noter que les défenseurs du guide semblent être majoritaires. Selon eux, si le document est bien rédigé, il "introduit de la souplesse dans les achats sans gêner la bonne application de l'article 28 du Code. Il peut permettre **"d'expliquer en interne ce que le Code n'explique pas" mais aussi "une uniformisation des pratiques entre les services"**⁵⁶ et sécuriser les procédures d'achat.

⁵⁵ Le guide de procédure interne : un outil de sécurisation de l'achat ?, Géraldine LAUWEREINS-TARIS, www.achatpublic.com, le 03/05/2004

⁵⁶ Catherine LERMINÉZ, adjointe au responsable du service juridique et des marchés de l'établissement public administratif (EPA) de Jussieu

D'autres sont contre ces procédures internes formalisées pour les marchés passés selon une procédure adaptée. Alain MENEMIS, conseiller d'Etat et Stéphane BRACONNIER, directeur de l'école doctorale Sciences juridiques de Poitiers partagent l'idée selon laquelle **"chaque procédure devrait être adaptée au cas par cas et non figées par des règles"** ⁵⁷ .

La réponse du ministre de l'économie, des finances et de l'industrie à la question écrite du député Michel PAJON est sans équivoque : **"le bilan du Code 2001 a bien montré que la multiplication des seuils, surtout quand leur montant est peu élevé, est une des principales sources de complexité administrative et d'insécurité juridique pour les acheteurs. Il aurait donc été totalement contre-productif d'introduire de nouveaux seuils en dessous de 90 000 euros. Bien sûr, les collectivités publiques peuvent, si elles le souhaitent, s'imposer des seuils spécifiques, qu'elles seraient alors tenues de respecter, mais cela ne leur est pas particulièrement conseillé si elles souhaitent vraiment simplifier leurs procédures d'achat. La solution la plus raisonnable consiste sans doute à apprécier les modalités de publicité et de mise en concurrence au cas par cas, en fonction de critères généraux"** ⁵⁸ .

L'élaboration d'un guide de procédure pour les marchés passés selon une procédure adaptée est une préoccupation de nombreuses petites et moyennes communes à l'heure actuelle.

La souplesse est aussi privilégiée par l'**abandon de la nomenclature annexée à l'arrêté du 13 décembre 2001** comme référence obligatoire dans le cadre de la comparaison des valeurs des fournitures homogènes aux seuils des procédures formalisées. Dorénavant, **"les acheteurs sont invités à adopter une classification propre de leurs achats selon une typologie qui soit cohérente avec leur activité et qui tienne compte de leur connaissance de l'offre du marché étant entendu que le niveau le plus fin de cette typologie regroupe des produits ou services de même nature où le besoin homogène trouve tout son sens."** ⁵⁹

Le décret du 26 novembre 2004 ⁶⁰ vient simplifier encore les procédures relatives aux achats des collectivités puisqu'il **exonère de toute publicité et mise en concurrence préalables les marchés de travaux, fournitures et services d'un montant inférieur à 4 000 euros HT.**

Les acheteurs des petites et moyennes communes possèdent donc une plus grande

⁵⁷ Extrait du même article

⁵⁸ Réponse à la question écrite Assemblée nationale n°31564 de M. Michel PAJON – JO du 30/03/2004 p.2587

⁵⁹ Pour les marchés de fournitures et de services : le caractère homogène, Extrait de la Circulaire d'application du Code des marchés publics, Circulaire du 8 janvier 2004 du Ministre de l'économie, des finances et de l'industrie et du Ministre délégué au budget et à la réforme budgétaire

⁶⁰ Décret n° 2004-1298 du 26 novembre 2004 relatif à diverses dispositions concernant les marchés de l'Etat et des collectivités territoriales - J.O n° 278 du 30 novembre 2004 page 20310 texte n° 5- NOR: ECOM0420012D

souplesse concernant les procédures à adopter pour l'acquisition de leurs fournitures courantes. Ils ont pour mission d'adapter « **les principes à la réalité de [leur] terrain** »⁶¹

Cette tendance est couplée avec la volonté de favoriser l'aspect économique de l'achat afin de tendre à des achats performants pour la collectivité. Dans cette mesure, le code introduit des pratiques privées dans la boîte à outils des acheteurs publics locaux.

2. Des procédures davantage en adéquation avec un souhait d'efficacité de l'acte d'achat

a. Une attention donnée aux enjeux économiques des achats autrefois « hors marchés »

La création des marchés à procédure adaptée (MAPA), réforme majeure du Code de 2004, généralise la mise en concurrence des entreprises puisque, désormais, mêmes les achats de faibles montants sont concernés. De cette façon, l'acheteur public local est conduit à porter une attention particulière à ses achats courants. En effet, afin d'établir une classification en familles homogènes de produits et ainsi déterminer les pratiques d'achat à respecter, l'acheteur doit aborder la fonction achat dans sa globalité en terme notamment de nature d'achats, de fréquences et de montants.

Avant le secteur public, les entreprises ont pris conscience des économies que pouvait engendrer une bonne gestion de leurs achats courants. Dans un contexte de réductions budgétaires, les collectivités territoriales et les structures publiques dans leur ensemble, doivent chercher à rationaliser au mieux l'argent du contribuable. L'optimisation de la gestion des achats courants est une des réponses, la procédure adaptée, un moyen.

Dès les 4 000 euros dépassés, la collectivité doit passer un marché, certes adapté mais qui doit respecter les grands principes de la commande publique. Il lui est dans cette mesure nécessaire de **recenser au préalable ses besoins**. Cette analyse de l'existant, cet audit interne des achats réalisés couramment, permet de mettre à plat les pratiques en cours et entamer une réflexion sur les points à améliorer.

Yves JONCOUR et Pascal PENAUD⁶² conseillaient aux structures publiques, avant même le Code de 2004, de s'inspirer de la pratique privée pour optimiser leurs achats. La "connaissance de l'existant" est la "**première étape d'une démarche d'amélioration de la fonction achat**". Selon eux, "la première interrogation du gestionnaire sera de s'assurer de l'existence et de la pertinence d'une typologie des achats et de sa prise en compte à toutes les phases (définition des besoins, passation des commandes, stocks,

⁶¹ *Introduction de la circulaire d'application du Code des marchés publics, circulaire du 8 janvier 2004 du Ministre de l'économie, des finances et de l'industrie et du Ministre délégué au budget et à la réforme budgétaire*

⁶² Yves JONCOUR, Pascal PENAUD, *L'achat public : optimiser la fonction achat-approvisionnement dans le secteur public*, Editions d'organisation, 2000, p 62 et 63

distribution) du processus d'approvisionnement". Ils conseillent "l'utilisation d'une typologie adaptée à l'activité de l'organisme et aux objectifs qui sont fixés à la fonction achat". La nouvelle rédaction de l'**article 27 du Code des marchés publics** qui confie à l'acheteur la mission de définir une typologie de ses achats non plus en référence à une nomenclature mais selon les réalités de sa structure est en adéquation avec ce qui est pratiqué dans le privé et conseillé par Yves JONCOUR et Pascal PENAUD. L'article 27 stipule : "il est procédé à une estimation de la valeur totale des fournitures ou des services qui peuvent être considérés comme homogènes soit en raison de leurs caractéristiques propres, soit parce qu'ils constituent une unité fonctionnelle".

Un des alinéas de l'article 27 version 2001 selon lequel "le caractère homogène des fournitures est apprécié par référence à une nomenclature définie par arrêté interministériel" a été abrogé. Dorénavant, le caractère homogène est apprécié par l'acheteur selon sa subjectivité propre.

Yves JONCOUR et Pascal PENAUD proposent des critères qui peuvent orienter la fixation de cette typologie pour obtenir une répartition par familles d'achats homogènes et pertinentes par rapport à la stratégie achat. Ces critères de classification⁶³ sont les suivants :

- la nature des biens achetés

En effet, "le traitement des achats devra faire appel à des compétences et des procédures différentes" selon qu'il s'agisse de biens, de services ou d'immobilisations. Des "familles de produits" (informatique, mobilier de bureau, reprographie...) doivent être déterminés.

- le volume budgétaire des achats

Ce critère fait référence à la loi de Pareto : 20% des achats représentent 80% du volume budgétaire. Il est intéressant, pour la collectivité, de savoir quelle est la nature des achats qui représentent 80% du budget général relatif aux achats. Cette étude peut être approfondie "aux postes qui ont le plus augmenté sur les trois dernières années".

- le caractère stratégique de l'achat

Il doit être défini par rapport aux missions de l'organisme. Ici, la destination des achats est pris en compte par exemple: "les achats associés à un projet, ceux par filière de production, par service utilisateur".

- des critères propres aux modalités de traitement des approvisionnements

Il peut s'agir d'effectuer une "répartition entre achats stockés et achats non stockés", une "ventilation des achats selon leur fréquence (distinction entre achats récurrents et achats ponctuels) ou encore une répartition selon "leur poids administratif" (nombre de commandes ou de lignes de commandes)

⁶³ Yves JONCOUR, Pascal PENAUD, L'achat public : optimiser la fonction achat-approvisionnement dans le secteur public, Editions d'organisation, 2000, p 62-63

II. Une nouvelle organisation de l'acte d'achat des communes inspirée des pratiques privées

- le caractère de spécificité technique de l'achat

Les aspects techniques spécifiques impliquent "des négociations spécifiques, une compétence particulière des acheteurs et une forte collaboration avec les utilisateurs".

Appliquons cette méthode aux fournitures courantes des petites et moyennes communes :

- la nature des biens

Concernant les fournitures courantes, des familles de produits peuvent être assez facilement définies en collaboration avec les services utilisateurs. Il s'agit par exemple des fournitures de bureau, du mobilier de bureau, des vêtements de travail, des produits d'entretien, des photocopieurs et télécopieurs, du papier, des fournitures informatiques, des denrées alimentaires pour les fêtes et cérémonies organisées par la collectivité...

- le volume budgétaire

Le volume budgétaire des achats de fournitures courantes comparé au budget global de la collectivité n'est heureusement pas significatif puisqu'il s'agit seulement d'achats de fonctionnement.

Il est davantage pertinent d'apprécier le volume budgétaire des achats qui ont le plus augmenté ces dernières années.

- le caractère stratégique de l'achat

Les achats de fournitures courantes sont souvent définis comme des "achats non stratégiques" au regard de leur nature. Pourtant, ils conditionnent le bon fonctionnement des services et donc indirectement un service public efficace. Le caractère stratégique est fonction de la nature et de la destination de l'achat. L'achat de livres pour la bibliothèque municipale participe directement à la mission du service. L'achat de vêtements de protection pour les agents techniques conditionne leur activité, ce qui est aussi le cas des ordinateurs et du papier pour les agents administratifs.

- des critères propres aux modalités de traitement des approvisionnements

Certaines fournitures courantes peuvent être stockées comme le papier mais les petites et moyennes collectivités ont tout intérêt à ne pas avoir des stocks trop importants. Ainsi, la procédure des marchés à bons de commande (émission de bons de commande successifs selon les besoins⁶⁴) est bien adaptée aux achats de fournitures courantes des communes.

Les achats de fournitures courantes sont des achats récurrents. Ils font l'objet d'une ou plusieurs commandes tous les ans.

Le poids administratif de ces achats est significatif. Les achats de fournitures courantes représentent de faibles montants mais les services réalisent des commandes

⁶⁴ Article 71-I du CMP

diverses qui s'ajoutent les unes aux autres. Le traitement de ces commandes demande du temps aux agents et le respect de procédures (engagement comptable, liquidation, mandatement et paiement ...) ce qui entraînent des coûts de traitements importants.

- le caractère de spécificité technique de l'achat

Les achats de fournitures courantes peuvent aussi être comparés selon leur spécificité technique et la nécessité ou non d'une véritable collaboration entre le service utilisateur et l'acheteur concernant notamment la définition du besoin et l'élaboration du cahier des charges techniques. L'achat de fournitures informatiques ou encore d'équipements de protection individuelle (EPI), par exemple, exige forcément une collaboration étroite avec les services concernés.

b. Le rééquilibrage des rapports entre la collectivité et l'entreprise privée favorisé

Les lourdes procédures propres aux marchés publics ont tendance à effrayer et à décourager les entreprises privées. La constitution d'un dossier, pour répondre à un appel d'offre, nécessite un investissement important de leur part. Certaines d'entre elles ont décidé de ne plus répondre aux appels d'offre des collectivités car elles n'en tiraient aucun profit.

Le Code de 2004 a pour objectif de renouer le dialogue entre entreprises privées et structures publiques en développant la capacité de recourir à une procédure négociée ce qui est strictement interdit dans l'appel d'offres. Les difficultés rencontrées par les candidats sont aussi davantage pris en compte.

Cette tendance est une nouveauté puisque "pendant longtemps le droit des marchés publics reposait sur l'idée que tout rapport entre l'acheteur public et les candidats était par nature suspect"⁶⁵. Ainsi, "la réforme de 2004 rompt avec cette conception en instaurant un plus grand partenariat entre l'acheteur public et les candidats".

Le code de 2004 consacre la négociation "comme un moyen de mise en œuvre d'un achat public efficace et véritablement adapté aux besoins des acheteurs publics". La circulaire d'application recommande vivement son utilisation : **"chaque fois qu'il est autorisé par le Code, le recours au dialogue et à la négociation, après publicité et mise en concurrence, peut être utilement envisagé. Il permet en effet d'obtenir un meilleur achat dans le respect des règles de transparence"**⁶⁶.

Le relèvement du seuil à partir duquel les procédures formalisées sont obligatoires a pour conséquence directe d'étendre de façon significative le champ d'application de la procédure négociée. Celle-ci est reconnue **"de facto comme une procédure de droit commun pour les achats en dessous des seuils des marchés formalisés"**⁶⁷.

⁶⁵ Yves-René GUILLOU, Jean-Marc BINOT, Yves-Marie LEGRAND, L'achat public local, Politiques Locales, Editions LGDJ-EJA, mai 2005, p 45

⁶⁶ **Quand peut-on négocier ? Extrait de la Circulaire d'application du code des marchés publics, Circulaire du 8 janvier 2004 du Ministre de l'économie, des finances et de l'industrie et du Ministre délégué au budget et à la réforme budgétaire**

II. Une nouvelle organisation de l'acte d'achat des communes inspirée des pratiques privées

Le rééquilibrage des rapports entre la collectivité et l'entreprise privée prend aussi une autre forme dans le Code de 2004 : **la prise en compte des difficultés rencontrées par les candidats dans le cadre de leur soumission aux marchés publics**. Cette démarche avait déjà été lancée par le Code de 2001.

Le premier blocage dans la relation collectivité/candidats est la multitude des formalités à accomplir et ceci avant même que la collaboration entre les deux parties soit certaine. Leur simplification est sans conteste le désir des candidats.

Les rédacteurs du Code sont allés dans ce sens en 2001 avec la possibilité de déclarer sur l'honneur la régularité de la situation sociale et fiscale de l'entreprise candidate. Ainsi le Code stipule **«le candidat produit, pour justifier qu'il a satisfait aux obligations fiscales et sociales, une déclaration sur l'honneur dûment datée et signée. Le marché ne peut être attribué au candidat retenu que sous réserve que celui-ci produise dans un délai imparti par la personne responsable du marché les certificats délivrés par les administrations et organismes compétents »**⁶⁸.

Avec le Code de 2004, **« les candidats sont exonérés de l'obligation de fournir les documents ou attestations relatifs à leur situation fiscale et sociale mais ils sont également autorisés à ne pas fournir de déclaration sur l'honneur »**⁶⁹. Ces justificatifs ne seront exigés qu'à la fin de la procédure au candidat qui aura été retenu. Ceci simplifie considérablement le formalisme lié à la présentation des candidatures et de ce fait les relations collectivité/candidats. **C'est la collaboration qui justifie la nécessité d'apporter des justificatifs et non pas seulement une candidature.**

Un pas a aussi été franchi quant à la **possibilité de revenir sur son dossier de candidature**. Auparavant, il n'y avait aucune tolérance. Tout candidat qui n'avait pas rempli de dossier complet ou qui avait fait une erreur était directement évincé. L'article 52 version 2004 s'est enrichi d'un nouvel alinéa selon lequel **« Avant de procéder à l'examen des candidatures, si la personne responsable du marché constate que des pièces dont la production était réclamée sont absentes ou incomplètes, elle peut décider de demander à tous les candidats concernés de produire ou de compléter ces pièces dans un délai identique pour tous les candidats et qui ne saurait être supérieur à dix jours »**⁷⁰.

