Quels organismes peuvent être qualifiés de centrale d'achat ?

Si les centrales d'achat permettent notamment de réduire certains coûts, est-ce que tout organisme, qu'il soit public ou privé, peut se voir chargé d'une telle mission ? En outre, certains organismes sont-ils mieux adaptés que d'autres pour centraliser les achats ?

Les récentes directives « marchés »[1] mettent à nouveau en avant la centrale d'achat.

Très peu traitées au sein des précédentes directives marchés 2004/17 et 2004/18 du 31 mars 2004, les caractéristiques de la centrale d'achat sont aujourd'hui davantage précisées[2].

L'intérêt du recours à une centrale d'achats n'a pas changé pour les acteurs publics. Celle-ci leur permet de réduire les coûts liés à la procédure de sélection mais, également, le coût des prestations achetées, ainsi que de bénéficier d'une compétence et d'une expertise certaines dans le processus d'achat.

Ainsi, le recours à une centrale d'achat – comme, au demeurant, à un groupement de commandes – pour acquérir, par exemple, de l'électricité ou du gaz, est aujourd'hui particulièrement opportun s'agissant d'un achat nouveau pour de nombreux acteurs publics qui bénéficient d'une expertise potentielle et de prix attractifs du fait du volume agrégé des commandes auprès des fournisseurs sur le marché.

Par ailleurs, recourir à une centrale d'achat plutôt qu'à d'autres formes de mutualisation des procédures d'achat, tel que le groupement de commandes, n'est pas sans incidence.

Auteur

Thomas Rouveyran
Avocat associé

Aliona Stratula
Avocat à la cour – SCP Seban et Associés

Mots clés

Association • Établissement public • GECT • GIE • GIP • SEML • SPL

(1) Article 37 de la directive 2014/24/UE du Parlement européen et du Conseil du 26 février 2014 sur la passation des marchés publics et abrogeant la directive 2004/18/CE et article 55 de la directive 2014/25/UE du 26 février 2014 relative à la passation de marchés par des entités opérant dans les secteurs de l'eau, de l'énergie, des transports et des services postaux et abrogeant la directive 2004/17/CE. Nous évoquerons toutefois dans le présent article le seul cas des pouvoirs adjudicateurs à l'exclusion des entités adjudicatrices.

(2) M. Karpenschif, « Pouvoirs adjudicateurs, unités opérationnelles, centrales d'achats et entités adjudicatrices : évolutions ou révolution ? », J. Cl. *Contrats et Marchés publics* n° 6, juin 2014, dossier 5.

Les modalités d'intervention de la centrale sont plus larges que celles du groupement de commandes, dans la mesure où elle peut agir tant comme acheteur/revendeur qu'en tant qu'intermédiaire contractuel[3]. Il n'est pas nécessaire de surcroît que la centrale ait des besoins propres dans le domaine objet de la consultation publique qu'elle engage, contrairement au coordonnateur d'un groupement de commandes qui, lui, compte parmi les acheteurs potentiels du groupement. En revanche, à l'instar de la situation du coordonnateur d'un groupement de commandes, les pouvoirs adjudicateurs peuvent confier à la centrale d'achat tout ou partie seulement de la procédure d'achat public, chaque acteur assumant alors la part de responsabilité qui lui incombe comme le confirment les nouveaux textes européens[4].

Se pose alors la question de la nature des organismes pouvant être chargés d'une telle centralisation des achats. Peut-il s'agir de personnes publiques ou d'organismes de droit public qui s'érigent en centrale d'achat ? Quels organismes se prêtent sinon le mieux pour la création d'une centrale d'achat *ad hoc*, qu'ils soient de droit privé ou de droit public ?

