

L'ACHETEUR PUBLIC : JURISTE ET MANAGER

Aurélie TUECH

Sous la direction de Madame Anne BLANC-BOGE
Soutenance le 10 Juillet 2007

Membres du jury : Madame Anne BLANC-BOGE, Monsieur Arnaud Pélissier

Table des matières

REMERCIEMENTS . .	4
INTRODUCTION . .	5
PARTIE I : DES EVOLUTIONS NECESSAIRES QUI IMPOSENT UN NOUVEL ACTEUR, L'ACHETEUR PUBLIC RESPONSABLE . .	14
<i>I. La nouvelle philosophie de la réglementation de l'achat public implique une redéfinition des prérogatives de l'acheteur public . .</i>	14
A. Une nouvelle philosophie qui crée un glissement du juridique vers l'économique et une redéfinition des missions de l'acheteur . .	14
B. Des conditions nécessaires pour une bonne politique d'achat . .	18
<i>II. Les réformes du CMP 2004 et 2006 : l'accent porté sur la responsabilité de l'acheteur . .</i>	20
A. Une liberté de choix laissée à l'acheteur public mais un souci d'adéquation entre offre et besoin . .	20
B. Des procédures d'achat moins contraignantes qui responsabilisent l'acheteur . .	24
<i>III. L'acheteur public responsable : une capacité à s'adapter aux difficultés rencontrées . .</i>	29
A. Des principes juridiques parfois difficiles à mettre en œuvre pour les acheteurs publics . .	29
B. Un contrôle des acheteurs publics perfectible . .	32
PARTIE II : UN PERSONNAGE EN PASSE DE DEVENIR INCONTOURNABLE, L'ACHETEUR PUBLIC, EXPERT JURIDIQUE, PEDAGOGUE ET MANAGER . .	35
<i>I. Les missions de l'acheteur public moderne . .</i>	36
A. Déterminer une politique d'achat efficace . .	36
B. Négocier et évaluer la politique d'achat . .	41
<i>II. L'acheteur public, pilote de la commande publique . .</i>	44
A. Une fonction en quête de reconnaissance . .	44
B. L'émergence d'un nouveau profil de l'acheteur qui combine expertise juridique et fibre commerciale . .	46
<i>III. Le métier d'acheteur public aujourd'hui . .</i>	48
A. La réalité de l'achat public aujourd'hui . .	48
B. La nécessité d'une formation polyvalente . .	49
CONCLUSION . .	52
BIBLIOGRAPHIE . .	54
Articles de revues . .	54
Sites Internet . .	54
Pour le Code des marchés publics 2006 . .	54
Articles du site Achatpublic.com . .	55
ANNEXES . .	56
Annexe 1 : Travail terrain . .	56
- Entretien réalisé le 16 Avril 2007 avec Madame Fanny DEJOURS, Directrice du Service Marchés Publics de la ville d'Oullins . .	56

REMERCIEMENTS

Je tenais à remercier toutes les personnes sans qui la réalisation de ce mémoire n'aurait pas été possible : Madame Anne BLANC-BOGE et Monsieur Arnaud PELISSIER pour leurs précieux conseils ; Mademoiselle Fanny DEJOURS pour m'avoir si gentiment reçue à la mairie d'Oullins ; Messieurs Henri GAGNAIRE, Marc BUDO, Madame Elizabeth LARGE pour s'être intéressés à mon projet et avoir accepté de répondre à mes questions ; Monsieur Jean-Luc TUECH pour son soutien de tous les instants et pour m'avoir ouvert de nouvelles perspectives...

Mesdemoiselles LICHON Noémie, VERMOREL Cécile et RONZE Clémence pour avoir supporté mes doutes et mes angoisses lors de la réalisation de ce travail...et mon ordinateur qui a finalement tenu le choc...

INTRODUCTION

L'acception large « acheteur public » recouvre une réalité assez complexe : on désigne en effet sous la terminologie « acheteur public » une personne de droit public (Etat, collectivités territoriales, établissement public) relevant du Code des Marchés Publics pour la passation de marchés de travaux, de services ou de fournitures.

Pour bien comprendre ce que recouvre la terminologie « acheteur public », il convient de préciser qu'on lui a attribué différents qualificatifs : dans le Code de 2004, la notion d'acheteur public est définie sous l'entité PRM qui désigne la « personne responsable du marché » : l'article 20 du Code désigne la PRM uniquement pour les marchés de l'Etat. Selon l'article 20, la PRM est « chargée de mettre en œuvre les procédures de passation et d'exécution des marchés. Elle signe les marchés. La PRM peut se faire représenter dans l'exercice de ses fonctions, sauf pour le choix de l'attributaire et la signature du marché (...)»¹. Dans le Code des Marchés Publics de 2006, c'est sous l'appellation « pouvoir adjudicateur » qu'est désigné l'acheteur public. Les pouvoirs adjudicateurs sont les organes, administrations et services de l'Etat, les collectivités territoriales, les organismes de droit public entendus comme tout organisme créé pour satisfaire spécifiquement aux besoins d'intérêt général ayant un caractère autre qu'industriel ou commercial et doté d'une personnalité juridique, et dont soit l'activité est financée majoritairement par l'Etat, les collectivités territoriales ou d'autres organismes de droit public, soit la gestion est soumise à un contrôle par ces derniers, soit l'organe d'administration, de direction ou de surveillance est composé de membres dont plus de la moitié sont désignés par l'Etat, les collectivités territoriales ou d'autres organismes de droit public et également les associations formées par une ou plusieurs de ces collectivités territoriales ou de ces organismes de droit public².

La notion de « marché public » est précisée dans les manuels d'application du Code de 2004 et 2006 et définit un marché public comme suit : les marchés publics sont des contrats consacrant l'accord de volonté entre deux personnes dotées de la personnalité juridique, ce qui exclut notamment toute décision unilatérale. Le caractère onéreux exprime l'idée d'une charge pesant sur l'acheteur. Dans la majorité des cas, le marché donnera lieu au versement d'une somme d'argent. Il s'agira, par exemple, de l'autorisation donnée au cocontractant d'exploiter les panneaux publicitaires installés sur le domaine public, en se rémunérant par les recettes publicitaires y afférents ou de l'autorisation donnée au cocontractant de vendre le sable ou les graviers tirés d'un cours d'eau dont il a réalisé le curage. En revanche, les prestations que la personne publique obtient à titre gratuit ne peuvent jamais être qualifiées de marchés publics. Un marché est un contrat signé entre deux personnes distinctes dotées chacune de la personnalité juridique. Aucun texte ni aucun principe n'interdit, en raison de sa nature, à une entité publique de se porter candidate à l'attribution d'un marché public. Toutefois, les modalités d'intervention de la personne publique candidate ne doivent pas fausser les conditions dans lesquelles s'exerce la concurrence entre cette entité publique et d'autres entreprises afin de respecter le principe d'égalité d'accès à la commande publique. La personne publique qui soumissionne devra être en mesure de justifier, le cas échéant, que son prix proposé a été déterminé en prenant en compte l'ensemble des coûts directs

¹ P. SCMIDT, *La personne responsable du marché*, Guides Juridiques, Ed. Le Moniteur, 2004

² Définition extraite de l'article « La notion de pouvoir adjudicateur », www.finances.gouv.fr.

et indirects concourant à la formation du prix de la prestation objet du contrat, et qu'elle n'a pas bénéficié, pour déterminer le prix proposé, d'un avantage découlant des ressources ou des moyens qui lui sont attribués au titre de sa mission de service public(Conseil d'Etat, Section du contentieux, avis n° 22208 du 8 novembre 2000, Société Jean-Louis Bernard Consultants).

Bien avant que n'existe la dénomination « marchés publics », la puissance publique procédait déjà à des achats afin de subvenir à ses besoins et aux besoins de la collectivité. Déjà à ce moment là, ces achats étaient encadrés par des règles permettant de répondre à certains buts³.

Comme pour tout achat, le premier de ces buts était bien sûr de réaliser l'achat le plus avantageux économiquement parlant : c'est-à-dire l'achat le moins coûteux. Cet objectif apparaissait comme essentiel pour la puissance publique dans la mesure où, contrairement à un acheteur privé, ce n'est pas « son » argent qu'elle utilise, mais un argent qui ne lui appartient pas, les deniers publics. Selon P. Schmidt, on pourrait alors supposer que « l'acheteur pourrait être moins regardant en ce qui concerne la recherche de l'optimisation ou encore qu'il pourrait tenter de tirer avantage de cette situation ». Ainsi, pour pallier ces défaillances possibles, des règles d'encadrement se sont imposées. Dès 1256, on retrouve cet impératif dans une ordonnance de Saint-Louis ordonnant à ses officiers de jurer qu'ils adjudgeront tous les contrats d'exploitation du domaine royal en les vendant au meilleur profit⁴. Le critère du prix le moins élevé, que l'on appelle dans le vocabulaire des marchés publics le critère du « moins-disant » s'est donc imposé comme la première règle devant régir l'achat public. On ne s'apercevra que bien plus tard, et notamment avec la réforme du Code des Marchés Publics de 2004, que ce critère n'est parfois pas le plus pertinent et que la prise en compte d'autres critères (de qualité, de performance par exemple) peut s'avérer tout aussi importante. « Le moins-disant peut en effet proposer un produit insatisfaisant et très coûteux à l'usage » (P. Schmidt).

La consécration et l'universalisation des principes de l'achat public passe par une véritable volonté d'élargir la notion de marché public. Mais avant de s'attacher à décrire les causes et conséquences de cet élargissement de la notion, il convient de s'arrêter brièvement sur les principes de l'achat public en eux-mêmes. Quelle réalité recouvrent-ils donc ? La réponse est clairement donnée par le Code des Marchés Publics qui prévoit que « quel que soit leur montant, les marchés publics respectent les principes de liberté d'accès à la commande publique, d'égalité de traitement des candidats et de transparence des procédures. Ces principes permettent d'assurer l'efficacité de la commande publique et la bonne utilisation des deniers publics. Ils exigent une définition préalable des besoins de l'acheteur public, le respect des obligations de publicité et de mise en concurrence et le choix de l'offre économiquement la plus avantageuse. Ces obligations sont mises en œuvre conformément aux règles fixées par le présent Code »⁵. Le Code de 2004 précisera que ces principes sont valables pour tous les marchés « quel que soit leur montant ».

Selon P. Schmidt, le premier élargissement de la notion de marché public réside dans le fait de donner une définition « nationale » de ce qu'est un marché public, et cette définition est contenue dans le Code des Marchés Publics. Désormais, le montant du contrat importe peu et « tous les contrats conclus à titre onéreux avec des personnes publiques ou privées par les personnes morales mentionnées à l'article 2 du Code des Marchés Publics [2004],

³ Florian LINDITCH, *Le droit des marchés publics*, Quatrième édition DALLOZ, 2006, Introduction, page 1

⁴ X. BESANCON, *Essai sur les contrats de travaux et de services publics*, Bibliothèque de Droit Public, LGDJ, Tome 206, 1999

⁵ Article 1 du Code des Marchés Publics de 2001

pour répondre à leur besoin en matière de travaux, de fournitures et de services »⁶ sont des marchés publics. Cet élargissement va donc permettre de contribuer à assouplir les procédures de marchés et à introduire une responsabilisation de l'acheteur public tenu d'effectuer une politique d'achat plus saine qu'avant.

Le deuxième élargissement de la notion de marché public, qui concourt par ailleurs à consacrer les principes de l'achat public et le rôle de l'acheteur public, provient de pressions externes : communautaires surtout et même internationales⁷. Depuis une dizaine d'années, l'influence des traités internationaux se fait particulièrement sentir sur le droit de la commande publique. En effet, les accords de Marrakech signés le 15 avril 1994 dans le cadre des négociations du GATT ont permis l'élaboration d'un Accord sur les Marchés Publics, applicable à l'ensemble des marchés publics, quel que soit leur objet (fournitures, travaux, services) ou leurs signataires (Etat, collectivités publiques ou secteur public). Cet accord pose les prémisses d'une intégration future des règles d'achat public nationales. Cependant aujourd'hui, la préoccupation la plus importante reste celle de l'intégration communautaire du droit des marchés publics. La réforme de 2004 a abondé dans ce sens en se voulant plus conforme au droit communautaire⁸. La « communautarisation » du Code s'est donc accentuée. Cette influence du droit communautaire s'est particulièrement faite sentir avec l'accent mis sur la « libération des énergies locales et le développement de la concurrence ». Le droit communautaire a un rôle fondamental dans l'accroissement de la liberté des acheteurs publics et participent donc de leur responsabilisation. La loi n°2003-591 du 2 juillet 2003 habilite le gouvernement à simplifier le droit des marchés publics et introduit pour cela trois dimensions : tout d'abord, une modernisation du droit des marchés publics, afin que ce dernier puisse s'adapter plus facilement aux évolutions technologiques et puisse plus facilement faire face aux modifications de l'environnement économique ; ensuite, une simplification du droit des marchés publics afin de le rendre plus compréhensif et accessible pour les acteurs qui l'utilisent ; enfin une flexibilisation des procédures dont le but est de répondre de manière plus adaptée aux besoins des acheteurs publics. Cette flexibilisation des procédures a pour corollaire de profondes modifications, d'influence communautaire, au sein même du Code : l'assouplissement des procédures ne peut être réalisée que par une harmonisation communautaire des seuils. Ainsi, pour rendre plus automatique la mise en concurrence, le seuil prévu est passé de 5,9 millions d'euros à 230 000 euros. Cela signifie que pour tout marché supérieur à un tel montant, la mise en concurrence est obligatoire. Ensuite, le droit communautaire prévoit le recours à des procédures de marchés publics allégées et adaptées dont on verra le détail au cours du développement : pour les marchés compris entre 230 000 et 5,9 millions d'euros, on pourra désormais recourir à de nouvelles procédures d'appel d'offre plus souples, permettant une négociation entre acheteurs publics et entreprises candidates à l'obtention du marché. Pour les marchés dont le montant atteint 5,9 millions d'euros, il sera possible de recourir à une procédure adaptée pour les lots inférieurs à 1 million d'euros. Enfin, pour compléter ces mesures allant dans le sens d'une plus grande responsabilisation de l'acheteur, il convient de signaler que le droit communautaire institue un seuil de 90 000 euros à partir duquel la publicité préalable dans la presse écrite sera obligatoire. Pour les marchés inférieurs à 90 000 euros HT, les modalités de publicités devront être adaptées par l'acheteur public afin de permettre une mise en concurrence effective.

⁶ Définition donnée par l'article 1 du Code des Marchés Publics 2004

⁷ Florian LINDITCH, *Le droit des marchés publics*, Quatrième édition DALLOZ, 2006

⁸ MENEMENIS A. « Le nouveau Code des marchés publics », AJDA n°7/2004, 23 février 2004, pages 382-388

On peut donc constater un double élargissement de la notion de marché public et selon P. Schmidt, « il résulte de cette évolution intensive de la notion de marché public un caractère particulièrement intensif de la notion (...) et la soumission d'un nombre de plus en plus important de contrats au régime des marchés publics ».

L'acheteur public est plus que jamais demandé aujourd'hui : désormais soumis à de multiples pressions, il devient pleinement responsable de la mise en œuvre effective des procédures et du respect de la loi. Il doit en effet respecter de nombreux principes censés garantir la légalité du marché et participer de son effectivité.

Le « droit des marchés publics » a longtemps passé sous silence la « réalité économique de l'achat public ». Les marchés publics étant des contrats conclus à titre onéreux, ils mettent en jeu l'argent public. Le secteur de la commande publique représenterait aujourd'hui 10% du PIB. Cette part non négligeable met aujourd'hui en lumière le formidable enjeu économique qui se cache derrière le droit des marchés publics. Selon Florian Linditch, le développement du contentieux des marchés publics depuis une dizaine d'année illustre le fait que « les budgets publics ne sont pas extensibles et que leur emploi n'est pas neutre ». Le secteur des marchés publics est en pleine expansion du fait de trois types de pressions extérieures : tout d'abord, le droit communautaire qui impose l'ouverture à la concurrence et vise des secteurs autrefois protégés tels que le secteur public français ; ensuite, l'administration souffre d'une insuffisance en moyens matériels et humains ce qui la contraint à recourir à des prestataires de services extérieurs, via la procédure des marchés publics ; enfin, la troisième raison réside, selon Linditch, dans « l'adhésion croissante de l'administration au mouvement général d'externalisation et de spécialisation des tâches, sur le modèle déjà largement pratiqué par les entreprises », c'est le principe selon lequel « tout ce qui ne constitue pas le cœur de la puissance publique doit être laissé aux professionnels »⁹.

C'est sous l'effet de ces trois types de pressions extérieures et dans le but d'intégrer une dynamique de performance, d'efficacité et d'économie de l'argent public que le droit des marchés publics a dû s'adapter. Le Code des Marchés Publics a donc été remanié à trois reprises : en 2001, 2004 et 2006, dans le but d'encadrer au mieux la procédure des marchés publics et de répondre de la manière la plus adaptée au nouveau contexte imposé aux praticiens de l'achat public. Le rôle de l'acheteur public, acteur central du processus, a par conséquent profondément évolué. En effet, il est l'acteur qui assure la mise en œuvre du marché public et est donc le premier concerné par les réformes. Ces dernières ont un effet immédiat sur ses prérogatives. C'est pourquoi, l'objectif proclamé de la réforme de 2004 était de donner davantage de marges de manœuvres aux acheteurs publics. La PRM bénéficie avec la réforme de 2004 d'une plus grande liberté et devient un acteur incontournable dans l'organisation publique : elle doit assurer la cohérence du projet d'achat, définir et conduire la procédure d'achat et finaliser le marché. La réforme de 2004 allège donc les formalités mais renforce la responsabilité des acheteurs. La réforme de 2006 est beaucoup moins révolutionnaire : elle achève le processus initié par le nouveau Code des Marchés Publics de 2004, mais à l'exception de l'introduction de quelques procédures nouvelles, la similitude avec la précédente réforme est assez flagrante¹⁰. En libéralisant l'achat public, la réforme de 2004, achevée par celle de 2006 a donc pour but d'éviter de reproduire les

⁹ Florian LINDITCH, *Le droit des marchés publics*, Quatrième édition DALLOZ, 2006, pages 2, 3.

¹⁰ Stéphane BRACONNIER, « *Le nouveau Code des Marchés Publics : Achèvement d'un cycle ou amorce de futures évolutions ?* », La Semaine Juridique, Edition Générale n°6, 7 février 2007.

erreurs du passé¹¹. La commande publique a en effet par le passé pu être sujette à des dérives ; certaines persistent même aujourd'hui : l'obligation de mise en concurrence en est l'exemple le plus frappant. Pendant longtemps, les services acheteurs, habitués à travailler avec des prestataires dont ils s'estimaient satisfaits, se sont montrés réticents à les mettre en concurrence avec d'autres prestataires. Ainsi, le critère de l'habitude, plutôt que celui du prix ou des garanties apportées par l'opérateur, prévalait dans le choix de l'attributaire du marché. Par ailleurs, la difficulté à poursuivre pénalement les acheteurs en a conduit certains à s'adonner à certaines pratiques illicites : délit de favoritisme, corruption...pour ne citer que les cas les plus extrêmes. Les réformes du Code des Marchés Publics vont donc par conséquent s'axer sur une responsabilisation des acheteurs.