La souplesse, sans conteste recherchée dans le Code de 2004, permet des rapports plus équilibrés entre les deux parties. De nouvelles dispositions concernant le rejet des candidatures et offres visent aussi cet objectif. Les entreprises sont rapidement découragées de déposer leur candidature lorsqu'elles essuient plusieurs échecs sans

⁶⁷ Yves-René GUILLOU, Jean-Marc BINOT, Yves-Marie LEGRAND, *L'achat public local, Politiques Locales, Editions LGDJ-EJA, mai 2005, p 45*

⁶⁸ Article 46-1 du Code de 2001

⁶⁹ Yves-René GUILLOU, Jean-Marc BINOT, Yves-Marie LEGRAND, *L'achat public local, Politiques Locales, Editions LGDJ-EJA, mai 2005, p 48*

⁷⁰ Article 52, 1^{er} alinéa du CMP 2004

explication aucune. Le nouvel **article 77 du Code des marchés publics** de 2004 met fin au silence de l'administration à ce sujet en spécifiant que « *la personne publique communique dans un délai de quinze jours à compter de la réception d'une demande écrite, à tout candidat écarté les motifs du rejet de sa candidature ou de son offre* ».

La jurisprudence ⁷¹ a donné toute son importance à cet article en considérant que le non respect, par la personne publique, de cette obligation était une atteinte à l'obligation de publicité et de mise en concurrence propre aux procédures des marchés publics. Le juge administratif peut, dans cette mesure, être saisi en application de l'article L 551-1 du Code de justice administrative.

Tout candidat peut ainsi, dans le cadre d'un référé pré-contractuel, invoquer la violation de l'obligation de communication prévue par l'article 77 pour demander la suspension ou l'annulation de la procédure de passation d'un marché public. Cette possibilité est d'autant plus envisageable puisque le Code de 2004 a instauré **"un délai d'au moins dix jours [...] entre la date à laquelle la décision est notifiée aux candidats dont l'offre n'a pas été retenue et la date de signature du marché"** ⁷². **"En conséquence, l'acheteur public ne peut pas signer le marché avant que les candidats aient été informés du rejet de leur offre ou de leur candidature"** ⁷³. De cette manière, tout candidat évincé dispose de dix jours au minimum pour introduire une requête en référé pré-contractuel s'il considère que la collectivité a manqué à ses obligations de publicité et de mise en concurrence.

B. Des évolutions organisationnelles engendrées par le Code des marchés publics de 2004 : vers une professionnalisation de la fonction achat

1. Les démarches actuellement engagées par les petites et moyennes communes

a. De nouvelles habitudes organisationnelles à adopter en application du Code de 2004

Le Code de 2004 engendre des évolutions organisationnelles dans les petites et

⁷¹ Conseil d'Etat, 21 janvier 2004, n° 253509, Société Aquitaine Démolition

⁷² Article 76, 1^{er} alinéa du CMP 2004

⁷³ Yves-René GUILLOU, Jean-Marc BINOT, Yves-Marie LEGRAND, *L'achat public local, Politiques Locales, Editions LGDJ-EJA, mai 2005, p 51*

moyennes communes. Nous avons déjà évoqué le fait que ces collectivités étaient dotées de services spécialisés dans les procédures de marchés publics mais que l'aspect achat était très peu présent.

Dorénavant, l'acheteur public local est amené à engager plusieurs démarches à propos de ses achats courants pour appliquer les nouvelles dispositions du Code. Elles sont étroitement liées à certaines étapes qui composent la procédure d'acquisition de biens par la collectivité, c'est-à-dire la définition du besoin, l'évaluation des seuils et de la publicité adéquate.

La définition du besoin

La définition du besoin est devenue obligatoire pour les achats hors procédure formalisée depuis le Code de 2004. Cette nouvelle exigence induit que l'acheteur public local connaisse avec précision la nature des achats de sa collectivité chaque année. Un travail de prospection est indispensable afin d'établir une **cartographie des achats de la collectivité**.

Selon Patrice COSSALTER ⁷⁴, il s'agit d'une « véritable révolution ». « L'administration doit obligatoirement définir avec précision son besoin avant toute mise en concurrence » mais aussi « au regard des normes homologuées ». Il ajoute : « Beaucoup de travail en perspective, mais, surtout, un changement fondamental des habitudes presque centenaires ».

Ce travail est l'occasion, pour la collectivité, de connaître précisément qui achète quoi, pour quels montants et selon quels circuits de commande.

L'organisation de l'acte d'achat n'est actuellement pas des plus rationnelles car elle n'a souvent pas fait l'objet d'une attention particulière. Elle est davantage le fruit de l'histoire des services et des agents qui les composent. **Cet état des lieux peut permettre de repenser l'organisation de l'acte d'achat pour chaque fourniture courante dans le but d'atteindre une cohérence générale et une gestion optimale des achats.**

L'évaluation des seuils

L'évaluation des seuils est réalisée au regard des familles homogènes de fournitures courantes qui sont déterminées par l'acheteur territorial. Cette exigence, qui trouve son origine dans le Code de 2004, nécessite une collaboration étroite entre les services et l'acheteur afin de distinguer avec cohérence les différents achats. **Un travail de centralisation des achats est alors engagé.** La pratique des achats dispersés entre chaque service est profondément remise en cause. **Les agents doivent se retrouver autour d'une table et définir ce qu'ils achètent en commun.**

Les seuils en question sont bien évidemment le seuil des 230 000 euros qui oblige à appliquer une procédure formalisée et le seuil des 90 000 euros qui marque l'obligation de publier un avis d'appel public à la concurrence soit dans le Bulletin officiel des annonces des marchés publics, soit dans un journal habilité à recevoir des annonces légales. De plus, il peut s'agir des seuils décidés par la commune en interne si elle a choisi de définir

⁷⁴ Patrice COSSALTER, les marchés sans formalisme préalable, Territorial, mars 2004, p 25

précisément les procédures applicables à ses achats dans un guide de procédures internes.

L'application de la publicité adéquate et d'une mise en concurrence

Après la détermination de la famille homogène concernée, la procédure applicable selon les différents seuils, l'acheteur doit définir quelle forme de publicité va s'appliquer⁷⁵. La notion de "**publicité adéquate**" adoptée par le **Code de 2004 pour les marchés passés selon la procédure adaptée** alourdit les dépenses de publicité. En effet, le Code prévoit que les communes réalisent une publicité dès le premier euro. L'**article 40-I du Code** stipule : "tout marché doit être précédé d'une publicité suffisante permettant une mise en concurrence effective". L'**article 40-II** continue en ces termes : "**pour les marchés d'un montant inférieur à 90 000 euros HT, la personne choisit librement les modalités de publicité adaptées au montant et à la nature des travaux, des fournitures ou des services en cause**".

Le décret n°2004-1298 du 26 novembre 2004 est ensuite intervenu. Il **exonère les achats de faibles montants de cette obligation** en ajoutant un troisième alinéa au I de l'article 28 : «**Toutefois, les marchés de travaux, de fournitures et de services d'un montant inférieur à 4 000 EUR HT peuvent être passés sans publicité ni mise en concurrence préalables.**»

Avant l'intervention de ce Code, il existait un débat doctrinaire sur l'obligation ou non d'une mise en concurrence. Pour certains, l'absence de texte était le signe qu'une mise en concurrence n'était pas obligatoire. D'autres comme les chambres régionales, estimaient que la mise en concurrence est un principe général du droit qu'il faut appliquer même en l'absence de texte précis. "**Le Nouveau Code des marchés publics a tranché le débat en imposant une publicité préalable, même si la circulaire d'application de ce texte permet une simple mise en concurrence en deçà d'un faible montant**"⁷⁶.

Concernant les différents supports de publicité envisageables, la circulaire d'application du Code de 2004⁷⁷ en distingue trois : « **la presse écrite, l'affichage et l'Internet** »⁷⁸. Mais le principe reste tout de même le support de presse écrite puisque les deux autres sont seulement possibles dans deux cas « soit en complément de l'annonce passée dans la presse, soit lorsque le coût de la publicité par voie de presse constitue une charge financière significative au regard du montant du marché envisagé ».

Concernant les marchés qui font l'objet de cette présente étude, la commune doit décider en interne, les seuils applicables en matière de publicité qui vont s'ajouter à celui

⁷⁵ Voir en Annexes Tableaux récapitulatifs des différentes mesures de publicité susceptibles d'être adaptées en deçà de 90 000 € HT et au-delà de 90 000 € HT

⁷⁶ **Patrice COSSALTER, les marchés sans formalisme préalable, Territorial, 2004, p 62**

⁷⁷ circulaire d'application du Code des marchés publics, circulaire du 8 janvier 2004 du Ministre de l'économie, des finances et de l'industrie et du Ministre délégué au budget et à la réforme budgétaire JORF 8 janvier 2004, annexe au n° 6, p 37031

⁷⁸ **Chap. 8-2-1 de la circulaire d'application**

dicté par le code. En effet, selon l'article 40-III si le marché dépasse 90 000 € HT « **la personne publique est tenue de publier un avis d'appel public à la concurrence soit dans le bulletin officiel des annonces des marchés publics, soit dans un journal habilité à recevoir des annonces légales** ». Une publication dans un journal spécialisé peut aussi être envisagée. En dessous de ce seuil, il est nécessaire de déterminer à partir de quels montants la collectivité estime qu'une publication dans la presse écrite est obligatoire. La circulaire d'application est claire sur ce point ⁷⁹ : « **il est précisé que la publicité ne signifie pas systématiquement publication, notamment pour les plus petits marchés** ». **L'acheteur public local est invité à adopter les règles qui lui semblent pertinentes pour ces marchés en terme de publicité.** Le but poursuivi est, là aussi, un **achat public efficace en assurant une mise en concurrence effective.** « En la matière, le code laisse une grande marge de manœuvre aux acheteurs ; c'est à ce stade que leur professionnalisme et leur responsabilisation prennent tout leur sens ».

Toute publication sur un support écrit coûte très chère. A titre indicatif, une annonce de taille moyenne dans des journaux locaux d'annonces légales comme « le Journal du bâtiment et des travaux publics » ou « le Tout Lyon » coûte environ 200 €. Une publication au Bulletin officiel des annonces des marchés publics (BOAMP) coûte environ 500 €. Au regard de ces prix, il est évident que **le choix d'une publication écrite est lié aux montants en jeu et à la plus value que peut apporter ce support de publicité.**

Un seuil intermédiaire doit être ainsi déterminé en dessous duquel un simple affichage ou la diffusion par Internet est suffisant.

L'affichage peut être un moyen pertinent de publicité dans les très petites communes mais s'avère inefficace dès que les communes sont plus étendues.

Au contraire, l'outil Internet semble davantage approprié pour un nombre croissant de collectivités. Elles sont de plus en plus nombreuses à se doter d'un site Internet où une rubrique Marchés Publics peut apparaître. Une autre possibilité peut aussi être retenue : le recours à des plates-formes générales proposées par des collectivités (région, conseil général) mais aussi par des associations comme, par exemple, l'association des maires du Rhône. Ces sites proposent de regrouper gratuitement les annonces des collectivités qui le souhaitent. Des sites spécialisés dans le domaine offrent aussi cette possibilité comme le site www.achatpublic.com .

De plus, le BOAMP possède aussi un site Internet sur lequel il est possible, en inscrivant sa commune, de faire paraître une annonce pour ses MAPA pour un coût unitaire de 50 €.

Ainsi, de façon indirecte, l'obligation d'une publicité dès le premier euro incite l'acheteur public local à revoir ses habitudes en ce domaine et à se tourner vers une organisation nouvelle de son activité. Le recours plus important à l'Internet en fait partie.

Un autre seuil est aussi mis en évidence par la circulaire d'application du Code de 2004 en dessous duquel « la mise en concurrence de plusieurs prestataires ou

⁷⁹ *Pourquoi faut-il faire de la publicité ?* Extrait de la circulaire d'application du Code des marchés publics, circulaire du 8 janvier 2004 du Ministre de l'économie, des finances et de l'industrie et du Ministre délégué au budget et à la réforme budgétaire

fournisseurs constitue en elle-même un élément de publicité suffisant. » On parle communément de la pratique des « trois devis ».

Rappelons que le décret n°2004-1298 du 26 novembre 2004⁸⁰ exonère de toute publicité et mise en concurrence préalables les marchés de travaux, fournitures et services d'un montant inférieur à 4 000 € HT.

En définitive, quatre seuils sont ainsi mis en valeur par le Code. Ils sont formalisés dans les règlements intérieurs des communes pour leurs MAPA. Voici l'exemple de la ville d'Oullins qui applique l'article 40 du Code de la manière suivante :

- **< 10 000 € HT** : pas de publicité
 - < 4 000 € HT : marchés passés sans publicité ni mise en concurrence préalables
 - 4 000 € HT < marché < 10 000 € HT : mise en concurrence d'au moins 3 prestataires (3 devis)
- **10 000 € HT < marché < 20 000 € HT** : obligatoirement une publicité, mais son contenu et son support sont définis par le service concerné. Il peut s'agir d'Internet ou de la presse écrite.
- **20 000 € HT < marché < 90 000 € HT** : publicité obligatoirement par presse écrite. Le contenu est davantage précis. Il faut faire apparaître les critères d'attribution, le type de procédure utilisée, les conditions de délai.
- **>90 000 € HT** : AAPC soit dans le bulletin officiel des annonces légales soit dans un journal habilité à recevoir des annonces légales (possibilité supplémentaire dans un journal spécialisé).

Le délai de publication est choisi par le service concerné. Il doit être apprécié selon la complexité du marché, la période (vacances, sur-activité) et les exigences du marché comme par exemple une visite du site obligatoire pour pouvoir présenter son offre.

b. L'exemple à suivre des politiques d'achat déjà mises en œuvre dans certaines structures publiques

Outre les nouvelles dispositions concernant les procédures de passation des marchés publics, la volonté du Code est d'inciter les communes à mettre en œuvre une véritable politique d'achat. Elles sont encouragées à définir, chaque année, des objectifs en terme de réduction de leurs dépenses consacrées aux achats de fournitures courantes. A cet objectif financier est couplé d'un objectif qualitatif : l'achat doit répondre, de façon la plus proche possible, aux besoins de la commune. Certaines collectivités se sont déjà engagées dans un tel processus. Même si ces politiques sont encore minoritairement appliquées, plusieurs exemples existent et peuvent nous éclairer à ce sujet.

La lecture de la circulaire d'application du Code de 2004 est source de précieuses

⁸⁰ Décret relatif à diverses dispositions concernant les marchés de l'Etat et des collectivités territoriales - J.O n° 278 du 30 novembre 2004 page 20310 texte n° 5- NOR: ECOM0420012D

II. Une nouvelle organisation de l'acte d'achat des communes inspirée des pratiques privées

indications sur les intentions premières des rédacteurs du Code. « *La passation d'un marché telle qu'elle est organisée par le Code n'est qu'une des composante d'une problématique de l'achat public beaucoup plus vaste. **Le bon achat public est le résultat d'un processus cohérent dont le marché n'est que le centre** .* ». Ce qui précède et ce qui suit cette procédure n'est pas de l'ordre du droit mais du **management de l'achat**, soit « une organisation cohérente des acheteurs », « **la définition claire de politiques d'achat** » et « **un contrôle de la performance globale du marché** »⁸¹ .

Les premières structures à se lancer dans un programme de rationalisation des achats sont de taille importante. Elles ont en leur sein du personnel compétent pour assurer ces nouvelles missions et les ressources nécessaires pour embaucher des agents qualifiés dans le domaine.

Nous évoquerons l'exemple de la ville de Lyon qui est bien avancée dans cette démarche.

Pour « maîtriser ses dépenses courantes », la ville de Lyon « **a complètement revu sa politique des achats** »⁸² . Les étapes suivies par ces deux structures sont sensiblement similaires. **Une direction spécifique** a été créée. **Une attention particulière a été portée aux ressources humaines** avec l'embauche de personnes compétentes dont certaines issues du privé. **Un effort a aussi été fait pour que les agents de la structure adhèrent à cette démarche de changement**. Ainsi, « l'ensemble des agents responsables des achats dans leur service a reçu une formation pour professionnaliser leurs pratiques en la matière » précise Olivier NYS, directeur général adjoint des services.

