

Les achats centralisés et groupés

L'ordonnance du 23 juillet 2015 consacre véritablement les centrales d'achat en élargissant leur champ d'action. En outre, ce texte élargit la possibilité de recourir à des achats centralisés et groupés en dehors de nos frontières.

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

Les achats centralisés et groupés présentent, en effet, deux intérêts majeurs : d'une part, ils permettent, de disposer des compétences techniques, juridiques et financières dont certains acheteurs – 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 obtiendrait s'il lançait seul sa consultation.

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, observe, en ce sens, que : « [...] dans l'ensemble des marchés publics de l'Union, [...] 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 »⁽¹⁾.

Partant de ce constat, les instances européennes ont réaffirmé, dans les dispositions des directives 2014/24/UE précitée et 2014/25/UE⁽²⁾, la possibilité d'acheter, de manière groupée, au travers la constitution d'un groupement de commandes⁽³⁾, et ont, dans le même temps,

Auteur

Nathalie Ricci
Avocat à la Cour
SCP Seban et Associés

Références

Ordonnance n° 2015-899 du 23 juillet 2015, art. 26 et s.

Mots clés

Centrale d'achat • Groupement de commandes • Groupement européen de coopération territoriale

(1) Considérant n° 59 de la directive 2014/24/UE.

(2) Directive du Parlement européen et du Conseil 2014/25/UE du 26 février 2014.

(3) Directive 2014/24/UE du 26 février 2014, art. 38 « Marchés conjoints occasionnels ».

consacré les achats centralisés⁽⁴⁾, pourtant très peu traités au sein des précédentes directives marchés 2004/17/CE et 2004/18/CE⁽⁵⁾.

Dans la lignée de ces nouvelles directives marchés, l'ordonnance n° 2015-899 du 23 juillet 2015 relative aux marchés publics, qui a pour objet de transposer ces textes européens dans notre droit interne, fait œuvre de nouveautés en matière d'achats groupés et centralisés : elle renforce les modes existants de regroupement et de centralisation des achats, à savoir le groupement de commandes, d'une part⁽⁶⁾ et la centrale d'achat, d'autre part⁽⁷⁾ et elle élargit, dans le même temps, la possibilité de recourir à des achats centralisés et groupés en dehors de nos frontières.

Un renforcement des modes existants de regroupement et de centralisation des achats

Si l'ordonnance du 23 juillet 2015 se contente de réécrire les dispositions applicables aux groupements de commandes aux fins de les clarifier, elle consacre véritablement les centrales d'achat en élargissant leur champ d'action.

La réaffirmation des groupements de commandes comme outil de mutualisation des achats

L'article 28 de l'ordonnance du 23 juillet 2015 n'apporte pas de réelle nouveauté s'agissant des modalités de constitution et de fonctionnement des groupements de commandes.

L'ordonnance réaffirme, en effet, la possibilité de constituer des groupements de commandes « entre des acheteurs afin de passer conjointement un ou plusieurs marchés publics ». Et ce même article précise qu'un groupement de commandes peut également être constitué « entre un ou plusieurs acheteurs et une ou plusieurs personnes morales de droit privé qui ne sont pas des acheteurs soumis à la présente ordonnance, à condition que chacun des membres du groupement applique, pour les achats réalisés dans le cadre du groupement, les règles prévues par la présente ordonnance ». Il s'agit là d'une simple confirmation de ce que l'article 8-I du Code des marchés publics prévoyait déjà.

Par ailleurs, s'agissant des modalités de fonctionnement des groupements de commande, l'ordonnance précise qu'il est toujours nécessaire, pour les membres d'un tel