Toutefois, afin de pouvoir analyser les conséquences des réformes sur l'acheteur public, il s'agit tout d'abord de dresser un panorama de la procédure de passation des marchés publics, dans le but d'identifier ensuite quelles sont les évolutions induites pour les acheteurs. Selon Philippe Schmidt, « la PRM dispose d'un rôle essentiel dans la procédure du projet d'achat qui peut se scinder en trois séquences : la définition du besoin en interaction avec les autres organes de la collectivité et notamment l'élaboration du cahier des charges ; la définition des règles de la consultation à venir et notamment le choix de la procédure à mettre en œuvre et des critères de sélection des candidatures et des offres ; la mise en place des organes collégiaux de l'achat, commissions ou jurys »¹². La PRM doit donc effectuer une définition préalable du besoin, c'est-à-dire identifier les conditions dans lesquelles elle pourra réaliser le meilleur achat possible. La définition des besoins, de leur nature et de leur étendue est essentielle car elle détermine le choix de la procédure à mettre en œuvre. Il est donc indispensable que l'administration, avant d'engager la consultation, se pose toutes les questions qui lui permettront de déterminer au mieux la nature et l'ampleur de son besoin¹³. Avant de lancer la procédure, une évaluation des différentes options qui se présentent est donc indispensable, évaluation qui se traduit par « une analyse économique en termes de performance et de coût global ». Selon Philippe Schmidt, cette évaluation passe par exemple par un recensement des états de consommation des services. Ce recensement va se faire dans le cadre de la préparation budgétaire annuelle de la collectivité publique. Après cette phase de recensement, vient la phase de « vérification de l'opportunité de l'achat » : à ce moment de la procédure, on vérifie que les besoins sont évalués de manière sincère et raisonnable. Une fois les besoins correctement évalués, l'autorité publique doit rédiger le cahier des charges : c'est une étape primordiale dans la mesure où le cahier va constituer l'outil de communication avec les candidats. Selon l'article 13 du CMP 2004, les cahiers des charges sont des documents contractuels qui « déterminent les conditions dans lesquelles les marchés sont exécutés ». Ils comprennent des documents généraux réunissant les clauses générales applicables à toute une catégorie de marchés, et des clauses particulières qui s'appliquent à un marché bien déterminé. Une fois le cahier des charges élaboré, les caractéristiques du marché commencent à se préciser : l'autorité publique peut donc choisir le mode de dévolution du marché, c'est-à-dire procéder à un allotissement. « Allotir consiste à découper le projet d'achat en sous-ensembles indépendants. Pour chaque sous-ensemble, les offres des entreprises candidates seront confrontées en fonction de leur domaine d'activité » (P. Schmidt). Toutefois, il convient de souligner que l'allotissement n'est pas une obligation : la collectivité peut très bien choisir

¹¹ MENEMENIS A. « Le nouveau Code des marchés publics », AJDA n°7/2004, 23 février 2004, pages 382-388

¹² P. SCHMIDT, *La personne responsable du marché*, Guides Juridiques, Ed. Le Moniteur, 2004

¹³ Article « Commission des Marchés Publics de l'Etat », http://www.finances.gouv.fr/directions_services/daj/cmpe/definition_besoin.htm

de réaliser un marché unique (article 10 CMP 2004). Après avoir identifié la procédure applicable au marché en question, vient le temps de la mise en concurrence des entreprises prestataires. Cette phase est régie par des règles claires que l'on nomme les « règles de la consultation ». L'article 42 du CMP 2004 détermine les mentions qui doivent figurer dans le règlement de la consultation : identification de l'acheteur, définition de l'objet du marché, de la procédure choisie, des critères d'attribution du marché et des remises des candidatures et des offres. Les règles de la consultation varient selon la procédure choisie par l'acheteur public. Selon l'article 26 du CMP, « les marchés sont passés sur appel d'offre. Toutefois, ils peuvent être passés selon une procédure négociée (...), une procédure de dialogue compétitif (...), une procédure de conception-réalisation (...) ». Le seul critère que l'acheteur devait garder en tête au moment du choix de la procédure, était dans le CMP 2004 et les précédents codes, celui de la recherche de l'offre économiquement la plus avantageuse. Lors de la Commission d'Appel d'Offre, l'acheteur public procède alors à une comparaison des différentes offres proposées par les entreprises candidates pour le marché, soit sur la base d'une pondération des critères de choix définis en fonction de l'objet du marché, soit par une simple comparaison des prix afin de choisir l'offre dont le montant est le moins élevé. Le rôle de l'acheteur public tout au long des différentes phases décrites précédemment est de s'assurer du respect des règles juridiques lors des différentes procédures de passation¹⁴.

Le respect des principes fondamentaux régissant l'achat public constitue le fondement du nouveau rôle de l'acheteur public. Ces principes, que l'on identifie au nombre de trois, sont le principe de liberté d'accès à la commande publique, le principe de transparence des procédures et le principe d'égalité de traitement des candidats, dont voici le détail. Le principe de liberté d'accès à la commande publique recouvre l'idée que tout opérateur qui souhaite conclure un contrat avec la puissance publique a le droit de se porter candidat. Si toutefois un refus advient, il doit être à la fois justifié par l'objet du marché et motivé. La mission de l'acheteur public est donc de s'assurer qu'aucune restriction d'accès n'est posée aux candidats tant au titre de leurs capacités qu'aux titres des spécifications techniques¹⁵. Le principe de liberté d'accès à la commande publique suppose également une égalité de traitement des candidats. La nature juridique du candidat (entreprises, personnes morales de droit public) importe peu¹⁶. Le principe de transparence des procédures trouve sa définition dans le CMP 2004 : « On doit considérer qu'un marché a été passé dans des conditions satisfaisantes au regard de l'exigence de transparence si les moyens de publicité utilisés ont réellement permis aux prestataires potentiels d'être informés et ont abouti à une diversité d'offres suffisante pour garantir une vraie mise en concurrence ». Ce principe de transparence est pour la CJCE, un moyen de garantir le respect du principe de non-discrimination et une véritable mise en concurrence, mais également l'impartialité, c'est-à-dire l'objectivité dans le déroulement et l'attribution du marché¹⁷. Ce principe de transparence implique donc l'idée de publicité. Selon le Conseil d'Etat, le principe de transparence implique un minimum de publicité sur les consultations lancées. Il a ainsi pour objet de garantir une information suffisante et objective à l'ensemble des opérateurs économiques susceptibles de se porter candidats sur les conditions de passation des marchés publics¹⁸. L'acheteur public a donc pour obligation de garantir ce principe : il sera

¹⁴ P. SCMIDT, *La personne responsable du marché*, Guides Juridiques, Ed. Le Moniteur, 2004

¹⁵ CJCE, 22 juin 1993, Commission contre Danemark, Aff. C-243/49

¹⁶ CE, 16 Octobre 2000, Compagnie méditerranéenne d'exploitation des services d'eau.

¹⁷ CJCE 7 décembre 2000, Teleaustria Verlags GmbH, affaire C-324/98

¹⁸ CE, 13 mars 1998, Fédération Nationale des Sociétés d'Economie Mixte

jugé responsable s'il y a un vice de procédure. Enfin, le troisième principe est celui d'égalité de traitement des candidats : selon P. Schmidt, le principe d'égalité des candidats ne signifie pas que tous les candidats doivent être traités de la même manière. Il signifie que tous les candidats placés dans la même situation doivent être traités de la même manière. Cette nuance est primordiale car c'est elle qui va permettre de justifier l'exclusion de certains candidats. Les différents candidats doivent donc être informés de façon égale par l'acheteur public des conditions de la consultation. Si toutefois la légalité de la procédure était remise en question, si un candidat s'estimait lésé, le principe d'égalité devrait donc être examiné au cas par cas à la lumière de chaque situation particulière¹⁹.

Le Code des Marchés Publics 2006 reprend en y intégrant les nouvelles procédures l'article 1 du Code des Marchés Publics 2004 : « les marchés publics et les accords-cadres...respectent les principes de liberté d'accès à la commande publique, d'égalité de traitement des candidats et de transparence des procédures. Ces principes permettent d'assurer l'efficacité de la commande publique et la bonne utilisation des deniers publics » (article 1^{er} CMP 2006). Selon Florian Linditch, au travers de cette définition, l'acheteur public apparaît comme le garant du respect de ces principes, et par ailleurs, cela entraîne un changement de ses prérogatives. En effet, selon Linditch, « par ces quelques lignes, le principe de mise en concurrence qui sous-tend traditionnellement le Code des marchés, est passé de l'obligation de moyen (respecter des procédures de passation), à l'obligation de résultat²⁰ (créer les conditions d'une égalité optimale entre les entreprises candidates à la commande publique) ». Voilà donc la première raison pour laquelle on peut désormais parler d'un acheteur public responsable : le CMP 2004 imposait à l'acheteur le respect des procédures de passation des marchés publics, le CMP l'oblige désormais à rendre compte de l'efficacité s'ensuivant du respect de tels principes. Toujours selon Linditch, ce changement de perspective ne présente que des avantages dans la mesure où dans la précédente version, en dépit de la garantie du respect des textes, il était impossible de garantir concomitamment le caractère impartial de la décision d'attribution du marché. Pour de nombreux acheteurs publics, il était facile de s'adonner au « fétichisme procédural », c'est-à-dire d'estimer qu'une procédure était juste et en règle uniquement si elle respectait les dispositions du Code des Marchés Publics. Linditch donne alors un exemple pour illustrer son propos : il met en jeu le principe d'égalité. L'article 26 du Code des Marchés Publics n'imposant aucune procédure particulière pour des achats inférieurs à un montant de 210 000 euros HT, les pouvoirs publics se sentent légitimes à passer ces marchés selon des procédures adaptées. Pourtant, il existe également une garantie au principe d'égalité qui permet aux entreprises estimant qu'il y a eu une attribution préférentielle du marché d'intenter une action en annulation ou en responsabilité. Légalement, aucune disposition du Code n'a été enfreinte. Comment expliquer cela ? En réalité, l'explication se trouve dans l'article 27 du Code des Marchés Publics qui impose l'application du principe d'égalité pour tous les marchés supérieurs à 4000 euros. Le Tribunal Administratif de Toulouse a même consacré ce principe dans un arrêt du 29 Juillet 2002, Société Maj Blanchisserie de Pantin : « Les marchés qui sont conclus sans formalités préalables après l'entrée en vigueur du décret du 7 mars 2001, alors qu'ils entrent dans le champ d'application du CMP tel qu'il est défini par ses articles 1^{er} et 2 précités issus de ce décret, réserves étant faites des exceptions prévues aux articles 3 et 4, ne peuvent l'être que par l'application des dispositions du code qui l'autorisent. Ils sont donc passés en application du CMP, au même titre que les marchés pour la passation desquels le Code impose le respect des règles de procédures.

¹⁹ CE, Sect., *Denoyez et Chorques* : Rec. CE, page 274

²⁰ Florian LINDITCH, *Le droit des marchés publics*, Quatrième édition DALLOZ, 2006, page 27-28

Ces marchés demeurent du reste soumis aux principes généraux posés aux deuxième et troisième alinéa du I de l'article 1^{er} du Code, selon lesquels, « les marchés publics respectent les principes de liberté d'accès à la commande publique, d'égalité de traitement des candidats et de la transparence des procédures » et « l'efficacité de la commande publique et la bonne utilisation des deniers publics sont assurés 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 »²¹.

Les mêmes garanties peuvent donc s'appliquer aux autres principes tels que la liberté d'accès à la commande publique et l'obligation de transparence. En imposant le respect de tels principes pour des marchés même de petite taille, l'acheteur public est responsabilisé. En effet, chaque marché qu'il aura à mener sera soumis à une obligation de résultat, ce qui signifie dans le langage courant, qu'on demandera des comptes à l'acheteur.

Bien entendu, le précédent exposé ne constitue qu'un récapitulatif succinct de la procédure de passation d'un marché public, mais il constitue la trame commune quelle que soit l'objet du marché ou la procédure choisie. Il apparaît nécessaire de dresser un état des lieux de la procédure de passation du marché à ce moment-là, car le propos du mémoire portant sur l'évolution du rôle de l'acheteur public, tant juridiques, qu'économiques et managériales, l'argumentation à venir ne ciblera que les procédures qui ont de véritables conséquences sur le rôle et le profil de l'acheteur public. En effet, au regard des différentes réformes du Code, on peut constater que le métier d'acheteur public est en train de changer. Selon Jean-Marc Binot²², la métamorphose serait en marche : la personne responsable des marchés serait en train de devenir un véritable manager des achats. La prise en compte de nouveaux paramètres tels que « la programmation des achats, une meilleure connaissance des fournisseurs, la faculté de négocier avec le prestataire » serait en train de redéfinir profondément les prérogatives de l'acheteur public et de faire de cet acteur essentiel de l'organisation publique un « chef d'orchestre de la commande publique ». L'acheteur public, statut auparavant ignoré par la fonction publique territoriale, s'impose désormais de part ses nouvelles responsabilités : la définition et la réflexion sur la procédure d'achat, et ses qualités d'expert.

Le Code des Marchés Publics a été réformé trois fois en cinq ans : ce n'est pas anodin. Ces réformes mettent en lumière de façon frappante les dysfonctionnements qui touchaient de plein fouet le droit des marchés publics et son incapacité à s'adapter aux évolutions des prérogatives de l'administration et à l'influence du système communautaire sur les marchés publics. Le droit des marchés publics était en effet beaucoup trop rigide : enfermés dans un véritable carcan juridique visant à garantir la sécurité de l'achat, les acheteurs publics ne disposaient d'aucune marge de manœuvre et finissaient par être « contre-productifs ». C'est pourquoi, la réforme du Code des marchés publics de 2004, en procédant à un allègement des procédures de passation des marchés (introduction des marchés à procédure adaptée), en obligeant les acheteurs à négocier avec les entreprises, en les rendant responsables devant la justice en cas de non-respect de la légalité, a permis de libéraliser les pratiques de l'achat public. La réforme de 2006, par le biais de procédures telles que les accords-cadres, le système d'acquisition dynamique, l'obligation de prendre en compte des considérations sociales, environnementales, poursuit ce mouvement et

²¹ TA Toulouse 10/07/1997 n°953353, Société MAJ-Blanchisserie de Pantin contre Ville de Toulouse, Compagnie Générale des Eaux

²² Article du site achatpublic.com, « Du responsable des marchés au manager des achats : la métamorphose est en marche », 1^{er} Septembre 2004.

permet d'actualiser et de moderniser le droit des marchés publics. Les rédacteurs du Code qui avaient pris conscience de la situation ont donc confié la responsabilité de redresser la situation aux acheteurs publics. Ils leur en donnent les moyens en leur permettant le recours à des procédures plus flexibles, telles que celles citées plus haut, et qui en théorie, correspondent à autant d'articles du Code des Marchés Publics. Dans la pratique, cette flexibilité se répercute donc en premier lieu sur l'acheteur public, en le rendant plus libre mais aussi plus responsable. Sorti de sa léthargie, l'acheteur public doit désormais s'adapter à ces nouvelles prérogatives et faire face à de nouvelles exigences. Sans conteste, on lui « en demande » beaucoup plus qu'avant : l'acheteur public aujourd'hui n'est plus le même que celui d'il y a dix ans.

Au regard de ces considérations, il apparaît donc légitime de se demander comment les évolutions du droit des marchés publics, induites par un souci d'adaptation de l'achat public en France à la nouvelle donne administrative et communautaire, ont favorisé l'émergence d'un nouvel acteur : l'acheteur public responsable ? Comment cet acheteur public moderne a-t-il réussi à s'imposer en très peu de temps comme une entité devenue incontournable, passant du simple « responsable des marchés » à un véritable manager reconnu dans sa structure organisationnelle ?

Les réformes du CMP 2004 et 2006 imposent une nouvelle philosophie de la réglementation de l'achat public axée sur la responsabilisation de l'acheteur par le biais de nouvelles procédures (négociation...) et de procédures allégées et adaptées (accords-cadres, marchés à procédure adaptée, SAD...). Ces réformes placent au premier plan le métier d'acheteur, longtemps ignoré du statut de la fonction publique territoriale. Mais son rôle change : aujourd'hui la parfaite connaissance de l'environnement réglementaire ne suffit plus.

Désormais il faut être performant économiquement. Dans le souci d'une meilleure adéquation entre offre et besoin pour une meilleure utilisation des deniers publics, la dimension « économique » de l'achat est en passe de l'emporter sur les préoccupations réglementaires.

Pour répondre à ces nouvelles exigences, l'acheteur public devra donc se confronter à la technicité de l'achat public et dépasser ses propres réticences ainsi que celles des services avec lesquels il travaille vis-à-vis des nouveautés du Code. C'est pourquoi, on lui demandera d'être à la fois organisateur, pédagogue et communicant.

Les évolutions, nécessaires, du droit des marchés publics imposent un nouvel acteur : l'acheteur public responsable (I) titulaire de prérogatives d'expert juridique, de pilote de la commande publique et de manager qui en font un personnage en passe de devenir incontournable (II).

PARTIE I : DES EVOLUTIONS NECESSAIRES QUI IMPOSENT UN NOUVEL ACTEUR, L'ACHETEUR PUBLIC RESPONSABLE

Les réformes du CMP 2004 et 2006 imposent une nouvelle philosophie de la réglementation de l'achat public axée sur la responsabilisation de l'acheteur public. Cette nouvelle philosophie passe par la création de nouvelles procédures, l'allègement des procédures déjà existantes, l'accent porté sur la définition du besoin, les formes du marché : marchés sans formalité préalable, négociation, dialogue compétitif, procédures de conception-réalisation ; dématérialisation ; accords-cadres, système d'acquisition dynamique ; principe des seuils et règles de mise en concurrence... Cette nouvelle philosophie constitue la réponse à un souci de meilleure adéquation entre offre et besoin pour une meilleure utilisation des deniers publics, d'imposer des objectifs de performance, de donner une plus grande liberté à l'acheteur, de rééquilibrer les rapports entre acheteurs publics et candidats et acheteurs publics et attributaires, d'efficacité de la commande publique, de consécration des règles du marché concurrentiel...qui sont autant d'objectifs à atteindre pour mener une politique d'achat moderne. Des difficultés, des obstacles s'opposent toutefois à l'acheteur public : la technicité de l'achat public et la qualification parfois lacunaire des acheteurs ; les réticences à mettre en concurrence, à utiliser les nouvelles procédures telles que les accords-cadres ; un contrôle des acheteurs qui n'est pas toujours adapté... Il faut donc trouver des solutions telles que perfectionner le contrôle des acheteurs, avoir des objectifs de pédagogie envers les services, les informer des procédures par le biais de notes de service et de formations ; bien connaître l'environnement réglementaire...pour rétablir les conditions optimales pour mener la politique d'achat.

I. La nouvelle philosophie de la réglementation de l'achat public implique une redéfinition des prérogatives de l'acheteur public

A. Une nouvelle philosophie qui crée un glissement du juridique vers l'économique et une redéfinition des missions de l'acheteur

L'efficacité de l'achat public et la bonne utilisation des deniers publics sont la conséquence de l'application des règles et des principes de l'achat public comme la mise en concurrence, l'efficacité de la commande publique...L'objectif économique de l'achat public est de réaliser

un « bon » achat public économiquement avantageux. Le droit de l'achat public devient alors un instrument de politique publique. Il est désormais nécessaire de prendre en compte des considérations ne présentant pas un intérêt immédiatement avantageux pour l'acheteur (mise en concurrence, considérations environnementales...)

Un des apports majeurs des réformes du CMP est l'intégration au sein des règles juridiques déjà existantes du facteur économique de l'achat public. L'introduction de la circulaire d'application du Code des Marchés Publics du 8 janvier 2004 place l'acheteur public au centre du nouveau dispositif : « il y a le Code lui-même qui précise dans le détail les différentes procédures applicables, mais surtout il y a l'acheteur, replacé au centre de l'opération d'achat, qui a désormais pour mission première d'adapter les principes à la réalité de son terrain. C'est là le cœur de cette réforme : 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 les contraintes du 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 acheteur 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 »²³.

Cette introduction de la circulaire d'application du Code des Marchés Publics illustre on ne peut mieux le renversement qui s'effectue à la réforme du Code 2004. Elle définit de manière extrêmement précise les nouvelles prérogatives de l'acheteur public et donne les clés de compréhension de la nouvelle donne régissant les marchés publics : en replaçant l'acheteur au centre du dispositif, elle lui octroie de nouvelles responsabilités dont vont découler de nouvelles missions qu'il va s'agir d'explicitier : garantir l'efficacité de l'achat public et la protection des deniers publics.

1. L'acheteur public responsable de l'efficacité de l'achat public et de la protection des deniers publics

a. La bonne utilisation des deniers publics : première préoccupation de l'acheteur

Selon Cyrille Emery, l'efficacité de l'achat public et son corollaire, la bonne utilisation des deniers publics feraient parties des principes de l'achat public. S'il est vrai, comme l'indique celui-ci que « la protection des deniers publics est même à l'origine du droit de la commande publique »²⁴, l'efficacité de l'achat public et la bonne utilisation des deniers publics constituent donc des principes dont le respect est fondamental. L'efficacité de l'achat public et une bonne utilisation des deniers publics doivent donc être la conséquence de l'application des règles et principes applicables à l'achat public.

Alain Ménéménis fait écho à cette conception en résumant les objectifs assignés aux règles de l'achat public : « Parmi les nombreux contrats que l'administration est amenée à passer, les marchés publics sont les seuls à faire l'objet d'une réglementation

²³ Y.R. Guillou, JM. Binot, YM. Legrand, *L'achat public local*, Collection Politiques Locales, LGDJ 2005, page 55.

²⁴ Cyrille Emery, *Passer un marché public*, Delmas, 2001

extrêmement précise et contraignante. La liberté contractuelle n'est certes jamais totale pour les administrations, mais elle est dans le domaine des marchés publics, particulièrement encadrée. Si les marchés publics donnent lieu à une réglementation aussi détaillée, c'est pour prendre en compte trois objectifs : l'efficacité de la commande publique ; la moralité publique ; la garantie d'un libre et égal accès à des opérateurs économiques à la commande publique »²⁵.

Dans la réalité pratique, ces nouveaux objectifs d'achat publics sont pleinement ressentis par les acteurs des collectivités publiques. Si l'on reprend le propos de Fanny Dejours, responsable du service marché public de la ville d'Oullins (Rhône) : « La responsabilité (des acheteurs publics) est également présente dans la volonté d'avoir des achats sains au niveau de la ville, d'avoir une réelle mise en concurrence, des meilleurs prix, une politique d'achat saine ». Toujours selon Fanny Dejours, les acteurs des services marchés publics ressentent aujourd'hui beaucoup plus cette pression qui pèse sur l'obligation de bien utiliser les deniers publics : « on a une volonté de mieux acheter, d'acheter de manière plus homogène, d'avoir une vraie logique de recherche d'économie, (...) la Direction nous le demande sur les achats de fournitures courantes. Il y a une réelle prise de conscience de l'importance de faire un achat pertinent. On recherche le meilleur rapport qualité/prix »²⁶.