La ville de Lyon s'est fixé pour objectif de faire 10% d'économies sur le montant total de ses achats en six ans. « Etant donné que la ville y consacre chaque année une enveloppe de 100 millions d'euros, la réduction escomptée est substantielle : l'équipe municipale entend bien diminuer de 10 millions d'euros sa facture ». Pour cela, il est nécessaire de « globaliser les achats pour diminuer les charges fixes des fournisseurs et obtenir ainsi des réductions de prix, s'adapter aux lois de l'offre et de la demande, éviter des clauses génératrices de surcoûts, évaluer a posteriori les commandes effectuées ».

Il est encourageant, pour toutes les communes qui souhaitent s'engager dans un processus similaire, de constater que « cette démarche commence à porter ses fruits : le marché de fournitures administrative a coûté 25% moins chers que le précédent (soit 210 000 euros d'économie), le marché de nettoyage a permis de diminuer la facture de la ville de 26% (soit 310 000 euros d'économie), celui de la téléphonie a diminué de 15% (soit 300 000 euros d'économie) et les dépenses en imprimerie ont été réduites de 22%.

Une étude⁸³ menée par cinq élèves administrateurs territoriaux en 2004 confirme cette tendance au changement. En comparant vingt-quatre organismes publics

⁸¹ *Introduction de la circulaire d'application du Code des marchés publics, circulaire du 8 janvier 2004 du Ministre de l'économie, des finances et de l'industrie et du Ministre délégué au budget et à la réforme budgétaire*

⁸² *Sandrine DYCKMANS, Lyon engagée dans un ambitieux programme de rationalisation des achats, www.achatpublic.com, le 13/02/2004*

(collectivités, hôpitaux, Offices publics d'HLM) à la politique d'achat du conseil général du Var, des « inclinations communes » sont mises en évidence. La plus évidente est « le changement de considération de l'acte d'achat ». Selon Alice DESPREZ, une des élèves, « l'achat public est en train de devenir une politique fonctionnelle à part entière au même titre que les relations humaines ou les finances par exemple ».

L'optimisation des politiques d'achat n'est pas l'objet exclusif des structures locales. L'Etat donne l'exemple avec la Délégation pour la Modernisation de la Gestion Publique et des Structures de l'Etat qui a pour but de « **réduire d'au moins 8% les dépenses d'achats de l'Etat** »⁸⁴. François-Daniel MIGEON, directeur de cette délégation explique : « en cette période de rigueur, la fonction achat s'est parée d'un nouvel éclat aux yeux des gestionnaires : l'éclat des économies potentielles qu'elle renferme. Dans ce domaine, les administrations ont semble-t-il des progrès à faire et une marge de manœuvre fort intéressante en matière de réduction des coûts ». Il pilote le projet OPACHE : Optimisation des Politiques d'Achats de l'Etat. Les ministères initialement concernés étaient : l'Equipement, l'Agriculture, l'Ecologie, la Santé, le Travail et les services du premier ministre. Depuis, d'autres ont décidé d'adhérer à la démarche comme les ministères de la Justice et de l'Intérieur. Enfin, le ministère de la Défense et celui de l'Education nationale s'y intéressent également.

A propos des petites et moyennes communes, les projets sont moins spectaculaires mais des évolutions sont bien en train de s'opérer. Prenons **l'exemple de la mairie d'Oullins** (25 000 habitants, Rhône) qui est une des cinquante cinq communes membres de la Communauté Urbaine de Lyon, Le Grand Lyon.

C'est l'émergence progressive du droit des marchés publics qui a fait prendre conscience à la collectivité de la spécificité de ce domaine par rapport aux missions d'un service juridique classique. Un service marchés publics, entité distincte du service juridique a, dans cette mesure, été créé. Ce service a pour vocation de mettre en œuvre les procédures de marchés publics pour tous les services qui concluent des contrats. Dans les faits, le service travaille en très grande partie avec la direction des services techniques. Cette dernière conclut 70% des marchés publics de la commune qui sont des marchés publics de travaux. De cette manière, le service marchés publics est un rouage essentiel de la mise en œuvre des projets d'investissement de la commune.

Ainsi, dans un premier temps, la ville d'Oullins s'est assurée que ses projets d'investissement soient mis en œuvre conformément aux réglementations en vigueur en se dotant d'un service spécialisé.

Dans un deuxième temps, c'est l'adoption du décret de 7 janvier 2004 et la création des MAPA, qui a conduit la commune à entamer une réflexion concernant les achats inférieurs à 230 000 euros. Le service marchés publics a joué un rôle de conseil et d'expertise auprès des élus. Ces derniers ont finalement choisi d'adopter un guide de procédures internes pour ses MAPA.

⁸³ Sandrine DYCKMANS, La politique d'achat de 25 organismes publics passée au crible, www.achatpublic.com, 17/12/2004

⁸⁴ Sandrine DYCKMANS, François-Daniel MIGEON, directeur de la DMGPSE : "pour faire des économies, l'optimisation des achats est un levier à retour rapide et sans conséquences sociales", www.achatpublic.com, le 31/03/2005

II. Une nouvelle organisation de l'acte d'achat des communes inspirée des pratiques privées

Cette solution ne fait pas l'unanimité chez les praticiens car certains dénoncent la rigidité qu'elle peut engendrer alors même que le Code de 2004 a pour objectif d'assouplir les procédures. Toutefois, les élus ont préféré cette possibilité. Il s'agissait ensuite de déterminer comment il était possible d'optimiser les opportunités offertes par le Code en prévenant les risques, compte tenu des modalités spécifiques de fonctionnement de l'administration locale. Le rôle respectif des élus et des fonctionnaires a aussi fait l'objet d'une attention particulière.

Cette étape a mis en évidence les faiblesses de l'organisation alors en vigueur. En effet, le recensement précis des besoins de la collectivité s'est avéré une opération délicate car les informations étaient éparpillées entre chaque service. Cet état de fait mettait la collectivité dans une situation inconfortable alors même que le Code exige la détermination de familles homogènes d'achat ou constituant une unité fonctionnelle au sens de son article 27.

Ainsi, le rôle transversal du service des marchés publics comme pôle d'appui technique et juridique dans la mise en œuvre des marchés de l'ensemble des services de la commune s'est trouvé quelque peu remis en question. L'établissement du diagnostic de la structure d'achat au sein de la collectivité a mis en lumière l'absence totale d'information du service des marchés publics sur les achats effectués par les différents services.

De plus, la politique d'achat n'était soumise à aucun contrôle de gestion en interne.

La question du devenir du service des marchés publics et du rôle qu'il devait jouer suite à la réforme du Code des marchés publics s'est alors posée avec acuité. Même si plusieurs pistes sont envisagées, un dénominateur commun est toujours présent, celui de développer la fonction « achat ». Celle-ci serait davantage tournée vers le volet économique et concernerait les achats de fonctionnement de l'ensemble des services municipaux, en opposition avec les achats d'investissement qui concernent majoritairement les services techniques. Un contrôle de gestion de cette fonction serait alors mis en œuvre pour optimiser au mieux les achats de la ville.

Dans la droite ligne de ces préoccupations, le stage que j'ai effectué au sein du service marchés publics de la mairie d'Oullins⁸⁵ avait pour objet le recensement des besoins de la collectivité concernant certains axes déterminés comme prioritaires par la direction générale.

Ces axes prioritaires sont les suivants :

- les fournitures de bureau
- le mobilier de bureau
- les vêtements de travail
- les denrées alimentaires liées à l'activité « Fêtes et cérémonies »
- les fleurs liées à l'activité « Fêtes et cérémonies »

⁸⁵ Stage de 13 semaines, mai-août 2005, Master professionnel Management du secteur public : collectivités et partenaires, IEP de Lyon

- les photocopieurs, télécopieurs
- le papier, les enveloppes,...
- les livres de la bibliothèque municipale

Pour chaque axe prioritaire, une fiche spécifique a été constituée avec pour objectif de mettre en évidence à la fois :

- les montants TTC des fournitures consommées en 2003 et 2004
- le service gestionnaire, premier consommateur
- le fournisseur le plus sollicité

Afin d'éclairer encore davantage la collectivité sur ses achats, des tableaux comparatifs service gestionnaire / fournisseur ont aussi été réalisés pour certaines fournitures lorsque cela s'est avéré opportun.

Des informations complémentaires relatives aux particularités de certains biens et à la politique choisie par la direction générale ont également été mis en évidence lorsqu'il s'agissait d'éléments importants à prendre en compte dans le cadre de l'analyse des achats de la ville.

Les outils à partir desquels ont été extraites les données suivantes sont :

- le logiciel Sedit Marianne Finances
- les tableaux Excel " Base de données budget général" et "Suivi analyse investissement" du service Finances
- le logiciel Editions budgétaires

La nomenclature en présence est l'instruction M14.

Cet état des lieux a permis à la direction générale d'avoir pour la première fois une estimation précise des achats de la ville concernant ces axes.

Le service marchés publics en collaboration avec les services concernés étudie actuellement les options qui s'ouvrent à lui quant aux procédures à appliquer pour ces achats conformément aux nouvelles dispositions du Code. Ils prendront, pour la plupart, la forme de marchés passés selon une procédure adaptée même si le recours à une centrale d'achat comme l'UGAP semble aussi retenir l'attention concernant notamment le mobilier de bureau. La forme des marchés à bons de commande est une solution adéquate pour les fournitures concernées. La négociation s'avère un outil opportun à utiliser notamment pour les marchés de livres qui nécessitent un dialogue étroit avec les éditeurs.

Pour compléter ces exemples, attardons-nous sur le cas de la ville de Cholet (54 204 habitants, Maine-et-Loire) qui est particulièrement en avance quant au management de ses achats. En effet, « **la collectivité est certifiée ISO 9001 depuis 2000 sur l'ensemble de la réalisation de l'achat public** »⁸⁶. L'objectif de la norme 9001 est « **d'aider les organismes publics ou privés à s'organiser de façon optimale afin de garantir en permanence la satisfaction des besoins de leurs usagers ou de leur**

clientèle »⁸⁷. « Elle repose sur les huit grands principes de management suivants : orientation client, leadership, implication du personnel, approche processus, management par approche système, amélioration continue, approche factuelle pour la prise de décision, relations mutuelles bénéfiques avec les fournisseurs ». C'est le chapitre 7 de cette norme qui est relatif aux achats.

Une dynamique est en marche dans un certain nombre de structures. Pour être couronnée de succès, elle nécessite l'adhésion du plus grand nombre et le soutien total de la direction et des élus. Les multiples facettes de l'achat doivent être parfaitement maîtrisées par les acteurs locaux. L'application de pratiques émanant du privé est une aide précieuse pour devenir performant dans ce domaine.

2. Les pratiques privées au service d'un achat public efficace

a. La professionnalisation de la fonction d'acheteur public local

La mise en œuvre d'une politique d'achat cohérente et efficace est possible seulement si un agent est chargé de piloter la démarche et qu'il est soutenu par sa hiérarchie. En effet, celle-ci engendre des évolutions qui sont plus ou moins bien accueillies au sein de la collectivité. Un discours clair des élus à ce sujet doit permettre de réunir la majorité des agents à la cause.

Se dessine donc une véritable profession d'acheteur dans les collectivités qui peut être comparée aux acheteurs du secteur privé. Cette tendance se vérifie de plus en plus comme l'illustre le titre d'un article de la Gazette des communes, des départements et des régions daté du 11 avril 2005 : « **L'irrésistible ascension des acheteurs territoriaux** »⁸⁸. Selon cet article, « le métier d'acheteur apparaît essentiel au sein des collectivités. Depuis les réformes du Code des marchés publics, ce poste est devenu plus économique et plus stratégique ».

Il a commencé à se développer au sein des collectivités territoriales il y a une dizaine d'années mais « c'est depuis quatre ans environ qu'il connaît un véritable essor ».

La mission exige des connaissances précises. Signe que cette fonction se professionnalise les formations proposées par le Centre national de la fonction publique territoriale (CNFPT) et l'Association des acheteurs des collectivités territoriales (AACT) se multiplient. Le slogan de cette association est d'ailleurs : « **L'achat, un métier gagnant** »⁸⁹.

⁸⁶ Delphine GERBEAU, Maud PARNAUDEAU, Dossier Marchés publics : vers un achat plus efficace, La Gazette des communes, des départements et des régions N°26/1796 du 27/06/2005, p 28

⁸⁷ Dominique LEGOUGE, Guide pratique du nouveau code des marchés publics, Deuxième édition, Editions d'Organisation, février 2004, p 292

⁸⁸ Catherine PETILLON, L'irrésistible ascension des acheteurs territoriaux, La Gazette des communes, des départements et des régions N°15/1785 du 11/04/2005, p 64

Dans les petites et moyennes communes, cette fonction est souvent liée à celle de la passation des marchés publics comme pour la mairie de Chambray-lès-Tours (10 576 habitants, Indre et Loire) qui a recruté, Laurence LECLERCQ, en tant que responsable des achats et des marchés publics.

Les compétences de l'acheteur sont de plusieurs ordres : « un acheteur est avant tout un caméléon, estime Jean-Marie HERON, directeur des services techniques de la ville d'Etréchy (6 104 habitants, Essonne) et vice-président de l'AACT. **Il doit à la fois tenir compte du Code des marchés et connaître le terrain économique local** ».

Une véritable collaboration est nécessaire avec les agents de la commune. L'acheteur a donc une place particulière dans la collectivité. Laurence LECLERCQ explique : « avant d'en arriver aux achats, il y a les contacts avec les autres agents. Ils me parlent des produits qu'ils utilisent et j'acquiers des connaissances techniques que je n'avais pas au départ ». Ainsi, **l'installation d'un service des achats a une fonction de centralisation**. Les agents sont mis au tour d'une table et expriment leurs besoins qui peuvent être communs avec ceux d'autres services ce qui permet ensuite de globaliser les achats. Cette démarche favorise « les contacts avec les services et les échanges d'information et finalement un fonctionnement transversal ».

L'acheteur doit être en mesure de prouver à sa collectivité que la mise en œuvre d'une politique d'achat est indispensable. Première étape indispensable, les élus doivent adhérer à ce projet. L'acheteur, en tant qu'**expert technique**, explique le contexte et met en évidence les enjeux de cette démarche pour la collectivité. Des qualités de **pédagogue** sont requises afin que l'auditoire soit réceptif. Il faut donc savoir vulgariser la matière et tirer l'essentiel. Des données fiables et des éléments factuels peuvent appuyer l'argumentation et favoriser le dialogue. Un diagnostic de l'existant est donc le préalable indispensable. Il est aussi nécessaire d'appliquer, au contexte particulier de la commune, les différents scénarios possibles et les conséquences qui en découlent.

Le choix politique marque alors le début de la collaboration avec les services pour donner forme, de manière concrète au projet. Là encore, pédagogie, capacités de synthèse et de conviction sont indispensables à l'acheteur public pour la réussite de la démarche.

La spécificité de la fonction d'acheteur public est de plus en plus reconnue. L'idée selon laquelle un statut particulier doit lui être conféré commence à germer. L'association des acheteurs des collectivités territoriales (AACT) serait favorable à l'établissement d'une filière spécifique pour le métier d'acheteur. « **C'est un métier particulier qui n'est pourtant pas enseigné en tant que tel, souligne Christian Durant, président de**

⁸⁹ *L'Association des Acheteurs des Collectivités Territoriales (AACT) est une association de type loi 1901, créée en 1992 en partenariat avec La Gazette des Collectivités. Elle a pour but de favoriser les échanges et réflexions entre acheteurs des Collectivités Territoriales (communes, départements, régions et établissements publics territoriaux) en vue d'optimiser le métier d'acheteur public. L'association compte aujourd'hui 350 collectivités adhérentes dans toute la France et DOM-TOM de strates démographiques diverses : Communes, Conseils Généraux et Régionaux, OPAC ou OPHLM, SDIS, Communautés d'Agglomération, Communautés de Communes Marc FALIZE est l'actuel Président de l'A.A.C.T www.aact.asso.fr*

l'AACT formation-expertise. Il n'y a pas de cursus défini comme dans le social ou le sport, pas de modalités pour l'organisation de stages »⁹⁰. Certains souhaiteraient alors qu'il soit rattaché à la filière technique, d'autres, à la filière administrative.

