

Qu'est-ce que le sourcing ?

La nouvelle réglementation des marchés publics autorise les acheteurs à consulter les opérateurs économiques afin de préparer la passation de leurs marchés, autrement dit, à recourir au sourcing – ou encore sourçage. Entérinant une méthode issue de la pratique et nécessaire à un achat public efficient, les textes ont défini le sourcing

Méthode incontournable dans le secteur privé et pratiquée plus récemment par certains acheteurs publics soucieux d'une commande publique efficiente, le sourcing, notion jusqu'alors absente de toute réglementation, est désormais consacré par les textes issus de la réforme des marchés publics.

Cette consécration doit être saluée car si aucun texte ne faisait interdiction aux acheteurs publics de sonder les opérateurs économiques dans le but, notamment, de vérifier leur capacité à répondre à leur besoins et donc aux procédures de passation de leurs marchés, de nombreux acheteurs se sont longtemps abstenus d'y recourir soit par manque de moyens internes, soit, surtout, par peur de favoriser certains opérateurs économiques et donc de contrevenir au principe fondamental de l'égalité de traitement des candidats, considération au demeurant pour partie justifiée.

Une telle crainte était d'autant plus compréhensible que le juge administratif et la doctrine ont longtemps fait peu de cas du sourcing. Tout au plus peut-on relever l'appel en 2005 du rapporteur public de la décision du Conseil d'État Région Nord-Pas-de-Calais, Didier Casas, lequel a relevé qu'un pouvoir adjudicateur doit « se demander si la spécialité professionnelle dont il a besoin est courante, si elle est répandue dans son environnement géographique immédiat ou si, au contraire, elle est rare ou en tout cas dispersée sur une large zone géographique » et que « si on veut réellement mettre en concurrence les entreprises, il faut encore savoir où sont celles qui intéressent »⁽¹⁾, puis, neuf ans plus tard, la décision *SMEAG* par laquelle le Conseil

Auteur

Yvonnick Le Fustec
Avocat à la Cour
SCP Seban et Associés

Mots clés

Allotissement – Candidature • Concurrence
• Recensement des besoins

(1) D. Casas, « Quelles modalités de publicité appropriées pour un marché passé en procédure adaptée ? », conclusions sous CE 7 octobre 2005, Région Nord-Pas-de-Calais, req. n° 278732.

d'État a précisé les conditions de mise en œuvre du sourcing^[2].

Le sourcing n'était toutefois pas totalement absent de la commande publique puisque certaines personnes publiques en avaient déjà fait une étape primordiale dans leur processus d'achat^[3]. À ce titre, on peut évoquer le développement du sourcing par le Service des achats de l'État créé en 2009^[4], par la Mission des achats du ministère des armées créée en 2010^[5] afin notamment de « conduire les travaux ministériels en matière de définition des stratégies d'achat par domaine et de veiller à leur mise en œuvre »^[6], ainsi que par certaines collectivités territoriales comme la ville de Paris, les départements de la Côte-d'Or et des Hauts-de-Seine et la région Ile-de-France^[7].

La réalisation par les acheteurs, en amont de la passation des marchés, de consultations des opérateurs économiques et d'études de marché, actions résumées par ce terme anglophone de « sourcing » et de « sourçage » dans la langue de Molière, a surtout connu un développement face à la volonté européenne et nationale d'utiliser la commande publique comme levier des politiques en faveur notamment du développement durable mais aussi de l'insertion sociale^[8], en plus de celle tendant à assurer « la bonne utilisation des deniers publics »^[9].

Ceci ressort d'ailleurs de l'appel lancé en 2014 par la Direction des affaires juridiques du ministère de l'Économie et des Finances qui, dans son guide de bonnes pratiques en matière de marchés publics, indiquait que « pour être efficace, l'expression des besoins impose : l'analyse des besoins fonctionnels des services sur la base, par exemple, d'états de consommation » et surtout « la connaissance, aussi approfondie que possible, des marchés fournisseurs, qui peut s'appuyer, par exemple, sur la participation de l'acheteur à des salons professionnels ou sur de la documentation technique ».

