

Achats groupés et exécution des marchés

L'exécution des accords-cadres et marchés conclus au travers de groupements de commandes ou de centrales d'achats soulève un certain nombre de questions en raison de la diversité des formules d'exécution, plus ou moins intégrée. Les avantages et inconvénients de chacune de ces structures doivent être pris en compte par les acheteurs publics.

Le contexte économique actuel impose aux acheteurs publics de rationaliser leurs dépenses et de repenser leurs stratégies d'achats pour réduire les coûts liés à la commande publique. La mutualisation des achats publics, qui permet d'obtenir des prix plus avantageux en réalisant des économies d'échelle à travers la constitution de groupements de commandes ou de centrales d'achats, apparaît, de ce point de vue, de nature à contribuer à l'efficacité de la commande publique.

Les groupements d'achats présentent, en effet, deux intérêts majeurs : d'une part, ils permettent de disposer des compétences techniques, juridiques et financières dont certains acheteurs publics – les petites collectivités publiques généralement – ne disposent pas, ce qui permet d'améliorer l'efficacité des organisations publiques ; d'autre part, ils suscitent, grâce à des économies d'échelle, des prix plus compétitifs par rapport aux prix qu'un acheteur public obtiendrait s'il lançait seul sa consultation⁽¹⁾.

Le Code des marchés publics identifie deux modalités distinctes de regroupement d'achats pouvant être mises en œuvre par des personnes morales de droit public comme de droit privé : le groupement de commandes, d'une part⁽²⁾ et la centrale d'achats, d'autre part⁽³⁾, lesquelles ont été confirmées par les récentes directives du Parlement européen et du Conseil, du 26 février 2014 sur la passation des marchés publics⁽⁴⁾ et relatives

Auteur

Nathalie Ricci

Avocat à la Cour – SCP Seban et Associés

Mots clés

Accord-cadre • Centrale d'achats • Groupement de commandes
• Coordonnateur • Formule intégrée

(1) Il est intéressant, à cet égard, de relever que, dans le considérant n° 58 du préambule de la directive 2014/24/UE du Parlement européen et du Conseil du 26 février 2014, il est précisé que : « On observe, dans l'ensemble des marchés publics de l'Union, que les acheteurs publics ont une forte tendance à regrouper leurs demandes afin d'obtenir des économies d'échelle, notamment une réduction des prix et des frais de transaction, et d'améliorer et de professionnaliser la gestion de la passation de marchés. Cette concentration des achats peut se faire en jouant soit sur le nombre de pouvoirs adjudicateurs concernés, soit sur le volume et la valeur des achats dans le temps ».

(2) Code des marchés publics, art. 8.

(3) Code des marchés publics, art. 9.

(4) Directive n° 2014/24/UE du 26 février 2014.

à la passation de marchés par des entités opérant dans les secteurs de l'eau, de l'énergie, des transports et des services postaux⁽⁵⁾, qui ont réaffirmé la possibilité d'acheter au travers d'une centrale d'achats⁽⁶⁾ et ont, dans le même temps, consacré l'achat groupé de deux ou plusieurs pouvoirs adjudicateurs⁽⁷⁾.

Dès leur institution, la doctrine et la jurisprudence administrative se sont principalement intéressées aux modalités de création et de fonctionnement interne des groupements de commandes et des centrales d'achats, au détriment des modalités d'exécution des contrats conclus *via* ces structures d'achats groupés. Pourtant, l'exécution des accords-cadres et marchés conclus au travers de telles structures suscite de nombreuses interrogations juridiques en raison de la diversité des formules d'exécution, plus ou moins intégrée, mises à la disposition des acheteurs désireux de se grouper pour acheter, dont les avantages et inconvénients doivent nécessairement être pris en compte lors du choix et de l'institution de la structure d'achats groupés.

Les différentes formes d'exécution, plus ou moins intégrée, des contrats conclus par une structure d'achats groupés

En application des dispositions des articles 8 et 9 du Code des marchés publics, il est possible, pour un acheteur, d'adhérer à un groupement de commandes ou de recourir à une centrale d'achats – voire même, pour tout pouvoir adjudicateur, de se constituer en centrale d'achats – afin de lui confier des missions plus ou moins étendues, allant de la simple organisation de la procédure de passation et conclusion d'accords-cadres et de marchés de travaux, de fournitures ou de services jusqu'à l'exécution de ces contrats pour son propre compte.

De la simple organisation de la procédure de passation et conclusion d'accords-cadres et marchés...

Dans sa forme la plus répandue, l'achat groupé de travaux, de fournitures ou de services est effectué soit par le coordonnateur d'un groupement de commandes, soit par une centrale d'achats, chargé d'organiser la procédure de choix du titulaire d'un marché, de la publication de l'avis de publicité jusqu'à l'attribution, voire même jusqu'à la signature et la notification de ce contrat à son titulaire.

