

Qu'est ce qu'un acheteur public ?

Clodyne de Lacroix et Jean-Pierre Gohon, administrateurs et vice-présidents de l'APASP

Lors de la création du Code des marchés publics, il y a plus de 60 ans, l'acheteur était un juriste chargé d'appliquer une réglementation complexe. Puis l'acheteur a été conduit à prendre conscience de son rôle économique lors de l'attribution des marchés non plus sous le seul angle du prix mais avec la mise en œuvre de nombreux critères et la recherche du meilleur rapport qualité/prix.

Si l'acheteur privé est guidé essentiellement par l'avantage économique de son achat, l'acheteur public veille à la sécurité juridique des procédures, garant de l'intérêt général.

L'acheteur juriste définit et organise les achats pour le compte des personnes publiques dans le respect des règles juridiques encadrant l'attribution et l'exécution des marchés publics. A ce titre il doit veiller à respecter les procédures de passation et les principes fondamentaux définis au Code et éclairés par la jurisprudence des juridictions administratives

Il doit agir en toute transparence sous l'œil des entreprises auxquelles les textes ont donné de plus en plus de droits. Si l'on voulait résumer la notion, on pourrait dire que l'acheteur public doit annoncer et publier ce qu'il va faire puis faire ce qu'il a annoncé dans ses avis de publicité et dans son règlement particulier de la consultation. Ainsi, la transparence repose sur le contenu des avis de publicité et sur le contenu du dossier de consultation. Les manquements à la transparence reposent sur les pratiques de l'acheteur, pratiques en contradiction avec les règles qu'il s'est données ou avec les règles de publicité et de mise en concurrence qui lui ont été imposées.

La notion est apparue avec la loi n° 91-3 du 3 janvier 1991 (JO du 8) relative à la transparence et à la régularité des procédures de marchés et modifiant le Code des marchés publics, loi qui a institué à la fois la Mission interministérielle d'enquête sur les marchés et le délit de favoritisme et qui avait transposé en droit interne les obligations de mise en concurrence et de publicité des marchés passés par les pouvoirs adjudicateurs non soumis au Code des marchés publics.

Cette notion est ensuite reprise par la loi n° 93-122 du 29 janvier 1993 (JO du 30) relative à la prévention de la corruption et à la transparence de la vie économique, loi « Sapin » qui a imposé la mise en concurrence des délégations de service public en prenant les dispositions du Code des marchés publics comme modèle.

La Cour de Justice des Communautés Européennes (CJCE) a donné une définition de la transparence lorsqu'elle indique à la fois que l'obligation de transparence est le moyen pour le pouvoir adjudicateur de s'assurer que le principe de non discrimination en raison de la nationalité est respecté et qu'elle « consiste à garantir, en faveur de tout soumissionnaire potentiel, un degré de publicité adéquat permettant une ouverture du marché des services à la concurrence ainsi que le contrôle de l'impartialité des procédures d'adjudication » (CJCE 7 décembre 2000, Aff. C-324/98, *Telaustria Verlags GmgH*, rec. P. 10747)

Pour leur part les entreprises candidates peuvent contrôler le respect du principe en ayant d'une part, accès au résultat des consultations et d'autre part, en ayant la possibilité de contester ce résultat par le biais des procédures de référés précontractuels et contractuels. Par

ailleurs la CADA ouvre largement la communication des documents administratifs relatifs aux marchés, ce qui accentue le contrôle externe sur les marchés.

L'acheteur public est un acteur qui doit respecter le principe d'égalité sous peine d'être mis en cause dans le cadre d'une enquête relative à la commission du délit dit « de favoritisme ». En effet tous les candidats doivent être informés dans les mêmes conditions et recevoir les mêmes informations au même moment sur la base des mêmes documents ; dans le cas contraire l'un d'entre eux pourrait être favorisé dans l'élaboration de son offre. De plus ce délit apparaît comme un délit formel constitué dès lors que les règles de procédure ne sont pas respectées, ce qui en fait un délit obstacle aux possibles manquements.

L'acheteur public est un acteur épris de liberté, mais la liberté n'est pas la fantaisie, selon la formule du professeur René Chapus : « la liberté est une chose, la fantaisie en est une autre ». L'acheteur est donc bridé y compris dans la mise en œuvre des marchés passés selon une procédure adaptée alors même que le Code énonce que « Une procédure adaptée est une procédure par laquelle l'acheteur définit **librement** les modalités de passation du marché, dans le respect des principes de la commande publique » (art. L.2123-1 du CCP). Les principes fondamentaux auxquels il est fait référence par le Code mettent l'acheteur dans un carcan dont il ne pourra se défaire.