C'est dans ce contexte que, transposant sur ce point la directive européenne du 26 février 2014^[10], les deux décrets du

25 mars 2016 relatifs aux marchés publics et aux marchés publics de défense ou de sécurité ont consacré le recours au sourcing. Confirmant une méthode déjà développée par certains acheteurs, nul doute que la nouvelle réglementation est venue inciter, en les rassurant, les acheteurs qui étaient jusqu'alors frileux à la mettre en œuvre.

La validation du sourcing s'inscrit donc clairement dans une évolution de la commande publique du statut de contrainte administrative à celui d'outil au service des politiques économiques et de développement social et durable. Aux côtés des dispositions facilitant, notamment, le recours à la négociation mais aussi l'accès des PME à l'achat public avec la règle du « dites-le nous une fois » et l'ouverture des données avec les obligations d'open data, le sourcing est une des fondations du pont construit entre les acheteurs publics et les opérateurs économiques par la réforme de la commande publique.

Le sourcing est désormais consacré dans le droit par une définition textuelle et y recourir apparaît incontestablement nécessaire pour plusieurs raisons. Ce n'est toutefois pas un recours sans condition puisque les textes en ont dessiné les limites.

Une pratique juridiquement consacrée

Le sourcing est désormais juridiquement défini par la réglementation européenne et nationale relative aux marchés publics comme une pratique pouvant prendre plusieurs formes.

On rappellera d'abord, pour définir la notion de sourcing, le considérant 40 de la directive européenne du 26 février 2014 aux termes duquel les pouvoirs adjudicateurs peuvent, « avant d'entamer une procédure de passation de marché », « réaliser des consultations du marché en vue de préparer la passation de marché et d'informer les opérateurs économiques de leurs projets et de leurs exigences en la matière ». Ce même texte précisant qu'à cette fin, « les pouvoirs adjudicateurs peuvent par exemple demander ou accepter les avis d'autorités ou d'experts indépendants ou d'acteurs du marché. Ces avis peuvent être utilisés pour la planification et le déroulement de la procédure de passation de marché, à condition que ces avis n'aient pas pour effet de fausser la concurrence et n'entraînent pas une violation des principes de non-discrimination et de transparence ».

Tel qu'il est juridiquement défini, le sourcing – dont le terme est d'ailleurs absent des textes – n'est donc pas une notion générale mais bien une pratique dont la directive européenne a envisagé, à travers des exemples, les différentes formes qu'elle peut recouvrir laissant ainsi le soin aux états membres et, in fine, aux acheteurs, d'en préciser le contenu.

Par transposition de la directive, le gouvernement français a repris la forme du considérant 40 tout en le modifiant puisque, aux termes de l'article 4 du décret n° 2016-360 du 25 mars 2016 et l'article 2 du décret n° 2016-361, le sourcing est une pratique par laquelle les acheteurs peuvent, « afin

[2] CE 14 novembre 2014, Syndicat mixte d'étude, d'aménagement et de gestion de la base de plein air et de loisirs de Cergy-Neuville (SMEAG) c/ Sté Aventure Land, req. n° 373156.

[3] Voir à titre d'exemple V. Cochi, « Le sourcing, étape indispensable de l'achat public ? », *CP-ACCP*, n° 99, mai 2010.

[4] Décret n° 2009-300 du 17 mars 2009 portant création du service des achats de l'État.

[5] Arrêté du 7 avril 2010 (NOR : DEFD1009543A), portant création et organisation de la mission des achats du ministère de la défense.

[6] L'article 2 de l'arrêté du 7 avril 2010 précité définit les actions devant être menées par la Mission achat.

[7] N. Khalid, « Acheteurs et entreprises apprennent (enfin) à dialoguer », *Le Moniteur*, 16 juin 2017, n° 5926.

[8] Voir notamment N. Khalid, « Insertion sociale : les outils pour un sourcing ciblé », *Le Moniteur*, 6 octobre 2017, n° 5943.