Jean-Luc Tuech, responsable de pôle de gestion au Conseil Général du Gard souligne également les nouvelles pressions qui pèsent sur l'acheteur public et qui découlent de cet impératif d'efficacité économique : « (...) il faut vraiment affiner les estimations, le besoin doit être évalué à son juste prix. On fait moins de gros crédit car on risque de passer dans la procédure supérieure et les budgets sont de plus en plus serrés »²⁷.

C'est donc ce principe de bonne utilisation des deniers publics qui régit les règles d'attributions du marché au moins-disant, puis avec les réformes au mieux-disant. Il justifie également l'impératif de recourir à une publicité afin de permettre une mise en concurrence optimale des entreprises candidates dans le but d'obtenir le meilleur prix.

Enfin, P. Schmidt²⁸ résume de manière particulièrement pertinente le lien intrinsèque entre l'utilisation de l'argent public et l'applicabilité des règles de l'achat public : « c'est parce que le pouvoir adjudicateur a vocation, dans le cadre d'un marché public, à faire une dépense, que le droit des marchés publics s'applique. Le droit des marchés publics serait ainsi un droit de la bonne utilisation des deniers publics, c'est-à-dire de l'utilisation économiquement avantageuse de l'argent public ».

L'acheteur public est donc passé d'un rôle unidimensionnel (garantir le respect des principes du Code des Marchés Publics) à un rôle bidimensionnel où on adjoint à la sécurité juridique de l'achat l'obligation de mener une politique d'achat efficace économiquement.

b. L'acheteur responsable du respect des règles de concurrence

Le principe de protection des deniers publics vise principalement la protection de la personne publique. Toutefois, les réformes du Code des marchés publics ont mis à jour le fait que, pour réaliser un achat public économiquement efficace, il fallait également

²⁵ Atelier de la concurrence du 5 juin 2002, « Commande publique et concurrence »

²⁶ Extrait de l'entretien figurant en Annexe 1, page 92

²⁷ Extrait de l'entretien figurant en Annexe 1, page 96

²⁸ P. SCMIDT, *La personne responsable du marché*, Guides Juridiques, Ed. Le Moniteur, 2004

protéger les opérateurs économiques candidats aux marchés publics. Au travers du principe de non-discrimination, on va donc garantir l'égalité de traitement des candidats, principe fondamental de l'achat public consacré par le code et les différentes réformes. L'idée est en fait que seule la concurrence entre les entreprises permet d'effectuer le meilleur achat public possible.

L'acheteur public se trouve donc investi d'une nouvelle mission, qui est de garantir la mise en concurrence effective des opérateurs économiques candidats. La réforme du CMP 2004 a également consacré l'importance des critères de choix de l'opérateur. On a réalisé qu'un « bon » achat public n'impliquait pas forcément de choisir l'opérateur économique qui proposait le prix le plus bas. La prise en compte d'autres caractéristiques telles que les garanties apportées par l'entreprise, les délais de livraison proposés...peut s'avérer économiquement plus intéressante que le seul critère du prix. On a donc introduit le principe de pondération : « Le choix de l'offre économiquement la plus avantageuse s'effectue après application des critères d'attribution du marché définis par l'acheteur. Ces critères, instruments indispensables de transparence dont le non-respect porte atteinte aux règles de publicité et de mise en concurrence, sont hiérarchisés ou pondérés. En effet, l'article 53 du code des marchés publics dans sa rédaction issue du décret n° 2004-15 du 7 janvier 2004 modifié prévoit en effet que : « (...) II. - Pour attribuer le marché au candidat qui a présenté l'offre économiquement la plus avantageuse, la personne publique se fonde sur divers critères variables selon l'objet du marché, notamment le coût d'utilisation, la valeur technique de l'offre, son caractère innovant, ses performances en matière de protection de l'environnement, le délai d'exécution les qualités esthétiques et fonctionnelles, le service après-vente et l'assistance technique, la date et le délai de livraison, le prix des prestations. D'autres critères peuvent être pris en compte s'ils sont justifiés par l'objet du marché (...). Ces critères sont pondérés ou à défaut hiérarchisés »²⁹.

Des efforts particuliers sont réalisés par les acteurs de terrain afin de mettre en œuvre ces principes de pondération et de hiérarchisation : selon Fanny Dejours, « les critères de choix sont difficiles à fixer avec [les services opérationnels]. Maintenant c'est un peu plus rentré dans les mœurs mais cela a été difficile. Ils étaient découragés par les pourcentages, les grilles... C'est très contraignant pour les services. Dans le service marchés publics, l'analyse des offres est faite par le service, on fixe avec eux les critères mais le travail ensemble était nécessaire car seul un service technique peut dire qu'une offre est meilleure qu'une autre. Il a fallu une bonne année et demie pour que les critères de choix entrent dans la tête de tout le monde. Il faut hiérarchiser, pondérer, classer, justifier »³⁰.

Au Conseil Général du Gard, « le prix apparaît comme troisième, quatrième critère, en premier, on met la valeur technique de l'objet, les compléments de garantie, les délais d'exécution. Pourtant c'est encore souvent le prix qui fait la différence. En général, les entreprises apparaissant comme les meilleures sur les premiers critères, le sont aussi au niveau du prix »³¹ (JL. Tuech).

2. L'efficacité de la commande publique : condition de la bonne utilisation des deniers publics

²⁹ Ministère de l'Economie, JO du Sénat du 19 mai 2005, page 1420.

³⁰ Extrait de l'entretien figurant en Annexe 1, page 90.

³¹ Extrait de l'entretien figurant en Annexe 1, page 96.

L'article 1^{er} du CMP issu du décret du 7 mars 2001 était ainsi déjà rédigé : « l'efficacité de la commande publique et la bonne utilisation des deniers publics sont assurés (...) par le choix de l'offre économiquement la plus avantageuse ». On retrouve cet objectif dans le CMP 2004, et le Conseil de la Concurrence le présente comme « l'objectif synthétique du droit des marchés publics (...) »³². Toujours selon le Conseil de la Concurrence, l'efficacité de la commande publique ne peut être assurée qu'à la condition que le marché fonctionne selon les règles de la concurrence, c'est-à-dire qu'une mise en concurrence effective des opérateurs économiques candidats au marché soit réalisée par les acheteurs publics.

Pourtant, il s'agira de souligner que certaines évolutions du Code vont parfois à l'encontre de cette idée d'efficacité de la commande publique. Les pouvoirs publics manifestent parfois la volonté de faire de l'achat public un instrument de politique publique, et dans ce cas précis, il arrive souvent que l'objectif d'efficacité de la commande publique passe au second plan. Faire de l'achat public un instrument de politique publique passe par la prise en compte de considérations ne présentant pas un intérêt immédiat pour l'acheteur. On va retrouver cela par exemple en droit français et en droit communautaire avec l'introduction de considérations environnementales et sociales dans les marchés publics. Cette pratique, qui se développe de plus en plus, consiste à imposer aux candidats aux marchés publics le respect de prescriptions sociales ou environnementales dans la réalisation du marché public.

Ces nouveaux critères, et notamment le critère environnemental, ont été intégrés dans le CMP 2004. On retrouve par exemple à l'article 53 du CMP 2004 l'idée que « pour attribuer le marché au candidat qui a présenté l'offre économiquement la plus avantageuse, la personne se fonde sur divers critères variables selon l'objet du marché, notamment (...) ses performances en matière de protection de l'environnement (...) ».

En autorisant les acheteurs publics à recourir à de tels critères dans la détermination de l'attributaire du marché, on les responsabilise en leur imposant de réaliser un achat financièrement performant au travers du choix de l'offre économiquement la plus avantageuse, mais également en leur faisant jouer un rôle déterminant dans l'impulsion de nouvelles politiques publiques.

B. Des conditions nécessaires pour une bonne politique d'achat

Selon Yves-René Guillou, Jean-Marc Binot, Yves-Marie Legrand³³, « une politique d'achats réfléchie et bien menée est susceptible de programmer l'acquisition de biens, services et travaux, d'identifier gaspillages et surcoûts, et de générer des gains importants dans le domaine budgétaire ». C'est désormais à l'acheteur public qu'il incombe de réaliser cette politique d'achats. Pour cela, il faut qu'il en ait les moyens, financiers bien sûr, mais aussi techniques et en termes de maîtrise des connaissances nécessaires. Pour imposer cette nouvelle culture de l'achat, il faut des professionnels et des outils adaptés. Les rédacteurs du Code, au travers des diverses réformes, ont donc tenté de mettre à la disposition des acheteurs publics des outils efficaces pour mener une bonne politique d'achat. Mais cela ne suffit plus : « la plupart des acheteurs territoriaux sont capables de réaliser une

³² Conseil Constitutionnel, Avis n° 00-A-25 du 25 novembre 2004 relatif à un projet de décret portant réforme du Code des marchés publics.

³³ Y.R. Guillou, J.M. Binot, Y.M. Legrand, *L'achat public local*, Collection Politiques Locales, LGDJ 2005, page 56.

opération conforme à la législation mais ne savent pas ce qu'est un achat économiquement efficient »³⁴.

Guillou, Binot et Legrand mentionnent une étude particulièrement intéressante menée dans le secteur hospitalier et qui illustre de façon pertinente le décalage entre la sécurité juridique que les acheteurs ont désormais parfaitement intégrée dans leurs prérogatives et leur capacité à réaliser un achat économiquement efficient. Le rapport a été effectué en 1997 par l'Inspection Générale des Affaires Sociales (IGAS) dans plusieurs centres universitaires hospitaliers (CHU) : l'achat, qui dépendait essentiellement de la soumission à la sécurité juridique apparaissait par trop procédurier. Sept années plus tard, la Mission d'expertise et d'audit hospitaliers (MEAH) énumérait, début 2004, les défauts des usages toujours en cours³⁵. La MEAH a étudié les pratiques de quinze CHU sur un échantillon d'achat de cinquante produits de fournitures courantes. Elle a alors souligné « l'hétérogénéité des organisations et des pratiques d'achat en place », « l'importante disparité entre les prix des produits » que ne justifiaient ni les volumes commandés, ni les procédures d'acquisition retenues. Le rapport pointe de façon particulièrement acerbe « l'absence de politiques d'achats, d'objectifs, et de logique de performance de l'achat ». Par ailleurs, « les personnels en charge des achats bénéficient rarement d'un niveau d'expertise réel de la fonction achat ».

La conséquence de ce tableau plutôt noir de la situation, et qui peut être généralisé à la majorité des collectivités publiques aujourd'hui, est le recrutement par l'administration d'acheteurs publics venant du privé. Les cadres censés être formés à l'achat public n'apparaissent pas comme assez compétents pour les pouvoirs publics.

Ce problème du manque de qualification technique dans certains domaines et le recours à des acteurs venant du privé est également souligné et déploré par les professionnels de la fonction publique territoriale en poste. Selon Fanny Dejours : « La qualification économique est essentielle. Moi je pense que ça me manque. Je ne suis pas un pur produit de la fac de droit mais j'ai fait un DESS Droit et Contrats des Collectivités Territoriales mais axé Code. A l'époque et encore aujourd'hui, les réformes étaient tellement lourdes qu'on était préoccupé à assimiler l'aspect procédural. Aujourd'hui pour faire un bon achat public, il faut clairement avoir une double vision. Cela se voit dans les grandes collectivités, mais recruter des acheteurs publics pur produit des écoles de commerce n'est pas la solution. Il faut vraiment avoir LA double vision, il faut connaître les marchés au sens premier du terme. Il n'y a pas assez de formation encore. On s'est trop concentré sur l'aspect procédural. Il faudrait que [les procédures] arrêtent de changer pour qu'on se concentre sur autre chose. La ville de Lyon recrute beaucoup d'acheteurs publics du privé, cela a été beaucoup critiqué. Il faut maîtriser le Code d'abord avant d'aller sur le terrain économique. Il y a des axes de développement à trouver. Pareil pour les préoccupations environnementales, on n'est pas formé, il faut connaître, il faut qu'on nous forme. Attention à ne pas sacrifier l'aspect juridique »³⁶.

³⁴ Le Figaro Entreprises, « Acheter une propriété publique », édition du 27 octobre 2003.

³⁵ Rapport de la MEAH sur www.meah.sante.gouv.fr

³⁶ Extrait de l'entretien figurant en Annexe 1, page 92, 93

II. Les réformes du CMP 2004 et 2006 : l'accent porté sur la responsabilité de l'acheteur

La réforme du Code des marchés publics du 7 janvier 2004 marque une rupture nécessaire. Pour la première fois, une réforme se place clairement du côté de l'acheteur. Son objectif est de « faire de l'Etat et des collectivités soumises au code des marchés publics des acheteurs plus efficaces et plus économes »³⁷. Le ministère de l'Economie et des Finances, qui a élaboré la réforme, la justifie pour la raison suivante : « le système mis en œuvre lors de la précédente réforme du 7 mars 2001 ne correspondait pas aux souhaits de simplification, de souplesse et d'efficacité des acheteurs publics ». Le but avoué de cette réforme est donc de responsabiliser l'acheteur en lui accordant plus de souplesse, notamment au niveau de sa liberté de choix et en lui simplifiant certaines procédures administratives auxquelles il pourra recourir.

Le décret du 1^{er} août 2006 portant nouveau Code des marchés publics confirme cette responsabilisation. Participant de la « communautarisation » du droit des marchés publics et de la volonté affirmée de ne pas réitérer les erreurs du passé, le CMP 2006 n'est pas du tout révolutionnaire³⁸. Hormis l'introduction de nouvelles procédures allant dans le sens de la responsabilisation des acheteurs publics, il se situe dans la droite lignée du CMP 2004.

Toutefois, il est important de retenir que le maître mot de ces deux réformes successives est la « responsabilisation » de l'acheteur public.

A. Une liberté de choix laissée à l'acheteur public mais un souci d'adéquation entre offre et besoin

Laisser les acheteurs choisir comment mener la passation d'un marché public était la volonté affirmée du CMP 2004³⁹. On reprochait depuis longtemps au Code d'être beaucoup trop formaliste et de constituer plus une entrave pour les acheteurs publics qu'un support vraiment efficient. La réforme de 2004 leur offre la liberté d'action. Attention pourtant, le CMP 2004 n'abolit pas les règles encadrant les modalités de choix du partenaire par l'acheteur public, mais il permet à ce dernier de pouvoir ajuster son choix au regard de différents éléments laissés à sa libre appréciation comme :

- la forme du marché
- le recours à la nomenclature
- la détermination du niveau des besoins
- la procédure à mettre en œuvre
- les modalités de publicité et de mise en concurrence

1. La définition des besoins : plus de liberté, plus d'autonomie

³⁷ Ministère des Affaires Européennes, JO Sénat, 1^{er} Mai 2003, p.1471

³⁸ Stéphane Braconnier, « Le nouveau Code des marchés publics : achèvement d'un cycle ou amorce de futures évolutions ? », La semaine juridique, édition générale n°6, 7 février 2007.

³⁹ P. SCMIDT, *La personne responsable du marché*, Guides Juridiques, Ed. Le Moniteur, 2004

a. L'acheteur public est libre de choisir la forme du marché

La première responsabilité qui incombe à l'acheteur public avant de lancer une quelconque procédure de marché est celle du choix de la forme du marché. En général, deux éventualités se présentent pour lui : soit il décide de conclure un marché public unique, soit il décide d'allotir le marché. Il doit faire un calcul coût / avantage entre ces deux éventualités. Selon P. Schmidt, le choix d'allotir le marché (c'est-à-dire de le « découper en morceaux » selon les différentes prestations à réaliser) peut permettre de réaliser des économies d'échelle. En effet, une mise en concurrence va avoir lieu pour chaque lot, et cela permettrait donc d'obtenir le meilleur prix pour chacune des prestations : « le choix d'allotir le marché peut répondre à des considérations d'ordre technique, à savoir que l'allotissement permet de choisir l'offre la mieux-disante pour chacune des prestations au lieu d'avoir à choisir l'offre globalement le mieux disante »⁴⁰. Par ailleurs, recourir à un marché unique peut également présenter des avantages certains, dans la mesure où un nombre plus important d'opérateurs économiques va se porter candidat à l'obtention du marché, et où cela peut permettre une mise en concurrence très efficace, chacun essayant de proposer le prix le plus faible. L'acheteur public a donc pour première responsabilité de choisir entre ces deux alternatives. Il est toutefois important de souligner que le CMP 2006 consacre l'allotissement et en fait la règle afin de permettre une extension de la mise en concurrence sur les différents lots.

La deuxième prérogative de l'acheteur, toujours selon M. Schmidt, consiste à choisir avec qui il va s'associer pour réaliser le marché : là encore, deux alternatives sont possibles ; choisir de s'associer à d'autres personnes publiques ou à des personnes privées. Dans ce cas, l'acheteur doit déterminer s'il veut ou non constituer ce que l'on appelle un « groupement de commande » : « des groupements de commandes peuvent être constitués entre des entités énumérées à l'article 8 du Code des Marchés Publics 2006 qui regroupent différents acheteurs publics. Les groupements de commande ont pour avantage de faciliter la mutualisation des procédures de marchés et de contribuer à la réalisation d'économies sur les achats. Les groupements de commande font l'objet d'une convention constitutive est signée par leurs membres qui définit les modalités de fonctionnement du groupement. Cette convention désigne un des membres du groupement comme coordonnateur, chargé de procéder, dans le respect des règles prévues par le code des marchés publics, 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. L'article 8 du Code des Marchés Publics 2006 fixe les règles de constitution des membres de la commission d'appel d'offres du groupement qui est présidée par le représentant du coordonnateur. La personne responsable du marché de chaque membre du groupement, pour ce qui la concerne, signe le marché et s'assure de sa bonne exécution. (Source : Art. 8 du CMP 2006) »⁴¹. Le groupement peut donc permettre à la fois de réaliser des économies et de déléguer au coordinateur du groupement la réalisation de la passation du marché.

b. La nomenclature : une liberté d'action dans la détermination du seuil applicable

⁴⁰ P. SCMIDT, *La personne responsable du marché*, Guides Juridiques, Ed. Le Moniteur, 2004

⁴¹ Définition extraite du site www.marche-public.fr, <http://www.marche-public.fr/Marches-publics/Definitions/Entrees/Groupement-commandes.htm>

Après avoir déterminé la forme du marché, la troisième responsabilité de l'acheteur public consiste à déterminer le seuil applicable au marché. Pour résumer, le seuil désigne la valeur estimé du marché, son coût de revient.

Il convient ici de préciser l'évolution qui a eu lieu depuis 2001 concernant la détermination des seuils applicables au marché. Dans le CMP 2001, l'article 27 précisait comment déterminer ces seuils et ajoutait à cette détermination la prise en compte du caractère homogène des prestations. Pour déterminer le seuil d'un marché public, il fallait ajouter les différents montants de l'ensemble des prestations de services ou de fournitures homogènes. Selon Alain Ménéménis⁴², l'article 27 du CMP 2001 posait très clairement ce principe : « il conviendrait désormais de raisonner par ensemble de prestations homogènes, le caractère homogène des prestations résultant de ce qu'elles concourent à une unité technique ou fonctionnelle (ouvrages, opérations de travaux, opérations de services) et/ ou de ce que leurs caractéristiques sont comparables. Sur ce dernier point, le code renvoyait à une nomenclature, qui classait les fournitures et services en catégories réputées homogènes. Les acheteurs publics devaient donc se référer à une règle (art.27 du CMP) et à un guide (la nomenclature) ».

Ce recours à la nomenclature, beaucoup trop complexe dans la pratique, a été abrogé par le CMP 2004. Ce dernier va encore plus loin : concernant la détermination des seuils, on est passé de l'encadrement hyper-formaliste du CMP 2001 à une complète liberté de choix pour les acheteurs publics : « L'homogénéité des besoins est une notion qui peut varier d'un acheteur à l'autre, et qu'il lui appartient d'apprécier en fonction des caractéristiques des activités qui lui sont propres (...) ». Comme le souligne les analystes du droit des marchés publics, la détermination des seuils est laissée à la libre subjectivité des acheteurs publics.

C'est notamment au travers de cette procédure de détermination des seuils applicables au marché que l'on peut se permettre de parler de responsabilisation de l'acheteur public. En effet, on est face ici à un exemple flagrant de la liberté d'action qu'ont octroyé les réformes des CMP 2004 et 2006. Car comme le souligne P. Schmidt, « de ce seuil dépend l'ensemble des obligations procédurales à respecter pour la passation du marché ».

c. Une autonomie dans la détermination du niveau des besoins

« II. L'autorité compétente détermine le niveau auquel le besoin de fournitures et de services sont évalués. Ce choix ne doit pas avoir pour effet de soustraire des marchés qui leur sont normalement applicable en vertu du présent code » (article 5 du CMP 2004)

Cette disposition constitue une évolution majeure dans le processus de responsabilisation car elle introduit l'idée que désormais les différents services opérationnels d'une même collectivité publique doivent être capables d'évaluer leurs propres besoins. On rend donc les différents services plus autonomes et on leur impose les mêmes critères d'évaluation des besoins que pour n'importe quel marché public.