La possibilité pour un pouvoir adjudicateur de s'ériger en centrale d'achat

Lorsque les acteurs publics souhaitent recourir aux fonctions d'une centrale d'achat, ils n'ont pas nécessairement l'obligation de procéder à la création d'une structure *ad hoc*, dédiée à la fonction spécifique de centrale d'achat. En effet, il peut être envisagé qu'une collectivité publique ou un établissement public soit érigé en centrale d'achat[5]. Il devra toutefois nécessairement répondre au régime juridique d'une centrale d'achat.

À ce jour, et avant que la transposition des nouvelles directives ne vienne possiblement redéfinir le régime de la centrale d'achat au plan national, rappelons que celle-ci semble devoir détenir plusieurs caractéristiques essentielles :

– être un pouvoir adjudicateur ou une entité adjudicatrice au sens du Code des marchés publics[6] ou de l'ordonnance n° 2005-649 du 6 juin 2005[7] ;

– avoir pour objet des activités d'achat et/ou de cession de fournitures ou de services et/ou de passation de marchés ou la conclusion d'accords-cadres de travaux, fournitures et de services à des pouvoirs adjudicateurs ou entités adjudicatrices ;

– détenir la capacité juridique à exercer ces missions. Cette capacité sera dans ce cas admise – en fonction de la structure d'accueil de la centrale d'achat, par la loi, le règlement et/ou les statuts ;

– respecter les règles de la commande publique pour l'achat de fournitures et services ou la passation de marchés destinés aux pouvoirs adjudicateurs ou entités adjudicatrices.

Dès lors que ces critères sont remplis, la structure peut donc être valablement sollicitée par d'autres pouvoirs adjudicateurs ou entités adjudicatrices, sans que ces derniers aient à mettre en place les règles de publicité et de mise en concurrence requises pour la sélection d'un prestataire.

Il apparaît en outre que, quel que soit le mode d'intervention de la centrale d'achat, « grossiste » ou « intermédiaire », une relation contractuelle devra nécessairement exister entre elle et chaque organisme souhaitant bénéficier de ses prestations.

La centrale d'achat interviendra donc après avoir décidé du cadre de sa mission : achat/revente et/ou intermédiation contractuelle. Elle devra en outre déterminer les conditions, notamment financières, dans lesquelles elle agira pour le compte de ses adhérents.

L'assemblée délibérante ou le conseil d'administration de l'organisme de droit public qui serait érigé en centrale, devra prévoir les modalités par la voie desquelles il agira en tant que centrale d'achat et du contenu de la ou des conventions à conclure avec les futurs adhérents.

Mais il conviendra au préalable de s'assurer que l'organisme est légalement ou statutairement autorisé à agir comme centrale. Ainsi, un établissement public – local, de coopération intercommunale ou syndicat mixte, national –, soumis au principe de spécialité, devra s'assurer qu'il est en capacité d'agir en tant que centrale d'achat.

Un organisme de droit privé – mais qui aurait la qualité d'organisme de droit public au sens des directives Marchés, tel qu'une SEM par exemple – qui serait érigé en centrale d'achat, devra également respecter ses propres règles statutaires.

La création d'une structure *ad hoc* dédiée à la centralisation des achats peut donc, selon les circonstances, être privilégiée.

Les structures de droit privé adaptées à la fonction de centrale d'achat

Plusieurs types de structures de droit privé paraissent *a priori* adaptés à la fonction de mutualisation des achats.

(3) Le considérant 69 de la directive 2014/24/UE, précitée, envisage désormais deux fonctions pour la centrale d'achat, qualifiées de « grossiste » et « intermédiaire » contractuel.

(4) Article 37, 2° de la directive 2014/24/UE, précitée.

(5) Circulaire du 14 février 2012 (NOR : EFIM1201512C), relative au Guide des bonnes pratiques en matière de marchés publics, point 6.3.

(6) Article 2 du Code des marchés publics.

(7) Article 3 de l'ordonnance n° 2005-649 du 6 juin 2005, relative aux marchés passés par certaines personnes publiques ou privées non soumises au code des marchés publics.