[9] Article 1^{er} du Code des marchés publics repris par l'article 1^{er} de l'ordonnance n° 2015-899 du 23 juillet 2015.

[10] 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 européenne.

de préparer la passation d'un marché public », mettre en œuvre les quatre actions suivantes :

- consulter les opérateurs économiques, notamment pour vérifier la capacité de ces derniers à répondre à leurs besoins ;
- réaliser des études de marché ;
- solliciter les opérateurs économiques pour obtenir leur avis sur leurs projets et leurs exigences ;
- informer les opérateurs économiques de leurs projets et de leurs exigences.

Relevons toutefois que, telle qu'elle est rédigée, cette disposition ne semble pas admettre d'autres formes de sourcing, le terme « notamment » n'ayant pas précédé la liste des actions pouvant être diligentées par les acheteurs. Attendons que le juge administratif ait l'occasion d'indiquer s'il s'agit d'un simple oubli ou d'un souhait du pouvoir réglementaire de limiter les modalités de sourcing.

Cependant, la Direction des affaires juridiques du ministère de l'Économie et des Finances a tout de même précisé, dans une fiche consacrée à la définition du besoin, que la pratique du sourcing par un acheteur public peut consister à :

- effectuer une veille dans le secteur économique concerné ;
- organiser ou participer à des salons professionnels afin de faire connaître ses besoins aux entreprises ou identifier de nouveaux besoins notamment dans le secteur de l'innovation ;
- rencontrer, bien avant le lancement de la consultation, plusieurs opérateurs économiques afin d'obtenir des informations sur le marché considéré, les acteurs évoluant sur ce secteur et les prestations ou produits proposés etc.

Les acheteurs publics disposent donc aujourd'hui, pour identifier et évaluer les solutions existantes sur le marché et, *a fortiori*, les fournisseurs capables de répondre à leurs besoins, de nouvelles méthodes plus larges que celles jusqu'alors mises en œuvre consistant, par exemple, à rechercher des exemples de documents de consultation des entreprises mais aussi l'identité des opérateurs économiques ayant répondu à des consultations portant sur des besoins similaires aux leurs en consultant, à cet effet, soit directement d'autres acheteurs publics, soit des sites internet dédiés au recensement de ce type d'informations – tels que *MarchésOnline*.

Au final, les acheteurs peuvent donc puiser, directement à la source en contactant les opérateurs économiques, les informations relatives aux solutions techniques correspondant à leurs besoins, les politiques tarifaires y afférentes, mais aussi les évolutions technologiques, pour identifier de potentiels futurs besoins.

Une pratique indispensable à l'achat public

Notion juridiquement consacrée, le sourcing est surtout un instrument assurant aux acheteurs une meilleure définition de leurs besoins pour un achat public efficient et, plus largement, un outil au service des politiques d'économie budgétaire et de développement durable.

Envisager une définition du sourcing seulement sous l'angle des formes qu'il peut recouvrir n'aurait que peu de

sens au vu de l'intérêt qu'il présente dans le cadre de l'évolution de la commande publique.

En effet, un marché public n'est plus un simple contrat par lequel un acheteur sélectionne un opérateur économique ayant remis l'offre économiquement la plus avantageuse pour répondre à ses besoins en matière de travaux, de fournitures ou de services, mais bien un instrument au service de politiques publiques, les acheteurs étant notamment tenus de déterminer la nature et l'étendue de leurs besoins « avec précision avant le lancement de la consultation en prenant en compte des objectifs de développement durable dans leurs dimensions économique, sociale et environnementale »^[11].

Dans ce contexte, les acheteurs publics doivent être dotés de moyens de recensement des besoins suffisants d'autant que, pour rappel, une insuffisante définition de ces derniers est de nature à justifier l'annulation d'une procédure de passation^[12].