Responsabiliser les différents services opérationnels ne se fait pas sans difficultés car ils ne sont pas aguerris aux techniques du code et bien souvent ils ne comprennent pas pourquoi on leur impose de telles contraintes. Les pourcentages, la pondération, les critères de choix des différents fournisseurs ne leur parlent pas. Ils ont souvent l'habitude de recourir à un fournisseur unique qui leur donne satisfaction et ne comprennent pas pourquoi il faudrait en changer.

⁴² MENEMENIS A. « Le nouveau Code des marchés publics », AJDA n°7/2004, 23 février 2004, pages 382-388

C'est par exemple le problème qui se pose pour la ville d'Oullins, la responsable du service marché public Fanny Dejours doit faire face aux réticences des différents services : « Cela a quand même changé les pratiques car on demande aux services opérationnels d'être de plus en plus responsables et autonomes. On leur fait confiance mais on leur donne un guide, on les aide, donc ça les responsabilise. Mais il ne faut pas se leurrer, tous n'ont pas joué le jeu. Avec certains oui, ils se sont aperçus de l'importance de la mise en concurrence, et d'autres clairement non. La mise en concurrence n'est encore pas innée chez tout le monde. Souvent le frein, c'est l'habitude de travailler avec des fournisseurs. Ils se posent la question de si on prend le risque de travailler avec quelqu'un d'autre, si ça se passe mal, ceux sont des choses qui font peur. Les critères de choix sont difficiles à fixer avec eux. Maintenant c'est un peu plus rentré dans les mœurs mais cela a été difficile. Ils étaient découragés par les pourcentages, les grilles... C'est très contraignant pour les services. Dans le service marchés publics, l'analyse des offres est faite par le service, on fixe avec eux les critères mais le travail ensemble était nécessaire car seul un service technique peut dire qu'une offre est meilleure qu'une autre. Il a fallu une bonne année et demie pour que les critères de choix entrent dans la tête de tout le monde. Il faut hiérarchiser, pondérer, classer, justifier (...) Ça commence à aller mieux maintenant : on a mis en place des grilles-types qu'on étudie avec eux, on a adapté le modèle au fil des pratiques. C'est un travail intéressant pour nous de leur expliquer l'intérêt de la commande publique, de la mise en concurrence, au-delà du fait que c'est une obligation, car si on le présente comme une obligation, ça ne passe pas. Si on présente simplement le Code comme un outil juridique, ça ne passe pas. Si on explique l'intérêt de pratiques comme les préoccupations environnementales et qu'on est fortement soutenu en interne par la Direction Générale qui donne une ligne claire, si il n'y a pas de volonté, on ne le fera pas. Il y a une politique qui est très claire au niveau de la hiérarchie »⁴³.

2. La définition des règles de la consultation, une appréciation laissée à l'acheteur qui peut s'avérer dangereuse pour la légalité de la procédure de passation

a. Les modalités de publicité et de mise en concurrence laissée à la libre appréciation de l'acheteur

La quatrième responsabilité de l'acheteur réside dans la mise en œuvre des modalités de publicité et de mise en concurrence. Pour des marchés inférieurs à un montant de 230 000 euros HT, l'acheteur public a le choix de ces modalités. L'acheteur est donc responsable de choisir à la fois le support de diffusion pour la publicité et le type de publication. L'acheteur public doit également déterminer la date limite de dépôt des offres afin de garantir un délai suffisant pour permettre une réelle mise en concurrence.

Pourtant, laisser à l'acheteur public une telle responsabilité peut parfois s'avérer dangereux pour le respect de la légalité de la procédure de passation. En effet, le choix des modalités de publicité et de mise en concurrence va déterminer la forme du marché. Une publicité mal menée ne conduira pas à une mise en concurrence opportune car les propositions des entreprises candidates ne seront peut être pas les plus pertinentes. En laissant ces modalités à la libre appréciation de l'acheteur, on prend le risque de ne pas mettre toutes les chances de son côté pour réaliser un achat optimal. De plus, il est plus facile pour l'acheteur de créer une situation frauduleuse qui consisterait à privilégier un

⁴³ Extrait de l'entretien figurant en Annexe 1, page 90, 91.

candidat plutôt qu'un autre : si toutes les entreprises n'ont pas accès aux informations, aux avis d'appel public à la concurrence, cela remet en question le marché concurrentiel.

B. Des procédures d'achat moins contraignantes qui responsabilisent l'acheteur

1. Les marchés à procédure adaptée(MAPA)

a. Des marchés toujours soumis au droit de la commande publique

Selon Florian Linditch⁴⁴, la création des marchés à procédure adaptée entraîne pour l'acheteur public la responsabilité de choisir la solution la « mieux adaptée ». Toujours encadrés par le droit de la commande publique, les marchés à procédure adaptée ne dérogent pas aux obligations de garantie de liberté d'accès à la commande publique, d'égalité de traitement des candidats et de transparence. Toutefois, lorsque l'acheteur public utilise cette procédure, il doit être particulièrement vigilant et veiller à « remettre régulièrement à jour la liste des fournisseurs habituels de la collectivité », à « ne pas céder aux pressions diverses et variées qui ne manqueront pas de s'exercer en faveur de certains fournisseurs, notamment locaux ou en place (...) », à ce que « les candidats connaissent suffisamment à l'avance les règles de forme (délais) et de fond (les critères) utilisés par l'administration pour attribuer ses marchés ».

Il est aussi important de noter que les MAPA ont fait peur aux acheteurs publics. Ce type d'achat informel leur fait courir des risques plus grands que lors d'une procédure formalisée et ils ont donc demandé aux pouvoirs publics de se montrer plus sévères sur certaines règles régissant les MAPA, et notamment les règles relatives aux modalités de publicité. En 2004, les pouvoirs publics ont accédé à la demande des acheteurs en imposant une publicité formalisée même pour des marchés inférieurs à 90 000 euros HT (on retrouve cela à l'article 40 du CMP 2006). La principale innovation apportée par la procédure des MAPA réside dans le fait que les modalités de la mise en concurrence sont laissées à la libre appréciation du pouvoir adjudicateur (article 28 CMP 2006). Cela signifie que l'acheteur est libre de déterminer à partir de quel seuil on déclenchera tel ou tel type de mise en concurrence. En général, les seuils sont déterminés de la manière suivante :

pour des marchés inférieurs à 4000 euros HT, la mise en concurrence est laissée à la libre appréciation de l'acheteur

pour des marchés de 4000 à 10 000 euros HT, l'acheteur est obligé d'obtenir trois devis
de 10 000 à 90 000 euros HT, l'avis d'appel public à la concurrence doit être publié dans un journal d'annonces légales

Quand le marché est supérieur à 90 000 euros mais inférieurs à 135 000 euros HT (pour l'Etat) ou 210 000 euros HT (pour les collectivités locales), un avis d'appel public à la concurrence doit être envoyé soit dans un journal habilité à recevoir des annonces légales, soit au bulletin des annonces des marchés publics.

Pourtant, la simple application de tels seuils ne suffit pas : l'acheteur public devra apprécier les modalités de publicité en prenant en compte l'objet du marché. L'article 40-II du CMP 2006 exprime cette exigence de façon explicite : « le pouvoir adjudicateur choisit

⁴⁴ Florian LINDITCH, *Le droit des marchés publics*, Quatrième édition DALLOZ, 2006, pages 34 à 38.

librement les modalités de publicité adaptées en fonction des caractéristiques du marché, notamment le montant et la nature des travaux, des fournitures, et des services en cause ».

b. Mais une nouvelle réglementation minimaliste permettant aux acheteurs de décider librement des règles les encadrant

Cette nouvelle réglementation est un des exemples flagrants du processus de responsabilisation des acheteurs publics : les pouvoirs publics délèguent aux acheteurs la faculté de se doter de leur propres procédures d'achat.

L'article 28 du CMP dispose que « les marchés peuvent aussi être passés selon une procédure adaptée lorsque le montant estimé du besoin est inférieur aux seuils ». L'article 28 permet donc aux acheteurs de déterminer les modalités de leur choix pour passer le marché lorsque celui-ci est inférieur au seuil de 4000 euros.

Toutefois, cette prérogative laissée aux acheteurs est à relativiser car, de manière paradoxale, l'article 28 du Code agite le spectre de la liberté, mais il ne faut pas oublier que l'administration est tenue de mettre en concurrence dès le premier euro dépensé et que le respect des principes fondamentaux de l'achat public est constamment rappelé par la jurisprudence.

2. Les marchés négociés : une réponse apportée à l'obligation de négocier

Toujours selon Florian Linditch, dans la logique de libéralisation de l'achat public, la question de la négociation est un autre des éléments laissés à l'appréciation des acheteurs publics. A priori, aucun article dans le Code n'oblige l'administration à la négociation. Pourtant, le contexte politico-juridique entourant l'achat public l'y incite fortement. En effet, dans un souci de bonne utilisation des deniers publics, les pouvoirs publics la recommandent. De même, avec le nombre croissant des demandes des motifs de refus de la part des entreprises évincées, la négociation est en train de se démocratiser lors de la mise en concurrence : elle offre en effet la possibilité d'obtenir des conditions avantageuses en termes de prix ou de garantie mais constitue aussi une alternative (possible) aux recours demandant la motivation de la décision administrative. Les entreprises qui auront eu la possibilité de négocier avec l'administration comprendront certainement mieux pourquoi elles ont été retenues ou pas. En cas de contentieux, si l'administration a refusé de négocier, ou a mené des négociations plutôt molles, il est possible que le juge, en cas de contentieux, se pose des questions sur une possible entente frauduleuse entre l'administration et son entreprise attributaire.

Par ailleurs, la négociation apparaît pour certains comme un véritable moyen de mener une politique d'achat efficace et performante et permettrait donc aux acheteurs publics de répondre de manière adéquate à leurs besoins. La manuel d'application du CMP consacre cette idée : « l'acte d'achat efficace se caractérise par la recherche d'une adéquation de l'offre du vendeur aux besoins de l'acheteur public. La négociation permet d'adapter les offres à la demande. Au terme de la négociation, l'acheteur public aura à déterminer l'offre présentant le meilleur rapport qualité/prix, c'est-à-dire la meilleure offre susceptible d'être faite à ce moment en fonction des capacités économiques et techniques des entreprises »⁴⁵.

Pour que l'acheteur public puisse mener à bien la nouvelle responsabilité qu'il a de négocier, la procédure des marchés négociés a été mise en place. L'article 34 du CMP 2004 définissait la procédure négociée comme : « une procédure par laquelle la personne

⁴⁵ Y.R Guillou, JM. Binot, YM. Legrand, *L'achat public local*, Collection Politiques Locales, LGDJ 2005, pages 63, 64.

publique choisit le titulaire du marché après consultation des candidats et négociation des conditions du marché avec un ou plusieurs d'entre eux ». L'article 35 du CMP 2006 définit les conditions de recours aux marchés négociés : il identifie quels marchés pourront être négociés après publicité préalable et mise en concurrence et ceux qui pourront l'être sans. Dans le cas des marchés négociés après publicité préalable et mise en concurrence, ceux sont les règles classiques de passation des marchés qui s'appliquent. La seule différence, c'est qu'après avoir sélectionné les offres intéressantes et avant la commission d'appel d'offres, l'acheteur public pourra négocier les conditions de la passation du marché avec les différentes entreprises retenues. La Commission d'Appel d'Offre aura ensuite classiquement la charge de choisir l'offre économiquement la plus avantageuse.

La négociation est mal-aimée, pourtant l'hypothèse de son recours a encore été affirmée dans le CMP 2006. Florian Linditch souligne ce paradoxe et donne une ébauche d'évolution à espérer : « (...) la négociation traîne toujours après elle une réputation sulfureuse. Elle constitue pourtant un important moyen de modernisation de l'achat public, et à ce titre devrait progressivement se développer au fur et à mesure que les réticences culturelles, en particulier l'opposition entre l'achat public et l'achat privé s'estomperont »⁴⁶.

3. Le rééquilibrage des rapports entre acheteurs publics et candidats

a. La valorisation du dialogue et de la négociation : procédures de négociation, dialogue compétitif

Il existe différentes procédures qui procèdent de ce rééquilibrage entre acheteurs publics et candidats. On les nomme des procédures de dévolution et on peut citer notamment la procédure de concours, de conception-réalisation, le dialogue compétitif... La négociation ayant été abordée dans le paragraphe précédent, on se contentera ici d'exposer les conséquences pour l'acheteur public d'une procédure qui en découle : le dialogue compétitif. Cette procédure particulière (ainsi que les autres : procédure de concours, de conception-réalisation...) va dans le sens d'une prise en compte de la technicité de l'achat public et fait participer les candidats lors de l'évaluation de ses besoins⁴⁷.

En effet, l'acheteur public peut se retrouver dans une situation où il a du mal à déterminer ses besoins. Pour pallier cette défaillance, et faire en sorte que l'acheteur puisse tout de même subvenir à son besoin de manière efficace, le CMP prévoit la procédure du dialogue compétitif. Définie à l'article 36 du CMP 2004, « la procédure de dialogue compétitif est une procédure à laquelle la personne publique peut recourir :

Lorsqu'elle n'est pas en mesure de définir les moyens techniques pouvant répondre à ses besoins ou,

Lorsqu'elle n'est pas en mesure d'établir le montage juridique ou financier d'un projet »

Répondant une souci d'une juste adéquation entre l'offre et le besoin l'acheteur public peut dialoguer avec les candidats au marché et ensuite identifier la solution à son besoin après avoir comparé les différentes propositions des candidats.

Les règles régissant cette procédure sont définies à l'article 67 du CMP 2006, elles sont particulièrement contraignantes, ce qui peut paraître paradoxal dans la mesure où la

⁴⁶ Florian Linditch, *Le droit des marchés publics*, Quatrième édition, Edition DALLOZ « Connaissances du droit », Novembre 2006, page 64.

⁴⁷ Florian LINDITCH, *Le droit des marchés publics*, Quatrième édition DALLOZ, 2006 pages 69 à 74.

procédure de dialogue compétitif est censée aller dans le sens d'une approche dynamique et libérale du droit des marchés publics⁴⁸.

b. Les nouvelles techniques d'acquisition : marchés à bons de commande, accords-cadres, système d'acquisition dynamique

La mise en place de ces dernières procédures a pour but de donner une impulsion à l'achat public. Elles permettent à l'acheteur public d'avoir une marge de manœuvre plus ample, d'augmenter sa réactivité et la rapidité de son travail.

Les marchés à bons de commande

La technique des marchés à bons de commande n'est pas nouvelle, elle existait déjà avant les réformes du CMP. Toutefois, ces dernières lui ont donné une nouvelle jeunesse en incitant les acheteurs publics à y recourir. Et véritablement, elle leur facilite le travail. Les marchés à bons de commande permettent à l'acheteur d'acquiescer les fournitures, services et travaux qu'il est capable d'identifier qualitativement mais pas quantitativement. Après avoir choisi l'opérateur à qui il passera commande pour la prestation de ces services, les marchés à bons de commande lui permettront de passer des commandes au fur et à mesure de la survenue des besoins⁴⁹.

Cette technique s'avère particulièrement pertinente pour l'acquisition de produits et prestations courantes tels que la papeterie ou les denrées alimentaires. De plus en plus utilisée ces dernières années, elle fait partie des techniques les plus appréciées par les acheteurs publics car elle leur offre l'avantage de la souplesse et de la simplicité. A la mairie d'Oullins par exemple, les marchés à bons de commande ont fait leur preuve et connaissent une nouvelle expansion : « Les marchés à bons de commande étaient déjà pratiqués pour les marchés de fournitures courantes et de services (achat de repas pour les cantines scolaires, vêtements de travail...). On a des marchés à bons de commande depuis très longtemps. La dernière jurisprudence qui est sorti dit qu'on peut y recourir comme on veut et c'est tant mieux. On les utilise beaucoup. Le Code 2006 n'a pas changé grand-chose là-dessus. La seule obligation maintenant est de fixer un minimum et un maximum. Je ne l'ai pas trop dévoilé à mes collègues dans les services sinon cela veut dire que plus personne ne ferait de recensement d'achat, ni n'évaluerait ses besoins. Car économiquement on se rend compte que si on ne fixe pas une évaluation assez précise de nos besoins, les entreprises répondent un peu n'importe comment.

On travaille donc beaucoup sur les marchés à bons de commande et on s'y met même en travaux, ce que l'on faisait peu avant car cela nous permet d'avoir un titulaire pour les petits travaux. Tout le monde est content : les élus car on est beaucoup plus réactif, le service car il a moins de procédure à faire. Il a fallu un gros travail de recensement en amont mais maintenant ça marche bien »⁵⁰ (Fanny Dejours)

En revanche, ce n'est pas le cas partout : le Conseil Général du Gard se garde pour l'instant d'y recourir : « On ne fait pas de marchés à bons de commande car cela avait donné lieu à des contentieux. On procède à un marché tel, que quand on n'a pas évalué le

⁴⁸ Y.R. Guillou, JM. Binot, YM. Legrand, *L'achat public local*, Collection Politiques Locales, LGDJ 2005

⁴⁹ Florian LINDITCH, *Le droit des marchés publics*, Quatrième édition DALLOZ, 2006, page 73

⁵⁰ Extrait de l'entretien figurant en annexe 1, pages 91-92.

besoin. Vu qu'on nous demande de plus en plus d'affiner les besoins, on ne le fait pas »⁵¹ (Jean-Luc Tuech).

Les accords-cadres

Selon Stéphane Braconnier, accords-cadres et système d'acquisition dynamique se situent dans la continuité du régime des marchés à bons de commande (article 77)⁵². La pertinence de l'étude de ces techniques se trouve confortée par l'idée largement répandue chez les analystes des marchés publics qu'elles auront une réelle incidence sur la pratique des acheteurs publics.

Les accords-cadres font parties des nouveaux venus du CMP 2006. L'article 1^{er} alinéa 3 définit un accord-cadre comme un « contrat conclu entre un ou plusieurs pouvoirs adjudicateurs et un ou plusieurs opérateurs économiques ayant pour objet d'établir les termes régissant les marchés à passer au cours d'une période donnée, notamment en ce qui concerne les prix, et le cas échéant les quantités envisagées ». Les accords-cadres sont donc des actes précontractuels porteurs d'obligations pour les parties (Voir Florian Linditch, JCP A 2006, 1327) qui préparent la conclusion de marchés ultérieurs. Une fois que l'accord est passé, ils « constituent un système clos dans lequel personne ne peut entrer, ni du côté des acheteurs, ni du côté des fournisseurs »⁵³.

L'accord-cadre fonctionne en deux temps : la première phase de sélection des entreprises semblant compétentes pour répondre au besoin, les entreprises sélectionnées ont un droit d'exclusivité pendant toute la durée de l'accord ; le second temps est marqué par le choix d'un attributaire pour le marché après mise en concurrence, mais sans publicité.

Selon Braconnier, l'accord-cadre comporte une réelle incidence en pratique sur le rôle de l'acheteur car « le dispositif est ainsi susceptible de faire gagner beaucoup de temps à l'acheteur public en comparaison avec les procédures traditionnelles. Pour peu que la présentation des offres ne nécessite pas de préparation, la procédure peut être quasiment instantanée »⁵⁴. Linditch reconnaît également aux accords-cadres la capacité d'accélérer le processus d'acquisition mais il soulève un autre point, encore plus important pour lui : « [l'accord-cadre] offre la possibilité de remettre en concurrence les entreprises pendant toute la durée de l'accord-cadre, ce qui constitue un sérieux avantage par rapport au traditionnel marché à bon de commande ».

Cette nouvelle technique n'a pas pour l'instant réellement été éprouvée dans la pratique : il est donc difficile d'avoir un recul critique sur son efficacité et ses conséquences effectives sur le travail de l'acheteur public. Certains sont disposés à tenter l'expérience mais préfèrent attendre d'avoir quelques échos supplémentaires, d'autres y sont franchement hostiles. Cependant, selon Linditch, la technique des accords-cadres semblerait correspondre aux marchés pour « les produits à obsolescence rapide (matériels informatiques) ou pour ceux dont le prix est susceptible de fortes variations. L'administration pourra ainsi bénéficier des meilleures conditions de ses fournisseurs habituels, et ce dans des délais très brefs ».

⁵¹ Extrait de l'entretien figurant en annexe 1, page 95.

⁵² Florian Linditch, *Les nouveaux modes de sélection des fournisseurs de l'administration : marchés à bons de commande, accords-cadres, système d'acquisition dynamique : Contrats- Marchés Publics 2006, étude 12*, paragraphe 1 et suivants

⁵³ Fiche explicative- Accords-cadres- Directive classique, Commission Européenne, CC/2005/03, 14 juillet 2005.

⁵⁴ Stéphane Braconnier, « Le nouveau Code des marchés publics : achèvement d'un cycle ou amorce de futures évolutions ? », *La semaine juridique*, édition générale n°6, 7 février 2007, pages 20, 21.