groupement, de signer une convention constitutive afin de définir « les règles de fonctionnement du groupement ». En outre, il est toujours possible de confier à l'un des membres du groupement - son coordonnateur - le soin de mener, au nom et pour le compte des autres membres du groupement, tout ou partie de la procédure de passation ou de l'exécution du marché public. À cet égard, l'ordonnance du 23 juillet 2015 conditionne la nature de la responsabilité de chacun des membres du groupement (solidaire ou non) en fonction de l'étendue des missions menées conjointement ou non « dans leur intégralité au nom et pour le compte de tous les acheteurs concernés ». Ainsi, « lorsque la passation et l'exécution d'un marché public sont menées conjointement dans leur intégralité au nom et pour le compte de tous les acheteurs concernés, ceux-ci sont solidairement responsables de l'exécution des obligations qui leur incombent en vertu de la présente ordonnance »⁽⁸⁾. *A contrario*, lorsque la passation et l'exécution d'un marché public ne sont pas menées dans leur intégralité au nom et pour le compte de tous les acheteurs concernés, ces derniers demeurent responsables du respect des obligations prévues par l'ordonnance pour les opérations dont ils se chargent seuls.

Enfin, il faut relever que l'ordonnance du 23 juillet 2015 réaffirme la possibilité de prévoir, dans la convention constitutive du groupement, d'avoir recours à la commission d'appel d'offres du coordonnateur du groupement lorsque celui-ci en dispose d'une⁽⁹⁾. Le maintien de cette mesure, qui figurait déjà à l'article 8 du Code des marchés publics, apparaît particulièrement adapté aux groupements de commandes qui comportent un nombre important de membres, dans le cadre desquels il serait inenvisageable d'obtenir la représentation de chaque membre du groupement au sein de la Commission d'appel d'offres.

Le groupement de commandes, pourtant largement plébiscité par les praticiens, se montre toutefois parfois peu flexible. Au regard de ce constat, le gouvernement a tenté de redonner un nouveau souffle aux centrales d'achat en les consacrant dans l'ordonnance du 23 juillet 2015.

La consécration des centrales d'achat au travers l'élargissement de leur champ d'intervention

L'intérêt de recourir à une centrale d'achat plutôt qu'à un groupement de commandes a déjà été souligné par la doctrine⁽¹⁰⁾, eu égard particulièrement à ses modalités

(4) Directive 2014/24/UE du 26 février 2014, art. 37 « Activités d'achat centralisées et centrale d'achat ».

(5) Directive 2004/17/CE du Parlement européen et du Conseil du 31 mars 2004 et directive n°2004/18/CE du Parlement européen et du Conseil du 31 mars 2004.

(6) CMP, art. 8.

(7) CMP, art. 9.

(8) Article 28 III de l'ordonnance n° 2015-899 du 23 juillet 2015.

(9) L'article 101 de l'ordonnance n° 2015-899 du 23 juillet 2015 modifie, en ce sens, notamment les dispositions du CGCT, jusqu'ici applicables aux contrats de partenariat, en créant un article L.1414-3 relatif aux commissions d'appel d'offres des groupements de commandes.

(10) T. Rouveyran et A. Stratula, « Quels organismes peuvent être qualifiés de centrale d'achat ? », *Contrats publics - Le Moniteur*, n° 149, décembre 2014, p. 30 ; voir également, R. Rayssac et G. Casanovas, « Créer une centrale d'achat : quels avantages ? », *achatpublic.info*, commentaire du 23 janvier 2014.

d'intervention qui sont plus larges que celles des groupements de commandes (missions plus étendues, adhésion de nouveaux membres en cours de consultation possible, absence de nécessité, pour la centrale d'achat de justifier de besoins dans les domaines objets des consultations lancées par cette dernière).

Pour autant, les directives européennes et le Code des marchés publics étaient, jusqu'à présent, assez laconiques sur les modalités de constitution et de fonctionnement de ces centrales ; l'article 11 de la directive 2004/18/CE et l'article 9 du Code des marchés publics se contentant d'affirmer que les centrales d'achat sont des pouvoirs adjudicateurs qui peuvent prendre en charge soit une activité dite d' « achat pour revente » au travers l'acquisition de fournitures ou de services destinés à des pouvoirs adjudicateurs, soit une activité dite d' « intermédiation contractuelle » qui consiste à passer des marchés publics ou conclure des accords-cadres de travaux, fournitures et services destinés à des pouvoirs adjudicateurs.

