



LA RENCONTRE AVEC LES ENTREPRISES AVANT DE LANCER UN MARCHÉ

Par Marion Terraux et Laurent Bonnard, avocats au cabinet Seban & Associés

La technique du « sourcing » ou « sourçage », qui consiste à consulter les opérateurs économiques afin de préparer la passation d'un contrat, est une pratique courante des entreprises du secteur privé. Antérieurement à la réforme des marchés publics, aucun texte n'interdisait cette pratique aux acheteurs publics mais, confrontés à un vide juridique, ces derniers se montraient réticents à recourir à cette technique. Le décret n° 2016-360 du 25 mars 2016 relatif aux marchés publics (ci-après, le « Décret marchés publics ») a consacré la pratique du sourcing et l'objet de la présente fiche est de déterminer les modalités selon lesquelles les acheteurs publics peuvent contacter les acteurs du marché avant le lancement de la procédure de passation du marché et d'exposer les objectifs et avantages de cette pratique.

■ Qu'est-ce que le sourcing et en quoi permet-il de contacter les acteurs économiques ?

Le sourcing est défini par l'article 4 du Décret marchés publics qui dispose qu'« afin de préparer la passation d'un marché public, l'acheteur peut effectuer des consultations ou réaliser des études de marché, solliciter des avis ou informer les opérateurs économiques de son projet et de ses exigences ». Ainsi, aux termes de ces dispositions, les acheteurs publics sont désormais en droit de contacter les acteurs du marché qu'ils souhaitent conclure avant d'initier une procédure de passation d'un marché public.

■ Pour quelles raisons contacter les acteurs du marché ?

L'objectif du sourcing est de permettre aux acheteurs publics d'avoir une connaissance précise

du marché, des opérateurs économiques, des solutions qu'ils proposent, notamment en matière d'innovations technologiques. L'acheteur public pourra ainsi affiner son besoin et éviter de rédiger un cahier des charges qui ne réponde pas aux capacités des entreprises ou aux dernières innovations du marché. Cette pratique doit permettre à l'acheteur public de minimiser le risque de voir sa consultation ne pas trouver de réponse adéquate, voire de devoir déclarer la procédure de passation sans suite.

■ Puis-je prendre contact avec les acteurs économiques dans toutes les procédures de passation ?

Oui, la pratique du sourcing et donc des contacts et échanges avec les acteurs économiques n'est pas limitée en fonction des procédures de passation utilisées par les acheteurs publics. Et pour cause, les contacts avec les acteurs économiques doivent permettre à l'acheteur public d'affiner son besoin et sa compréhension du marché en amont. Or, cette connaissance doit lui permettre d'identifier plus facilement la procédure de passation à employer. Ainsi, ce n'est pas la procédure de passation qui conditionne le recours au sourcing mais bien plutôt le sourcing qui permet de sélectionner une procédure de passation. En effet, à l'issue du sourcing, si l'acheteur public a pu affiner son besoin et dispose de toutes les informations pertinentes du marché pertinent, on lui conseillera de recourir à une procédure d'appel d'offres. À l'inverse, si les contacts initiés avec les entreprises ont révélé que son projet était complexe ou innovant, l'acheteur se tournera davantage vers des procédures favorisant les échanges et les négociations (procédure concurrentielle avec négociation, dialogue compétitif, etc.) ou l'innovation (partenariat d'innovation).

■ Sous quelles formes l'acheteur peut-il prendre contact avec les acteurs économiques ?

Ainsi qu'il résulte de l'article 4 du Décret marchés publics, les options offertes à l'acheteur public sont nombreuses. L'acheteur public peut ainsi solliciter des avis des opérateurs économiques mais également consulter les opérateurs économiques, notamment pour vérifier la capacité de ces derniers à répondre à ses besoins. La liste des actions prévues par l'article 4 du décret précité n'est pas limitative ainsi que le révèle l'adverbe notamment. À cet égard, la Direction des affaires juridiques du ministère de l'Économie et des Finances a eu l'occasion de préciser dans sa fiche sur la définition des besoins que l'acheteur public peut prendre contact avec les acheteurs publics à l'occasion de la participation à des salons professionnels. Les échanges peuvent donc prendre la forme de simples échanges de courriers ou de mails mais également de rencontres directes ou d'entretiens avec les entreprises.