Le système d'acquisition dynamique

Selon l'article 78 du CMP 2006, le système d'acquisition dynamique est « une procédure entièrement électronique de passation de marchés publics de fournitures courantes, par lequel le pouvoir adjudicateur attribue, après mise en concurrence, un ou plusieurs marchés à l'un des opérateurs préalablement sélectionnés sur la base d'une offre indicative ». Le système est mis en place pour une durée de quatre ans et suit la procédure de l'appel d'offre ouvert. Il est alors de la compétence du pouvoir adjudicateur de fournir un accès dématérialisé libre, direct et complet aux documents de la consultation.

Ce système présente deux avantages : il est ouvert car il permet à toute entreprise intéressée de s'y joindre durant la durée de sa validité ; avec la dématérialisation, cette technique pourrait permettre d'accélérer le processus d'acquisition pour des achats répétitifs.

Selon Florian Linditch, le plus grand défi de cette technique d'avenir est de se faire accepter par l'administration, qui devrait donc abandonner son support papier, ce qui prendra très certainement du temps.

Mais « le SAD préfigure sans aucun doute ce que sera l'achat, tant privé que public, au XXI^e siècle : un achat réactif et à coût réduit »⁵⁵.

III. L'acheteur public responsable : une capacité à s'adapter aux difficultés rencontrées

A. Des principes juridiques parfois difficiles à mettre en œuvre pour les acheteurs publics

1. Le principe de mise en concurrence suscite encore des réticences

Selon Florian Linditch, il est clair que tous les acheteurs ne sont pas unanimement convaincus du bien-fondé d'une mise en concurrence systématique. Rappelons ici que le CMP impose désormais une mise en concurrence dès le premier euro dépensé et quel que soit la fourniture ou le service que l'on cherche à se procurer. Notons également que les entreprises candidates cherchent également parfois à contourner ce principe de mise en concurrence car elles trouvent naturellement beaucoup plus d'avantages à « s'entendre » avec les personnes publiques. Linditch identifie les causes de cette situation : « Certaines pratiques sont frauduleuses, elles relèvent alors tout simplement d'une logique de corruption : paiements par l'entreprise de dépenses personnelles, tels les loyers ou l'acquisition d'un véhicule, embauche d'un proche, déjeuners et voyages d'affaires, cadeaux de fin d'année... (...) Pourtant d'autres raisons, avouables quant à elles, existent. Elles sont les plus troublantes parce qu'on peut les comprendre, au fond. Il s'agit de la volonté de conserver l'entreprise qui a déjà donné pleine satisfaction lors d'un précédent marché, ou même de la nécessité pour les élus locaux de répondre aux attentes de leurs

⁵⁵ Florian LINDITCH, *Le droit des marchés publics*, Quatrième édition DALLOZ, 2006, page 75

concitoyens »⁵⁶. En effet, la mise en concurrence systématique qui impose de comparer les offres de différents opérateurs empêche le recours pour les élus à des entreprises locales. Le critère géographique d'attribution des marchés est systématiquement condamné. Jean-Luc Tuech donne à ce sujet un exemple particulièrement éclairant sur la situation : « L'élus qui avait l'habitude d'acheter des croissants pour une réunion dans son canton voulait acheter ces croissants au boulanger de son village, il ne peut plus le faire désormais. Il faut faire un marché de fournitures de viennoiseries »⁵⁷

Tout ceci n'est pas sans conséquence sur l'acheteur : en effet, ce dernier étant responsable de la mise en concurrence, il a certainement tendance à exaspérer à la fois les élus, les entreprises locales qui ne comprennent pas pourquoi on ne les choisit pas, mais également les services qui voit dans ces pratiques une trop grande rigidité. La mise en concurrence n'est donc pas encore pleinement entrée dans les mœurs même si de gros progrès ont été fait depuis les récentes réformes du Code.

2. L'inévitable avantage donné au titulaire du marché

L'avantage donné au titulaire du marché est le plus gros obstacle à la mise en concurrence. Attribuer le marché à une entreprise dont on connaît les pratiques, dont on est satisfait, dont on sait qu'elle est efficace, semble tout naturel pour les acheteurs publics. Mais cette pratique a été remise en question dans la mesure où les économistes s'accordent à dire qu'une situation non concurrentielle donnera à l'entreprise « la tentation de s'installer dans une gestion routinière en cherchant à maintenir sa part de marché par voie de conventions et à renouveler chaque année à l'identique les performances grossièrement satisfaisantes réalisées jusqu'alors » (M. Glais, *Economie industrielle : les stratégies concurrentielles des firmes*, Litec, 1992, page 409).

Pourtant, les acheteurs publics ne voient bien souvent que des avantages à travailler en partenariat avec une entreprise dont ils connaissent les pratiques et qui est déjà familiarisée avec l'administration. Florian Linditch estime même que ce type d'ententes pourrait même « générer de véritables économies d'échelles ». Il en explique les raisons : le fait que l'entreprise connaisse déjà les besoins de l'administration dispense cette dernière d'établir des bons de commande pour chaque prestation ; le titulaire du marché peut suggérer des améliorations administratives et techniques notamment au niveau du cahier des charges ; en bref se mettrait en place un véritable échange entre les deux partenaires, échange générateur d'une logique efficace et productive.

Ainsi, on assiste parfois à une véritable remise en question de la mise en concurrence : « la mise en concurrence est remise en question. Elles ne sont parfois pas très pertinentes » (Fanny Dejours). Mais les acheteurs publics risquant d'être inquiétés s'ils s'opposent à cette règle juridique, ils cherchent désormais à la rendre plus automatique et à y initier les élus et les services opérationnels avec lesquels ils travaillent, afin de leur démontrer le bien-fondé d'une telle pratique. Fanny Dejours, à propos de la mise en concurrence : « Ça commence à aller mieux maintenant : on a mis en place des grilles-types qu'on étudie avec eux, on a adapté le modèle au fil des pratiques. C'est un travail intéressant pour nous de leur expliquer l'intérêt de la commande publique, de la mise en concurrence, au-delà du fait que c'est une obligation, car si on le présente comme une obligation, ça ne passe pas. Si on présente simplement le Code comme un outil juridique, ça ne passe pas »⁵⁸

⁵⁶ Florian LINDITCH, *Le droit des marchés publics*, Quatrième édition DALLOZ, 2006, page 111 à 119

⁵⁷ Extrait de l'entretien figurant en Annexe 1 page 98.

⁵⁸ Extrait de l'entretien figurant en Annexe 1, page 91.

3. Une commande publique qui fait preuve de frilosité face aux nouvelles procédures

Les réformes du CMP, successives et rapprochées temporellement, ont à chaque fois favorisé l'émergence de nouvelles procédures et techniques d'achat. Les dernières en date, accords-cadres et système d'acquisition dynamique que l'on a étudié plus haut, n'ont pas encore été mises en pratique dans de nombreuses collectivités. Et quand on demande aux acheteurs pourquoi, on se rend compte que le sujet est sensible. En effet, ces nouvelles procédures effraient le personnel de la commande publique. Ils sont d'ailleurs réticents à les mettre en œuvre et ne se sentent pas à l'aise avec. Voilà le cœur du problème qui affecte l'achat public : les rédacteurs du Code inventent de nouvelles procédures censées faciliter la politique d'achat public des administrations, mais on livre ces nouvelles techniques sur papier à l'intérieur d'un Code regroupant des règles théoriques et on impose aux acheteurs d'utiliser ces nouvelles procédures en leur expliquant en théorie comment ça marche. En général, ça ne va pas plus loin. Il est bien compréhensible que les acheteurs soient réticents à utiliser ces techniques car à l'heure où on parle de leur responsabilité croissante dans la bonne utilisation des deniers publics, ils n'ont pas envie de risquer de faire échouer un marché tout simplement car ils ne maîtrisent pas la procédure qu'ils utilisent. C'est tout le paradoxe de l'achat public aujourd'hui, les acheteurs publics ne sont pas assez armés pour se montrer réactifs et opérationnels face aux différentes réformes. Les formations, le recul manquent sur toutes ces innovations. Faire un panorama des nouvelles procédures lors d'une réunion ne suffit pas. Il incombe ensuite aux acheteurs publics consciencieux de se former tous seuls, en se documentant, en se renseignant sur les pratiques des autres collectivités qui pourraient avoir expérimenté les nouvelles techniques, mais cela demande énormément de temps, de patience et encore faut-il avoir la bonne interprétation, le regard juste sur la procédure.

Dans la pratique, la réponse récurrente qui revient lorsque l'on interroge les acheteurs sur leur sentiment à l'égard des innovations du Code, ce n'est pas le manque d'intérêt de leur part vis-à-vis des nouvelles techniques mais plutôt la frilosité des services administratifs censés les mettre en œuvre : « Les procédures innovantes (accords-cadres, SAD) pourraient changer pas mal de choses mais on ne les pratique pas pour le moment. On a eu une présentation du nouveau Code lors d'une réunion de l'encadrement mais c'est tout. Des formations, on en reçoit beaucoup mais on n'est pas encore sensibilisé sur les nouvelles procédures. Il y a des réticences vis-à-vis de ces procédures dans le Service de la Commande Publique car le personnel ne sait pas vraiment comment il va les contrôler. On en est toujours aux procédures trois devis, MAPA, appel d'offre et référencement »⁵⁹(Jean-Luc Tuech) ; « Concernant les accords-cadres, j'ai fait des formations, je me suis beaucoup documenté, mais avec notre volume d'achat à Oullins, on ne l'a pas encore expérimenté. On va peut être le mettre en place prochainement sur un nouveau domaine : c'est une procédure adaptée pour les achats de fort volume. La ville d'Oullins est une collectivité à la [taille] limite. Ce n'est donc pas un grand bouleversement pour nous car ça ne s'applique pas forcément pour nos achats »⁶⁰(Fanny Dejourn)

Se confronter aux nouvelles procédures, les assimiler et ensuite les faire accepter constituent autant d'obstacles majeurs auxquels les acheteurs publics doivent faire face afin d'exercer au mieux leur fonction et de mener à bien leurs missions.

⁵⁹ Extrait de l'entretien figurant en annexe 1, page 95, 96

⁶⁰ Extrait de l'entretien figurant en annexe 1, page 88

B. Un contrôle des acheteurs publics perfectible

1. Des candidats évincés qui mettent sous pression les acheteurs

L'article 80 du CMP 2006 prévoit que l'acheteur public doit répondre par un avis motivé aux demandes écrites des candidats évincés en vérifiant qu' « un délai d'au moins dix jours est respecté entre la date à laquelle la décision de rejet est notifiée aux candidats dont l'offre n'a pas été retenue et la date de signature du marché ou de l'accord cadre ». L'article 83 impose également que soient communiquées aux candidats évincés « les caractéristiques et les avantages relatifs de l'offre retenue ». Si le candidat évincé estime que les raisons pour lesquelles on lui a refusé l'attribution du marché ne sont pas valables, il aura donc la possibilité avant que le marché ne soit signé, de saisir le juge du référé précontractuel afin de contester la régularité de la procédure.

Cette pratique, peu répandue avant les réformes du Code, connaît aujourd'hui un engouement particulier : bien sûr, tous les candidats évincés ne font pas de recours en référé précontractuel, mais la majorité d'entre eux demandent désormais systématiquement à l'administration de motiver son refus. Selon Jean-Luc Tuech, la motivation du refus constitue un des éléments majeurs de la responsabilisation des acheteurs : « On est (...) soumis à plus de pression car d'une part il faut informer les entreprises qui ne sont pas retenus au niveau des motifs, et d'autre part leur indiquer l'entreprise retenue et pour quel montant elle a été retenue. Quand on leur notifie un refus elles ont la possibilité de faire un recours contentieux devant le Tribunal Administratif de Nîmes sous un délais de 2 mois. Elles ne se privent pas de demander les motifs de refus pour évoluer dans leurs propositions, c'est la raison qu'ils donnent en théorie. Donc plus de pression de la part des entreprises qui n'ont pas été retenues. Avant elles demandaient des comptes très rarement pour ne pas « se griller » auprès de l'acheteur »⁶¹. Cette systématisation des demandes de motivation des refus a également pour but de permettre aux entreprises d'adapter leur offre lors d'une mise en concurrence future.

2. Des acheteurs considérés comme responsables lors des contrôles

a. L'insuffisance du contrôle interne en cours d'exécution

Le contrôle interne en cours d'exécution ne peut être réalisé que par le comptable public. Il est le seul habilité à « exiger des pièces justifiant l'exécution des prestations, à vérifier la coïncidence des indications reportées sur les factures, et autres situations, avec les indications contenues dans les bons de commande et les marchés. De même, il est chargé d'appliquer les pénalités prévues au marché lorsque l'administration est tentée de les oublier »⁶².

Toutefois, en dépit de la bonne intention de ces contrôles, ils ne sont pas toujours pleinement efficaces : les organismes de comptabilité qui exercent le contrôle manquent en effet cruellement de moyens humains et financiers. Par ailleurs, il faut également noter que ce contrôle interne exercé par le comptable est limité par des considérations juridiques : l'arrêt du Conseil d'Etat du 5 février 1971, Balme, interdit au comptable de « porter une appréciation sur la légalité extrafinancière des marchés ». Selon Florian Linditch, poser une telle restriction à l'exercice du contrôle du comptable revient à « interdire d'intervenir

⁶¹ Extrait de l'entretien figurant en Annexe 1 page 96.

⁶² Florian LINDITCH, *Le droit des marchés publics*, Quatrième édition DALLOZ, 2006, page 122.

sur le fondement d'une part importante du Code des marchés et aboutit à des limitations difficilement compréhensibles (...) ».

Ce n'est donc pas le contrôle réalisé en interne sur la légalité de la procédure de passation du marché qui effraie le plus les acheteurs. Toutefois, ces derniers sont loin de jouir d'une immunité sans limites. Au contraire : les réformes successives du CMP n'ont peut-être pas renforcé le contrôle interne, en revanche, elles ont réformé les contrôles externes, qui eux, mettent beaucoup plus en danger les acheteurs.

b. La situation contrastée des contrôles externes

Pour illustrer la façon dont ces contrôles externes sont perçus par les acheteurs, voici deux citations : « on sait qu'on peut être attaqué de partout, l'opposition politique, la préfecture... La responsabilité pénale pas trop. Une erreur de procédure oui. Le maire à Oullins c'est contentieux zéro. D'autres communes vont aux contentieux très facilement. Politique de zéro risque parfois au détriment d'un peu d'efficacité ou d'audace mais c'est très présent. Ceux sont les élus qui sont majoritairement visés. Si on se voit comme le garant d'une immunité pour l'élu alors on est clairement exposé. S'il y a un contentieux je suis la première responsable (...). Un contrôle est effectué par la préfecture à chaque consultation mais derrière l'épée de Damoclès c'est le contrôle de la Chambre Régionale des Comptes qui regardent en priorité dans les collectivités publiques les marchés publics, c'est un contrôle a posteriori. On l'a à l'esprit aussi. Si dans quatre ans il y a un contrôle même si je ne suis plus là je serai inquiétée »⁶³ (Fanny Dejours)

« Un fonctionnaire sur deux aurait des soucis avec la justice s'il refusait de mettre en concurrence dès le premier euro. On n'est pas à l'abri que ça ressorte des années après, il vaut mieux que la procédure soit sécurisée au maximum »⁶⁴ (Jean-Luc Tuech).

Si les acheteurs publics se sentent autant en danger aujourd'hui, c'est parce que depuis quelques années se sont multipliés et développés les modes de contrôles externes à l'administration : juridictions pénales et financières, missions interministérielles d'enquête sur les marchés, Conseil de la Concurrence mais surtout contrôle de légalité de la part des préfectures. Toutefois, à la différence du contrôle en cours d'exécution, les contrôles externes n'interviennent qu'après la procédure de passation du marché : ceux sont des contrôles a posteriori. Bien que des efforts aient été réalisés pour que la capacité de réaction des contrôles soit plus rapide, des améliorations devraient encore être recherchées pour rendre ces contrôles plus efficaces. Une des conditions de l'efficacité du contrôle consiste à exercer le contrôle de légalité sur le terrain : en effet, des membres de la direction de la concurrence, de la consommation et de la répression des fraudes participent aux différentes commissions d'appel d'offres et jurys, s'ils constatent une entorse à la légalité de procédure de passation du marché, le marché sera annulé, et l'acheteur public devra recommencer la procédure depuis le début.

Si on dresse un état des lieux des contrôles auxquels sont soumis les acheteurs publics, il est évident que la situation a beaucoup évolué. Il y a encore quelques années, les acheteurs, du fait de leur statut public bénéficiaient d'une sorte d'immunité, il était rare qu'ils soient inquiétés. Désormais soumis à un double contrôle, interne et externe, qui va en se durcissant, l'acheteur public est beaucoup plus exposé, même si ces contrôles sont loin d'être parfaits et restent encore à améliorer. Mais on peut tout de même se demander si ces

⁶³ Extrait de l'entretien figurant en Annexe 1, page 91,92

⁶⁴ Extrait de l'entretien figurant en Annexe 1, page 95, 96

contrôles, bien qu'ils soient nécessaires pour éviter de nombreuses déviations telles que la corruption ou l'abus de position dominante, n'entravent pas dans une certaine mesure l'action des acheteurs publics. Ne se font-ils pas au détriment d'un peu d'audace des acheteurs, audace qui pourrait peut-être permettre l'efficacité économique... « (...) on a de plus en plus de requête en annulation de la part du contrôle de légalité. Les services de la préfecture ont renforcé la semaine dernière leur personnel et leurs moyens pour contrôler les actes qui sortaient de nos services. On en fait les frais car ils appliquent à la lettre le Code des Marchés sur des questions qui nous paraissent à nous accessoires. Il faut faire de plus en plus attention à la légalité, à la transparence, à l'égalité de traitement des candidats, c'est surtout au niveau de la sélection des offres quand on rédige le règlement de la consultation, les critères, la pondération on doit les regarder de très près car on peut avoir un recours en annulation de la part d'un candidat ou du contrôle de légalité car on a pas respecté cet aspect là de la procédure »⁶⁵ (Henri Gagnaire, Responsable du Bureau d'Etudes d'Ingénierie Service Développement Territorial de la Direction Départementale de l'Équipement du Rhône).

Le premier facteur d'évolution des prérogatives de l'acheteur public trouve son essence, comme on l'a vu dans cette première partie, dans les réformes procédurales du Code des marchés publics. En responsabilisant l'acheteur, ces réformes vont également le « professionnaliser » et lui donner un véritable statut. Son rôle se précisant, l'acheteur va devenir incontournable, non seulement en raison de ses compétences juridiques mais également car il sera en charge de « manager » la politique d'achat en elle-même et les différents intervenants de cette politique.

⁶⁵ Extrait de l'entretien figurant en Annexe 1 page 100

PARTIE II : UN PERSONNAGE EN PASSE DE DEVENIR INCONTOURNABLE, L'ACHETEUR PUBLIC, EXPERT JURIDIQUE, PEDAGOGUE ET MANAGER

Le métier d'acheteur a pendant longtemps été ignoré du statut de la fonction publique territoriale. Toutefois, depuis les différentes réformes, son rôle et ses prérogatives ont changé, et l'acheteur a réussi à s'imposer comme un pilier incontournable. Aujourd'hui, la parfaite connaissance de l'environnement réglementaire ne suffit plus. On en demande plus à l'acheteur, comme en témoigne l'évolution des formations et les profils d'acheteurs recherchés par les recruteurs⁶⁶. Une formation pluridisciplinaire apparaît désormais comme indispensable. Pourquoi ? On peut noter que le manque de reconnaissance de la fonction achat était lié au fait que, pendant longtemps, les préoccupations de conformité réglementaire et de sécurité de l'achat l'emportaient sur la dimension « économique » de l'achat. Mais désormais, ce qui compte, c'est également « l'acte économique » (Thierry Beaugé, ancien secrétaire de l'UGAP, formateur et consultant). Selon lui, le but essentiel de l'acheteur est aujourd'hui « acquérir le bon produit ou le bon service, au bon moment, tout en respectant la réglementation »⁶⁷. La recherche de la performance économique et de l'efficacité doit être intégrée dans l'achat. Doit alors émerger un nouveau profil de l'acheteur public qui serait désormais un organisateur, mais aussi un pédagogue et un communicant. Pour reprendre les mots de Marc Falize, président de l'Association des Acheteurs des Collectivités Territoriales (AACT), l'acheteur doit chercher à expliquer, à convaincre de l'intérêt de telle procédure, à démontrer les gains induits par les différents choix⁶⁸. L'acheteur public doit avoir une parfaite connaissance de l'offre, se documenter sur les entreprises, même si selon Cyrille Emery, cette entreprise est démesurée car « dans une collectivité, on peut être amené à tout acheter »⁶⁹. D'où le fait que l'acheteur doit être capable de dialoguer avec les services demandeurs afin de les responsabiliser eux aussi et les pousser à analyser de façon précise et aboutie leurs besoins. En résulte alors la nécessité de formations adaptées, afin de munir les acheteurs publics potentiels d'armes pour faire face à la complexité des situations. La formation juridique, pourtant essentielle pour l'occupation de ce poste ne suffit plus.