Dans la continuité des directives européennes de février 2014, l'ordonnance du 23 juillet 2015 innove véritablement en matière de centrale d'achat en prévoyant, outre la possibilité désormais offerte aux acheteurs publics de recourir à une centrale d'achat d'un autre État membre de l'Union européenne (*cf. infra*), d'élargir le champ d'intervention de ces centrales à des « activités d'achat auxiliaires », en sus « des activités d'achat centralisées »⁽¹¹⁾, que ces dernières sont, bien entendu, toujours habilitées à réaliser.

Les acheteurs peuvent ainsi recourir à une centrale d'achat afin de lui confier « sans appliquer les procédures de passation prévues par la présente ordonnance, des activités d'achat auxiliaires »⁽¹²⁾, lesquelles consistent notamment en la « mise à disposition d'infrastructures techniques permettant aux acheteurs de conclure des marchés publics de travaux, de fournitures ou de services », ou en des prestations de « conseil sur le déroulement ou la conception des procédures de passation des marchés publics » ou bien en la « préparation et gestion des procédures de passation des marchés publics au nom de l'acheteur concerné et pour son compte ». Cette mesure devrait permettre, dans un souci d'efficacité de la commande publique et de bonne gestion des deniers publics, à des petites collectivités publiques notamment, de s'appuyer sur les compétences techniques et administratives d'acheteurs plus qualifiés ou confirmés, constitués en centrale d'achat. Pour autant, il nous semble que ce dispositif devrait rester limité à des achats courants et peu complexes ; la préparation et la passation de marchés lancés selon des procédures complexes ou portant sur des opérations particulièrement techniques nécessitant, à notre sens, toujours le recours à des assistants à maîtrise d'ouvrage en matière technique, juridique voire financière.

(11) On entend par « activités d'achat centralisées », les activités traditionnelles d'achat pour revente ou d'intermédiation contractuelle.

(12) Ordonnance n° 2015-899 du 23 juillet 2015, art. 26-III°.

Outre qu'elle renforce les modes existants de regroupement et de centralisation des achats, l'ordonnance n° 2015-899 du 23 juillet 2015 fait œuvre de nouveautés en offrant aux acheteurs la possibilité de recourir à des achats centralisés et groupés en dehors de leurs frontières, avec des États membres de l'Union européenne, voire avec des pays étrangers.

Un élargissement du recours aux achats groupés et centralisés en dehors de nos frontières

L'ordonnance du 23 juillet 2015 institue la possibilité, pour des acheteurs, de recourir à des achats groupés et centralisés auprès d'autres États membres de l'Union européenne au travers notamment la constitution de groupements de commandes européen et le recours à des centrales d'achats d'autres États membres ainsi qu'auprès d'autres États étrangers au travers la constitution d'entités communes transnationales.

La possibilité de recourir à des achats groupés et centralisés auprès d'autres États membres de l'Union européenne

Soucieux de mettre un terme aux difficultés juridiques (relatives aux conflits de lois nationales) qui empêchaient la passation conjointe de marchés publics transnationaux, le Parlement européen et le Conseil ont souhaité, dans le cadre de la directive 2014/24/UE précitée, « définir de nouvelles règles en matière de passation conjointe de marchés transnationaux, afin de faciliter la coopération entre pouvoirs adjudicateurs et d'accroître les avantages pouvant être retirés du marché intérieur en ouvrant des perspectives commerciales transnationales aux fournisseurs et aux prestataires de services »⁽¹³⁾.

C'est pourquoi, la directive 2014/24/UE prévoit, dans son article 39, que « les pouvoirs adjudicateurs de différents États membres peuvent agir conjointement pour la passation de marchés publics » en ayant recours soit à une centrale d'achat soit à la passation conjointe de marchés.

Dans le même sens, l'article 27 de l'ordonnance du 23 juillet 2015, qui transpose les dispositions précitées, permet désormais aux acheteurs de recourir à une centrale d'achat située dans un autre État membre de l'Union européenne. Dans ce cas, la loi applicable au marché public conclu par cette centrale d'achat est la loi de l'État membre dans lequel est située la centrale d'achat, ce qui est fort logique, dès lors que les acheteurs qui recourent à une centrale d'achat pour la réalisation de travaux, l'acquisition de fournitures ou de services sont considérés comme ayant respecté leurs obligations de publicité et de mise en concurrence dès lors que la centrale se soumet elle-même à ces obligations.

