

Responsabilités engagées et achats groupés

Le contexte économique incite à une rationalisation de l'achat public laquelle peut notamment prendre la forme d'une mutualisation des achats. La jurisprudence administrative et la doctrine ont essentiellement porté sur la problématique de la mise en œuvre du processus de mutualisation de l'achat public (constitution des structures *ad hoc*, modalité de passation des marchés, etc.). La connaissance des responsabilités des acteurs dans le cadre de l'ensemble du processus de mutualisation des achats n'en demeure pas moins déterminante et doit permettre aux acheteurs d'appréhender pleinement les risques encourus lorsqu'ils décident de recourir à cette faculté.

La centralisation des achats participe de la politique générale d'évolution des personnes publiques et s'inscrit à cet égard dans les mouvements de réformes successives que sont la révision générale des politiques publiques, la modernisation de l'action publique et plus récemment le programme action publique 2022. En effet, dans un contexte de fortes restrictions budgétaires et de réorganisation des compétences territoriales au sein des collectivités territoriales, les personnes publiques sont tout à la fois amenées à rationaliser leurs dépenses et à repenser leur modèle organisationnel. La mutualisation de l'achat public permet de répondre à ce double enjeu. À cet égard, la circulaire du 12 juin 2019 relative à la mise en œuvre de la réforme de l'organisation territoriale de l'Etat érige la nécessité de « gagner en efficience par la mutualisation des moyens »^[1] comme l'un des quatre objectifs de la réforme de l'organisation territoriale de l'Etat. La mutualisation est un outil privilégié pour atteindre cet objectif puisqu'elle doit permettre d'« obtenir des gains de performance dans le service rendu et [de] renforcer la capacité d'action de l'administration »^[2].

Conscient de cet objectif politique et de ce mouvement de réforme de l'action publique, le droit positif n'a pas ignoré ce phénomène de centralisation de l'achat public. Ainsi, la directive 2014/24/UE du 26 février 2014 sur la passation des marchés publics (ci-après, la « Directive 2014/24/UE ») a pris acte de la tendance des pouvoirs publics à organiser leur fonction achat dans le cadre d'une mutualisation de l'achat public puisqu'elle relevait en son préambule qu'« on observe, dans l'ensemble des marchés publics de l'Union, que les acheteurs publics ont une forte tendance à regrouper leurs demandes afin

Auteur

Laurent Bonnard

Avocat à la cour au cabinet Seban & Associés

Mots clés

Centrale d'achats • Convention constitutive du groupement
• Groupement de commandes • Principe de spécialité

[1] Circulaire du 12 juin 2019 (NOR : PRMX1917197C), relative à la mise en œuvre de la réforme de l'organisation territoriale de l'Etat.

[2] Ibid.

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 ». Et cette directive a donc encadré la faculté de recourir à la centralisation de l'achat public par ses articles 37 et 38. En droit national, l'article L. 3 du Code de la commande publique fait écho aux objectifs de modernisation des personnes publiques en rappelant que les principes essentiels de la commande publique sont son « efficacité [...] et la bonne utilisation des deniers publics ». À l'instar de la Directive 2014/24/UE, le Code de la commande publique consacre plusieurs sections à la mutualisation des achats⁽³⁾.

Les réflexions des acteurs de la commande publique et la doctrine administrative se sont concentrées sur les modalités de la mise en œuvre de la mutualisation de l'achat public. L'objet de la présente étude est de s'intéresser à la responsabilité des acheteurs publics décidant de recourir à la mutualisation de l'achat public. En effet, la connaissance des risques juridiques associés à ce mécanisme d'achat doit permettre aux acteurs de s'organiser en amont et de sécuriser leur processus d'achat mutualisé. La responsabilité des acheteurs publics est susceptible d'être engagée tout au long du processus de mutualisation. Des risques juridiques existent dès la constitution des groupements de commandes et des centrales d'achat. Ces risques prédominent à l'occasion de la passation des marchés publics ou contrats de concession et enfin à l'occasion de l'exécution des marchés publics.

Sur la responsabilité des acteurs au stade de la constitution des groupements de commandes et des centrales d'achat

La constitution d'un groupement de commandes n'est pas, en elle-même, susceptible d'engager la responsabilité des acheteurs publics. Il convient néanmoins de s'assurer que l'ensemble des acheteurs publics qui vont adhérer au groupement le font dans l'optique de répondre à leur besoin notamment s'agissant du ou des coordonnateurs pressentis du groupement. En effet, il n'apparaît pas envisageable pour un acheteur public d'intégrer un groupement de commandes dans le seul but d'en assurer la coordination sans conclure un marché dans le cadre dudit groupement correspondant à la satisfaction de ses besoins propres. Dans le cas contraire, il assurerait une simple mission de mandataire qui serait susceptible d'être qualifiée de marché public et pourrait donc engager la responsabilité des membres du groupement faite pour ces derniers

(3) CCP, art. L. 2113-2 à L. 2113-9, L. 2313-1 à L. 2313-6, L. 3112-1 à L. 3112-4.

d'avoir satisfait à leurs obligations de publicité et mise en concurrence.