C'est ce qu'apporte le sourcing, en permettant aux acheteurs de connaître l'état du marché et d'identifier les opérateurs ayant la capacité de répondre à leurs besoins. Consulter les opérateurs économiques en amont de la procédure, les solliciter afin d'obtenir leur avis sur leurs projets et leurs exigences et procéder à des études de marchés sont ainsi pour les acheteurs des méthodes particulièrement utiles pour parvenir à une élaboration réaliste des cahiers des charges et des pièces financières de leurs marchés (BPU, DPGF, DQE, etc.).

L'intérêt apparaît tout aussi évident pour l'allotissement des marchés dès lors que les acheteurs auront une connaissance plus affinée des opérateurs économiques et de leurs capacités technique et géographique à répondre à leurs besoins et pourront, de ce fait, prévoir des lots en cohérence avec ces données. La connaissance du tissu économique et des capacités des opérateurs économiques devrait également rendre les critères d'analyse des candidatures et de jugement des offres plus pertinents puisqu'en lien avec la réalité du marché. S'agissant par exemple des critères d'analyse des candidatures, une connaissance des entreprises et de leurs capacités, notamment financières, devrait ainsi conduire les acheteurs à ne plus exiger des candidats qu'ils réalisent un chiffre d'affaires minimal disproportionné d'autant que celui-ci « ne peut être supérieur à deux fois le montant estimé du marché public ou du lot, sauf justifications liées à son objet ou à ses conditions d'exécution »^[13].

Ainsi, le sourcing devrait engendrer une diminution des procédures déclarées infructueuses puisque les besoins auront été définis en fonction de la capacité des entreprises à y répondre et devrait ainsi réduire la pratique consistant à ajuster le DCE, ex-post, lors de la nouvelle consultation. C'est semble-t-il déjà le cas par exemple pour le département des Hauts-de-Seine, dont le taux des marchés infructueux ou restés sans suite a baissé de 10 points,

[11] Article 30 de l'ordonnance n° 2015-899 du 23 juillet 2015.

[12] CAA Douai 17 janvier 2013, Commune d'Hazebrouck, req. n° 12DA00780.

[13] Article 44-III du décret n° 2016-360 du 25 mars 2016.

passant de 17 % en 2014 à 7 % en 2016, depuis que cette collectivité a fait du sourcing une étape préalable au lancement de ses consultations⁽¹⁴⁾. Et le sourcing contribue ainsi indirectement à la bonne gestion des deniers publics et à une meilleure organisation des services gérés par les personnes publiques, ce qui n'est pas anodin en cette période de contraintes notamment budgétaires.

Par ailleurs, le sourcing contribuera sans grand doute à la politique du développement durable ainsi qu'à la politique de l'achat innovant engagée par le gouvernement, lequel a fixé comme objectif qu'au moins 2 % du volume des marchés de l'État, de ses opérateurs et des hôpitaux soient attribués aux PME innovantes d'ici à 2020⁽¹⁵⁾, en permettant aux acheteurs de consulter ces entreprises afin, soit de les informer des solutions innovantes qu'ils souhaitent développer, soit de connaître les solutions étudiées par les PME.

Une pratique à manier avec prudence

Instrument sans aucun doute nécessaire à une commande publique efficiente, le sourcing n'en demeure pas moins potentiellement une source de rupture de l'égalité de traitement des candidats et se voit donc fortement encadré.

En effet, le sourcing comporte un danger consubstantiel dès lors que l'acheteur public communique, seulement à un certain nombre d'opérateurs économiques, des informations relatives à ses besoins qui peuvent, le cas échéant, fausser la libre concurrence lors de la passation du marché.

Conscient de cet écueil, le gouvernement français a prévu un certain nombre de conditions. En effet, reprenant la directive du 26 février 2014⁽¹⁶⁾ et, en partie, le sens de la décision du Conseil d'État *SMEAG*⁽¹⁷⁾, le décret contient deux dispositions dont on peut sérieusement se demander si leur respect ne pourrait pas dissuader certains acheteurs de s'engager dans une démarche du sourcing.