(13) Considérant n° 73 de la directive 2014/24/CE.

Par ailleurs, l'article 28 de l'ordonnance du 23 juillet 2015 consacre la possibilité de constituer un groupement de commandes avec des pouvoirs adjudicateurs ou des entités adjudicatrices d'autres États membres de l'Union européenne. Dans une telle hypothèse, les membres du groupement doivent s'accorder, dans la convention constitutive, sur le droit applicable au marché public en cause, lequel est nécessairement choisi parmi les droits des États membres du groupement.

Dans les deux cas, l'ordonnance prend soin de préciser que le recours à une telle centrale d'achat ou à un tel groupement de commandes européen ne doit pas être effectué « dans le but de se soustraire à l'application des dispositions nationales qui intéressent l'ordre public ». Il s'agit, en effet, d'éviter que certains acheteurs ne soient tentés d'avoir recours à de telles modalités de regroupement d'achat dans l'unique but de contourner ses propres règles nationales en matière de commande publique.

À cet égard, il est intéressant de noter que plusieurs centrales d'achat ont d'ores et déjà fait leurs preuves dans différents États membres de l'Union européenne : si l'on pense, bien entendu, à l'UGAP (Union des Groupements d'Achats Publics) en France, il faut également citer la Consip SpA (Concessionaria Servizi Informatici Pubblici) en Italie, le CCS (Crown Commercial Service) en Angleterre ou encore la BBG (Bundesbeschaffung) en Autriche notamment⁽¹⁴⁾.

L'intérêt de recourir à de tels regroupements d'achats pour des acheteurs transfrontaliers paraît évident (gains financiers, accès à des produits et des fournisseurs plus diversifiés). Néanmoins, en dehors de cette hypothèse, on peut valablement s'interroger sur les conditions de mise en œuvre de tels groupements ou centrales d'achat. En effet, comment faire en sorte qu'un fournisseur italien puisse répondre, à des tarifs identiques et compétitifs, à des acheteurs français, anglais ou bien grecs ? Comment

déterminer la loi applicable à ces marchés ainsi qu'au contrat conclu entre la centrale d'achat autrichienne et ses adhérents français ou espagnols ? Autant d'interrogations qui devront être réglées par la pratique de ces nouveaux modes de mutualisation des achats.

La possibilité de créer des entités communes transnationales

Enfin, l'ordonnance du 23 juillet 2015 consacre, dans une sous-section spécifique, la possibilité de constituer des entités communes transnationales, lesquelles peuvent notamment être constituées sous la forme « d'un groupement européen de coopération territoriale ».

Dans cette hypothèse, le gouvernement a pris soin, comme les directives européennes le lui recommandaient, de définir les principes régissant la loi applicable à ces entités. L'article 29 de l'ordonnance précise ainsi que « les statuts ou une décision de l'organe compétent de cette entité déterminent les règles applicables aux marchés publics de cette entité lesquelles sont 1° Soit la loi de l'Etat dans lequel se trouve son siège ; 2° Soit la loi de l'Etat dans lequel elle exerce ses activités. » ; étant rappelé, une fois encore, que le recours à ce type d'entité ne doit pas conduire un acheteur à « se soustraire à l'application des dispositions nationales qui intéressent l'ordre public ».

Au regard de ces dispositions, on peut supposer que ces nouvelles entités communes transnationales auront un vrai rôle à jouer en matière de coopération transnationale, à l'instar des groupements européens de coopération territoriale (GECT)⁽¹⁵⁾, outil spécifique créé depuis 2007, qui a d'ores et déjà démontré son utilité en matière de coopération transfrontalière, transnationale ou interrégionale mais uniquement entre collectivités territoriales ou leurs groupements.

(14) Voir sur ce point, J-M Binot, « Centrales d'achat : la directive décadénasse les frontières », achatpublic.info, 9 avril 2014.

(15) Pour rappel, les GECT ont été créés en 2007, à la suite de l'adoption du règlement communautaire n°1082/2006 du Parlement européen et du Conseil du 5 juillet 2006.