On relèvera toutefois que l'article 65 de la loi n° 2019-1461 du 27 décembre 2019 relative à l'engagement dans la vie locale et à la proximité de l'action publique a introduit dans le code général des collectivités territoriales un nouvel article L. 5211-4-4. Cet article permet à un établissement public de coopération intercommunale à fiscalité propre de passer et exécuter des marchés publics pour le compte de ses communes membres réunies en groupement de commande sans pour autant être membre dudit groupement ou, s'il en fait partie, répondre à l'un de ses propres besoins.

Le risque pour une personne publique de voir sa responsabilité engagée en se constituant en centrale d'achat apparaît plus important. Ce risque a d'ailleurs été souligné par la Cour des comptes dans un référé, adressé au premier ministre, relatif à la centrale d'achat Cap'Oise Hauts de France⁽⁴⁾ émis dans le prolongement du contrôle de cette centrale par la chambre régionale des comptes Hauts-de-France. En effet, si aux termes de l'article L. 2113-2 du Code de la commande publique tout acheteur peut, *a priori*, se constituer en centrale d'achat, il ne peut le faire que dans la limite de ses statuts, de sa compétence et dans le respect du principe de spécialité⁽⁵⁾.

Cette exigence relative au respect du principe de spécialité énoncée⁽⁶⁾ susceptible de deux interprétations concurrentes :

- selon une première interprétation, une personne publique ne pourrait se constituer en centrale d'achat qu'à la condition que les prestations qu'elle entend proposer ou les marchés qu'elle entend conclure pour ses adhérents s'inscrivent strictement dans les compétences qui lui sont dévolues ;
- selon une seconde interprétation, plus souple, il suffirait que les prestations ou marchés en cause entretiennent un lien de connexité avec les missions et les activités de l'acheteur constitué en centrale d'achat. Une telle interprétation pourrait se réclamer de la notion assez étendue du principe de spécialité consacrée par le Conseil d'État dans un avis du 7 juillet 1994⁽⁷⁾. Aux termes de cette interprétation, un établissement public ne pourrait pas se constituer en centrale d'achat pour assurer des prestations ou la passation de marchés totalement déconnectées de ses missions statutaires mais il serait compétent pour assurer des prestations présentant un lien de connexité suffisant avec ces dernières.

En l'état, la jurisprudence administrative ne s'est pas, à notre connaissance, prononcée sur l'interprétation à

(4) Cour des comptes, Référé relatif à la centrale d'achat Cap'Oise Hauts-de-France, 13 mars 2019.

(5) CAA Marseille 5 juillet 2004, Syndicat d'agglomération nouvelle Ouest Provence, req. n° 04MA01109.

(6) DAJ, fiche technique : La coordination des achats, 29 août 2016.

(7) CE avis, 7 juillet 1994, Diversification des activités d'EDF/GDF, req. n° 356089.

retenir. La prudence commande donc de retenir une interprétation plus restrictive afin d'éviter que la responsabilité de l'acheteur s'érigeant en personne publique ne soit engagée aux motifs que cette dernière ne respecte pas ses compétences statutaires et le principe de spécialité encadrant son action.

C'est toutefois au stade de la passation des marchés que la responsabilité des acheteurs publics est susceptible d'être le plus exposée.

Sur la responsabilité en matière d'achat groupé au stade de la passation des marchés publics

L'article 38 de la directive 2014/24/UE du 26 février 2014 encadre le recours au groupement de commande en prévoyant que « deux pouvoirs adjudicateurs ou plus peuvent convenir de passer conjointement certains marchés spécifiques ». Cet article précise les responsabilités des pouvoirs adjudicateurs lorsqu'ils décident d'assurer conjointement la passation d'une procédure puisqu'il prévoit que « lorsqu'une procédure de passation de marché est menée conjointement dans son intégralité au nom et pour le compte de tous les pouvoirs adjudicateurs concernés, ceux-ci sont solidairement responsables de l'exécution des obligations qui leur incombent en vertu de la présente directive ».