L'article 8 du Code des marchés publics dispose, à cet égard, que le coordonnateur d'un groupement de commandes est, par principe, « chargé de procéder, dans le respect des règles prévues par le présent code, à

l'organisation de l'ensemble des opérations de sélection d'un ou de plusieurs cocontractants ». Il s'agit là de la formule de groupement de commandes dite, « de droit commun »⁽⁸⁾. Et, depuis 2004, la convention constitutive d'un groupement de commandes peut également prévoir que le coordonnateur de ce groupement sera chargé de « signer et de notifier le marché ou l'accord-cadre, chaque membre du groupement, pour ce qui le concerne, s'assurant de sa bonne exécution »⁽⁹⁾.

S'agissant, par ailleurs, des missions pouvant être confiées à une centrale d'achats, on rappellera que l'article 9 du Code des marchés publics prévoit qu'une telle structure peut être chargée d'une mission dite d'« intermédiation contractuelle ». En d'autres termes, le Code des marchés publics autorise le recours à une centrale d'achats qui « passe des marchés publics, ou conclut des accords-cadres de travaux, fournitures ou de services destinés à des pouvoirs adjudicateurs ou à des entités adjudicatrices », à la condition toutefois que cette centrale respecte elle-même les règles de publicité et de mise en concurrence imposées par le Code des marchés publics ou par l'ordonnance n° 2005-649 du 6 juin 2005.

Dans ces deux hypothèses, le coordonnateur du groupement de commandes ou la centrale d'achats se voient donc confier, par leurs membres ou adhérents, un mandat limité à la conclusion des marchés et accords-cadres, à charge, pour ces derniers, de les exécuter, à hauteur de leurs besoins propres. La structure de regroupement d'achats ne s'immisce donc pas, *a priori*, dans l'exécution des contrats qu'elle conclut pour le compte de ses adhérents : son rôle se limite, en principe, à une simple mission d'intermédiation contractuelle.

Il est toutefois possible d'aménager ce mandat afin de conférer au coordonnateur du groupement de commandes ou à la centrale d'achats, outre ce rôle d'interface entre les opérateurs économiques et leurs membres ou adhérents, certaines prérogatives en matière d'exécution des contrats qu'ils concluent⁽¹⁰⁾.

... à l'exécution de ces contrats pour le compte d'autres acheteurs

De manière dérogatoire, les dispositions de l'article 8 du Code des marchés publics précisent que, lorsque les membres d'un groupement de commandes en ont préalablement convenu et l'ont prévu dans la convention constitutive de leur groupement de commandes, le

(8) P. De Baecke, « Formules de groupements de commandes – Caractéristiques communes », III.307.2.1, in *Droit des marchés publics*, Éditions du Moniteur, mars 2011.

(9) Cette formule de groupement de commandes, dite « intégrée partielle », résulte de la prise en compte, lors de l'adoption du Code des marchés publics de 2004, d'un arrêt du Conseil d'État du 9 juillet 2003 [CE 9 juillet 2003, Syndicat intercommunal pour la périphérie de Paris pour l'électricité et les réseaux de communication, req. n° 249852], censurant l'approche restrictive de l'instruction pour l'application du Code de 2001.

(10) Cf. *infra* II.B.

(5) Directive n° 2014/25/UE du 26 février 2014.

(6) Directive n° 2014/24/UE du 26 février 2014, art. 37.

(7) Directive n° 2014/24/UE du 26 février 2014, art. 38.

coordonnateur de ce groupement peut, au-delà de l'organisation de l'ensemble des opérations de sélection d'un ou de plusieurs cocontractants, de la signature et de la notification du marché ou de l'accord-cadre conclu avec ce ou ces cocontractants, se voir confier l'exécution de ce contrat « au nom de l'ensemble des membres du groupement ».

Cette formule de groupement de commandes qualifiée, par la doctrine administrative, de « formule intégrée totale »^[11] permet donc aux membres d'un groupement de commandes de se décharger totalement de l'exécution de leurs marchés en confiant au coordonnateur de leur groupement l'ensemble des opérations d'exécution de leurs contrats. Au regard des responsabilités que cette formule de groupement de commandes confère au coordonnateur d'un groupement de commandes, elle est d'application plus exceptionnelle.