Du point de vue des concours de la fonction publique territoriale, « aucune épreuve ne repose actuellement sur les connaissances liées à ce secteur ». En effet, certains praticiens souhaiteraient « ***la création d'un cadre d'emploi idoine*** »⁹¹. D'autres au contraire sont contre cette hypothèse comme Dominique LEGOUGE⁹² qui préfère parler de la question du grade (ou de son assimilation lorsqu'il s'agit d'un contractuel) et de l'indice de rémunération qui lui est rattaché. Selon lui, « un acheteur doit avoir au minimum un statut de catégorie A ». Une autre suggestion est émise : le fait « d'accorder à l'acheteur un régime indemnitaire particulier et attractif en raison des responsabilités financières et juridiques de la profession ».

Ces nouvelles préoccupations illustrent la professionnalisation de la fonction achat dans les collectivités. Se fut aussi le cas au milieu des années 90 dans les entreprises privées « ***où, l'acheteur a progressivement gagné du galon, grimant les échelons de la hiérarchie, et devenant un manager chargé de définir et de réfléchir à la politique d'achat, un expert impliqué en amont dans tous les projets de l'entreprise*** »⁹³. Du reste, le secteur privé est une source d'inspiration des bonnes pratiques, comme nous allons maintenant le justifier.

b. Le recours à des techniques auparavant exclusivement limitées au secteur privé

La lecture de la circulaire d'application du Code de 2004 donne le ton : l'acheteur public est un « opérateur économique avisé utilisant sa **connaissance du marché** et ses capacités de **négoçiation** pour obtenir le résultat le moins coûteux et garantir ainsi le bon usage des deniers publics dont il a la responsabilité ». De plus, « ***la cohérence économique de l'achat ne prend de sens que si l'on intègre un réel contrôle de la performance globale du marché prenant en compte à la fois la qualité de l'exécution de la prestation et les coûts de gestion, de maintenance ou encore les économies réalisées*** »⁹⁴

Il est loin le temps où l'emploi des mots « efficacité », « performance » était

⁹⁰ Catherine PETILLON, *L'irrésistible ascension des acheteurs territoriaux*, La Gazette des communes, des départements et des régions N°15/1785 du 11/04/2005, p 64

⁹¹ Jean-Marc BINOT, *l'achat un métier gagnant ?*, www.achatpublic.com, le 01/09/2004

⁹² Directeur d'hôpital, formateur et auteur de nombreux ouvrages sur l'achat public

⁹³ Jean-Marc BINOT, *Du responsable des marchés au manager des achats : la métamorphose est en marche*, www.achatpublic.com, le 01/09/2004

⁹⁴ *Introduction de la circulaire d'application du Code des marchés publics, circulaire du 8 janvier 2004 du Ministre de l'économie, des finances et de l'industrie et du Ministre délégué au budget et à la réforme budgétaire*

réservé au secteur privé.

L'introduction de ces notions issues du privé est une révolution en matière d'achat public. Son succès se base sur les aptitudes des acheteurs publics locaux à maîtriser ces nouvelles techniques. Selon la circulaire d'application du Code, ce dernier fait « un pari sur l'intelligence et la responsabilité de l'ensemble [des] acheteurs publics afin qu'ils prennent mieux en compte les notions d'efficacité et de performance économique ».

Plusieurs axes sont ainsi mis en valeur et constituent une évolution des pratiques. Nous évoquerons ici les techniques qui se distinguent de la procédure de passation des marchés publics en tant que telle. Ainsi, la négociation, qui a déjà fait l'objet d'un développement dans ce présent document, ne sera pas de nouveau traitée. Il ne s'agit pas, pour autant, de minimiser l'importance de cette technique qui est au centre des achats dans le privé.

Nous allons en distinguer trois :

- La connaissance du marché
- la détermination d'un projet stratégique
- l'évaluation de la politique d'achat menée grâce au contrôle de gestion

La connaissance du marché

En complément d'une connaissance précise de ses achats, **la collectivité doit connaître et gérer ses fournisseurs dans le cadre d'une fonction achat efficace**. Le cadre réglementaire antérieur au Code de 2004 cantonnait l'acheteur public à son bureau. Toute relation avec des fournisseurs était à l'origine de soupçons potentiels. Aujourd'hui, la relation acheteur public/fournisseurs semble plus équilibrée grâce à cette nouvelle souplesse.

Développer sa connaissance du marché, c'est avant tout **porter une attention particulière à ses fournisseurs actuels**. Yves JONCOUR et Pascal PENAUD, auteurs de l'ouvrage « L'achat public : optimiser la fonction achat-approvisionnement dans le secteur public »⁹⁵ nous éclaire sur les questions⁹⁶ à se poser. Quelle est la répartition des achats par fournisseurs ? Quels sont les fournisseurs les plus importants ? Il est ensuite possible de concentrer sur eux les analyses et les actions de connaissance et de suivi. « Ces informations peuvent aussi être croisées avec la répartition par service acheteur, par service utilisateur ou par nature de bien en fonction de la typologie utilisées par l'organisme ». C'est ainsi que « des produits vus comme différents par l'organisation qui achète peuvent être en fait fournis par le même segment du marché fournisseurs ».

Concernant les petites et moyennes communes, la réalisation de tableaux à double entrée « services gestionnaires acheteurs / fournisseurs sollicités » pour chaque type d'achat significatif est une source intéressante d'informations pour les élus. Ces derniers

⁹⁵ Yves JONCOUR, Pascal PENAUD, L'achat public : optimiser la fonction achat-approvisionnement dans le secteur public, Editions d'organisation, 2000, p 77

⁹⁶ Voir aussi en annexes l'autoquestionnaire du responsable des achats relatif aux fournisseurs extrait de l'ouvrage cité ci-dessus

II. Une nouvelle organisation de l'acte d'achat des communes inspirée des pratiques privées

se rendent compte, de cette manière, que leur collectivité fait appel à de multiples fournisseurs pour des biens de même nature, en dehors de tout marché public et sans aucun souci de rationalité.

De la même façon, cet outil permet de mettre en évidence les fournisseurs qui sont sollicités par un grand nombre de services de la mairie.

Dans cette démarche, Yves JONCOUR et Pascal PENAUD conseillent aux acheteurs publics de constituer des **bases de données sur les fournisseurs** avec qui la commune a déjà contracté des marchés (informations sur les marchés, garanties professionnelles et financières, relations entretenues...) mais aussi de **se déplacer dans les salons professionnels**.

La collectivité doit aussi multiplier les sources d'information pour **repérer des fournisseurs potentiels**. Une approche de type « benchmarking », c'est-à-dire un échange de compétences et d'information, est possible avec des acheteurs qui sont concernés par les mêmes types d'achat. La confrontation des expériences est toujours bénéfique.

L'outil Internet permet à un nombre de plus en plus grand d'entreprises d'avoir une vitrine sur les produits et les services qu'elles proposent. La collectivité est alors en mesure d'obtenir des informations.

Concernant le produit en lui-même, il est nécessaire de suivre les innovations technologiques marquantes dans les domaines qui intéressent directement la collectivité.

De façon globale, **la relation acheteur/fournisseur doit être gérée dans la durée sans se limiter à la seule phase de passation**. Il est favorable que soit institué un échange personnalisé entre l'acheteur et un interlocuteur précisément défini de l'entreprise. L'acheteur pourra répondre aux interrogations du fournisseur ce qui permettra d'améliorer la prestation. L'accueil et la réception des fournisseurs ne sont pas à laisser au hasard. Le choix du bon interlocuteur est important pour que la relation se fonde sur des bases solides. De la même manière, **la recherche d'un raccourcissement des délais de mandatement et de paiement des fournisseurs permet d'assainir les relations**. Rappelons que « **le délai global de paiement d'un marché public ne peut excéder 45 jours** »⁹⁷. Il s'agit d'un point sensible pour les entreprises dont l'activité est conditionnée par ces sources de revenu.

Il est essentiel que la collectivité se fasse apprécier par ses fournisseurs car de cette manière ils vont lui accorder une attention d'autant plus grande. Un échange réussi se solde par un partage de gains entre les deux parties.

La détermination d'un projet stratégique

Les achats de fournitures courantes des collectivités sont aujourd'hui « **une nouvelle source de performance** »⁹⁸. **Rechercher une rationalisation de ces achats est un**

⁹⁷ Article 96 du CMP

⁹⁸ Christophe BELLEUVRE, Frédéric PETIT et Xavier LOEFFEL : les achats sont une nouvelle source de performance, www.achatpublic.com, 23/06/2005

véritable choix stratégique. Des résultats qualitatifs et financiers sont rapidement envisageables au bénéfice du fonctionnement global de la collectivité.

Yves JONCOUR et Pascal PENAUD distinguent plusieurs objectifs permanents et transversaux qui sont la toile de fond d'une fonction achat efficace.

Première ligne de conduite, **tendre à une adéquation entre les achats réalisés et les besoins exprimés des services utilisateurs.** Le souci permanent de la fonction achat est d'améliorer sans cesse le service rendu aux services utilisateurs internes. Ceci en concordance avec le choix de la direction générale de la mairie de donner la priorité soit à la réduction des coûts soit à l'apport qualitatif aux usagers.

La globalisation de la demande est un second point important car elle est synonyme de conditions d'échange davantage attrayantes (service rendu, prix préférentiels,...). Elle comporte trois volets d'analyse :

- regrouper dans le temps les achats de même nature : *agrégation*
- regrouper les achats même s'ils sont effectués par des acheteurs ou par des utilisateurs différents : *coordination*
- standardiser les biens achetés de manière à ne pas fragmenter le marché que représente l'organisme : *standardisation*

Cette démarche met en exergue les enjeux d'une bonne maîtrise de la programmation des achats à laquelle l'acheteur public doit aspirer.

La rationalisation des coûts du processus d'achat est une troisième source de préoccupations. La multiplication du nombre de petits fournisseurs (montant marginal des achats faits par la collectivité à ces fournisseurs) ainsi que du nombre de petites commandes est définitivement à proscrire. Les coûts qui y sont rattachés ne sont pas proportionnels aux sommes en jeu.

La mise en œuvre opérationnelle de ces objectifs est possible concrètement en définissant des buts intermédiaires réalisables sur le moyen terme.

L'évaluation de la politique d'achat menée grâce au contrôle de gestion

Les rédacteurs du Code souhaitent l'introduction d'un « **réel contrôle de la performance globale du marché** »⁹⁹. Ainsi, entre en jeu une pratique jusqu'alors cantonnée aux entreprises privées : le contrôle de gestion.

La problématique du contrôle de gestion s'est développée au début des années 1970 dans le secteur public. Il vise à « **l'optimisation des moyens et des résultats, en fonction d'objectifs prédéterminés tout en s'assurant de la satisfaction des usagers** »¹⁰⁰. Il s'agit d'un **outil de pilotage qui a pour ambition de contrôler la mise en œuvre de la stratégie suivie par la collectivité.**

⁹⁹ Introduction de la circulaire d'application du Code des marchés publics, circulaire du 8 janvier 2004 du Ministre de l'économie, des finances et de l'industrie et du Ministre délégué au budget et à la réforme budgétaire

¹⁰⁰ Yves JONCOUR, Pascal PENAUD, *L'achat public : optimiser la fonction achat-approvisionnement dans le secteur public*, Editions d'organisation, 2000, p 241

II. Une nouvelle organisation de l'acte d'achat des communes inspirée des pratiques privées

Le contrôle de gestion de la fonction achat est aujourd'hui encore à la discrétion des équipes de direction des collectivités. Néanmoins, on constate que le secteur public s'approprie de plus en plus cette pratique. C'est ainsi que le contrôle de gestion s'inscrit comme un des outils de la Réforme de l'Etat.

Un groupe de travail interministériel, issu du réseau « amélioration de la gestion publique » et animé par la Délégation interministérielle à la Réforme de l'Etat (DIRE) a rédigé entre janvier et juin 2002 un ouvrage méthodologique sur le contrôle de gestion ¹⁰¹ qui a été diffusé à l'ensemble des administrations de l'Etat. Face à la demande, des CD-ROM ont ensuite été réalisés et diffusés en février 2003. En parallèle, les ministères ont rédigés, au printemps 2002, des plans de développement et de généralisation du contrôle de gestion.

Le contrôle de gestion recouvre concrètement un certain nombre de champs et d'éléments constitutifs. On classe couramment les méthodes et les outils du contrôle de gestion selon les quatre domaines d'intervention :

- l'analyse des coûts
- les techniques de planification et les outils budgétaires
- les indicateurs et les tableaux de bord
- l'analyse comparative

L'ensemble de ces points ne fera pas l'objet d'un développement dans le cadre de cette étude. Il est surtout intéressant d'aborder plus précisément l'une de ces méthodes afin d'appréhender ce qu'elle peut apporter à la collectivité. Par exemple, de quelles manières la réalisation de tableaux de bord peut s'avérer être un outil adéquat dans un objectif de rationalisation des achats des fournitures courantes ?

Le tableau de bord :

Le tableau de bord est « **un instrument d'aide à la décision, synthétique et de court terme, recensant des indicateurs hiérarchisés centrés sur l'atteinte d'objectifs quantitatifs et qualitatifs** » ¹⁰² .

Chaque commune doit réaliser son propre tableau de bord en matière d'achat, il n'y a pas de tableau de bord-type. De plus, il est primordial que son champ ne se limite pas à la seule procédure de passation des marchés publics. C'est l'ensemble de la fonction achat qui doit faire l'objet de cette analyse. C'est-à-dire les étapes suivantes :

- la définition des besoins
- le choix du mode de consultation
- le marketing fournisseur

¹⁰¹ www.fonction-publique.gouv.fr/communications/guides/cntrl_gestion/sommaire.htm

¹⁰² Yves JONCOUR, Pascal PENAUD, *L'achat public : optimiser la fonction achat-approvisionnement dans le secteur public*, Editions d'organisation, 2000, p 252

- la passation des commandes et des marchés
- le choix du fournisseur
- les modalités d'approvisionnement
- le stockage et la distribution
- la gestion de l'achat
- la satisfaction des services
- le respect de la politique d'achat

L'évaluation de la performance de la politique d'achat menée est possible en réalisant une matrice objectifs/indicateurs.

Yves JONCOUR et Pascal PENAUD présentent les objectifs opérationnels d'un tableau de bord ¹⁰³ appliqué à la direction des moyens généraux d'une collectivité territoriale.

L'application de pratiques privées semble être la réponse adéquate à la volonté du Code de parvenir à une optimisation des achats d'un point de vue économique. Pourtant, des nuances doivent être apportées. Les particularités des structures publiques et d'autant plus des petites et moyennes communes rendent parfois difficiles la mise en œuvre concrète de cette démarche.

¹⁰³ Yves JONCOUR, Pascal PENAUD, L'achat public : optimiser la fonction achat-approvisionnement dans le secteur public, Editions d'organisation, 2000, p 260

III. A la recherche d'une gestion optimale d'un point de vue économique : entre difficultés et innovations

A. Les obstacles à une dynamique de changement

1. Une difficile adaptation entre le cadre juridique lourd et contraignant de l'achat public et l'application de pratiques privées

a. Le retard des petites et moyennes communes en la matière

Les petites et moyennes collectivités sont, de manière générale, assez, voire très en retard concernant la prise en charge économique de leurs achats comparé aux collectivités de plus grande importance. C'est le sentiment que partage Christian DEBIEVE, consultant en management de l'achat public¹⁰⁴. Dans le cadre de sa fonction de formateur du CNFPT, il constate que dans beaucoup de petites communes « la cartographie des achats de fournitures et de services homogènes » est une

problématique qui, « en général, n'a pas été envisagée ». Et, « dans huit cas sur dix, la nomenclature de 2001 n'a laissé aucune trace et suscité aucun début de recensement interne des achats ». Selon lui, « les agents souffrent d'isolement dans la prise de décision ». Ils sont à la recherche « de méthodes simples et de procédures types, adaptables à tous leurs achats ».