D'abord, l'alinéa 2 de l'article 4 du décret dispose ainsi que « les résultats [du sourcing] 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 ». Ensuite, l'article 5, accentuant les limites, prévoit l'obligation pour l'acheteur de prendre « les mesures appropriées pour que la concurrence ne soit pas faussée par la participation à la procédure de passation du marché public d'un opérateur économique qui aurait eu accès, du fait de sa participation préalable directe ou indirecte à la

préparation de cette procédure, à des informations ignorées des autres candidats ou soumissionnaires ».

Et, délicate subtilité, le second alinéa de l'article 5 précité combiné aux dispositions du 3° de l'article 48 de l'ordonnance du 23 juillet 2015 prévoit qu'un acheteur peut exclure d'une procédure de passation un candidat qui aurait eu accès « à des informations susceptibles de créer une distorsion de concurrence » par sa « participation préalable directe ou indirecte à la préparation de la procédure »⁽¹⁸⁾, mais qu'il ne peut toutefois le faire qu'à condition d'avoir vérifié qu'aucune autre mesure ne permet de remédier à cette distorsion⁽¹⁹⁾.

En résumé, les acheteurs disposent ainsi d'un outil intéressant qui nécessite cependant une certaine dextérité dans son maniement. En effet, l'utilisation par l'acheteur des résultats du sourcing ne devra pas conduire à fausser la concurrence, l'acheteur devant prendre toutes les mesures – lesquelles sont d'ailleurs laissées à sa seule appréciation⁽²⁰⁾ – pour ne pas favoriser, lors de la consultation, un opérateur économique qui aurait participé à son élaboration et ce, tout en s'assurant de ne pas l'en exclure, le cas échéant, sans avoir vérifié au préalable qu'aucune autre mesure moins stricte ne permet de rétablir une saine et égale concurrence.

Partant, les acheteurs devraient se doter d'une procédure de sourcing interne et faire preuve d'une distanciation par rapport à ses résultats afin de ne pas rédiger un dossier de consultation des entreprises orienté, d'autant que le Conseil d'État a encore récemment jugé que si un CCTP peut faire mention d'un mode ou procédé de fabrication particulier, cela doit être justifié « par l'objet du marché ou, à titre exceptionnel, dans le cas où une description suffisamment précise et intelligible de l'objet du marché n'est pas possible sans elle et à la condition qu'elle soit accompagnée des termes : «ou équivalent» »⁽²¹⁾.

En conclusion, le sourcing, pratique juridiquement consacrée, est un instrument particulièrement attractif par les interactions qu'il autorise entre les acheteurs publics et les opérateurs économiques pour le développement d'un achat public efficient et des politiques d'économie budgétaire et de développement durable. Sa mise en œuvre nécessitera toutefois d'être suffisamment justifiée et imposera aux pouvoirs adjudicateurs qui ne l'auraient pas encore fait de se doter d'une véritable fonction achat pour faire preuve de la plus grande attention et ainsi éviter tout soupçon de délit de favoritisme.

(14) N. Khalid, « Acheteurs et entreprises apprennent (enfin) à dialoguer », précité.

(15) Décision n° 32 du Pacte national pour la croissance, la compétitivité et l'emploi.

(16) Considérant 41 de la Directive européenne du 26 février 2014.

(17) CE 14 novembre 2014, Syndicat mixte d'étude, d'aménagement et de gestion de la base de plein air et de loisirs de Cergy-Neuville c/ Sté Aventure Land, req. n° 373156.

(18) Article 48 3° de l'ordonnance n° 2015-899 du 23 juillet 2015.

(19) Article 5 du décret n° 2016-360 du 25 mars 2016 reprenant la solution posée par les décisions CJCE 3 mars 2005, *Fabricom SA*, aff. C-21/03, § 36 et CE 9 mai 2012, *Commune de Saint-Maur-des-Fossés*, req. n° 355756.

(20) CJUE 12 mars 2015, *Société eVigilo Ltd c/ Dpt général d'incendie et de secours auprès du ministère de l'Intérieur de Lituanie*, aff. C-538/13, §47.

(21) CE 10 février 2016, *Société SMC2*, req. n° 382148.