De plus l'acheteur public n'est pas libre de ses choix : ceux-ci doivent être justifiés en plein (motifs d'attribution du marché à une entreprise) et en creux (rejet des offres non retenues).

C'est un acteur qui agit sous contrôle :

- contrôle de légalité, car tous les actes sont potentiellement contrôlés tant par les services centraux (contrôleur d'Etat, contrôleur financier) que par les autorités préfectorales ;
- contrôle d'impartialité, lorsque le juge pénal est saisi d'agissements contraires aux grands principes et à la réglementation ;
- contrôle de régularité, par les juridictions financières au moyen d'observations ou de référés adressés aux ministres.

Pour remplir correctement sa fonction, l'acheteur public doit posséder de nombreuses qualités (il doit être ordonné, précis, bon rédacteur, etc) et doit être formé au droit de l'achat public et trouver sa place dans la chaîne de l'achat, de la définition du besoin au contrôle de l'exécution du marché.

Cependant c'est aussi un acteur économique particulier (l'achat public représente environ 10 % du PIB, autant que le tourisme), avec des achats récurrents pour le fonctionnement des administrations, des services et des établissements publics et des achats pour l'investissement, essentiellement des travaux d'infrastructures et de constructions.

Il convient de relever que depuis un quinzaine d'années, le caractère économique de l'achat est devenu prégnant dans les textes et dans les pratiques. Du critère unique du prix aux multicritères, du moins disant au mieux disant, du classement des offres à la pondération des critères, de la seule définition de l'objet du marché à l'obligation de définir avec précision les besoins en prenant en compte des objectifs de développement durable dans leurs dimensions économique, sociale et environnementale (art. L.2111-1 du CCP).

Cette évolution a transformé considérablement le rôle de l'acheteur qui doit passer d'un profil de juriste à un profil plus économique.

Dans ce nouveau rôle l'acheteur a pour mission principale de répondre aux besoins des personnes publiques par le meilleur achat : couvrir le juste besoin, corroboré par une juste qualité au meilleur prix. Il est clairement demandé aux directions des achats de veiller aux approvisionnements dans les meilleures conditions, de réduire les dépenses de fonctionnement au bénéfice des dépenses d'investissements des personnes publiques. Cette notion financière demande aux acteurs de remplacer le prix d'acquisition par la notion de coût, déterminé selon une approche globale qui peut être fondée sur le coût du cycle de vie (Dir. 2014/24/UE du 26 février 2014, art. 68) puis sur le coût global (D. n°2016-360 du 25 mars 2016 ; art 2152-9 du CCP).

Juriste devenu économiste, l'acheteur public aujourd'hui participe à la mise en œuvre des politiques publiques : emploi, innovation, développement durable, transition écologique.

La loi « Climat » n° 2021-1104 du 22 août 2021 portant lutte contre le dérèglement climatique et renforcement de la résilience et son décret d'application n° 2022-767 du 2 mai 2022 impose que si les acheteurs souhaitent choisir l'offre économiquement la plus avantageuse sur la base d'un seul critère, celui-ci devra nécessairement être le coût global prenant en compte des caractéristiques environnementales. Dans le cas où les acheteurs se fondent, pour attribuer un marché, sur plusieurs critères, l'un d'entre eux doit être obligatoirement un critère environnemental. Dans ces conditions, l'acheteur est tenu de mettre en œuvre une politique publique de développement durable et/ou de transition écologique.

De même, il est également demandé à l'acheteur public de recourir à des produits, équipements, matériaux, savoir-faire innovants soit à partir de la mise en œuvre du critère « caractère innovant », soit par une procédure spécifique de partenariat d'innovation (art. R.2172-20 et s. du CCP).

L'insertion professionnelle des publics en difficulté devient soit un critère d'attribution des marchés, soit une condition d'exécution de ceux-ci. En ce sens les marchés participent à la politique du retour à l'emploi de certains publics.

Pour le nouvel acheteur, les relations avec les entreprises sont plus fréquentes que par le passé avec les possibilités d'échanges préalables avec les opérateurs économiques (sourcing : art. R.2111-1 du CCP) et les nombreuses possibilités de négociations en cours de procédure autorisées par les textes (procédure adaptée, procédure avec négociation (art. R.2124-3 du CCP), dialogue compétitif, concours, partenariat d'innovation).

Au vue de l'évolution des outils de la commande publique, force est de constater la nécessité d'une professionnalisation croissante des acheteurs publics. La part juridique subsiste mais la fonction achat est aujourd'hui avant tout économique ; si le respect des procédures va de soi, le rôle de l'acheteur est avant tout de répondre aux besoins de personnes publiques avec des objectifs sociaux, environnementaux, sociétaux, responsables, innovants et économiques.