Certaines dispositions du Code général des collectivités territoriales (CGCT) semblent avoir été passées à la trappe comme la possibilité de déléguer au maire les décisions relatives aux achats de faibles montants. En effet, l'article L. 2122-22 du CGCT prévoit que le conseil municipal peut donner délégation au maire pour « *prendre toute décision concernant la préparation, la passation, l'exécution et le règlement des marchés de travaux, de fournitures et de services qui peuvent être passés sans formalités préalables en raison de leur montant, lorsque les crédits sont inscrits au budget* ». Cette possibilité, qui permet davantage de réactivité et de souplesse, n'est pas utilisée « dans près de 30% des cas » selon Christian DEBIEVE.

Plus grave, certaines petites collectivités ne répondent toujours pas à l'obligation d'une comptabilité d'engagement des dépenses conformément à l'article L2342-2 du CGCT et à l'arrêté du 26 avril 1996 pris en application¹⁰⁵. Concrètement, toute dépense doit faire l'objet d'un engagement inscrit dans la comptabilité municipale puis d'un mandatement sur présentation de facture à l'issue d'un service effectué. Selon l'arrêté du 26 avril 1996 : « l'engagement juridique est l'acte par lequel la collectivité ou l'établissement public crée ou constate à son encontre une obligation de laquelle résultera une charge. Il doit rester dans les limites des autorisations budgétaires. Le contrôle de la disponibilité des crédits est opéré lors de l'engagement comptable, qui est préalable ou concomitant à l'engagement juridique.

La comptabilité des dépenses engagées concerne l'ensemble des crédits votés de l'exercice ; elle est tenue au minimum au niveau de vote des crédits budgétaires déterminé par l'assemblée délibérante.

Lors de la liquidation de la dépense, il est procédé au contrôle du montant de l'engagement initial ; si celui-ci s'avère insuffisant, il y a lieu de prendre un engagement complémentaire permettant le paiement de la dépense dans la limite des crédits budgétaires ouverts ; s'il est supérieur à la dépense liquidée, il est réduit à due concurrence ».

La France métropolitaine compte 31 927 communes qui ont moins de 2 000 habitants regroupant 25,3% de la population totale¹⁰⁶. L'organisation de ces structures reste très sommaire. Elles ne possèdent pas assez de personnel pour mettre en œuvre dans de

¹⁰⁴ Christian DEBIEVE, consultant en management de l'achat public : « Ne faudrait-il pas adapter la procédure adaptée aux petites communes ? », www.achatpublic.com, le 10/03/2005

¹⁰⁵ Arrêté interministériel du 26/04/1996 relatif à la comptabilité de l'engagement des dépenses des communes, des départements, des régions et de leurs établissements publics pris pour l'application des articles L2342-2, L3341-1 et L4341-1 du Code général des collectivités territoriales publié au JO « Lois et Décrets » du 31/05/1996, p 8102

¹⁰⁶ source : wikipedia.fr

bonnes conditions et dans un délai raisonnable les nouvelles dispositions réglementaires et législatives.

On constate une évolution à deux vitesses. Les petites et moyennes communes restent en retrait.

b. Une application encore insatisfaisante des avancées du Code dans la pratique

Le Code de 2004 a apporté des outils aux collectivités afin d'améliorer les échanges que ces dernières entretiennent avec les entreprises privées. Dans la pratique, l'avancée ne se généralise pas aisément. Il semble que la nouveauté de ces outils engendre des inquiétudes quant à leur utilisation. Notamment, les agents ne maîtrisent pas encore la technique de la **négociation**. Celle-ci nécessite un véritable apprentissage pour en maîtriser les rouages. De plus, la création des **MAPA** est plus ou moins bien accueillie par les entreprises privées.

La négociation, une chance qui n'est pas saisie

Le relèvement des seuils des procédures formalisées à 230 000 euros HT pour les collectivités territoriales étend le champ d'application de la procédure négociée. Elle s'oppose à l'appel d'offre pour lequel l'offre est remise une fois pour toute, *ne varietur*. Selon Thierry BEAUGE et Olivier FROT, consultants et formateurs dans le domaine des achats¹⁰⁷, la procédure négociée constitue une « chance offerte par cette nouvelle réglementation ». « C'est la possibilité de négocier avec les fournisseurs, de leur permettre en conséquence de remettre une nouvelle offre améliorée, d'aboutir à un bon niveau d'adéquation entre l'offre et la demande. En somme, acheter le juste nécessaire ». Ils regrettent que « cette chance, qui devrait aboutir à des économies substantielles, ne [soit] pratiquement pas saisie ».

Utiliser cette pratique, c'est s'éloigner des sentiers battus des procédures formalisées ce qui fait peur à l'acheteur public. Deux blocages expliquent ces inquiétudes.

La négociation est en opposition avec le cadre traditionnel des marchés publics, l'acheteur public doit intégrer les étapes et les techniques de cette démarche.

Cet apprentissage est d'autant plus délicat étant donné le contexte pénal lié au délit de favoritisme. Les marchés négociés ne font pas l'objet d'un cadre strictement défini. Une traçabilité minutieuse de la procédure suivie est ainsi indispensable. Il faut pouvoir justifier que les candidats ont été traités de façon transparente et équitable.

L'effet pervers du cadre réglementaire des MAPA

De façon générale, les entreprises jugent les acheteurs publics trop timorés. « **Les villes ne prennent plus aucun risque. Elles organisent des consultations lourdes pour des sommes dérisoires** »¹⁰⁸ déplore Luc LEBRAS, chef des ventes pour la société

¹⁰⁷ Thierry BEAUGE, Olivier FROT, Va-t-on vers un échec de la réforme du code 2004 ?, www.achatpublic.com, 04/11/2004

¹⁰⁸ Sandrine DYCKMANS, *Les fournisseurs jugent les collectivités encore trop timorées*, www.achatpublic.com, 04/07/2005

Ludoparc.

Un point important est ici soulevé. La souplesse apportée par le Code a donné une marge de liberté et de responsabilité aux acheteurs publics. Mais cette avancée a eu pour effet pervers de compliquer encore davantage les choses. Le relatif vide juridique a fait peur aux collectivités qui se sont empressées de fixer leurs propres règles internes afin de se prémunir du risque pénal. Aujourd'hui, le formalisme est davantage présent et chaque commune suit ses propres règles internes. Les entreprises éprouvent des difficultés à s'orienter dans cette nouvelle complexité.

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

109

Pascal DEGOUY, président de la société éponyme dont la quasi-totalité de l'activité concerne le secteur public partage ce point de vue : **« malgré le décret sur les 4 000 euros, certaines collectivités, pas toutes évidemment, ont injecté du formalisme là où il n'y en avait pas auparavant et où on avait l'habitude de répondre très rapidement, avec un devis. Du coup les services des marchés sont engorgés et nous n'avons plus nos interlocuteurs habituels pour ces achats »**¹¹⁰.

Les élus des petites et moyennes communes se contraignent à un formalisme très strict comparé à ce qui est effectivement exigé par le Code pour se protéger juridiquement. Ces préoccupations sont difficilement conciliables avec la recherche d'efficacité économique.

La création d'un **règlement interne pour les MAPA** est inéluctablement à l'origine de lourdeurs supplémentaires. Les seuils adoptés se révèlent, dans la pratique, souvent trop rigides. Thierry BEAUGE et Olivier FROT mettent en garde les communes sur les méfaits de cette « hyper réglementation ». **« On en fait plus que nécessaire : trois devis de 1 euro à 3 000, quand les textes vont permettre un seul devis en dessous de 4 000 euros, de 3 000 à 10 000 euros, publicité alors que le manuel d'application du Code autorise, pour les marchés de très faible montant, la mise en concurrence de plusieurs prestataires comme constituant en elle-même un élément de publicité »**¹¹¹.

De plus, certaines communes font **intervenir la commission d'appel d'offres dans le cadre des MAPA** ce qui n'est pas sans prolonger les délais des procédures. L'effet recherché est là encore une sécurité juridique. En effet, selon les élus, la transparence des marchés passés par la mairie sera plus difficilement remise en cause si les décisions sont prises collégalement par une instance où est représentée l'opposition municipale.

Enfin, un certain nombre de communes **transfèrent au contrôle de légalité leurs**

¹⁰⁹ Illustration tirée du site www.achatpublic.com

¹¹⁰ Sandrine DYCKMANS, *Les fournisseurs jugent les collectivités encore trop timorées*, www.achatpublic.com, 04/07/2005

¹¹¹ Thierry BEAUGE, Olivier FROT, *Va-t-on vers un échec de la réforme du code 2004 ?*, www.achatpublic.com, 04/11/2004

MAPA alors qu'elles sont dégagées de cette obligation par la loi du 11 décembre 2001, loi portant mesures urgentes de réformes à caractère économique et financier (MURCEF)¹¹²

Ce sujet a fait l'objet d'une question écrite de Jean-Claude CARLE (groupe UMP) au ministre de l'économie qui a répondu en ces termes : « **Il convient sur ce point de respecter la loi MURCEF dans la combinaison des articles L. 2122-22 et L. 2131-2(4°) du code général des collectivités territoriales et d'exclure de l'obligation de transmission les marchés passés sans formalités préalables en raison de leur montant. En effet, l'absence de transmission de ces marchés répond aux objectifs de simplification et de clarification des procédures poursuivis aussi bien par la loi MURCEF que par le code des marchés publics et vise à éviter l'encombrement des services du contrôle de légalité** »¹¹³.

Concernant la mairie d'Oullins, jusqu'en mars 2005, les décisions du maire étaient envoyées en préfecture. Une circulaire de la préfecture du Rhône du 29 avril 2004 (n° 04-24) relative aux marchés d'un montant inférieur à 230 000 € HT a mis fin à cette pratique. Elle stipule : "Dans la perspective de la simplification administrative voulue par la réforme du Gouvernement et la volonté d'alléger les tâches matérielles à la fois des collectivités territoriales et des services préfectoraux, je vous demande d'inviter vos services à supprimer la transmission de ces marchés au contrôle de légalité."

L'hétérogénéité des pratiques des communes sème le trouble du côté des fournisseurs.

Par exemple, Michel LEBRUMENT, PDG de LGS ingénierie sécurité, un bureau d'étude qui emploie cinq salariés, se plaint du manque de clarté des MAPA. « Certaines collectivités font passer les marchés en commission d'appel d'offres, d'autres pas. Chacune a une interprétation différente des dispositions du Code, chacune a ses petites habitudes. Leur lecture dépend des individus, de ce qu'ils croient, de ce qu'ils pensent. Dans certains cas on constate une grande rigueur dans la sélection, dans d'autres cas, c'est complètement aléatoire »¹¹⁴.

Ainsi, la souplesse du Code a eu pour effet pervers dans la pratique de favoriser une hyper réglementation des pratiques. Ceci ne favorise pas la démarche économique de l'achat ne serait-ce que par les coûts engendrés par ce formalisme pointilleux.

2. Une évolution nécessaire mais délicate des pratiques vers la recherche de l'efficacité économique

¹¹² Loi n°2001-1168 du 11 décembre 2001, loi portant mesures urgentes de réformes à caractère économique et financier (MURCEF), Publication au JORF du 12 décembre 2001

¹¹³ Question écrite N° 05091 du 09/01/2003 page 105 de CARLE (Jean-Claude) du groupe UMP Réponse du Ministère de l'Economie publiée dans le JO Sénat du 10/04/2003 page 1240

¹¹⁴ Sandrine DYCKMANS, Les fournisseurs jugent les collectivités encore trop timorées, www.achatpublic.com, 04/07/2005

a. L'efficacité économique, un objectif qui demeure à la discrétion des élus locaux

Le Code des marchés publics régit les procédures de passation des marchés publics, soit le volet strictement juridique des achats. Son manuel d'application, la circulaire du 8 janvier 2004, expose de manière générale la volonté des rédacteurs du Code. **L'aspect économique de l'achat est clairement mis en exergue.** Il peut être regardé comme un fil conducteur que l'acheteur public doit suivre. **Pourtant, il s'agit bien d'un simple souhait. Toute initiative en ce sens est à la discrétion des acteurs locaux.** A l'heure actuelle, un achat réalisé en respectant les procédures des marchés publics est considéré comme un bon achat dans la mesure où les règles ont été respectées. Son aspect économique est minoré au profit de la sécurité juridique. Peut-être est-ce parce que **« la sanction économique d'un bon achat reste diffuse au niveau de l'organisation, inexistante pour l'agent, contrairement à la sanction pénale »**¹¹⁵ ?.

Dans cette mesure, les leviers d'achat à la disposition de l'acheteur : « la globalisation des achats, la planification des achats, l'analyse des coûts, la standardisation des produits, l'expression fonctionnelle du besoin... » restent encore peu connus. La négociation, nous l'avons déjà évoqué, « ne soulève pas l'enthousiasme ».

Ainsi, « dans la pratique, l'acheteur public se retrouve donc avec un seul levier, la mise en concurrence, utilisée non pas pour ses résultats potentiels mais comme finalité en soi »¹¹⁶. La mise en concurrence devient une formalité et non un acte économique où chacun, collectivité et entreprise fait en sorte de sortir gagnant de l'échange.

L'hyper réglementation qui découle de la mauvaise interprétation des MAPA par les élus locaux alourdit considérablement les coûts liés aux achats.

En effet, le coût d'une commande ne se limite pas au seul prix du bien acheté. Il est nécessaire d'y ajouter par exemple les coûts liés au traitement de la commande.

Le Code de 2004, en s'alignant sur les directives européennes, a étendu la notion de marché dès le premier euro dépensé. La création des MAPA a considérablement fait augmenter le nombre de marchés passés comme en témoigne Marie-Christine LIENARD, responsable du service de la commande publique à Avignon (85 935 habitants, Vaucluse) : **« Entre 2003 et 2004, nous avons constaté une augmentation de 300% des MAPA »**¹¹⁷. **Quelle est celle des coûts de procédure ?**

La sécurité juridique a un prix. Selon Thierry BEAUGE et Olivier FROT, **« une procédure adaptée représenterait un coût complet de l'ordre de 6 à 7 000 euros, soit près de 50% du montant de la commande d'un MAPA inférieur à 15 000 euros »**¹¹⁸. Les élus doivent prendre conscience que le formalisme employé doit être proportionnel au

¹¹⁵ Thierry BEAUGE, Olivier FROT, *Va-t-on vers un échec de la réforme du code 2004 ?*, www.achatpublic.com, 04/11/2004

¹¹⁶ Idem

¹¹⁷ Delphine GERBEAU, Maud PARNAUDEAU, *Dossier Marchés publics : vers un achat plus efficace*, *La Gazette des communes, des départements et des régions* N°26/1796 du 27/06/2005, p 28

montant et à la nature du marché. Certaines collectivités « **font encore de l'appel d'offres systématique par peur des erreurs** »¹¹⁹ témoigne Joël DUVAL, directeur de la commande publique de Reims (187 200 habitants, Marne).

La situation serait peut-être différente si les communes étaient contraintes de justifier les efforts réalisés en terme d'efficacité économique de leurs achats. Cette hypothèse fait dire à Thierry BEAUGE et Olivier FROT : « **A quand une mission interministérielle d'enquête économique sur les marchés ?** »¹²⁰

b. La jurisprudence actuelle du délit de favoritisme, un blocage à la démarche économique

Le délit de favoritisme, créé par l'article 7 de la loi n° 91-3 du 3 janvier 1991, est défini comme « un acte contraire aux dispositions législatives et réglementaires ayant pour objet de garantir la liberté d'accès et l'égalité des candidats dans les marchés publics ». Nous avons évoqué le fait que sa création a considérablement incité les élus à se doter de services spécialisés dans la passation de marchés publics. Intéressons-nous maintenant aux incidences de la réforme du Code des marchés publics sur la poursuite et la caractérisation du délit de favoritisme notamment concernant les MAPA.

Une **circulaire du 22 février 2005 provenant du ministère de la justice**¹²¹ et destiné aux magistrats des juridictions civiles en charge du contentieux nous éclaire sur ce point. Le garde des sceaux précise les obligations qui découlent des principes généraux de la commande publique auxquels sont soumis **les MAPA**.