L'association

L'association paraît à premier abord comme étant assez mal adaptée à la fonction de centrale d'achat, dans la mesure où elle agit en principe au bénéfice de ses seuls membres. Or, la centrale d'achat œuvre en principe non pour ses propres besoins ni pour ses membres associés mais, également, pour des organismes extérieurs, liés à elle par un contrat définissant les modalités de leur coopération.

Toutefois, il n'est pas interdit pour une association d'œuvrer au profit de personnes non membres.

Par ailleurs et de la même manière que pour une société d'économie mixte, toute association peut être pouvoir adjudicateur, dès lors qu'elle répond aux critères posés par l'article 3 de l'ordonnance n° 2005-649 du 6 juin 2005 (*cf. supra*).

L'achat/revente ou la passation de marchés pour le compte d'autres pouvoirs adjudicateurs paraît en outre être compatible avec l'objet d'une association, dès lors que le but de celle-ci n'est pas lucratif[8].

Plusieurs acheteurs publics pourraient donc envisager de créer une association ayant la fonction de centrale d'achat[9].

Pour autant, une telle solution n'est pas sans contraintes. Si le caractère non lucratif de l'association ne lui interdit pas de produire des bénéfices, ces éventuels bénéfices ne doivent pas être distribués aux membres mais réinvestis dans l'activité de l'association.

Enfin, il conviendrait de veiller à ce qu'une telle association ne soit pas regardée comme transparente compte tenu de sa composition et de son mode de fonctionnement. Il ne peut, dans un tel cas, être exclu que les acteurs publics membres soient regardés comme assurant eux-mêmes le rôle de centrale d'achat, l'association n'agissant qu'en qualité de mandataire. Dans une telle hypothèse, un marché public de prestations de services devrait être conclu entre eux et l'association[10].

Le groupement d'intérêt économique (GIE)

L'activité du GIE doit se rattacher à l'activité économique de ses membres, mais ne peut avoir qu'un caractère auxiliaire par rapport à celle-ci[11]. L'activité d'achat étant une fonction support, le GIE pourrait donc *a priori* assumer la fonction d'achat groupé et de passation des marchés telle que prévue pour la centrale d'achat[12], dans la mesure où sa convention constitutive prévoirait expressément cette possibilité dans l'objet du groupement[13].

On rappellera que le GIE est constitué pour une durée déterminée entre deux ou plusieurs personnes physiques ou morales[14]. Dès lors, si un GIE, compte tenu de la nature des organismes qui en sont membres, répond aux conditions de la qualification d'un pouvoir adjudicateur et qu'il remplit les autres conditions ci-dessus énoncées pour la qualification de la centrale d'achat (*cf. supra*), rien ne s'oppose par principe à ce qu'il soit choisi pour l'exercice d'une telle fonction.

À cet égard, si la participation d'organismes de droit privé tels que des sociétés d'économie mixte (SEML) et même des sociétés publiques locales (SPL) au sein d'un GIE est admise, celle des collectivités territoriales et de leurs groupements semble moins évidente[15].

Par ailleurs, la création d'une centrale d'achat sous forme de GIE présentera également certaines limites. Ainsi, le GIE ne peut fournir des prestations qu'à ses membres, organismes « acheteurs », à l'exclusion des tiers. Si certains auteurs estiment qu'un GIE peut accessoirement rendre des services aux tiers, il ne s'agit que d'une exception qui ne saurait pas s'appliquer en ce qui concerne un service régulier de prestations essentielles pour les tiers.

Enfin, si le GIE est encadré par des dispositions très souples qui permettent d'organiser avec une grande liberté les conditions d'exercice de l'activité tout en lui garantissant une certaine stabilité, il reste que son inconvénient majeur est que ses membres sont solidairement et indéfiniment tenus des dettes de la structure sur leur patrimoine propre[16]. Ainsi, un GIE chargé d'acheter des fournitures ou services pour ses membres nécessitera d'avoir un capital suffisant et des avances de fonds régulières de ses membres, lui permettant de faire face à ses obligations financières vis-à-vis des fournisseurs.