■ La prise de contact avec les acteurs économiques est-elle totalement libre ?

Non, l'article 4 du Décret marchés publics dispose que les « échanges préalables [avec les acteurs économiques] peuvent être utilisés par l'acheteur, à condition qu'ils n'aient pas pour effet de fausser la concurrence et n'entraînent pas une violation des principes de liberté d'accès à la commande publique, d'égalité de traitement des candidats et de transparence des procédures ». En d'autres termes, les échanges ne doivent pas être utilisés comme un moyen de détourner les procédures de mise en concurrence en avantageant les entreprises avec qui ils auront été effectués. Les échanges ne doivent donc pas conférer un avantage aux entreprises avec lesquelles la per-

sonne publique a pris contact. On évitera également une position opposée consistant à exclure de droit les entreprises ayant participé aux échanges.

■ Comment éviter les distorsions de concurrence lors d'échanges préalables à la consultation des entreprises ?

L'acheteur public devra notamment veiller à éviter deux positions opposées qui pourraient toutes deux porter atteinte à l'égalité de traitement des candidats et fausser le jeu de la concurrence. D'une part, il conviendra d'éviter d'avantager les entreprises avec lesquelles les échanges ont lieu. Pour ce faire, l'acheteur public doit veiller à garder la maîtrise des échanges et se contenter de récolter des informations pertinentes. Il doit éviter de se laisser « vendre » une solution par les entreprises consultées ou de leur communiquer des informations sur la procédure à venir auxquelles les autres candidats n'auraient pas accès. D'autre part, l'acheteur public ne devra pas désavantager les entreprises avec lesquelles les échanges ont lieu en divulguant aux autres candidats des informations les concernant et qu'ils pourraient utiliser à leur avantage durant la procédure de passation.

■ Quelles sont les autres précautions à adopter lorsqu'on recourt à des échanges ?

Outre les précédents écueils à éviter, on conseillera aux acheteurs publics de prendre toutes les

mesures appropriées pour garantir la transparence et la traçabilité des échanges intervenus avec les entreprises sourcées. Pour ce faire, il pourra rédiger des comptes-rendus synthétiques des échanges et les faire signer aux entreprises sourcées. Ceci permettra de démontrer qu'elles n'ont pas eu accès à des informations privilégiées. En outre, nonobstant le fait que l'article 4 du Décret marchés publics passe ce point sous silence, la pratique du sourcing doit respecter le secret en matière industrielle et commerciale. Aussi, l'acheteur public doit veiller à ne pas révéler, à l'occasion de la procédure de mise en concurrence, des informations confidentielles qui lui auraient été révélées par les entreprises sourcées.

■ Comment organiser les échanges ?

On recommandera aux personnes publiques d'informer en amont les entreprises sourcées de la nature des démarches et des sujets qui seront abordés dans les échanges par mail ou durant les entretiens. Les échanges devront être retracés dans des comptes-rendus de réunions qui indiqueront les personnes présentes, l'objet de la réunion, la nature des informations demandées ainsi que les réponses apportées. La personne publique pourra préciser les modalités d'utilisation de ces réponses dans une potentielle procédure de passation. Enfin, on recommandera de faire signer ce compte-rendu à tous les participants afin d'assurer la traçabilité et la transparence des échanges. ●

Recommandations opérationnelles

Les échanges avec les acteurs du marché constituent un outil utile pour les acheteurs mais qui doit être manipulé avec précaution au regard des risques d'atteinte à la concurrence qu'il peut générer. On recommandera aux personnes publiques d'user de cette faculté dans des projets ciblés et de préparer en amont la conduite des échanges en s'interrogeant sur les objectifs recherchés et en mettant en place une procédure destinée à en garantir la sécurité juridique.