En effet, il attire l'attention des magistrats sur la rédaction des articles 28-I (*la personne responsable du marché détermine les modalités de publicité et de mise en concurrence*), 28-I alinéa 3 issu du décret du 26 novembre 2004 (*dispense de publicité et de mise en concurrence pour les marchés de moins de 4000 euros*) et 40-II modifié par le décret du 26 novembre 2004 (*la personne publique choisit librement les modalités de publicité adaptée au montant pour les marchés d'au moins 4000 euros HT et inférieur à 90 0000 euros HT*).

Les magistrats doivent « au cas par cas, rechercher l'existence d'un éventuel favoritisme » précise le garde des sceaux. Mais s'agissant des MAPA, ce contrôle a **une part de subjectivité** car il ne s'agit pas d'apprécier la « violation d'obligations formelles et précisément définies par le Code des marchés publics mais **l'adaptabilité des règles que l'acheteur public se sera fixé** ». L'acheteur public doit être en mesure d'expliquer

¹¹⁸ Thierry BEAUGE, Olivier FROT, *Va-t-on vers un échec de la réforme du code 2004 ?*, www.achatpublic.com, 04/11/2004

¹¹⁹ Delphine GERBEAU, Maud PARNAUDEAU, *Dossier Marchés publics : vers un achat plus efficace*, *La Gazette des communes, des départements et des régions* N°26/1796 du 27/06/2005, p 28

¹²⁰ Thierry BEAUGE, Olivier FROT, *Va-t-on vers un échec de la réforme du code 2004 ?*, www.achatpublic.com, 04/11/2004

¹²¹ Circulaire du 20 février 2005 relative au Code des marchés publics et au délit de favoritisme, NOR JUS D 05-30037 C, CRIM-05-3/G3-22.02.2005, références : 036D-89 Voir un extrait en Annexes

ces choix.

Ainsi, les MAPA font également l'objet d'un contrôle étroit du juge pénal. Pareillement, les **marchés de moins de 4 000 euros**, pour lesquels le décret du 26 novembre 2004 exonère toute publicité et mise en concurrence préalables, sont aussi concernés. A leur sujet, le garde des sceaux précise que « la mise en œuvre de l'action publique résultera de la **violation des obligations réglementaires de définition préalable des besoins et du choix de l'offre économiquement la plus avantageuse** visées à l'article 1^{er} du Code »

La publicité peut aussi entraîner la caractérisation du délit, par exemple, si le délai de publicité est jugé insuffisant pour permettre à la concurrence de jouer. La procédure sera alors annulée par la juridiction administrative car jugée « contraire aux principes de transparence et de mise en concurrence ».

Une traçabilité de la procédure doit toujours exister même pour les marchés de faibles montants. En effet, « l'acheteur devra conserver l'historique des différentes étapes suivies pour procéder aux choix de l'attributaire ».

Cette circulaire soulève un autre point important concernant les MAPA et les guides de procédures que les communes ont réalisés. **L'acheteur public ne peut pas être accusé de délit de favoritisme sur le seul fondement qu'il a violé une règle qu'il s'est lui-même fixé.** En effet, l'article 432-14 du Code pénal ne vise que la « violation de dispositions législatives ou réglementaires ». Toutefois, cet acte sera considéré comme « un indice de nature à asseoir d'éventuelles poursuites, préalablement au contrôle de l'adaptation de la procédure à l'objet et aux caractéristiques du marché ».

A la lecture de cette circulaire, la souplesse du Code est atténuée par le contrôle pointu du juge qui encourage à la méfiance plutôt qu'à la prise d'initiative. Le garde des sceaux appelle néanmoins à plusieurs reprises à « **une certaine prudence** » des juges afin que ces derniers se conforment « **à l'esprit du Code qui a souhaité privilégier la négociation et l'adaptation de l'offre à la demande** dans le respect des principes de la commande publique ».

Le délit de favoritisme a pour particularité d'être un délit où n'entre pas en jeu le caractère intentionnel. « Les éléments constitutifs de l'infraction sont des éléments matériels (...) **il n'entre aucun élément intentionnel, ni d'intérêt personnel** (qui serait alors constitutif du délit de corruption) » précise M. SUCHOD dans un rapport de l'Assemblée Nationale¹²².

Dans cette mesure, un simple manquement aux règles de passation des marchés publics est susceptible de caractériser le délit « **sans que l'intention soit démontrée, ni même existe, sans que soit prouvée une atteinte à la morale ou à l'honnêteté** »¹²³.

De cette manière, pourquoi l'acheteur public prendrait-il des risques en adoptant des pratiques qu'il ne maîtrise pas toujours comme la négociation ou qui

¹²² M. SUCHOD, rapport de l'Assemblée Nationale n°1758 : JOAN doc. 1990-1991, p 37

¹²³ **BRAULT-JAMIN**, Citation extraite de l'ouvrage **Cyrille EMERY, Passer un marché public : principes, procédures, contentieux**, Editions Le Moniteur, mars, 2004, p 368

serait source de suspicion tel que «le sourcing»¹²⁴ ?

Rappelons que la sanction pénale touche directement l'agent : « **ne peuvent échapper à la sanction les fonctionnaires ou agents qui ne se sont pas opposés à un ordre manifestement illégal en application de l'article 122-4 du Code pénal et de l'article 28 du statut général des fonctionnaires** »¹²⁵. Dans cette mesure, il semble nécessaire que les responsabilités juridiques et financières inhérentes à la fonction d'acheteur soient contrebalancées par un statut ou un régime indemnitaire particulier. Les associations d'acheteurs publics telles que l'AACT¹²⁶, l'APASP¹²⁷ ont déjà soulevé la question.

La gestion optimale des achats de fournitures courantes est fortement encouragée par le Code qui met en exergue l'importance de l'aspect économique de l'achat. Une dynamique de changement est sans conteste en marche dans les communes mais « l'épée de Damoclès » que constitue le délit de favoritisme la ralentit quelque peu.

L'achat public est un domaine en constante évolution. De nouveaux outils deviennent progressivement ou vont devenir le quotidien des communes en matière d'achat. Nous présenterons trois d'entre eux : la dématérialisation des procédures, prévue à l'article 56 du Code, la carte d'achat lancée par le Ministère de l'Economie et des Finances et enfin, l'accord-cadre issu de la directive européenne 2004/18 portant coordination des procédures de passation des marchés publics de travaux, de fournitures et de services.

B. De nouveaux outils à la disposition des communes

1. La dématérialisation

La gestion des structures publiques se caractérise par un brassage important de documents « papiers ». Ce qui est souvent appelée la « paperasserie administrative »

¹²⁴ *Expression anglaise qui englobe la technique, issue du privé, qui consiste à se documenter en amont sur les entreprises (santé financière, réputation, qualité du service), les produits, les innovations technologiques, les prix pratiqués en visitant les fournisseurs ou en se rendant sur les salons professionnels*

¹²⁵ *Article 432-14 du Code pénal*

¹²⁶ cf. infra www.aact.asso.fr

¹²⁷ L'Association Pour l'Achat dans les Services Publics (APASP) est une association nationale, sans but lucratif, fondée en 1962. Elle s'adresse à toutes les Administrations, les Collectivités et les Entreprises Publiques. Depuis sa création, l'APASP s'affirme comme un « club » d'acheteurs dont la vocation est de favoriser l'échange d'informations et d'expériences mais aussi de former les acteurs de la commande publique. L'APASP forte de ses 1800 adhérents, s'est donnée pour mission de professionnaliser l'achat public pour la reconnaissance du métier d'acheteur. Elle a pour volonté d'être l'un des centres privilégiés de valorisation de la fonction achat dans les services publics. Le président actuel de l'APASP est Jean-Marc PEYRICAL www.apasp.com

par voie électronique.

Concrètement, les collectivités peuvent envoyer le document de consultation des entreprises (DCE) aux entreprises qui le demandent par voie électronique. En effet, le code stipule : « le règlement de la consultation, la lettre de consultation, le cahier des charges, les documents et les renseignements complémentaires peuvent être mis à disposition des entreprises par voie électronique ».

Réciproquement, la soumission de candidatures et d'offres signées électroniquement est dorénavant autorisée : « les candidatures et les offres peuvent également être communiquées à la personne publique par voie électronique ».

A l'heure actuelle, une gestion simultanée des procédures « papier » et électronique existe car la dématérialisation reste une possibilité. Les documents sont transmis par voie postale si les entreprises le demandent. Néanmoins, la collectivité doit avoir pris les mesures nécessaires pour pouvoir dématérialiser les documents relatifs aux marchés. Le Code a fixé au 1^{er} janvier 2005 la date butoir à partir de laquelle une collectivité ne peut plus refuser de dématérialiser les procédures de passation des marchés publics.

Actuellement, la dématérialisation concerne les appels d'offre. Dans cette mesure, « si toutes les collectivités sont potentiellement concernées [...], elles ne le sont pas toutes de la même manière »¹³². Thierry LAJOIE, président du directoire de l'opérateur de dématérialisation Achatpublic.com indique : « sur 36 000 communes, on estime qu'environ 30 000 ne passent pas plus d'un seul appel d'offres par an, voire tous les deux ou trois ans ».

Plusieurs choix d'ordre technique s'ouvrent aux collectivités pour être aptes à recevoir des réponses dématérialisées d'entreprises en toute sécurité. Elles peuvent opter pour des solutions internalisées avec l'utilisation d'un logiciel ou progiciel et des solutions externalisées avec l'intervention d'un opérateur prestataire de services.

Certaines structures de taille importante développent des plates-formes communes que ce soit la région, le département ou encore des établissements de coopération intercommunale (EPCI). La région Bourgogne a, par exemple, créé une salle régionale virtuelle des marchés publics sécurisée sur le site www.e-bourgogne.fr. Elle regroupe « les appels d'offres des quelque 3 500 entités publiques régionales »¹³³.

La communauté d'agglomération Tour(s)plus a aussi choisi la mutualisation en retenant un prestataire pour « la mise en place et la gestion d'une plate-forme commune, au sein de laquelle chaque collectivité dispose d'un espace propre » explique Gaëlle DUBOIS du service des marchés publics.

Les opérateurs de dématérialisation, autrement appelés « places de marchés », se multiplient comme Achatpublic.com, PosteCS Acheteurs Publics,...

¹³² Delphine GERBEAU, Maud PARNAUDEAU, Dossier Marchés publics : vers un achat plus efficace, La Gazette des communes, des départements et des régions N°26/1796 du 27/06/2005, p 30

¹³³ Delphine GERBEAU, Maud PARNAUDEAU, Dossier Marchés publics : vers un achat plus efficace, La Gazette des communes, des départements et des régions N°26/1796 du 27/06/2005, p 30

Les petites collectivités peuvent profiter ponctuellement de leur service selon leurs besoins. Par exemple, l'opérateur Achatpublic.com propose le service « Boîte article 56 » qui « **permet aux personnes publiques passant moins de cinq marchés formalisés par an d'être en mesure de recevoir des réponses dématérialisées d'entreprises en toute sécurité, via une boîte aux lettres électroniques sécurisée. [...] Les collectivités peuvent également passer un appel d'offres unique, quand elles le souhaitent, à la demande** »¹³⁴.

La dématérialisation est encore peu utilisée mais elle est sans nul doute le futur de l'achat public. Lorsque les collectivités et les entreprises se seront appropriées cette nouvelle technique d'échange, elle concernera sûrement aussi bien les appels d'offre que les MAPA. **Les promoteurs de la dématérialisation conseillent d'ailleurs de profiter de la souplesse actuelle du Code concernant les MAPA pour expérimenter la dématérialisation sur des marchés de faibles montants.** En effet, ces derniers représentent moins d'enjeux pour les entreprises et permettent ainsi de se familiariser sans crainte à cette nouvelle pratique.

Aujourd'hui, on constate que **les collectivités sont techniquement prêtes mais les entreprises restent timorées.** En effet, « si beaucoup d'entreprises téléchargent les pièces des dossiers de consultation des entreprises via Internet, elles continuent de répondre quasi systématiquement sur support papier ». On estime à environ 2% à 3% les réponses électroniques selon Thierry LAJOIE. Les réticences des entreprises ont plusieurs fondements. La formation du personnel et la réorganisation de leurs processus de décision interne sont parfois nécessaires. Tous les documents doivent exister en format dématérialisé. Enfin, l'entreprise doit acquérir un certificat de signature électronique. Ces investissements indispensables et la crainte encore présente quant à la sécurité et la confidentialité d'Internet expliquent aisément cette période transitoire avant la généralisation de cette pratique.

La mesure ADELE 80 a pour objectif final en 2007, le « **100% démat** ». Il s'agit de « **dématérialiser l'intégralité de la chaîne de l'achat public, depuis la passation du marché jusqu'à l'archivage des données en passant par la contractualisation, les contrôles, la comptabilité et le paiement dans une perspective de gestion industrielle et durable** »¹³⁵.

Cette politique répond aux objectifs que s'est fixée la Commission européenne qui escompte une généralisation des marchés publics électroniques à l'échéance 2010.

Les enchères électroniques

La dématérialisation des procédures de passation des marchés publics offre des perspectives originales comme la mise en œuvre d'enchères électroniques.

Cette technique consiste « **à ouvrir une salle des ventes virtuelle au profit de l'acheteur public, après que ce dernier ait défini ses besoins avec précision. [...] Les fournisseurs, convoqués à un rendez-vous à une heure déterminée, disposent**

¹³⁴ Thierry LAJOIE, Extrait du même article

¹³⁵ Voir en Annexes le Dossier d'information à destination des collectivités locales de l'ADAE

d'une durée limitée à l'intérieur de laquelle ils peuvent proposer un prix au moyen d'un code d'accès personnel. Ils peuvent modifier leur offre au vu du montant proposé par les concurrents, dont ils ignorent cependant l'identité. Dès que la limite du temps est atteinte, la salle virtuelle est fermée et l'acheteur choisit son fournisseur »¹³⁶.

L'article 56 du Code autorise cette pratique uniquement pour l'achat de fournitures courantes¹³⁷. Les structures qui vont choisir cette technique d'achat pour leurs fournitures courantes sont de taille importante.

Le rapport de 2004 du groupe « dématérialisation des marchés publics » de la mission pour l'économie numérique¹³⁸ (Ministère de l'économie et des finances MINEFI) présente les résultats de plusieurs expérimentations d'enchères électroniques. La ville de Lyon a conduit un appel d'offres par enchère électronique inversée en décembre 2003. « Le marché, d'un montant de 874 000 €, portait sur l'achat de fournitures administratives. Une économie de 238 000 € par rapport à l'appel d'offres précédent a été réalisée, à cahier des charges identique ».

La mairie de Reuil-Malmaison¹³⁹ a ouvert des enchères électroniques inversées depuis 2002, pour des MAPA. Elles « rencontrent un succès certain ».

La dématérialisation est aussi possible au cours de la phase d'exécution des marchés publics grâce à la carte d'achat.

b. La dématérialisation de l'exécution des marchés publics : la carte d'achat

La carte d'achat est un outil proposé aux acheteurs publics par le Ministère de l'Economie et des Finances. Il s'agit **d'une carte délivrée par un organisme bancaire qui permet aux acheteurs publics de s'approvisionner directement auprès de fournisseurs pré-référencés pour des produits courants et pour des commandes de faibles montants.**

La carte d'achat est déjà employée à grande échelle chez les Anglo-Saxons et remplit ses promesses. **« En 2003, 670 000 agents publics fédéraux américains pourvus de ce moyen d'exécution d'un marché public ont fait économiser aux contribuables 1,4 milliards de dollars. De l'autre côté de la Manche, le Royaume-Uni en est déjà à son deuxième programme : fin 2004, l'administration de sa Gracieuse Majesté a annoncé que 130 millions d'euros ont été épargnés »¹⁴⁰.**

¹³⁶ Cyrille EMERY, *Passer un marché public : principes, procédures, contentieux*, Editions Le Moniteur, mars, 2004, p 149

¹³⁷ Le décret du 18 septembre 2001 précise les conditions dans lesquelles la procédure d'enchères électroniques peut être mise en œuvre pour l'achat de fournitures courantes

¹³⁸ Laurence LOMME, rapporteur du groupe de travail CNRS, Rapport 2004 du groupe « dématérialisation des marchés publics » de la mission pour l'économie numérique (Ministère de l'économie et des finances MINEFI) : Faciliter l'accès des entreprises aux procédures dématérialisées des marchés publics, novembre 2004

¹³⁹ Les hauts-de-Seine, 74 671 habitants www.mairie-rueilmalmaison.fr, rubrique « Marchés publics »

En France, le projet a été lancé en 2002. Une phase d'expérimentation a eu lieu entre 2002 et 2003 dans différentes structures publiques. Le décret du 26 octobre 2004¹⁴¹ a généralisé la possibilité de recourir à la carte d'achat à l'ensemble de la sphère publique mais l'engouement n'est pas fulgurant.