⁶⁶ Voir à l'annexe 2 les différentes annonces de recrutement des acheteurs publics

⁶⁷ Propos recueillis par Jean-Marc Binot, Article du site Achatpublic.com, « Du responsable des marchés au manager des achats : la métamorphose en marche ».

⁶⁸ Propos recueillis par Jean-Marc Binot, Article du site Achatpublic.com, « Du responsable des marchés au manager des achats : la métamorphose en marche ».

⁶⁹ Propos recueillis par Jean-Marc Binot, Article du site Achatpublic.com, « Du responsable des marchés au manager des achats : la métamorphose en marche ».

I. Les missions de l'acheteur public moderne

Les nouvelles missions de l'acheteur ont pour but la réalisation d'une politique d'achat efficace. On peut noter l'émergence de nouvelles prérogatives de l'acheteur public, souvent inspirée des pratiques des entreprises privées, qui lui permettent de mener cette politique. Il s'agira d'évoquer le nouveau triptyque « programmation-information-négociation »⁷⁰ (Vincent Krajewsky) mais aussi les méthodes d'audit et de bilan et le « sourcing », méthode qui consiste à avoir une parfaite connaissance de l'offre existante. Il s'agit tout d'abord de souligner que pour qu'une politique d'achat soit efficace, le rôle de l'acheteur public est essentiel, mais il n'est pas seul. De nombreux services administratifs interviennent tout au long de la procédure. Il faut donc les responsabiliser eux aussi afin que toutes les actions concourent au même but : la performance et l'efficacité. Les acheteurs publics doivent donc se familiariser avec ces nouvelles méthodes même s'ils sont réticents au premier abord (exemple de la négociation : certains acheteurs publics en auraient une vision assez négative car ils se sentiraient assimilés à des « marchands de tapis »). Ils doivent également participer au développement de l'achat public : en faisant participer les services, en les informant et les intéressant à la politique d'achat public, en valorisant les résultats obtenus par ces derniers, les acheteurs publics garantissent alors un plus grand investissement des personnels de ces services et donc un meilleur rendement. Un effort sera donc à fournir dans le sens d'une démocratisation des tableaux de bord et des indicateurs de performance

A. Déterminer une politique d'achat efficace

1. Un nouvel outil inspiré du privé : l'audit

L'introduction de procédures d'audit dans le droit des marchés publics est un fait nouveau. En effet, on peut définir l'audit comme une technique ayant pour but d'identifier les défaillances d'un système. « Auditer une entreprise, un service, c'est écouter les différents acteurs pour comprendre et faire comprendre le système en place ou à mettre en place »⁷¹. En général, ce sont plus les entreprises privées qui recourent à des audits. La norme ISO 9000 définit ce qu'est un audit qualité : un audit qualité doit déterminer la conformité des éléments du système de gestion de la qualité aux exigences spécifiées, déterminer l'aptitude du système de gestion de la qualité mis en œuvre à atteindre les objectifs qualité spécifiés, donner à l'audité l'opportunité d'améliorer son système et son efficacité, satisfaire aux exigences réglementaires.

L'audit permettrait donc aux services de progresser en termes de qualité de relations et de management afin d'avoir un système de gestion plus efficace.

Appliqué aux marchés publics, auditer consiste à définir une politique d'achat et son organisation. Et pour cela, on se demande s'il ne serait pas judicieux d'avoir un service qui serait totalement dédié à l'organisation de cette politique d'achat. Les auteurs donnent l'exemple de l'université de Paris Sud qui a mené en 2002 un audit sur ses marchés publics. Après avoir identifié les dysfonctionnements des différentes procédures, le cabinet d'audit a recommandé à l'université de réfléchir à la création d'une fonction acheteur au sein du service des marchés. Guillou, Binot et Legrand identifient les différentes formes

⁷⁰ Propos recueillis par Jean-Marc Binot, Article du site Achatpublic.com, « Du responsable des marchés au manager des achats : la métamorphose en marche ».

⁷¹ Y.R. Guillou, J.M. Binot, Y.M. Legrand, *L'achat public local*, Collection Politiques Locales, LGDJ 2005, page 58.

d'organisation possibles : « système centralisé (le service achats contrôle l'ensemble des commandes pour l'ensemble de la structure), décentralisé (chaque direction dispose d'une cellule achats) ou déconcentré (globalisation des achats standards et récurrents, liberté d'action des services pour leurs commandes spécifiques) »⁷². La ville de Lyon, par exemple, a décidé en 2003 de créer une direction achat en parallèle de la direction de la commande publique.

Ainsi, cette dissociation entre les deux directions est assez révélatrice de l'émergence de nouvelles missions pour l'acheteur public car si on crée deux directions, ce n'est pas pour qu'elles fassent la même chose. L'acheteur public sera désormais en charge d'identifier une politique d'achat cohérente et rationnelle, conforme aux objectifs que s'est fixée la collectivité.

2. Un rôle de conseiller auprès des services

Jusqu'à présent, l'acheteur public ne bénéficiait pas d'une très bonne presse auprès des services opérationnels avec lesquels il était en relation. En effet, il était perçu comme un « enquiquineur » juridique qui obligeait les services à changer d'entreprise prestataire par le biais de la mise en concurrence, qui les obligeait à évaluer de façon récurrente leurs besoins et qui brandissait le Code à chaque fois que l'on était en désaccord avec lui. Cette image, certes un peu stéréotypée, recouvre tout de même un fond de vérité, et les responsables des services marchés publics en ont bien conscience : « l'acheteur devient incontournable au niveau d'une direction. A partir de un euro d'achat on met en concurrence donc rien ne peut se faire sans passer par nous. En revanche on exaspère un peu aussi »⁷³ (Jean-Luc Tuech). « On m'a vu au début comme « l'emmerdeuse juridique » (...) »⁷⁴ (Fanny Dejourn).

Toutefois, ce qui est récurrent également, c'est le fait que désormais tous les services doivent travailler en étroite corrélation les uns avec les autres. C'est un élément indispensable pour pouvoir réaliser une politique d'achat rationnelle et efficace. Il faut que les acheteurs connaissent par exemple de façon précise et juste les besoins des autres services à qui ils incombent de les évaluer dans les conditions prévues par le Code.

Mais on parle souvent de la technicité de l'achat public, alors comment demander à des personnes qui ne connaissent pas les règles juridiques régissant les marchés publics car ce n'est pas leur spécialité, de s'y conformer ? Là se situe une autre des nouvelles missions de l'acheteur public. L'acheteur doit avoir un rôle de pédagogue envers les services opérationnels : il doit leur expliquer l'intérêt de telle ou telle procédure et comment procéder pour les mettre en œuvre. L'acheteur doit écouter et conseiller. Il doit familiariser les services avec le Code mais surtout le « dédramatiser », leur expliquer que c'est un support et non pas un carcan. Il faut aboutir à un processus d'échange et d'informations continu, ininterrompu.

C'est la politique qui a été adoptée et mise en œuvre par la ville d'Oullins où la responsable du service marchés publics utilise un système de mémos à l'intention des services afin de les familiariser avec les nouveautés qui touchent le droit des marchés publics : « J'ai rédigé un petit guide, un petit mémo sur les bouleversements essentiels, mais pas quelque chose de théorique, quelque chose de très pratique à l'attention des services, car si le service marchés publics est expert au niveau code, tout ne concerne pas les autres services. On s'est donc attaché à faire un petit mémo, qui a été présenté

⁷² Y.R. Guillou, J.M. Binot, Y.M. Legrand, *L'achat public local*, Collection Politiques Locales, LGDJ 2005, page 58, 59.

⁷³ Extrait de l'entretien figurant en Annexe 1, page 99

⁷⁴ Extrait de l'entretien figurant en Annexe 1, page 94

lors d'une réunion de chefs de service sur les modifications majeures, mais uniquement celles qui avaient des conséquences pour eux. Plusieurs fois par an, on travaille sur des points précis quand on sent qu'il y a un besoin par rapport au fonctionnement, on refait des mémos, quand il y a des lacunes ou des incompréhensions »⁷⁵

A propos de l'autonomisation des services et de leur incompréhension face à certaines procédures : « Cela a quand même changé les pratiques car on demande aux services opérationnels d'être de plus en plus responsables et autonomes. On leur fait confiance mais on leur donne un guide, on les aide, donc ça les responsabilise. Mais il ne faut pas se leurrer, tous n'ont pas joué le jeu. Avec certains oui, ils se sont aperçus de l'importance de la mise en concurrence, et d'autres clairement non (...) C'est très contraignant pour les services. Dans les services marchés publics, l'analyse des offres est faite par le service, on fixe avec eux les critères mais le travail ensemble était nécessaire car seul un service technique peut dire qu'une offre est meilleure qu'une autre. Il a fallu une bonne année et demie pour que les critères de choix entrent dans la tête de tout le monde (...) Ça commence à aller mieux maintenant : on a mis en place des grilles-types qu'on étudie avec eux, on a adapté le modèle au fil des pratiques. C'est un travail intéressant pour nous de leur expliquer l'intérêt de la commande publique, de la mise en concurrence, au-delà du fait que c'est une obligation, car si on la présente comme une obligation, ça ne passe pas. Si on présente simplement le Code comme un outil juridique, ça ne passe pas »⁷⁶. (Fanny Dejourn)

Elizabeth Large, responsable des achats à la ville de Nîmes souligne l'importance des qualifications managériales de l'acheteur : en effet, elle est en charge à la fois de communiquer avec les différents services pour leur expliquer les différentes procédures, mais elle aura également la charge de former dans les mois à venir 130 agents afin de pouvoir avoir un pilote de marché dans chaque service : « Concernant le travail avec les différents services opérationnels, il faut du temps pour les former. Je dois former 130 agents dans les mois à venir mais pour le moment cela se passe bien. On regroupe les besoins communs aux services (pour les transports, l'alimentaire...). Je fais un gros travail de communication : j'ai besoin d'avoir un pilote de marché dans chaque service, pour la comptabilité, j'ai besoin d'un suivi. On essaie donc de réaliser des marchés interservices mais il est encore difficile de faire travailler les gens ensemble. On essaie de négocier au mieux. On organise des réunions avec les services. Pour l'approvisionnement, on utilise aussi beaucoup de marchés à bons de commande car ils ont l'avantage de la souplesse (exemple : pour les locations de toiles de tentes pour des festivités, en matière de transport de la jeunesse pour des événements ponctuels). Concernant les MAPA, on a un grand rôle de conseil dans les services, il faut beaucoup de travail pour les former, on met en place des formations et des modèles types de marchés qu'on leur transmet pour les aiguiller »⁷⁷.

Incontestablement, ce nouveau rôle de pédagogue que doit occuper l'acheteur public constitue et constituera un des plus grands défis qu'il aura à relever. En effet, le problème de la technicité de l'achat public et les différentes réformes qui autonomisent les services le propulsent au rang de pilier de la structure organisationnelle dans laquelle il officie : « Dans les services, le problème [de la technicité de l'achat public] se gère par une information constante, la parution d'articles, de doctrines, de formations. On organise aussi des formations intra dans les services et des politiques de formation des cadres de la part de la direction aux bases des marchés publics car on travaille avec de nombreux

⁷⁵ Extrait de l'entretien figurant en Annexe 1, page 89

⁷⁶ Extrait de l'entretien figurant en Annexe 1, page 91

⁷⁷ Extrait de l'entretien figurant en Annexe 1, page 106, 107

responsables (responsable de la communication, scolaire...) Pour ceux qui ne veulent pas partir en formation quand on travaille sur un marché avec eux, c'est beaucoup de pédagogie, expliquer le cadre général. Ils n'ont pas à être des experts mais doivent avoir des connaissances de base sur ce qu'est la commande publique. On ne peut pas diriger un service sans être un minimum au courant. Généralement les formations intra marchent bien car c'est un moment d'échanges, ils peuvent le ramener à leurs problématiques en leur expliquant avec des cas pratiques. Donc un rôle d'intervenant ponctuel pour donner l'essentiel des clés pour comprendre le Code. Garantir la sécurité juridique, faire un achat public économiquement efficace et donner des clés de lecture pour les autres, c'est le rôle de l'acheteur aujourd'hui. Au vu des réformes successives du Code on les implique de plus en plus, il y a quand même une prise de conscience. Tout le monde se met à utiliser le Code. On le voit moins comme un carcan juridique. Idem pour la mise en concurrence : elle commence à devenir plus automatique vu qu'on est obligé de mettre en concurrence dès le premier euro. Idem pour la pondération. Les mots commencent à être plus familiers »⁷⁸ (Fanny Dejours)

Toutefois, il s'agira quand même de souligner que la mise en place de formations pour gérer la technicité de l'achat public n'est pas encore suffisante : en effet, comme le note Henri Gagnaire, un cruel manque de réactivité de l'administration se fait sentir sur ces questions : « Au niveau de la technicité de l'achat public, on a des formations mais le problème c'est qu'elles mettent du temps à se mettre en place, alors qu'on devrait être opérationnel dans la semaine qui suit l'adoption de la loi. Il y a des formations locales mais ce n'est pas l'idéal car on découvre ensemble les pratiques ; il y a des formations au niveau interrégional montées par un organisme de formation professionnelle qui a pour vocation de monter des formations techniques, juridiques, financières, mais ce que l'on peut leur reprocher c'est qu'ils ne répondent pas suffisamment vite pour qu'on soit opérationnel tout de suite. Il se passe quelques mois où on lit les textes, où on pose des questions au Ministère par l'intermédiaire d'un site internet. On a toujours besoin de formations de fond. On s'aperçoit que les maîtres d'ouvrage qui font appel à la DDE en tant que service public, c'est parce que l'on est garant d'une certaine fiabilité. Il y a même des bureaux d'études extérieurs qui nous consultent pour connaître nos pratiques avec les entreprises et qu'on les conseille. Ils ont donc confiance en nous, mais de notre côté il faut que l'on s'investisse pour avoir la connaissance des textes, la bonne interprétation des textes »⁷⁹

Marc Budo, responsable du service de la Commande Publique à la ville de Nîmes souligne que pour faire face à la réforme du CMP du mois 2006, rien n'a été mis en place pour former les acheteurs et les familiariser aux nouveautés : « Nous n'avons pas eu de formation particulière suite aux réformes du CMP. On a vu ensemble le code en interne, on n'a pas eu recours à des prestataires extérieurs »⁸⁰

3. De la pédagogie pour estimer le besoin

C'est notamment au travers de l'estimation du besoin dont la procédure a été expliquée dans la partie I que va s'affirmer le nouveau rôle de l'acheteur public pédagogue. Guillou, Binot et Legrand considèrent que l'estimation des besoins est souvent passée au second plan en raison de l'inévitable avantage donnée au titulaire du marché. Selon eux, « il s'agit là d'une erreur fondamentale car la cartographie du besoin permet de planifier et d'anticiper,

⁷⁸ Extrait de l'entretien figurant en Annexe 1 page 92,93

⁷⁹ Extrait de l'entretien figurant en Annexe 1 page 103.

⁸⁰ Extrait de l'entretien figurant en Annexe 1, page 105.

autrement dit de sortir du syndrome bien connu « il nous le faut pour demain matin », généralement inconciliable avec les procédures de commande publique »⁸¹.

Il incombe alors à l'acheteur public moderne de se poser les « bonnes questions » : « s'agit-il d'un achat au bénéfice d'un seul utilisateur, d'un groupe d'utilisateurs, de plusieurs services, de l'ensemble de l'organisation ? Dans quels lieux et à quels rythme le bien ou le service sera-t-il consommé ? »

Mais l'acheteur public ne peut pas effectuer ce travail tout seul : il a besoin d'une collaboration extrêmement étroite avec les différents services comme cela a été mentionné plus haut, pour la seule et bonne raison qu'eux seul peuvent avoir un regard éclairé sur ce dont ils ont besoin. Après qu'ils aient réalisé ce recensement, l'acheteur public prendra en quelque sorte le relais en lançant la procédure de passation du marché public, en définissant les critères de choix et en choisissant la procédure la plus adéquate (procédure formalisée, marchés à bons de commande...). La réforme de 2004, en plaçant la responsabilisation au premier plan des objectifs de l'achat public moderne, a concouru à autonomiser les différents services du service marché public afin de permettre à ce dernier de se prononcer sur des choix éclairés et une estimation des besoins adéquates : « Les changements des procédures internes ont été faite dans tous les services. On a lâché un peu de lest sur les seuils. Désormais le service marchés publics n'intervient plus que pour les consultations à 15000 euros. En dessous, il y a responsabilisation des services opérationnels, c'est-à-dire que ces services sont en charge d'organiser leur mise en concurrence, sur la base de trois devis »⁸² (Fanny Dejours). Au Conseil Général du Gard, on souligne les problèmes auxquels doivent faire face les différents services qui n'ont pas la « technique des marchés publics ». En raison de l'organisation structurelle des différents services, le service marché public n'a à faire qu'à un seul responsable de pôle qui est le seul à avoir la compétence dans ce domaine : « Théoriquement, la structure mise en place c'est une direction de la Commande Publique avec des chargés de dossiers qui vont contrôler les procédures et consultations et au niveau des directions un pôle de gestion chargé de l'élaboration des marchés sous le contrôle de la CP mais au niveau technicité très peu de personnes ont la technique des marchés. Soit on l'acquiert à l'appel d'offre mais vu que les directions ont cherché à avoir un correspondant unique dans chaque direction : le responsable du pôle, c'est le seul à avoir une réelle compétence technique sur ces questions. Régulièrement on est convié à des réunions où on nous donne des indications sur les logiciels etc... mais on fait une grosse partie du travail seul, ce qui va dans le sens de la responsabilisation »⁸³ (Jean-Luc Tuech, responsable pôle de gestion au Conseil Général du Gard).

4. L'acheteur : médiateur entre l'offre et la demande

Après avoir estimé à leur juste valeur les besoins de l'administration et après avoir déterminé la procédure de passation du marché, l'acheteur public doit étudier l'offre proposée par les entreprises pour répondre à ce besoin. Dans ce domaine aussi, les missions de l'acheteur public change. Encore une fois, dans une logique de performance économique et d'efficacité, on lui en demande beaucoup plus. Cette phase de sélection constitue « l'instant économique » de la procédure des marchés publics. En effet, c'est le moment où il va falloir retenir l'offre économiquement la plus avantageuse dans le but de réaliser le cahier des charges le plus fidèle aux besoins.

⁸¹ Y.R. Guillou, JM. Binot, YM. Legrand, *L'achat public local*, Collection Politiques Locales, LGDJ 2005, page 59.

⁸² Extrait de l'entretien figurant en Annexe 1 page 91

⁸³ Extrait de l'entretien figurant en Annexe 1 page 97.

Mais contrairement aux pratiques passées, la mise en concurrence, pourtant toujours essentielle, ne suffit plus. L'acheteur public doit désormais se confronter à l'offre, s'informer de cette offre, la connaître. « La connaissance de l'offre, médiatisée par l'anglicisme « sourcing » 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 »⁸⁴.

Pourtant, cette omniscience que l'on requiert désormais des acheteurs publics est tout de même fortement décriée. En effet, comme le souligne Adélaïde Quesada, responsable des achats à l'école des mines de Saint-Etienne : « Personne n'est compétent pour tout savoir, ce sont les services demandeurs qui ont la compétence et connaissent les produits et la concurrence ».

Cyrille Emery donne une ébauche de solution à ce problème de la connaissance de l'offre : « C'est démesuré car dans une collectivité on peut être amené à tout acheter. L'éventail des produits est trop large. L'acheteur doit être capable de faire accoucher des esprits de ses collègues les pensées qu'ils contiennent sans le savoir. Il faut parvenir à verbaliser tout ce que son interlocuteur a dans la tête. C'est l'utilisateur final qui en réalité connaît toutes les réponses aux questions qu'il se pose »⁸⁵

Cette pratique inspirée du privé n'est pas encore monnaie courante dans le secteur public au grand regret de Marc Falize qui commente la situation : « Un acheteur du privé passe la moitié du temps hors de son bureau pour réaliser cette veille. Chez nous, c'est mal vu car on pense qu'on est allé se promener. Contacter le fournisseur fait jaser : on se demande ce que cela cache »⁸⁶.

B. Négocier et évaluer la politique d'achat

1. La négociation revêt encore une image péjorative parmi bon nombre d'acheteurs publics

Comme cela a été étudié dans la première partie, la négociation a été consacrée par la réforme du Code des Marchés publics. La procédure de négociation et des marchés négociés ayant été explicitée dans la première partie, il convient ici de s'attarder sur la façon dont elle est perçue par les acheteurs et quelles sont les conséquences qu'elle entraîne réellement pour eux. Avant la possibilité de négocier n'existait pas, la procédure cloisonnée de l'appel d'offres empêchait la connaissance du prix retenue tant que l'on n'avait pas procédé à l'ouverture des plis. Par ailleurs, on ne pouvait pas négocier ce prix avec l'entreprise retenue. L'introduction de la négociation a eu pour but de changer cette pratique et de permettre aux acheteurs de pouvoir réaliser des achats économiquement plus rentables car on leur permettait désormais de discuter les prix proposés. Cette procédure a donc une incidence réelle sur l'acheteur : elle lui donne la possibilité de s'investir un peu

⁸⁴ Article du site Achatpublic.com, « De personne responsable des marchés au manager des achats : la métamorphose en marche » JM Binot, 1^{er} septembre 2004.