(8) L'article 1er de la loi du 1er juillet 1901, relative au contrat d'association la définit comme « la convention par laquelle deux ou plusieurs personnes mettent en commun, d'une façon permanente, leurs connaissances ou leur activité dans un but autre que de partager des bénéfices ».

(9) Pour exemple : la constitution, le 9 avril 2009, de la CAP'Oise, Centrale d'achat public de l'Oise à statut associatif, entre personnes publiques pour les besoins des acheteurs publics Isariens.

(10) Circulaire du 14 février 2012 (NOR : EFIM1201512C), art. 1.2., qui considère alors que l'association constitue le « faux nez » de la personne publique, le risque étant dans ce cas une éventuelle gestion de fait, soumise à l'appréciation du juge des comptes.

(11) L'article L. 251-1, al. 2 et 3. du Code de commerce définit l'objet du GIE : « Le but du groupement est de faciliter ou de développer l'activité économique de ses membres, d'améliorer ou d'accroître les résultats de cette activité. Il n'est pas de réaliser des bénéfices pour lui-même. Son activité doit se rattacher à l'activité économique de ses membres et ne peut avoir qu'un caractère auxiliaire par rapport à celle-ci ».

(12) À cet égard, peut être relevée la création d'un GIE ayant pour objet la mutualisation des procédures d'achat composé de vingt centres de lutte contre le cancer – M. Racca et Silvia Ponzio, « La mutualisation des achats dans le secteur de la santé publique : les centrales d'achats et les accords-cadres dans une perspective comparative », *DA* n° 7, juillet 2011, étude 12.

(13) C. com., art. L. 251-8.

(14) C. com., art. L. 251-1, al.1.

(15) En ce sens : G. Foucault et A. Stratula, « Mutualisation des achats et SPL », *CP-ACCP*, n° 131, avril 2013, p. 42.

(16) C. com., art. L. 251-6.

La société d'économie mixte locale (SEML) et la société publique locale (SPL)

En vertu des articles L. 1521-1 et L. 1531-1 du CGCT, les collectivités territoriales ne peuvent créer une SEM ou une SPL que « dans le cadre des compétences qui leur sont reconnues par la loi » pour, notamment, l'exercice de toute activité d'intérêt général.

Il a d'ores et déjà été établi que l'activité de mutualisation des achats pourrait être considérée comme une activité d'intérêt général dès lors qu'elle a pour objectif de faciliter l'exercice de compétences des collectivités territoriales et de leurs groupements.

Il reste maintenant à déterminer si l'activité de centrale d'achat peut être considérée comme entrant dans le cadre des compétences des collectivités territoriales et de leurs groupements.

La doctrine a déjà pu établir la difficulté à répondre à cette question, tout particulièrement en ce qui concerne la SPL qui, rappelons-le, exerce ses activités exclusivement pour le compte et sur le territoire des collectivités territoriales et des groupements de collectivités territoriales qui en sont membres[17].

Toutefois, une activité de centralisation des achats peut constituer pour les collectivités territoriales membres de la SPL ou de la SEM le prolongement de leur activité principale et revêtir en conséquence un caractère d'intérêt général au regard notamment des bénéfices structurels, financiers et organisationnels qu'elle peut leur apporter. La doctrine administrative doit par ailleurs être lue à la lumière de la jurisprudence du Conseil d'État relative à l'UGAP, laquelle admet bien que l'activité de centrale d'achat est d'intérêt général[18].

Ainsi, dès lors que les statuts de la SEML ou la SPL prévoient expressément que la fonction de centrale d'achat relève de son objet, il devrait être admis qu'elle peut exercer cette mission – au profit de ses seuls membres en ce qui concerne la SPL –, en dehors de toute mise en concurrence préalable[19].