L'**APECA, association européenne des professionnels de la carte d'achat** pousse les pouvoirs publics à s'investir dans la démarche. Cette association régie par la loi de 1901 a été créée le 4 avril 2003 pour être une « **tribune d'échange et de collaboration, rassemblant les différents acteurs du marché, pour faciliter le développement et la promotion de la carte d'achat et accompagner l'initiative publique** »¹⁴².

Un manuel didactique¹⁴³ réalisé par le Ministère de l'économie, des finances et de l'industrie et la Direction Générale de la Comptabilité Publique a été envoyé aux collectivités locales et aux établissements locaux au cours de l'année 2005 afin de leur faire connaître ce nouvel outil.

Les achats concernés par cette carte doivent répondre à une double caractéristique : **un montant unitaire faible et une certaine récurrence**. D'après le manuel, les applications les plus fréquentes concernent les fournitures et le petit mobilier de bureau, l'informatique d'appoint et les consommables, les services d'imprimerie et de reprographie, les abonnements, l'entretien, les réparations, les fournitures industrielles ainsi que les services courants (plateaux-repas, messagerie...).

Le décret du 26 octobre 2004 exclut la possibilité d'utiliser une carte d'achat pour « les marchés de travaux, sauf décision de l'entité publique motivée par des besoins d'entretien et de réparation courants n'ayant pas fait l'objet d'un programme » ainsi que « les marchés faisant l'objet d'une avance forfaitaire ou facultative ».

L'article 3 de ce décret nous éclaire sur la signification des termes employés pour expliquer le fonctionnement de cette carte :

- « entité publique : personne morale de droit public dotée d'un comptable public,
- émetteur : établissement de crédit et organismes mentionnés à l'article L. 518-1 du Code monétaire et financier émettant des cartes d'achat et habilités à effectuer les opérations de banque définies à l'article L. 311-1 du Code précité,
- porteur : agent d'une entité publique détenteur d'une carte d'achat,
- accepteur : titulaire d'un marché public acceptant le paiement par carte d'achat. »

¹⁴⁰ Jean-Marc BINOT, *Carte d'achat : l'APECA continue son opération de séduction*, www.achatpublic.com, 18/08/2005

¹⁴¹ Décret n°2004-1144 du 26 octobre 2004 relatif à l'exécution des marchés publics par carte d'achat J.O n°253 du 29 octobre 2004 p 18259

¹⁴² <http://www.association-apeca.org/site.htm?menu=association&page=mission>

¹⁴³ Manuel didactique du Ministère de l'économie, des finances et de l'industrie et de la Direction Générale de la Comptabilité Publique, *La carte d'achat dans les collectivités locales et les établissements publics locaux*, janvier 2005

La carte d'achat est nominativement attribuée à un porteur dans le cadre d'une **délégation du droit de commande**. Cette approche permet aux agents publics d'effectuer eux-mêmes les achats nécessaires à l'exécution de leur mission, dans un cadre préalablement défini. On passe alors d'une logique de centralisation des commandes avec des contrôles a priori à une logique de décentralisation de l'acte d'achat avec des contrôles a posteriori. Les achats concernés sont des achats de faibles montants. **Il s'agit, dans cette démarche, de proportionner les procédures en vigueur avec l'enjeu des achats.**

La professionnalisation de l'achat public va de pair avec une meilleure anticipation des besoins et une centralisation des achats. Mais elle n'est pas contradictoire avec une décentralisation de la commande vers les utilisateurs.

Il s'agit de se rapprocher des notions privées de « zéro stock » et d'approvisionnement « en flux tendu » qui se sont imposées dans un contexte de réduction des coûts. En effet, il a été démontré que la constitution de stocks se révélait une solution peu adaptée qui « crée autant sinon plus de problèmes qu'elle n'en résout ». **La carte d'achat permet d'apporter de la fluidité aux opérationnels qui seront à même de commander selon leurs besoins.**

Pour mieux appréhender le concept de carte d'achat, le modèle de la carte pétrolière est assez significatif. En tant qu'utilisateur de la voiture, l'agent sait évidemment lorsqu'il est nécessaire de faire le plein. La carte de carburant lui permet d'effectuer lui-même une commande sans rendre compte à sa hiérarchie.

Concrètement, la carte d'achat peut être utilisée chez les commerçants de proximité, en vente à distance classique (courrier, télécopie, téléphone, e-mail...) et en commerce électronique (site de commerce électronique, place de marché, catalogue électronique...) comme une carte bancaire classique.

Après avoir enregistré la commande et vérifié qu'il pouvait l'honorer, le fournisseur effectue une demande d'autorisation auprès du serveur d'autorisation de la banque émettrice pour le montant TTC de la commande.

Les avantages propres à la dématérialisation sont ici encore perceptibles : réduction des coûts liés aux traitements des bons de commande, réactivité grâce à la délégation de commande, économies de temps et d'argent.

De plus, la gestion numérique et consolidée des données liées aux actes d'achat effectués par l'ensemble des cartes d'une commune permet un contrôle de gestion de la commande, un contrôle a posteriori de l'opportunité de la dépense, une possibilité d'intégration directe dans les systèmes comptables et, dans une forme très aboutie, l'archivage dématérialisé des factures.

Pour mettre en œuvre une exécution des marchés publics par carte d'achat, la collectivité doit au préalable passer un **marché public d'émission de carte d'achat avec un établissement financier** habilité par le Code monétaire et financier. Le contrat fixe notamment :

- les conditions et procédures à respecter pour acheter avec une carte,

- les délais de règlement pour les transactions effectuées et acceptées,
- les conditions de tarification.

Par ailleurs, pour qu'une carte d'achat puisse être utilisée, elle doit également être reconnue et acceptée par les fournisseurs. Ces derniers doivent conclure un contrat avec une banque dite acquéreur. Il s'agit d'un contrat passé entre deux personnes privées et donc soumis au droit commercial classique.

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

Les liens entre la banque acquéreur et la banque émetteur relèvent d'accords existants et de certains usages dans la profession bancaire, sur une base d'ailleurs comparable à celle permettant à un particulier d'utiliser une carte bancaire chez l'ensemble des commerçants, indépendamment des banques respectives des uns et des autres.

La mise en œuvre d'un programme de carte d'achat est un véritable projet d'organisation qui réunit plusieurs services de la collectivité comme le présente le schéma suivant :

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

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

L'adoption de la carte d'achat s'inscrit dans une démarche globale de rationalisation des achats de la collectivité. Elle peut tout à fait convenir aux achats d'une mairie comme en témoigne l'exemple de la ville de Compiègne (42 000 habitants, l'Oise) qui s'apprête à adopter cet outil pour ses futurs marchés de fournitures courantes et d'hygiène.

Après un travail sur l'optimisation des achats dans le budget de fonctionnement de la mairie soit « comment centraliser les achats et les optimiser, comment améliorer la performance »¹⁴⁴, William BOITEL, chargé de mission au service finances s'est intéressé à la carte d'achat et à sa potentielle installation au sein de la mairie. Il s'est ensuite attelé à convaincre les services de la mairie de l'opportunité d'une telle démarche : « Cela permettra d'avoir une gestion plus pointue, en suivant les dépenses des services au jour le jour, en effectuant des statistiques pour voir où on dépense, et en optimisant le coût des produits » explique William BOITEL.

La dématérialisation à la fois des procédures de passation et de l'exécution des marchés publics représente le grand enjeu de ces prochaines années. La Commission européenne, qui régit aujourd'hui le droit de la commande publique de ses Etats membres, a créé de nouveaux outils pour l'acheteur public. Leur transposition dans le droit interne français est imminente puisqu'un nouveau Code des marchés publics va vraisemblablement voir le jour à la fin de l'année 2005 ou au cours de l'année 2006.

¹⁴⁴ Capucine COUSIN, La ville de Compiègne adopte la carte d'achat, www.achatpublic.com, 11/05/2005

2. Le futur cadre de l'achat public : un prochain Code des marchés

Deux nouvelles procédures européennes, l'accord cadre et l'acquisition dynamique, sont introduites par les directives européennes du 31 mars 2004¹⁴⁵. Nous allons les évoquer dans le cadre de cette étude car les achats concernés par ces pratiques sont des achats de fournitures courantes. Elles sont destinées à apporter plus de souplesse dans la passation des marchés publics en introduisant la possibilité de **réaliser un référencement de fournisseurs susceptibles de répondre aux besoins évolutifs des acheteurs publics**.

Ces innovations ont été associées au projet de décret réformant le Code des marchés publics qui mérite une attention particulière puisqu'il modifie sur quelques points le cadre réglementaire sur lequel se base cette présente étude.

a. De nouvelles méthodes de référencement des fournisseurs

Un des objectifs du prochain Code est la transposition des deux directives communautaires « marchés publics » qui doit intervenir avant le 31 janvier 2006. L'accord-cadre est traité aux articles 97 et 98 de l'actuel projet de décret¹⁴⁶. L'article 100 est consacré au système d'acquisition dynamique. Ces deux pratiques ont pour objectif commun de permettre un référencement des fournisseurs ce qui était auparavant interdit.

La grande nouveauté du législateur européen est d'étendre le champ d'application de la procédure des **accords-cadres** qui se limitait auparavant à la passation des marchés publics de travaux, de fournitures et de services dans les secteurs de l'eau, de l'énergie, des transports et des télécommunications¹⁴⁷. En effet, l'article 32 de la nouvelle directive 2004/18 portant coordination des procédures de passation des marchés publics de travaux, de fourniture et de services étend l'utilisation de l'accord-cadre « aux secteurs classiques ».

Jérôme GRAND D'ESNON, responsable de la Direction des Affaires Juridiques du ministère des Finances explicite clairement ce que sont les accords-cadres : « **Les accords-cadres sont une extension des marchés à bon de commande sans minimum ni maximum. Il s'agit d'un outil qui permettra de découpler la phase de sélection de la phase d'achat à proprement parler. A partir du moment où l'acheteur public aura défini ses besoins potentiels, il pourra effectuer une publicité. A partir de là, il procédera à une sélection de fournisseurs, un seul ou plusieurs. Son unique engagement sera de s'adresser à eux pendant la durée de**

¹⁴⁵ Directive 2004/18/CE du Parlement européen et du Conseil, du 31 mars 2004, relative à la coordination des procédures de passation des marchés publics de travaux, de fournitures et de services Directive 2004/17/CE du Parlement européen et du Conseil, du 31 mars 2004, portant coordination des procédures de passation des marchés dans les secteurs de l'eau, de l'énergie, des transports et des services postaux

¹⁴⁶ Le projet de décret est mis en ligne sur le site : www.minefi.gouv.fr/minefi/publique/marches_publics/index.htm

¹⁴⁷ Article 5 de l'ancienne directive 93/38/CEE. La nouvelle directive Secteurs spéciaux 2004/17 maintient cette procédure

l'accord, soit au maximum quatre années. Il pourra les remettre en concurrence, par exemple pour renégocier les prix ou les délais d'approvisionnement »¹⁴⁸.

L'accord-cadre n'est pas un marché public. « ***C'est un contrat public passé en amont, afin de sélectionner des candidats qui seront consultés lorsque des prestations seront nécessaires*** »¹⁴⁹.

L'article 98-I du projet de décret stipule : « La conclusion des marchés passés sur la base de l'accord-cadre se fait au moment de la survenance du besoin, après remise en concurrence des titulaires de l'accord-cadre ou lorsqu'il n'y a qu'un seul titulaire de l'accord-cadre, après consultation de celui-ci, dans les conditions prévues par l'accord-cadre ».

Selon, Jérôme GRAND D'ESNON, l'accord-cadre « permettra à l'acheteur de réagir très vite et de répondre à la critique permanente de la lenteur de la commande publique ».

L'**acquisition dynamique** est, quant à elle, une **forme d'accord-cadre dématérialisé** qui peut être utilisée pour les « achats d'usage courant, dont les caractéristiques généralement disponibles sur le marché satisfont aux besoins des pouvoirs adjudicateurs » précise l'article 100 du projet de décret.

Cette technique est adéquate pour des grandes collectivités. D'après Jérôme GRAND D'ESNON, « le système d'acquisition dynamique est un élément plus complexe qui sera réservé aux grands acheteurs ».

b. Zoom sur les contours du futur Code

Le futur Code est attendu à la fin de l'année 2005, c'est-à-dire très prochainement. Il est, de ce fait, bienvenu de présenter les modifications qui touchent à des notions développées dans le cadre de ce présent travail.

Les marchés à bons de commande¹⁵⁰, couramment utilisés pour les marchés de fournitures courantes possèdent une nouvelle terminologie dans le projet de décret. En effet, l'article 99 du projet traite des **marchés-cadres** qui possèdent les mêmes caractéristiques que les marchés à bons de commande. Une nuance existe néanmoins. L'obligation selon laquelle l'acheteur doit s'inscrire dans un volume dont le maximum ne puisse être supérieur à quatre fois le montant minimum est abandonnée. Cette décision qui vise à « ***fournir à l'acheteur la latitude la plus large possible*** »¹⁵¹ ne doit pas faire oublier l'importance que revêt une définition précise des besoins de la collectivité. En

¹⁴⁸ Jean-Marc BINOT, Jérôme GRAND D'ESNON : "L'accord-cadre est un outil intelligent qui va répondre à la critique permanente de la lenteur de la commande publique", www.achatpublic.com, 07/07/2005

¹⁴⁹ Sarah PASQUIER, CITIA, Futur code des marchés publics : bienvenue aux accords-cadres, www.marchespublics.net/actualite/outil, 08/07/2005

¹⁵⁰ Article 71 de l'actuel Code des marchés publics

¹⁵¹ Jean-Marc BINOT, Jérôme GRAND D'ESNON : "L'accord-cadre est un outil intelligent qui va répondre à la critique permanente de la lenteur de la commande publique", www.achatpublic.com, 07/07/2005

effet, plus l'entreprise est assurée d'un montant de commandes, plus elle proposera des prix avantageux pour la collectivité.

En matière de dématérialisation, le projet de Code prévoit une nouvelle possibilité pour inciter les entreprises à répondre électroniquement : le **CD-ROM « roue de secours »**. L'entreprise pourra envoyer, sous pli scellé, un CD-ROM sur lequel auront été gravés les documents relatifs à l'offre en complément de leur réponse électronique. « **Le support numérique pourra être alors utilisé en cas de « bug » en ligne** »¹⁵². Il semble effectivement que l'utilisation marginale de la dématérialisation s'explique, en partie, par la crainte des entreprises concernant la sécurité d'Internet.

De manière générale, le projet de Code fait disparaître le concept de « personne responsable des marchés » (PRM), notion typiquement française qui était inconnue de l'Union européenne. Dorénavant, la terminologie employée est celle de « **pouvoir adjudicateur** ».

Autre aspect, d'ordre technique, le nouveau Code aura une nouvelle présentation puisqu'il sera entièrement re-numéroté.

Le calendrier concernant ce texte est le suivant. Jusqu'à la fin juillet 2005, le projet de décret a été mis en ligne « **afin de susciter les commentaires des acheteurs et des fournisseurs** »¹⁵³. Le texte a été soumis au mois d'août à l'examen du Conseil d'Etat. Pour la suite, Jérôme GRAND D'ESNON déclarait lors d'un entretien accordé au site Achatpublic.com, le 7 juillet 2005 : « en raison de l'importance et du volume du document, il faudra certainement attendre un mois à un mois et demi. J'espère pouvoir le publier d'ici à la fin de l'année ».

¹⁵² Jean-Marc BINOT, *Le Code 2005 comme cadeau de Noël ?*, www.achatpublic.com, 20/06/2005

¹⁵³ François MEYER, *Un nouveau Code des marchés publics*, *La Gazette des communes, des départements et des régions* N°28/1798 du 11/07/2005, p 15

La gestion des achats de fournitures courantes dans les petites et moyennes communes Conclusion

Le cadre de cette étude sur la gestion des achats de fournitures courantes dans les petites et moyennes communes permet de constater que le Code des marchés publics de 2004 apporte une certaine souplesse dans les procédures et une conception plus professionnelle de l'achat public.