⁸⁵ Article du site Achatpublic.com, « De personne responsable des marchés au manager des achats : la métamorphose en marche » JM Binot, 1^{er} septembre 2004.

⁸⁶ Article du site Achatpublic.com, « De personne responsable des marchés au manager des achats : la métamorphose en marche » JM Binot, 1^{er} septembre 2004.

plus dans la procédure de passation en négociant, mais le rend aussi plus responsable car il doit conclure un contrat avantageux pour la collectivité.

Cette pratique de la négociation, inspirée des usages courants du secteur privé, ne fait pas l'unanimité chez les acheteurs publics. Beaucoup pensent en effet que négociier n'est pas leur métier, ils déplorent de ne pas être formés pour et surtout cela leur demande un investissement conséquent en termes de travail car pour réaliser une bonne négociation, il faut avoir une connaissance pratique du marché au sens premier du terme en question : quels sont les prix pratiqués par la concurrence... Selon Guillou, Binot et Legrand, « ce heurt culturel » auquel est confrontée la négociation est le premier des trois obstacles qui se dressent contre elle : « négociier n'a pas forcément bonne presse auprès d'une partie des acheteurs éduqués depuis des générations à limiter au maximum les contacts avec leurs fournisseurs ». Le deuxième obstacle est juridico-technique : comment garantir que le respect du principe de l'égalité de traitement des candidats soit bien garanti lors de la négociation ? Les acheteurs publics, à qui on impose le respect sans faille de ce principe voient donc la négociation comme une pratique dangereuse au cours de laquelle il est facile de faire une erreur. Enfin, le troisième obstacle réside dans la réputation de la négociation : dans le secteur public on ne l'aime pas car elle donne aux acheteurs l'impression d'être des « marchands de tapis prêt à discuter pendant des heures pour peu de choses »⁸⁷.

En réalité, cette image sulfureuse de la négociation n'est pas justifiée et cette technique présente de nombreux avantages, car elle permet effectivement de négocier le prix mais également tout un ordre de considérations annexes qui sont tout aussi importantes que le critère du prix tels que les délais, l'emballage, le système d'approvisionnement, les conditions de garantie, la qualité...

Guillou, Binot et Legrand, ainsi que de nombreux autres auteurs s'accordent donc à dire que la négociation remet en cause nombre d'habitudes de l'achat public et a donc une influence fondamentale sur la transformation du rôle de l'acheteur puisque « elle implique une connaissance exacte du besoin, de l'offre et des entreprises ». Toutefois, selon Adélaïde Quesada, acheteuse à l'Ecole des Mines de Saint-Etienne « il ne faut pas se leurrer, on ne fait pas encore de la véritable négociation. Négociier n'est pas marchander. C'est un important travail effectué en amont de connaissance de l'offre, afin de pouvoir discuter du produit, ou des conditions de livraisons par exemple. C'est un métier pour lequel les acheteurs publics ne sont pas encore formés, mais on va y venir »⁸⁸.

Dans la pratique, l'absence de connaissances sur les techniques de négociation constitue un des problèmes majeurs pour les acheteurs publics aujourd'hui. Selon Marc Budo, responsable du service de la Commande Publique à la ville de Nîmes : « En termes de négociation, on se limite à demander un rabais à une entreprise, mais on est pas vraiment formé. Mais la difficulté c'est que les compétences d'une collectivité sont très larges, on ne peut pas connaître toutes les entreprises »⁸⁹.

2. Une valorisation du « résultat » par les services qui reste à améliorer

Au regard de tous les efforts que l'acheteur met en œuvre pour réaliser une politique d'achat efficace, comment se poursuit cette politique après la passation du marché ? Comment être sûr que l'entreprise sélectionnée va effectuer sa prestation comme on le lui a demandé ?

⁸⁷ Y.R. Guillou, JM. Binot, YM. Legrand, *L'achat public local*, Collection Politiques Locales, LGDJ 2005, page 63.

⁸⁸ Y.R. Guillou, JM. Binot, YM. Legrand, *L'achat public local*, Collection Politiques Locales, LGDJ 2005, page 63.

⁸⁹ Extrait de l'entretien figurant en Annexe 1 page 106

Philippe Durrèche, consultant et président de l'association des conseils en service public estime à ce sujet que « si les collectivités dépensaient 1% pour mieux suivre leurs marchés, ce 1% leur rapporterait 10% ; le danger c'est d'avoir le renard dans le poulailler quand une entreprise a emporté un marché. On a mis l'appel d'offres comme barrière mais que se passe-t-il après ? »⁹⁰.

Pourtant des indicateurs pourraient être envisagés. Les indicateurs suivants ont été recommandés dans le cadre de l'évaluation de la performance d'une structure d'achat public : taux d'achat « hors marchés » (part des commandes hors marchés formalisés par rapport au montant total des acquisitions par famille), répartition des achats (par mode de passation), tendance des consommations (évolution des volumes d'achats dans un temps donné et par famille d'achats), nombre de fournisseurs différents pour un même type d'achat, nombre de candidatures et de réponses aux consultations lancées sur un exercice budgétaire, effet sélectivité (nombre moyen d'offres examinées lors des commissions d'appel d'offres restreints ou de marchés négociés), taux d'allotissement, taux de standardisation (montant des achats réalisés sur la base d'un catalogue), effet novation (nombre de produits et de fournisseurs nouveaux recensés suite à une consultation), taux d'urgence (nombre et montant des demandes d'achats en urgence accepté par rapport à la programmation), détection des superflus (% des nomenclatures des produits référencés non commandés depuis douze mois), montant, nature et nombre de modifications et d'avenants aux contrats passés etc...⁹¹

L'Association des Acheteurs des Collectivités Territoriales (AACT) est d'ailleurs en faveur d'une démocratisation des tableaux de bord et des indicateurs de mesure de performance afin de pouvoir évaluer si les objectifs tels que la satisfaction du besoin, le respect des procédures et du cadre économique de la commande sont bien atteints.

Une profonde révolution, donc, depuis la réforme de 2004 avec l'importation de techniques venues du privé car il serait intéressant de pouvoir chiffrer et évaluer les progrès et gains réalisés avec les nouvelles procédures et la prise en compte de nouveaux objectifs. Toutefois, on est encore loin d'une réelle évaluation de la performance : à Oullins par exemple, on a bien intégré les nouveaux objectifs à atteindre mais on n'a pas encore évalué si la politique d'achat permettait d'obtenir un rendement optimal : « On recherche le meilleur rapport qualité/prix. Il faudrait maintenant faire un bilan des deux dernières années. Dans la pratique on pense que ça a quand même bien marché. Pas de bilan chiffré mais une vraie préoccupation »⁹² (Fanny Dejours).

L'article de Capucine Cousin, « Réorganisation des achats : la recette de Cognac » souligne l'importance de cette démarche car elle permet d'évaluer « les efforts fournis en établissant des statistiques sur les gains engendrés le cas échéant par la rationalisation du processus d'achat (reporting) et la qualité des prestations achetées »⁹³. L'étude de Capucine Cousin porte sur les achats réalisés par les différents services municipaux de la ville de Cognac. Les différents services achètent des mêmes produits à différents fournisseurs (près de 6000 au total), avec une grande disparité de prix. Après réorganisation des circuits

⁹⁰ Article de JM. BINOT, « L'Association des conseils en services publics planche sur le contrôle des marchés publics », publié en novembre 2003 sur le site Achatpublic.com.

⁹¹ Christelle Collec, *L'optimisation de la fonction achat au centre hospitalier de Lannion*, mémoire de l'Ecole Nationale de Santé Publique, 2001

⁹² Extrait de l'entretien figurant en Annexe 1 page 93.

⁹³ Article du site Achatpublic.com, 18 février 2004.

de commande, réduction drastique des fournisseurs, requalification de leurs contrats, et création d'une base de données des prix d'articles négociés, la cité charentaise parvient à une réduction de 4% de ses dépenses, à rapporter aux 7 millions d'euros, montant du budget moyen de fonctionnement de Cognac.

Pour conclure sur cette valorisation de la fonction et l'obligation de résultats dont elle découle, on peut mentionner l'analyse particulièrement pertinente faite par Guilloux, Binot et Legrand qui consacrent l'émergence d'un acheteur public pédagogue, manager et expert juridique : « Ce type de résultats motivants pour l'ensemble d'une structure doit donner lieu à des opérations de communication interne, en détaillant les objectifs fixés, les moyens mis en œuvre, le calendrier, des exemples concrets d'économie générées (...) Dans cette logique, la rédaction d'un guide de l'achat ou de l'acheteur, très en vogue depuis la réforme du Code 2004, élaborée avant tout pour cadrer juridiquement le processus, n'est pas assez utilisée afin de convaincre l'ensemble du personnel du caractère général d'un achat rationalisé »⁹⁴.

En dépit des énormes progrès qu'il convient encore de faire, on peut désormais affirmer sans se tromper que l'achat public a connu ces dernières années une véritable révolution et que par conséquent, les missions de l'acheteur ont été profondément bouleversées. L'acheteur public conserve sa compétence d'expert juridique mais il doit se doter de prérogatives de pédagogue et de manager. En effet, sa place dans la structure organisationnelle change également : propulsé au centre du processus de la commande publique, il en devient le pilote.

II. L'acheteur public, pilote de la commande publique

Pendant longtemps, l'acheteur public a revêtu une image d'« enquiquineur » avec ses impératifs de sécurité juridique, sa rigidité concernant l'application du Code des Marchés Publics. Il parlait un langage que personne ne comprenait, ni le personnel des différents services intervenants, ni les différents élus lors des commissions d'appel d'offre. Aujourd'hui pourtant, on lui reconnaît de nouvelles qualités. La responsabilisation des acheteurs publics induite par les différentes réformes du CMP a contraint les acheteurs à démultiplier leurs actions. L'acheteur est désormais sur tous les fronts : son rôle d'expert et de négociateur est de plus en plus reconnu et respecté par les différents acteurs. Pour améliorer encore cette reconnaissance, l'acheteur public doit mettre en œuvre de plus en plus de pédagogie dans son action : par exemple, par le biais de mémos qu'il rédigera et transmettra aux élus et aux services, il peut les informer sur le déroulement, les apports des nouvelles procédures, et ainsi les associer à la politique d'achat.

A. Une fonction en quête de reconnaissance

1. Redonner à l'acheteur une véritable place au sein de la commande publique

Le premier constat qu'il s'agit de faire lorsque l'on étudie la reconnaissance du métier d'acheteur public, c'est que c'est un paramètre en pleine évolution. En effet, on passe d'un manque de reconnaissance quasi-total, où le métier d'acheteur public était complètement

⁹⁴ Y.R. Guillou, J.M. Binot, Y.M. Legrand, *L'achat public local*, Collection Politiques Locales, LGDJ 2005, page 66.

ignoré par le statut de la fonction publique, à une situation où l'acheteur devient incontournable et où son entourage professionnel est bien forcé de le reconnaître.

L'acheteur public, devenant le pilote de la commande publique, est amené à travailler en collaboration beaucoup plus étroite avec les différents services opérationnels, les élus locaux et les entreprises à qui il confie l'exécution de prestations. C'est donc de la part de ses partenaires là que va venir la reconnaissance.

Pourtant, le métier d'acheteur public, dans son acception moderne, est encore trop récent pour qu'il soit reconnu à sa juste valeur. Les décideurs politiques et les dirigeants administratifs n'ont pas tous pour, le moment, ressentis l'évolution qui s'est opérée et la transformation de la fonction⁹⁵.

Pourtant, Alain Ménéménis souligne l'importance du changement qui doit s'opérer dans les différentes mentalités : « Il y a une nécessité cruciale, c'est la nécessité d'identifier, de reconnaître, de valoriser un véritable métier de l'achat public au sein des administrations (...). On ne peut pas demander à des agents qui se sentent eux-mêmes assez peu formés, qui sont dans une position hiérarchique qui les obligent à rendre des comptes à des supérieurs hiérarchiques de la pertinence et de la régularité de leur travail, de prendre des initiatives, de faire des choix, de prendre des risques, d'accepter d'avoir éventuellement à s'expliquer plus tard devant un juge. C'est très difficilement concevable. (...) Ceci suppose des décisions par des agents ayant un niveau hiérarchique élevé (voire une responsabilité politique) et une mise en œuvre par des agents ayant une formation juridique solide, et aussi ma capacité d'appuyer, d'éclairer leurs décisions par des analyses économiques et par une bonne connaissance des secteurs économiques concernés (...). Le métier d'acheteur public est un métier de haut niveau et pas simplement un métier qui consiste à essayer de respecter de façon tatillonne des réglementations qui fixent à la virgule près ce qu'il faut faire du début à la fin de la procédure »⁹⁶.

Ainsi, le fait que les fonctions achats soient souvent rattachées à d'autres services, financiers ou techniques ne participe pas de la reconnaissance du rôle prépondérant de l'acheteur. Sa représentation lors des réunions des dirigeants de la collectivité est encore trop faible.

« Donc à l'heure actuelle, pas de reconnaissance particulière : je reste un agent comme les autres, plus embêté que les autres à cause des responsabilités. Le domaine des marchés publics est très sensible, on est plus stressé que dans certaines autres fonctions. Avant, il y avait moins de risques, aujourd'hui les contraintes se font beaucoup plus sentir »⁹⁷. (Jean-Luc Tuech).

2. Le caractère incontournable de l'acheteur comme élément de sa reconnaissance

Sur le terrain, quand on demande aux acheteurs s'ils estiment que la fonction qu'ils occupent est reconnue à sa juste valeur, tous s'accordent à dire qu'ils trouvent une reconnaissance dans le fait d'être incontournable. C'est une réalité dont tous ont conscience, et leur entourage (élus locaux, direction, entreprises partenaires, services opérationnels des collectivités) commencent à le réaliser aussi.

⁹⁵ Y.R. Guillou, JM. Binot, YM. Legrand, *L'achat public local*, Collection Politiques Locales, LGDJ 2005, page 67

⁹⁶ Interview d'Alain Ménéménis recueilli par Christophe Belleuvre, sur le site Achatpublic.com, 19 février 2004.

⁹⁷ Extrait de l'entretien figurant en Annexe 1 page 99.

Au Conseil Général du Gard, sans toutefois sentir de révolution en ce qui concerne les mœurs, les acheteurs publics constatent que « la reconnaissance vient du fait que l'acheteur devient incontournable au niveau d'une direction. A partir d'un euro d'achat on met en concurrence donc rien ne peut se faire sans passer par nous »⁹⁸ (Jean-Luc Tuech). A la mairie d'Oullins, la situation favorable préfigure la direction que devrait prendre les administrations dans le sens d'une plus grande reconnaissance de la fonction achat : « la fonction ne manque pas de reconnaissance. Je me sens soutenue dans mon travail, dans l'intérêt de ce que ça peut représenter. Je travaille avec des élus qui valorisent mon rôle au niveau de la structure car l'achat est important pour eux. C'est une matière très transversale : cela veut dire que tout le monde a besoin de vous à moment donné. On m'a vu au début comme l'« emmerdeuse » juridique mais quand on s'aperçoit que les gens sont contents c'est valorisant. Du point de vue externe, les techniciens sont peut être plus méprisants. Il est très enrichissant de travailler avec des élu : quand le Code 2004 est sorti je leur ai fait une formation au niveau de l'appel d'offre (ex : leur expliquer différence moins-disant/ mieux-disant). Je sens une reconnaissance de leur part, ils viennent aux Commissions d'Appel d'Offres de manière assidue. Je pense que c'est valable sur des communes de taille moyenne, c'est certainement différent dans les grandes collectivités. L'acheteur travaille avec les dirigeants, les élus, les entreprises, les services opérationnels. C'est très diversifié »⁹⁹ (Fanny Dejours)

B. L'émergence d'un nouveau profil de l'acheteur qui combine expertise juridique et fibre commerciale

L'émergence d'un nouveau profil de l'acheteur public ne signifie pas que l'on sacrifie la compétence juridique sur l'autel de la performance. L'acheteur public moderne est toujours un expert juridique, peut être même plus qu'avant car lui laisser la liberté d'apprécier certaines pratiques exige de lui un esprit de réflexion rigoureux et une bonne interprétation juridique des différents articles du Code. Pourtant, bien qu'essentielles, les compétences juridiques ne suffisent plus. Comme on l'a vu plus haut, l'acheteur public doit être à la fois un communicant et un pédagogue : il doit communiquer avec les services, les élus, les fournisseurs...et leur expliquer quelle politique d'achat il a décidé de mener.

Mais pour mener cette politique d'achat de façon efficace, les réformes du Code incitent de plus en plus l'acheteur à se comporter en négociateur. Le Code met à sa disposition des procédures juridiques lui permettant de « discuter » avec les différents prestataires de service. On demandera à l'acheteur public d'avoir une « fibre commerciale » et de ne pas hésiter à aller au contact des fournisseurs¹⁰⁰.

Cependant, bien que les acheteurs reconnaissent les avantages de telles pratiques, ils ne se sentent absolument pas armés pour les mener à bien. Nombreux sont-ils à estimer ne pas avoir la « technique », la mentalité ou les connaissances suffisantes pour négocier. Fanny Dejours souligne par exemple que les cursus universitaires sont souvent trop axés sur l'aspect procédural. On n'apprend pas aux acheteurs à négocier quand on les forme mais on exige d'eux de le faire après, ils doivent alors se former seuls : « Il faut savoir s'aguerrir aux techniques de négociation, c'est difficile de négocier avec une entreprise. S'il

⁹⁸ Extrait de l'entretien figurant en Annexe 1 page 99.

⁹⁹ Extrait de l'entretien figurant en Annexe 1 page 94, 95.

¹⁰⁰ Y.R Guillou, JM. Binot, YM. Legrand, *L'achat public local*, Collection Politiques Locales, LGDJ 2005, page 69

y eu avait des cours de techniques de négociation, ç'aurait été mieux »¹⁰¹. Ce problème est également mis en exergue à la ville de Nîmes : « Les profils existants en collectivité répondent mal à cette nouvelle exigence, d'où le recours à des personnes extérieures ayant une meilleure connaissance des techniques d'achat, mais pour l'instant chez nous ce n'est pas le cas. Mais que serait l'intérêt d'une procédure efficace économiquement si elle était juridiquement critiquable. On aura besoin des deux profils, pour bien acheter il faut une certaine formation. On va vraiment s'orienter vers le recrutement de personnes ayant une formation commerciale. Il y a des techniques d'achat et de négociation et pour le moment en collectivité on ne sait pas faire. On n'a peut être pas encore perçu l'intérêt d'avoir des personnes polyvalentes. Il faut avoir bien conscience que les logiques de l'administration publique ne sont pas les mêmes que celles du privé. En termes de négociation, on se limite à demander un rabais à une entreprise, mais on n'est pas vraiment formé. Mais la difficulté c'est que les compétences d'une collectivité sont très larges, on ne peut pas connaître toutes les entreprises »¹⁰² (Marc Budo)

Et en effet, comme le souligne Aurélien Colson, directeur du développement d'ESSEC IRENE (Institut de recherche et d'enseignement sur la négociation en Europe), il existe bel et bien des « techniques de négociation » : « Bien négocier exige un faisceau complexe de connaissances, de compétences et d'expérience. Par définition, les connaissances-techniques ou théoriques- s'acquièrent. L'expérience aussi, à condition de savoir l'analyser et capitaliser. (...) On peut donc devenir meilleur négociateur. Comment ? D'abord en reconnaissant la négociation comme un objet d'apprentissage, où des progrès sont possibles. Ensuite, en interrogeant- lucidement- sa propre expérience, pour identifier points forts et points d'amélioration. On gagne à le faire en lisant des ouvrages qui rassemblent les bonnes pratiques, les éclairent de cadrages théoriques, donnent des exemples. Enfin en participant à des ateliers de formation (...) »¹⁰³

L'acheteur public, confronté à cette exigence de la négociation, devra donc mettre les « bouchées double » pour rattraper le retard qu'il a sur les fournisseurs en termes de maîtrise des techniques de négociation. Toujours selon Aurélien Colson, bien que les acheteurs doivent rester fidèles au cadre réglementaire du Code, ils sont également désormais « soumis au même impératif que l'acheteur privé : défendre les intérêts de son organisation, d'autant plus que ces intérêts contribuent in fine à l'intérêt public »¹⁰⁴

Toutefois, il est important de souligner qu'il y a encore très peu d'acheteurs publics-négociateurs. Cela tient au fait que les réformes et l'introduction de ces nouvelles pratiques sont très récentes et pour le moment la nécessité d'avoir une fibre commerciale ne fait pas partie des préoccupations premières des acheteurs.