Et, en raison des limites tant juridiques qu'opérationnelles que cette formule de groupement de commandes présente^[12], il semble indispensable de bien avoir anticipé, dans la convention constitutive du groupement de commandes, les modalités pratiques d'exécution des contrats conclus dans le cadre d'un tel groupement d'achats. À cet égard, on rappellera que, quelle que soit la formule d'achats groupés choisie, la convention constitutive du groupement de commandes ou les statuts de la centrale d'achats doivent dans tous les cas définir les conditions d'exécution des marchés et accords-cadres passés et, en particulier, si la procédure donnera lieu, dans le cadre d'un groupement de commandes, à la conclusion d'un unique contrat, exécuté par le coordonnateur du groupement ou de plusieurs contrats, dont l'exécution relèvera de chaque membre du groupement.

Préalablement à la création de leur structure d'achats groupés, les acheteurs devront donc prendre en compte les avantages et inconvénients des différentes formules d'exécution des contrats qui seront conclus par cette structure.

La prise en compte des avantages et inconvénients des différentes formules d'exécution

En raison des limites, essentiellement pratiques, qu'il existe à confier au coordonnateur d'un groupement de commandes ou à une centrale d'achats l'exécution complète des marchés et accords-cadres qu'il conclut, il semble préférable, pour les acheteurs, de s'orienter vers une forme d'achats groupés à exécution moins intégrée, dans laquelle des aménagements au rôle du coordonnateur du groupement de commandes ou de la centrale d'achats, au stade de l'exécution des marchés, peuvent être prévus.

[11] P. De Baecke, « Formule intégrée de groupements de commandes », III.307.4.1, in *Droit des marchés publics*, Editions du Moniteur, mars 2011.

[12] Cf. *infra* II.A.

Les limites à l'exécution intégrée des contrats conclus par une structure de regroupement d'achats

Le recours à une formule totalement intégrée d'achats groupés présente des limites tant juridiques qu'opérationnelles qui complexifient nécessairement l'exécution des marchés et accords-cadres conclus dans le cadre de ce type de structure de regroupement d'achats.

La formule intégrée totale de groupement de commandes ne paraît, en premier lieu, pas toujours être juridiquement envisageable. On peut, en effet, se demander si le coordonnateur d'un groupement de commandes peut toujours être chargé d'assurer l'exécution, notamment financière, des marchés et accords-cadres qu'il conclut pour le compte de l'ensemble des membres de son groupement, en particulier lorsque ce groupement est composé à la fois de personnes morales de droit public et de droit privé, dont les règles de fonctionnement budgétaire et financier diffèrent fortement^[13]. Dans le cadre de tels groupements de commandes, dits « mixtes », il semble donc indispensable de s'assurer, préalablement au choix de l'étendue des pouvoirs conférés au coordonnateur du groupement au stade de l'exécution des contrats, de la compétence de ce dernier pour exécuter au nom et pour le compte de chacun des membres du groupement les contrats qu'il conclut. Et la passation d'accords-cadres suivis de marchés subséquents conclus selon des conditions d'exécution différenciée, en fonction du type de membres composant le groupement de commandes, devrait être privilégiée en cas de groupement mixte.

En second lieu, d'un point de vue opérationnel, plusieurs interrogations existent lorsque le coordonnateur d'un groupement de commandes est chargé de l'exécution des contrats qu'il conclut au nom et pour le compte des membres de son groupement. En particulier, l'application de pénalités (notamment de retard) dans le cadre d'une telle formule de groupement de commandes peut s'avérer particulièrement délicate. Il conviendra, dans ce cas, d'être très précis, lors de la rédaction de la convention constitutive du groupement et des pièces des marchés et accords-cadres conclus par ce dernier s'agissant de la personne chargée du constat des manquements des titulaires de ces contrats (probablement le coordonnateur) et de la procédure d'application et de contrôle des sanctions financières infligées à ces derniers. La fixation de telles règles peut, là encore, s'avérer particulièrement complexe lorsque le groupement d'achats est composé

[13] Cette question, qui a trait aux règles applicables à l'exécution des contrats conclus dans le cadre d'une structure d'achats groupés mixtes (c'est-à-dire, se composant de personnes morales qui ne sont pas soumises à des règles d'exécution contractuelle, essentiellement financière et budgétaire, identiques) n'a, à ce jour, pas été tranchée. Elle devrait pourtant être prochainement étudiée – dans des termes certes différents – lors de la transposition des nouvelles directives « Marchés » (cf. *infra*) qui ont ouvert la possibilité aux États membres de s'adresser à des centrales d'achats transfrontalières. Dans une telle hypothèse en effet, la question du droit applicable lors de la conclusion comme de l'exécution des contrats conclus par ces centrales se posera nécessairement.

d'un nombre important de membres dont les règles de fonctionnement peuvent, au surplus, différer.