Une nouvelle organisation de l'acte d'achat trouve progressivement sa place dans les petites et moyennes communes. Le management de l'achat devient une réalité. L'adaptation de pratiques privées semble être un moyen efficace d'optimiser les achats d'un point de vue économique.

Cette dynamique rencontre tout de même quelques obstacles. Les petites et moyennes communes sont des structures au sein desquelles les réticences aux changements restent fortes. Nous avons constaté que la philosophie du Code ne se retrouve pas toujours dans la pratique.

Plus grave, la souplesse du Code a pour effet pervers de favoriser un formalisme pointilleux qui s'oppose à l'objectif d'efficacité économique.

Un futur Code des marchés publics va intervenir à la fin de l'année 2005. Il ajoute de nouvelles techniques à la boîte à outils de l'acheteur public. Les prochaines années

seront-elles marquées par la généralisation des techniques de rationalisation des achats dans les petites et moyennes communes ?

Bibliographie

- Jean DESMAZES, Michel KALIKA, Achats publics et théorie des coûts de transaction : le cas des achats de fournitures dans les collectivités territoriales, Cahier de recherche n°55, Centre de Recherche Economique Pure et Appliquée CREPA, Université de Paris IX Dauphine, octobre, 1999
- Jean DESMAZES, Michel KALIKA, Pratiques et logiques de gestion des achats dans les collectivités publiques françaises ; résultats d'une enquête, papier de recherche, CREPA, Université de Paris IX Dauphine, décembre, 1999
- Jean DESMAZES, Michel KALIKA, Achats publics : l'emprise du droit...au mépris de la gestion ?, Cahier de recherche n°66, CREPA, Université de Paris IX Dauphine, septembre, 2000
- Yves JONCOUR, Pascal PENAUD, L'achat public : optimiser la fonction achat-apvisionnement dans le secteur public, Editions d'organisation, 2000
- Jean-Marc BINOT, Evelyne NOURRY-CANTO : "Comment une collectivité locale peut-elle fonctionner sans guide de procédures ?", www.achatpublic.com , 23/10/2003
- Patrick SCHULTZ, Les marchés publics, Politiques Locales, Editions LGDJ-EJA, mars 2003
- Thierry BEAUGE, Le nouveau code des Marchés Publics : commentaires et analyse des réformes de 2001 et 2004, AFNOR 2004

- Cyrille EMERY, Passer un marché public, principes, procédures, contentieux, Editions Le Moniteur, mars, 2004
- Philippe SCHMIDT, Laure THIERRY, Les marchés à procédure adaptée, Berger Levrault, 2004
- Patrice COSSALTER, les marchés sans formalisme préalable, Territorial, mars 2004
- Patrice COSSALTER, Les marchés négociés, Territorial, mars 2004
- Laurence LOMME, rapporteur du groupe de travail CNRS, Rapport 2004 du groupe « dématérialisation des marchés publics » de la mission pour l'économie numérique (Ministère de l'économie et des finances MINEFI) : Faciliter l'accès des entreprises aux procédures dématérialisées des marchés publics, novembre 2004
- Philippe DE GERY, Les marchés à bons de commande, Edition Le Moniteur, 2004
- Dominique LEGOUGE, Florence PIQUET, Chat "Négociation et marchés publics", www.achatpublic.com , 16/12/2004
- Géraldine LAUWEREINS-TARIS, Le guide de procédure interne : un outil de sécurisation de l'achat ?, www.achatpublic.com , 03/05/2004
- Christophe BELLEUVRE, Annick DURIBREUX, chef des achats de Lille Métropole, s'inspire de la culture du "privé", www.achatpublic.com , 25/11/2004
- Jean-Marc BINOT, Du responsable des marchés au manager des achats : la métamorphose est en marche, www.achatpublic.com , 01/09/2004
- Jean-Marc BINOT, Hubert DUGAS, un acheteur public venu d'ailleurs, www.achatpublic.com , 01/07/2004
- Jean-Marc BINOT, l'achat un métier gagnant ?, www.achatpublic.com , 01/09/2004
- Jean-Marc BINOT, Nouvelle vague, www.achatpublic.com , 01/09/2004
- Jean-Marc BINOT, Quel est le profil idéal de l'acheteur ?, www.achatpublic.com , 01/09/2004
- Sandrine DYCKMANS, Lyon engagée dans un ambitieux programme de rationalisation des achats, www.achatpublic.com , 13/02/2004
- Thierry BEAUGE, Olivier FROT, Va-t-on vers un échec de la réforme du code 2004 ?, www.achatpublic.com , 04/11/2004
- Sandrine DYCKMANS, A Besançon, réunion d'une commission des achats dès 30000 €, www.achatpublic.com , 03/05/2004
- Sandrine DYCKMANS, La politique d'achat de 25 organismes publics passée au crible, www.achatpublic.com , 17/12/2004
- Antoine ALONSO GARCIA, La passation des marchés publics locaux, Les guides juridiques de la Gazette, Editions Le Moniteur, avril 2004
- Dominique LEGOUGE, Guide pratique du nouveau code des marchés publics, Deuxième édition, Editions d'Organisation, février 2004
- Jérôme MICHON, La nouvelle réglementation des marchés publics, Troisième édition, Editions Le Moniteur, juillet 2004
- Catherine PETILLON, L'irrésistible ascension des acheteurs territoriaux, La Gazette des communes, des départements et des régions N°15/1785 du 11/04/2005, p 64

- Delphine GERBEAU, Maud PARNAUDEAU, Dossier Marchés publics : vers un achat plus efficace, La Gazette des communes, des départements et des régions N°26/1796 du 27/06/2005, p 24-31
- François MEYER, Un nouveau Code des marchés publics, La Gazette des communes, des départements et des régions N°28/1798 du 11/07/2005, p 15
- Jean-David DREYFUS, Marchés de moins de 4000 euros : le cadeau empoisonné fait aux acheteurs publics, Actualité législative AJDA, 10 janvier 2005, p 30
- Thibaut ADELIN-DELVOLUE, La procédure adaptée dans les marchés publics locaux, pourquoi tant de méfiance ?, www.achatpublic.com , le 21/04/2005
- Jean-Marc BINOT, Jérôme GRAND D'ESNON : "L'accord-cadre est un outil intelligent qui va répondre à la critique permanente de la lenteur de la commande publique", www.achatpublic.com , 07/07/2005
- Capucine COUSIN, La ville de Compiègne adopte la carte d'achat, www.achatpublic.com , 11/05/2005
- Sandrine DYCKMANS, Les fournisseurs jugent les collectivités encore trop timorées, www.achatpublic.com , 04/07/2005
- Sandrine DYCKMANS, François-Daniel MIGEON, directeur de la DMGPSE : "pour faire des économies, l'optimisation des achats est un levier à retour rapide et sans conséquences sociales", www.achatpublic.com , 31/03/2005
- Sandrine DYCKMANS, Répondre à un marché reste fastidieux, www.achatpublic.com , 04/07/2005
- Christophe BELLEUVRE, Frédéric PETIT et Xavier LOEFFEL : les achats sont une nouvelle source de performance, www.achatpublic.com , 23/06/2005
- Géraldine LAUWEREINS-TARIS, Une circulaire précise les incidences de la réforme du Code sur la poursuite et la caractérisation du délit de favoritisme, www.achatpublic.com , 22/03/2005
- Manuel didactique du Ministère de l'économie, des finances et de l'industrie et de la Direction Générale de la Comptabilité Publique, La carte d'achat dans les collectivités locales et les établissements publics locaux, janvier 2005
- Yves-René GUILLOU, Jean-Marc BINOT, Yves-Marie LEGRAND, L'achat public local, Politiques Locales, Editions LGDJ-EJA, mai 2005
- Jean-Marc BINOT, Carte d'achat : l'APECA continue son opération de séduction, www.achatpublic.com , 18/08/2005
- Jean-Marc BINOT, Le Code 2005 comme cadeau de Noël ?, www.achatpublic.com , 20/06/2005
- Christian DEBIEVE, consultant en management de l'achat public : « Ne faudrait-il pas adapter la procédure adaptée aux petites communes ? », www.achatpublic.com , le 10/03/2005
- Adresse du projet de décret de 2005 :
www.minefi.gouv.fr/minefi/publique/marches_publics/index.htm
www.acheteursinfo.com/
www.achatpublic.com
-

www.lagazettedescommunes.com

www.lettreducadreterritorial

Annexes

Annexe I : Tableau relatif aux différents postes occupés par les agents chargés de la gestion des achats, extrait de l'enquête réalisée par Jean DESMAZES et Michel KALIKA, « Pratiques et logiques de gestion des achats dans les collectivités publiques françaises »

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

Annexe II : Tableaux relatifs aux différentes mesures de publicité susceptibles d'être adaptées, extraits de l'ouvrage de Cyrille EMERY, Passer un marché public

(p 317 et 320)

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

Annexe III : Autoquestionnaire du responsable des achats concernant la connaissance des fournisseurs, extrait de l'ouvrage de Yves JONCOUR et Pascal PENAUD, L'achat public : optimiser la fonction achat-approvisionnement dans le secteur public (p 260)

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

Annexe IV : Extrait de la circulaire du 20 février 2005 relative au Code des marchés publics et au délit de favoritisme concernant les MAPA

2- L'incidence de la réforme sur la caractérisation du délit de favoritisme

Aux termes de l'article 432-14 du code pénal, toute violation du code des marchés publics, dont l'objet est de garantir la liberté d'accès et l'égalité des candidats, est susceptible de caractériser le délit de favoritisme (sous réserve que la preuve des autres éléments constitutifs de l'infraction soit rapportée).

Dès lors, et comme cela était indiqué dans la circulaire précitée du 4 mars 2002, le recours injustifié à la procédure du marché passé selon une procédure adaptée par le fractionnement illicite d'une même opération en plusieurs pourra, comme par le passé, être poursuivi pénalement (Cass. crim. 30 juin 1999, Bull. crim. n°4460). Il en ira de même de la violation des règles relatives à la publicité des procédures de mises en concurrence.

Par ailleurs, si le nouveau code des marchés publics a entendu soumettre les marchés passés selon une procédure adaptée aux principes généraux gouvernant la commande publique (liberté d'accès à la commande publique, **égalité** de traitement des candidats, transparence), il n'en a pas moins précisé que les obligations découlant de ces principes devaient être mises en oeuvre conformément aux règles **fixées** par le présent code.

A cet égard, j'appelle votre attention sur les articles suivants du nouveau code des marchés publics, relatifs aux marchés passés selon une procédure adaptée :

- l'article 28-1 du décret du 7 janvier 2004 énonce que lorsque les marchés sont passés selon la "procédure adaptée", la personne responsable du marché détermine les modalités de publicité et de mise en concurrence en fonction de leur objet et de leurs caractéristiques ;

- l'article 28-1 alinéa 3 issu du décret du 26 novembre 2004 dispense de publicité et de mise en concurrence les marchés de moins de 4.000 euros HT ;

- l'article 40-11 du décret modifié par le décret du 26 novembre 2004 dispose que "*la personne publique choisit librement les modalités de publicité adaptées au montant des travaux, des fournitures ou des services en cause*" pour les marchés d'un montant d'au moins 4.000 euros HT et inférieur à 90.000 euros HT.

En conséquence, il vous appartient au cas par cas de rechercher l'existence d'un éventuel favoritisme au regard des articles ci-dessus mentionnés.

Dans ce cadre, il est nécessaire d'apprécier non pas la violation d'obligations formelles et précisément définies par le code des marchés publics mais l'adaptabilité des règles que l'acheteur public se sera fixé. Une certaine prudence s'impose afin de se conformer à l'esprit du nouveau code des marchés publics, qui a souhaité privilégier la négociation et l'adaptation de l'offre à la demande dans le respect des principes de la commande publique.

Concernant les marchés de moins de 4.000 euros HT, la mise en oeuvre de l'action publique pourra certes résulter de la violation des obligations réglementaires de définition préalable des besoins et de choix de l'offre économiquement la plus avantageuse visées à l'article 1er du code des marchés publics. La plus grande prudence s'imposera toutefois, l'acheteur public étant dispensé de publicité et de mise en concurrence.

En tout état de cause, vous pourrez vous référer avec profit au manuel d'application du code des marchés publics qui contient un certain nombre d'indications à l'attention des acheteurs publics sur la conduite à tenir quant aux respects des principes fondamentaux de la commande publique en deçà des seuils.

Ces indications, si elles ne sauraient lier le juge pénal, en raison du principe d'autonomie de ce dernier, me semblent néanmoins de nature à permettre de tracer les contours que pourrait revêtir l'élément matériel du délit de favoritisme dans cette hypothèse.

Selon le manuel précité, s'agissant des marchés passés selon une procédure adaptée pour lesquels le code n'impose aucune règle :

la publicité ne signifie pas systématiquement publication: pour les marchés d'un faible montant d'au moins 4.000 euros HT, l'on doit considérer que la concurrence de plusieurs prestataires ou fournisseurs constitue en elle-même un élément de publicité suffisant;

- en dehors de l'hypothèse précédente, l'acheteur public devra mettre en oeuvre des mesures de publicité adaptées et suffisantes. Parmi les supports écrits préconisés figurent la presse écrite, l'affichage. L'internet (site de l'acheteur ou tout autre site ou portail) ou

tout moyen audiovisuel sont aussi évoqués dès lors que l'information diffusée est suffisamment complète et de nature à atteindre les candidats potentiels aux marchés ;

- l'acheteur "veillera à laisser un délai suffisant pour permettre à la concurrence de jouer ". Par conséquent, une publicité adaptée mais qui fixerait un délai de réception des offres trop court pourrait être regardée comme contraire aux principes de transparence et de mise en concurrence effective et annulée par la juridiction administrative ;

- l'acheteur public devra conserver l'historique des différentes étapes suivies pour procéder aux choix de l'attributaire.

Ainsi, et toujours sous réserve de l'interprétation souveraine de la jurisprudence, il pourrait par exemple être admis que la passation d'un marché passé selon la procédure adaptée aura respecté les principes généraux gouvernant la commande publique dès lors que les moyens de publicité utilisés auront, d'une part, réellement permis aux prestataires potentiels d'être informés et, d'autre part, abouti à la diversité d'une offre suffisante garantissant une mise en concurrence effective.

Enfin, en l'absence de jurisprudence sur ce point, la violation par l'acheteur public des règles qu'il se serait **fixé** ne saurait en elle-même être constitutive de favoritisme, l'article 432-14 du code pénal ne visant que la violation de dispositions législatives ou réglementaires. Toutefois, cette violation constituera un indice de nature à asseoir d'éventuelles poursuites, préalablement au contrôle de l'adaptation de la procédure à l'objet et aux caractéristiques du marché.

Annexe V : Dossier d'information à destination des collectivités locales de l'ADAE, ADELE 80 « Dématérialisation et modernisation des procédures d'achat public »

DOCUMENTS NON COMMUNIQUES, voir version papier au Centre de Documentation Contemporaine de l'Institut d'Etudes Politiques de Lyon

Résumé

Ce présent rapport aborde la gestion des achats de fournitures courantes dans les petites et moyennes communes. Naturellement, les aspects juridiques et économiques des achats sont évoqués.

Le cadre réglementaire a évolué avec le Code des marchés publics de 2004. Ce dernier a créé une nouvelle catégorie de contrats publics, les marchés passés selon une procédure adaptée communément appelés les MAPA. Ils concernent les achats dont le montant est inférieur à 230 000 euros pour les collectivités territoriales. Dans le cadre de ces marchés, le Code laisse une marge d'action plus importante aux acheteurs publics. Il les incite à adapter les procédures à la nature des achats. L'objectif ainsi poursuivi est de contrer les méfaits d'un formalisme trop contraignant alors que les achats en jeu sont peu stratégiques.

De plus, les rédacteurs du Code valorise l'aspect économique de l'achat et incite à l'adoption de pratiques privées pour tendre à l'optimisation des achats.

L'étude réalisée sur la gestion des achats de fournitures courantes permet de mesurer, aujourd'hui, quel est le rapport entre le volet juridique et le volet économique des achats dans les petites et moyennes communes.