« Concernant la nécessité d'avoir une fibre commerciale, ce n'est pas primordial mais il est important de savoir bien jongler avec les chiffres. Certains marchés mettent parfois en jeu des millions d'euros donc il est important de savoir de quoi on parle. C'est surtout au niveau de la mise en concurrence que se ressent cette nécessité car le premier souci est de mettre en concurrence pour obtenir le meilleur financement et c'est un aspect des marchés que l'on garde toujours à l'esprit »¹⁰⁵ (Jean-Luc Tuech).

¹⁰¹ Extrait de l'entretien figurant en Annexe 1 page 94.

¹⁰² Extrait de l'entretien figurant en Annexe 1 page 105

¹⁰³ Interview d'Aurélien Colson réalisée par JM Binot pour le site Achatpublic.com, 23 mars 2006

¹⁰⁴ Interview d'Aurélien Colson réalisée par JM Binot pour le site Achatpublic.com, 23 mars 2006

¹⁰⁵ Extrait de l'entretien figurant en Annexe 1 page 105.

III. Le métier d'acheteur public aujourd'hui

Le premier constat qu'il s'agit de faire est que les formations actuelles demeurent encore trop souvent sous l'emprise du droit. Les recruteurs cherchent désormais des acheteurs publics polyvalents mais le calcul coût/avantage entre formation universitaire et expérience mène parfois à des dilemmes. Le deuxième constat est le recrutement, depuis quelques années, d'acheteurs publics venant du privé. On recherche chez eux la polyvalence, une mentalité basée sur la performance, mais il faut se méfier car leur adaptation dans les administrations publiques ne se fait pas toujours idéalement. Pour faire face aux missions modernes de l'achat public, on cherche des acheteurs publics qui seraient de véritables chefs d'orchestre, capables d'appréhender et faire face à toutes les situations. Mais l'acheteur public idéal n'existe pas. Selon Sophie Pistone, administrateur territorial et responsable des achats au Conseil Général du Var, l'acheteur public idéal serait « un pôle de compétences juridiques et économiques, une collaboration entre plusieurs expertises »¹⁰⁶. Mais ce n'est pas évident de trouver les deux et de les associer. Valoriser les formations pluridisciplinaires (type Science Po) mais en leur adjoignant des stages et des formations professionnalisantes (types Master Professionnel) semble être la solution adoptée. Pour les acheteurs publics exerçant déjà la fonction, démocratiser les formations professionnelles pour les mettre au point sur les nouveaux impératifs et les informer sur ce que l'on attend d'eux pourrait constituer un premier pas vers le changement de mentalité qui s'impose dans l'achat public moderne. Pour conclure, il s'agit de montrer qu'il n'y a pas d'achat public efficace de la part des acheteurs publics s'il n'y a pas de perspective de carrière en aval, ni de considération de la fonction et du salaire.

Le métier d'acheteur public connaît une évolution sans précédent depuis ces dernières années. Le métier se « professionnalise » considérablement et on demande aux acheteurs d'être de plus en plus polyvalents et experts sur des questions auxquelles ils n'étaient pas confrontés par le passé. En effet, être à la fois « manager, juriste, économiste, négociateur, coordinateur, ergonomiste »¹⁰⁷ n'est pas donné à tout le monde. Pourtant, c'est désormais ce que les recruteurs demandent. Il est alors important de souligner que les formations tant universitaires que professionnelles n'apparaissent pas pour l'essentiel complètement adaptées à ce nouveau profil. De plus, il n'existe pas d'école de l'achat public.

Alors, il convient de changer la situation : tant pour les acheteurs publics déjà en poste que pour les futurs acheteurs publics. Les formations universitaires et professionnelles doivent évoluer vers une prise en compte de ces nouvelles prérogatives.

A. La réalité de l'achat public aujourd'hui

Ce que l'on demande aux acheteurs publics aujourd'hui, c'est d'être de véritables « chefs d'orchestre » de la commande publique. Mais ce profil idéal est extrêmement difficile à trouver et il est même utopique de penser qu'il pourrait exister.

Les difficultés à trouver une telle personne dans la réalité de l'achat public aujourd'hui conduit les administrations à recourir de plus en plus à des acheteurs venant du privé,

¹⁰⁶ JM. Binot, Article du site Achatpublic.com « Du responsable des marchés au manager des achats : la métamorphose est en marche » 1^{er} Septembre 2004.

¹⁰⁷ JM. Binot, Article du site Achatpublic.com « Du responsable des marchés au manager des achats : la métamorphose est en marche » 1^{er} Septembre 2004.

qui semblent plus compétents pour réaliser les nouvelles missions de l'acheteur public. Ils sont en tout cas plus rôdés aux pratiques qui viennent que l'achat public a décidé de mettre en place ces dernières années. Ils ont l'avantage d'avoir l'expérience qui manque aux acheteurs publics dans de nombreux domaines. Mais recourir à des acheteurs venant du privé ne semble pas présenter que des avantages. En effet, les acheteurs publics y voit parfois un risque capital, qui est de faire passer au second plan le respect des règles juridiques de passation des marchés publics : « (...) recruter des acheteurs publics pur produit des écoles de commerce n'est pas la solution. Il faut vraiment avoir LA double vision, il faut connaître les marchés au sens premier du terme. La ville de Lyon recrute beaucoup d'acheteurs publics du privé, cela a été beaucoup critiqué. Attention à ne pas sacrifier l'aspect juridique »¹⁰⁸ (Fanny Dejourn). Sophie Pistone souligne également que l'adaptation des salariés du privé dans l'administration publique ne se fait pas sans poser des problèmes : « (...) l'implantation d'un ancien salarié du privé dans une collectivité peut se révéler difficile et la greffe ne prend pas toujours »¹⁰⁹.

Alors, pour pallier ces problèmes, les administrations recrutent de plus en plus de jeunes acheteurs, compétents en matière de maîtrise des connaissances mais à qui l'expérience manque cruellement. Comme il est mentionné plus haut, le métier d'acheteur public est un métier de haut niveau et Cyrille Emery souligne le paradoxe entre l'envie de laisser leur chance aux jeunes, qui seront certainement moins enfermés dans les carcans ancestraux de l'administration et sauront peut être mieux s'adapter à la nouvelle réalité de l'achat public en France, mais qui manquent d'expérience et seront peut être vite dépassés par la lourdeur de la fonction.

Ce qui est certain, c'est que l'achat public aujourd'hui, pour mener à bien ses missions, a besoin de « professionnels » au sens premier du terme. Ce que l'on entend par « professionnels de l'achat public », ceux sont des personnes spécifiquement formées pour réaliser une politique d'achat public et qui disposent des connaissances et de l'expérience pour le faire de façon efficace.

B. La nécessité d'une formation polyvalente

Lorsque l'on demande aux recruteurs quel est le profil qu'ils recherchent chez un acheteur public potentiel, la réponse est exhaustive. Et si l'on tente de dresser le portrait de l'acheteur public idéal, comme le fait JM. Binot, on obtient un développement tout aussi exhaustif : « (...) le manager des achats est quelqu'un qui d'évidence connaît l'environnement réglementaire. C'est clair, les savoirs techniques et juridiques ne suffisent pas. L'acheteur doit maîtriser sur le bout des doigts les processus de décision de son organisation. Tout en sachant innover (...) On demandera à l'acheteur de faire preuve de patience, de diplomatie et de ténacité, et naturellement de pédagogie pour expliquer, argumenter et convaincre ses collègues de participer à la mise en œuvre de la politique d'achat, d'adhérer au raisonnement. (...) Un soupçon de charisme sera apprécié, d'autant que les responsables achats-marchés souffrent toujours d'un a priori, eux les « empêcheurs de tourner en rond »¹¹⁰.

¹⁰⁸ Extrait de l'entretien figurant en Annexe 1 page 94.

¹⁰⁹ JM. Binot, Article du site Achatpublic.com « Du responsable des marchés au manager des achats : la métamorphose est en marche » 1^{er} Septembre 2004.

¹¹⁰ JM. Binot, Article du site Achatpublic.com, « Quel est le profil idéal de l'acheteur ? », 1^{er} septembre 2004.

Il s'agira donc, au regard d'une telle typologie de compétences, de privilégier les formations pluridisciplinaires. Pour le moment, une double formation droit des contrats/achat privé resterait la meilleure solution. Les masters professionnels proposés par les différentes universités et instituts offrent l'avantage d'une formation théorique et pratique par le biais de stages en collectivité. L'objectif d'une formation universitaire intégrant l'enseignement du droit des contrats publics permettent de former des acheteurs qui auront les compétences requises pour pouvoir passer en toute sécurité une procédure de marchés publics et qui seront suffisamment informés sur les risques contentieux et les conditions d'exécution des marchés. La majorité des cursus offre des formations à dominante juridique : droit des marchés, droit du contentieux contractuel, droit pénal des acteurs publics... Ces cursus tentent tant bien que mal d'intégrer dans leur programme des enseignements plus axés sur la négociation et la finance. Les écoles de commerce proposent également des cursus destinés à former des acheteurs, initialement destinés au privé mais qui peuvent également convenir à ce que l'on attend d'un acheteur du public aujourd'hui. Le Master Management Stratégique des achats de l'Ecole supérieure des Affaires de Grenoble propose des cours mettant en relation à la fois la dimension achat et la dimension management en offrant des cours de politique et stratégie des achats, de management de la qualité, de contrôle de gestion, de négociation...¹¹¹

Toutes ces formations universitaires permettent aux étudiants d'acquérir de solides bases du droit des marchés publics mais la dimension économique de l'achat est encore trop rarement prise en compte. Cyrille Emery se prononce donc en faveur de ces formations universitaires pluridisciplinaires mais conseille de les compléter par une formation modèle ESSEC de « supply chain management », axée sur les outils économiques de l'achat.

La solution serait-elle alors de créer une Ecole nationale de l'achat public ? Jusqu'à présent cette solution ne séduisait personne. Pour les analystes des marchés publics tels que Jean-Marc Binot et Thierry Beaugé : « la fonction est trop neuve, les concepts ne sont pas stabilisés. La concurrence entre universités et instituts est un facteur d'émulation. Une école avec un monopole finira par ronronner »¹¹². Pourtant les différents ministères de l'Etat vont mettre en place en 2007, un module de formation interministérielle à la performance économique de l'achat. Cette formation, destinée aux acheteurs publics des ministères, aura pour but de former 500 acheteurs professionnels publics. Le but de cette formation est de prendre en compte toutes les nouvelles dimensions de l'achat public moderne et d'armer les acheteurs dans tous les domaines où ils connaissent des lacunes afin d'en faire de véritables professionnels capables de répondre aux exigences du nouveau contexte de l'achat. Pour pouvoir évaluer précisément le contenu de ces enseignements, voici le but explicitement assigné à la formation qui doit permettre :

d'affirmer l'objectif économique de l'achat public dans le cadre des procédures juridiques définies par le CMP

mieux distinguer les aspects, économiques, juridiques, budgétaires et logistique de la fonction achats

donner aux acheteurs une connaissance globale de l'ensemble des outils à leur disposition en vue de réaliser un achat économiquement performant

faire des acheteurs de véritables forces de proposition pour les décideurs en matière d'achat économiquement performant

¹¹¹ Y.R. Guillou, JM. Binot, YM. Legrand, *L'achat public local*, Collection Politiques Locales, LGDJ 2005, page 71

¹¹² JM. Binot, article du site Achatpublic.com « Quel est le profil idéal de l'acheteur ? », 1^{er} septembre 2004.

constituer une culture commune de la performance économique auprès des acheteurs publics en les incitant à se professionnaliser par des formations techniques spécialisées sur chacun des outils à leur disposition.¹¹³

Il est donc clair que l'accent se porte sur des enseignements prenant en compte des considérations beaucoup plus économiques, et semble aller dans le sens d'une familiarisation des acheteurs à la performance. Les acheteurs ainsi formés devraient donc être capables de mener une politique d'achat efficace et de conférer une réalité concrète à l'objectif économique mis en évidence dans le CMP 2006. L'avantage de cette formation est de spécialiser les acheteurs dans les domaines qui leur posent le plus de problèmes : elle leur donne en effet les clés de compréhension de l'achat public moderne.

La question qui subsiste toutefois est celle du développement de telles pratiques : pour que l'achat public confirme son nouveau visage, il faudrait que tous les acheteurs soient armés de cette manière. Une véritable révolution doit donc s'opérer : les organisations publiques doivent se mettre au service de cette révolution en donnant à leurs acheteurs les moyens de devenir des professionnels de l'achat.

¹¹³ « Le Code des marchés publics 2006 : L'école des acheteurs, les systèmes d'information » <http://www.minefi.gouv.fr/performance/audit/pdf/annexe4/pdf>

CONCLUSION

Comme on l'a vu tout au long de ce mémoire, l'évolution du droit des marchés publics a profondément modifié le rôle de l'acheteur public. Ce dernier est en passe de devenir, par la force des choses, un acteur de premier plan dans l'organisation publique.

Les révolutions procédurales du droit des marchés publics, consacrées par les différentes réformes du Code des Marchés Publics, ont permis une responsabilisation de l'acheteur public : ce dernier doit désormais faire face à de nouvelles prérogatives où sa connaissance du droit et ses compétences pédagogiques et managériales apparaissent comme essentielles et feront la différence dans la conduite d'une politique d'achat économiquement efficace et juridiquement légale.

Pour cela, le Code des marchés publics met à la disposition des acheteurs des outils adaptés à ces nouveaux objectifs. C'est toutefois la seule chose qu'il fait pour les acheteurs. En effet, il est important de noter le paradoxe entre la révolution qui s'opère dans l'achat public et la façon dont elle est perçue par les acheteurs, qui se sentent un peu à la traîne. N'est pas à la fois, juriste manager et pédagogue qui veut... Pour l'instant, le décalage est donc grand entre les évolutions théoriques du Code et leur mise en œuvre dans la pratique. Changer les mentalités de l'administration publique française, former des professionnels de l'achat public est un travail de longue haleine qui ne se fait pas du jour au lendemain.

Imposer aux acheteurs l'utilisation de nouveaux outils, les familiariser avec l'idée d'obligation de résultats, constituent les premiers pas de l'entreprise de modernisation du droit des marchés publics. Il faut pourtant souligner que rien ne se fera si l'acheteur public, entité devenue indispensable, n'est pas à la hauteur, en termes de compétences, de ce que l'on attend de lui. C'est pourquoi, la tâche qui reste encore à accomplir est immense. En marge des qualités de pédagogue, de négociateur... propres à chaque acheteur, il faudra les doter de véritables techniques, qui peuvent s'inspirer des pratiques du privé, mais adaptées à l'achat public. Et pour atteindre ce but, seules des formations seront efficaces.

Dans la mesure où le secteur de la commande publique atteint aujourd'hui près de 10% du PIB, les pouvoirs publics seront désormais obligés de prendre en compte l'achat et les acheteurs. Ils devront relever le défi d'offrir des formations adaptées à la nouvelle philosophie de l'achat public et une rémunération des acheteurs proportionnelle aux responsabilités occupées.

Il s'agira enfin d'asseoir le rôle de l'acheteur public moderne dans l'organisation publique : la solution réside certainement dans la reconnaissance d'une véritable « fonction achat »¹¹⁴, comme c'est déjà le cas dans certaines villes pionnières (Lyon par exemple). Cette fonction achat serait alors un véritable « défi managérial » (Florian Linditch) lancé aux acheteurs : en parallèle de leur connaissance de l'environnement réglementaire, ils devront mettre en place « une organisation interne de l'achat basée sur une doctrine commune, des guides des procédures, une programmation des achats, des correspondants marchés dans les services... »¹¹⁵. Au regard des entretiens réalisés dans le cadre de ce mémoire, on s'aperçoit que certaines collectivités tentent de mener des actions ponctuelles allant

¹¹⁴ Florian LINDITCH, *Le droit des marchés publics*, Quatrième édition DALLOZ, 2006, page 128, 129

¹¹⁵ Florian LINDITCH, *Le droit des marchés publics*, Quatrième édition DALLOZ, 2006, page 128, 129

dans le sens de cette organisation interne de l'achat, mais tous les acheteurs s'accordent à dire que ceux ne sont que des balbutiements pour le moment. Toutefois, ce n'est qu'en persévérant dans ce sens que l'acheteur public moderne pourra mener à bien sa mission : tout simplement, bien acheter et donc redonner tout son sens à l'acception « acheteur public ».

BIBLIOGRAPHIE

- BINOT Jean-Marc, GUILLOU Yves-René, LEGRAND Yves-Marie, L'achat public local, Collection « Politiques Locales », LGDJ, 2005
- EMERY Cyrille, Passer un marché public : principes, procédures, contentieux, Première Editions Delmas, 2001
- LINDITCH Florian, Le droit des marchés publics, Quatrième édition, Editions Dalloz « Connaissances du droit », Novembre 2006
- SCHMIDT Philippe, La personne responsable des marchés, Editions Le Moniteur, Décembre 2004

Articles de revues

- « Le nouveau Code des marchés publics. Achèvement d'un cycle ou amorce de futures évolutions ? », Etude rédigée par Stéphane BRACONNIER, Revue La semaine juridique, Edition Générale n°6, 7 février 2007.
- MENEMENIS Alain, AJDA n°7/2004, 23 février 2004, pages 362 à 388, « Passer un marché public : sur quelques innovations du Code »

Sites Internet

Pour le Code des marchés publics 2006

http://www.minefi.gouv.fr/directions_services/sircom/code2006/1-introduction

http://www.minefi.gouv.fr/directions_services/sircom/code2006/2-decret/decret.htm

Article « La version 2006 du Code des marchés publics » (dossier d'actualité du 21 mai 2007)

<http://www.net-iris.fr/veillejuridique/14534/la-version-2006-du-code-des-marchés-publics.php>

Conférence de l'INET du 20 Septembre 2006 « La nouvelle philosophie des marchés publics », présentée par Jérôme Grand d'Esnon

http://moniblogs.lemoniteur-expert.com/achats-publics/files/Conf.INET_CMP2006.pdf

« Le Code des marchés publics 2006 : L'école des acheteurs, les systèmes d'information »

<http://www.minefi.gouv.fr/performance/audit/pdf/annexe4.pdf>

Articles du site Achatpublic.com

RALLU Bénédicte, « Place aux appels d'offre dématérialisés »

http://www.achatpublic.com/presse/extraits_presse/acheteurspublics_n7b/view

Panel d'articles sur l'acheteur public

http://www.achatpublic.com/dossier_listing?b_start:int=30

BINOT Jean-Marc, « L'achat, un métier gagnant ? », 1^{er} Septembre 2004

<http://www.achatpublic.com/news/2004/09/1/AchatPublicDossier.2004-09-01.0502/AchatPublicArticle.2004-09-01.2420/view>

BINOT Jean-Marc, « La nouvelle vague des acheteurs », 1^{er} Septembre 2004

<http://www.achatpublic.com/news/2004/09/1/AchatPublicDossier.2004-09-01.0502/AchatPublicArticle.2004-09-01.5159/view>

BINOT Jean-Marc, « Quel est le profil idéal de l'acheteur ? », 1^{er} Septembre 2004

<http://www.achatpublic.com/news/2004/09/1/AchatPublicDossier.2004-09-01.0502/AchatPublicArticle.2004-09-01.4704/view>

BINOT Jean-Marc, « Du responsable des marchés au manager des achats : la métamorphose est en marche », 1^{er} Septembre 2004

<http://www.achatpublic.com/news/2004/09/1/AchatPublicDossier.2004-09-01.0502/AchatPublicArticle.2004-09-01.1655/view>

Pour les définitions

Site Marchés Publics : Formation aux marchés publics et assistance à maîtrise d'ouvrage

<http://www.marche-public.fr/Marches-publics/Definitions/Entrees.htm>

Sur l'intégration des préoccupations environnementales

Article « Le nouveau CMP, porteur du développement durable »

http://www.ecologie.gouv.fr/article.php3?id_article=6240

Sur la négociation

<http://essec-irene.com/fr/docs/Achat-Public-Colson-23-03-2006.pdf>

ANNEXES

Annexe 1 : Travail terrain

- Entretien réalisé le 16 Avril 2007 avec Madame Fanny DEJOURS, Directrice du Service Marchés Publics de la ville d'Oullins

THEMES DU QUESTIONNAIRE :

Les réformes du CMP 2004 et 2006

Aujourd'hui, une nouvelle culture de l'achat ?

Le profil de l'acheteur public

« pour les annexes, la version papier est disponible au centre de documentation de l'Institut d'Etude Politique de Lyon »

Entretien réalisé le 14 avril 2007 avec Monsieur Jean-Luc TUECH, responsable du Pôle de Gestion au Conseil Général du Gard

« pour les annexes, la version papier est disponible au centre de documentation de l'Institut d'Etude Politique de Lyon »

Entretien réalisé le 18 Juin 2007 avec Monsieur Marc Budo, responsable du service de la Commande Publique de la ville de Nîmes

« pour les annexes, la version papier est disponible au centre de documentation de l'Institut d'Etude Politique de Lyon »

Entretien réalisé le 18 Juin 2007 avec Madame Elizabeth Large, responsable des achats à la ville de Nîmes

« pour les annexes, la version papier est disponible au centre de documentation de l'Institut d'Etude Politique de Lyon »