Ainsi, lorsque des acheteurs souhaitent créer une structure d'achats groupés intégrant l'exécution de leurs marchés et accords-cadres, il est recommandé de prévoir, en amont, le plus précisément possible, les modalités d'exécution de ces contrats dans la convention constitutive ou encore dans les conditions d'intervention de la structure choisie en qualité de centrale d'achats. En toute hypothèse, ce type de structure d'achats groupés à exécution intégrée ne paraît pas adapté à la mutualisation des besoins d'un nombre important de membres pouvant, au surplus, répondre à des règles de fonctionnement très différentes. Dans une telle hypothèse, mieux vaut aménager le rôle du coordonnateur ou de la centrale d'achats au stade de l'exécution de leurs contrats.

La possibilité d'aménager le rôle du coordonnateur du groupement de commandes ou de la centrale d'achats au stade de l'exécution des contrats

Sans avoir à confier au coordonnateur d'un groupement de commandes ou à une centrale d'achats un mandat complet, intégrant l'exécution des contrats conclus au nom et pour le compte de leurs membres ou adhérents, il est possible d'aménager, dans la convention constitutive du groupement ou dans les conditions d'intervention de la centrale d'achats, les pouvoirs conférés à ces derniers lors de l'exécution des contrats qu'ils concluent.

En particulier, il est possible de confier au coordonnateur d'un groupement de commandes qui n'est pas directement chargé de l'exécution des marchés et accords-cadres concernés, la signature des avenants à ces contrats. En effet, en dépit d'une réponse ministérielle datée et isolée⁽¹⁴⁾, on peut considérer que la conclusion

(14) Réponse ministérielle n° 42954, en date du 4 janvier 2005, JOAN Q, p. 86 : le ministre de l'Économie, saisi de la question de l'autorité compétente pour signer les avenants dans un groupement de commandes où le coordonnateur est chargé de signer et notifier les marchés, a affirmé que lorsque la convention constitutive d'un groupement de commandes prévoit que le rôle du coordonnateur se limite à la passation, à la signature et à la notification d'un marché, la signature des avenants relève, en principe, de chacun des membres de ce groupement. Néanmoins, le ministre de l'Économie semble considérer qu'il est toujours possible, dans ce cas, de donner mandat au représentant d'un des membres du groupement pour conclure et signer ces avenants au nom et pour le compte des autres adhérents.

et la signature des avenants relèvent, par application du principe du parallélisme des formes, de la compétence du coordonnateur d'un groupement de commandes, et ce, bien que ce coordonnateur ne soit pas directement chargé de l'exécution des marchés et accords-cadres conclus dans le cadre de ce groupement⁽¹⁵⁾. Ce mandat « élargi », qui présente un intérêt certain lorsque la structure de regroupement d'achats comporte un nombre important de membres ou bien lorsque les achats effectués par cette structure concernent des secteurs d'activités en forte évolution, doit être prévu dans la convention constitutive du groupement de commandes ou dans les statuts de la centrale d'achats.

Il en est de même lorsque la structure d'achats groupés décide de conclure des accords-cadres. Dans ce cas, il est conseillé de prévoir, particulièrement lorsque cette structure comporte un nombre important de membres et que les besoins mutualisés sont complexes, que le coordonnateur du groupement de commandes ou la centrale d'achats sera chargé de passer et de conclure le ou les marchés subséquents.

L'exécution des accords-cadres et marchés passés dans le cadre d'une structure d'achats groupés peut donc être plus ou moins intégrée selon le type de structure de regroupement d'achats mis en place et l'étendue du mandat conféré à cette structure ou à son coordonnateur. Il est donc indispensable, lors du choix puis de la création d'une structure d'achats groupés, de bien prendre en compte les différentes options offertes en la matière, au regard du nombre d'acheteurs désireux de se grouper pour acheter et de la complexité des besoins à mutualiser (notamment lorsque de tels besoins concernent des secteurs d'activités en forte évolution).

(15) Dans le cadre d'un entretien consacré à la réforme du Code des marchés publics, en septembre 2006, Jérôme Grand d'Ésnon, directeur des affaires juridiques au ministère des Finances a, en ce sens, déclaré que : « Pour les groupements de commande, le Code permet au coordonnateur de signer et notifier les marchés pour les adhérents. Ces derniers étant chargés de l'exécution du marché. Or dans l'exécution, il y a les avenants et éventuellement les résiliations. Cela me pose un problème en tant que coordonnateur qu'un adhérent modifie par avenant ou résilie un marché dont j'aurais signé l'acte d'engagement initial (risque de bouleversement de l'économie du marché). D'autre part, certains trésoriers n'acceptent pas un avenant dont le signataire ne serait pas le même que le signataire de l'acte d'engagement. La notion d'exécution du marché doit s'entendre limitativement comme la réalisation concrète du marché sans comporter le pouvoir de modifier par avenant le contrat initial ni de le résilier, ce qui fait partie de la passation. Il s'agit donc d'une mission qui appartient au coordonnateur par parallélisme des procédures ».