Cette habilitation statutaire nécessite toutefois selon nous d'être précisément définie ; il serait à cet égard utile de limiter le périmètre d'intervention de la centrale d'achat en définissant précisément les catégories d'achats concernées ainsi que les pouvoirs adjudicateurs bénéficiaires.

Sur ce point, une SEM exerçant la fonction de centrale d'achat offrira davantage de liberté aux pouvoirs adjudicateurs bénéficiaires de ses services, dans la mesure où, contrairement à la SPL, elle pourra agir pour son propre compte mais également pour le compte de pouvoirs adjudicateurs extérieurs à la société dès lors que cela aura été prévu dans ses statuts.

Les structures de droit public adaptées à la fonction de centrale d'achat

Plusieurs types de structures de droit public paraissent *a priori* également adaptés à la fonction de mutualisation des achats.

L'établissement public

Un établissement public pourrait avoir pour objet d'être une centrale d'achat et passer des marchés pour le compte d'autres organismes publics, dès lors qu'il est lui-même soumis pour la totalité de ses achats aux règles de la commande publique et à condition de le préciser dans le marché ou dans l'accord-cadre.

Cependant, il convient d'exercer cette possibilité dans la limite de la compétence et, le cas échéant, du principe de spécialité de l'organisme de droit public. L'activité de l'établissement ne doit pas en effet excéder « le cadre des missions qui lui ont été assignées par les textes qui l'ont institué »[20].

À ce jour, il semble toutefois que, pour qu'un établissement public puisse avoir pour mission principale la centralisation des achats, il doit être créé par une disposition législative ou réglementaire. On peut à cet égard faire référence aux textes relatifs à l'UGAP[21] et l'Économat des armées[22].

Le groupement d'intérêt public (GIP)

Le GIP est une personne morale de droit public créée par voie de convention[23] dotée de l'autonomie financière, associant pour une durée déterminée ou indéterminée soit des personnes publiques (établissements publics, État, collectivités territoriales, GIP), soit une ou plusieurs personnes publiques et une ou plusieurs personnes

(17) En ce sens : G. Foucault et A. Stratula, « Mutualisation des achats et SPL », précité.

(18) Le Conseil d'État a jugé que l'UGAP remplit une mission de service public consistant à centraliser les achats et les commandes des personnes publiques et privées investies d'une mission de service public dans les meilleures conditions de coût et de qualité. La fonction de centrale d'achat peut, selon le Conseil d'État, être considérée comme ayant un caractère d'intérêt général lorsqu'elle a pour objectif de faciliter l'exercice de compétences des collectivités territoriales et de leurs groupements adhérents (CE 27 juillet 2011, Camif, req. n° 218067).

(19) Sur la possibilité de recourir à une SEML pour la constitution d'une centrale d'achat après l'adoption des directives marchés de 2004 : C. Sabattier, J-M. Peyrical, « Une SEM peut-elle devenir une centrale d'achats ? », *CP-ACCP*, n° 47, septembre 2005, p. 61.

(20) CE 3 décembre 1993, Association de sauvegarde du site Alma Champs de Mars, req. n° 139021.

(21) Décret modifié n° 85-801 du 30 juillet 1985, relatif au statut et au fonctionnement de l'Union des Groupements d'Achats Publics (UGAP).

(22) Articles L. 3421-1 à L. 3421-7 et R. 3421-1 à R. 3421-14 du Code de la défense.

(23) Loi n° 2011-525 du 17 mai 2011, de simplification et d'amélioration de la qualité du droit, art. 98 al. 1.

morales de droit privé (entreprises, sociétés d'économie mixte, associations, fondations, GIE...).

Précisons d'emblée que le nouveau régime du GIP paraît exclure la possibilité pour des collectivités territoriales et leurs groupements de constituer entre eux une centrale d'achat sous cette forme, dans la mesure où il serait destiné à l'exercice ensemble d'activités qui pourraient être confiées par ces collectivités à un EPCI[24]. Cependant, le texte ne semble pas interdire l'association de ces collectivités et groupements avec d'autres personnes de droit public ou privé en vue de la centralisation de leurs achats.

Le recours à un GIP centrale d'achat pourrait alors être envisagé entre collectivités, leurs groupements, d'autres personnes morales de droit public autres que des collectivités territoriales et leurs groupements, ainsi que des personnes morales de droit privé.

Pour cela, encore faudrait-il déterminer si l'activité du GIP est compatible avec celle de centrale d'achat. Le GIP peut être créé en vue d'exercer « des activités d'intérêt général à but non lucratif, en mettant en commun les moyens nécessaires à leur exercice »[25].

Compte tenu du caractère récent de la loi sur les GIP, le juge administratif n'a pas encore, à notre connaissance, apprécié les contours de cette notion d'activité d'intérêt général à but non lucratif. La doctrine indique toutefois que cette notion large permet notamment de faire des GIP locaux le support d'activités de service public, même économique, dès lors que l'objectif n'est pas de faire des bénéfices et dans la mesure où, même si des bénéfices sont réalisés, ils ne sont pas distribués[26].

En effet, l'exercice d'une activité économique et l'exercice d'une activité à but non lucratif ne sauraient être confondus. Cette interprétation correspond en outre aux dispositions de la loi sur les GIP qui prévoient que les groupements ne donnent pas lieu au partage des bénéfices et les excédents annuels de la gestion ne peuvent qu'être utilisés à des fins correspondant à l'objet du groupement ou mis en réserves[27], reconnaissant implicitement au GIP la possibilité de faire des bénéfices, sans toutefois les distribuer.

Dès lors, sous les conditions organiques précédemment étudiées, il pourrait être envisagé de créer une centrale d'achat sous forme de GIP. La création d'une telle structure nécessitera toutefois de faire approuver sa convention constitutive ainsi que toute modification de celle-ci par l'État[28].

Le groupement européen de collectivités territoriales (GECT)[29]

La passation conjointe de marchés publics transnationaux, bien qu'implicitement autorisée par les directives marchés de 2004, est en revanche expressément prévue au sein des nouvelles directives[30]. Pour faciliter la coopération entre pouvoirs adjudicateurs relevant de différents États membres, de nouvelles règles permettent ainsi de recourir à des activités d'achat proposées par des centrales d'achats situées dans un autre État membre, de passer conjointement des marchés ou conclure des accords-cadres mais également, de se regrouper entre acheteurs, au sein notamment d'un groupement européen de collectivités territoriales (GECT)[31].

Si le GECT peut, dans ce cadre, exercer le rôle d'un coordonnateur d'un groupement de commandes, on peut également imaginer qu'il agisse en qualité de centrale d'achat, pour le compte de ses membres, voire pour d'autres pouvoirs adjudicateurs. Il sera intéressant sur ce point d'apprécier en détail les modalités de transposition de ces dispositions dans le droit national.

(24) Loi n° 2011-525 du 17 mai 2011, de simplification et d'amélioration de la qualité du droit, art. 98, Sur ce point : G. Foucault et A. Stratula, « Mutualisation des achats et SPL », précité.

(25) Loi n° 2011-525 du 17 mai 2011, art. 98 al. 1.

(26) J-M Auby, « La prospérité des GIP locaux », *DA*, n° 4, avril 2013, repère 4.

(27) Loi n° 2011-525 du 17 mai 2011, art. 107.

(28) Loi n° 2011-525 du 17 mai 2011, Art. 100.

(29) Article L.1115-4 du CGCT issu du règlement CE du Parlement Européen et du Conseil n° 1082/2006 du 5 juillet 2006 relatif à un groupement européen de coopération territoriale (GECT).

(30) Consid. 73 de la directive 2014/24/UE, précitée.

(31) Art. 39 de la directive 2014/24/UE, précitée.