L'article L. 2113-7 du Code de la commande publique encadre également la responsabilité des membres d'un groupement de commandes puisqu'il dispose que « les acheteurs membres du groupement de commandes sont solidairement responsables des seules opérations de passation ou d'exécution du marché qui sont menées conjointement en leur nom et pour leur compte selon les stipulations de la convention constitutive ».

Il résulte de ces dispositions que dans le silence de la convention constitutive et en vertu des dispositions précitées, les membres du groupement seront solidairement responsables des irrégularités commises durant la procédure de passation pour les obligations qui leur incombent respectivement. La responsabilité des membres d'un groupement de commandes peut néanmoins être définie conventionnellement. En effet, la convention constitutive du groupement peut arrêter la répartition des obligations qui incombent à chaque membre dans le cadre de la passation du marché public et partant des responsabilités qu'ils encourent.

Cette définition des responsabilités a été rappelée par la cour administrative de Bordeaux dans un arrêt rendu sous l'empire du Code des marchés publics mais dont la logique est transposable à la législation actuelle. Au cas d'espèce, la convention constitutive d'un groupement de commandes chargeait le coordonnateur du groupement de la réalisation « de l'ensemble des opérations de sélection du futur cocontractant ». Un candidat évincé ayant attaqué la procédure de passation d'un marché passé par le groupement de commandes en raison des irrégularités commises durant sa passation, la cour a dû se prononcer sur la responsabilité des membres

du groupement. Elle a jugé, au regard de la répartition des obligations arrêtée dans le cadre de la convention constitutive du groupement que « seul ce syndicat mixte, à l'exclusion des autres membres du groupement de commandes, est susceptible de voir sa responsabilité engagée du fait des irrégularités de la procédure de passation du marché en cause »⁽⁸⁾ et a donc débouté le candidat des conclusions tendant à la condamnation des membres du groupement à l'exclusion de son coordonnateur.

L'article 38 de la directive 2014/24/UE du 26 février 2014 précise également la répartition des responsabilités dans l'hypothèse où une procédure de passation « n'est pas menée dans son intégralité au nom et pour le compte des pouvoirs adjudicateurs concernés ». Le cas échéant, les pouvoirs adjudicateurs ne sont solidairement responsables que des parties de la procédure qui sont menées conjointement et « chaque pouvoir adjudicateur est seul responsable de l'exécution des obligations qui lui incombent en vertu de la présente directive pour les parties de la procédure dont il se charge en son nom propre et pour son propre compte ». Une telle répartition des responsabilités est identique en droit national et se déduit des termes de l'article L. 2113-7 du Code de la commande publique.

Enfin, il convient de préciser l'hypothèse où les membres d'un groupement ne seraient pas soumis aux mêmes règles de passation (cas d'un groupement constitué d'entités adjudicatrices et de pouvoirs adjudicateurs par exemple). Le cas échéant, le groupement devra prendre garde d'appliquer les règles de passation les plus strictes, faute de quoi les membres soumis à ces règles pourraient voir leur responsabilité engagée si des règles plus souples étaient retenues.

En pratique et afin de clarifier précisément les responsabilités de membres du groupement de commandes, on recommandera donc de définir les rôles de chacun des membres et la répartition des responsabilités dans la convention constitutive du groupement.

Aux termes du 2° de l'article L. 2113-2 du Code de la commande publique, les centrales d'achat peuvent agir comme intermédiaire en passant des marchés de travaux, de fournitures ou de services pour le compte d'acheteurs publics.

Dans cette hypothèse et à l'instar de la répartition des responsabilités dans le cadre des groupements de commandes, la centrale d'achat sera responsable des seules prestations qui lui auront été confiées par les acheteurs pour lesquels elle agit. En effet, les acheteurs peuvent, dans le cadre de la convention conclue avec la centrale d'achat, décider de confier tout ou partie de la procédure de passation du marché public à la centrale d'achat. La répartition des responsabilités s'opèrera en fonction des missions exercées respectivement par les acheteurs et la centrale.

(8) CAA Bordeaux 12 juillet 2012, Société Optima, req. n° 11BX01620.

En conséquence, nonobstant l'absence d'obligation de conclure une convention entre les acheteurs et la centrale d'achat, on recommandera aux acteurs d'en conclure une afin de clarifier les prestations confiées à la centrale d'achat et de clarifier ainsi les responsabilités de chacun des protagonistes.

Sur la responsabilité en matière d'achat groupé au stade de l'exécution des marchés publics

La responsabilité des acheteurs peut enfin être engagée à l'occasion de l'exécution des marchés publics.

Les membres d'un groupement de commande ont effectivement la possibilité de confier au coordonnateur du groupement l'exécution des marchés publics conclus dans le cadre du groupement. Le cas échéant, le coordonnateur sera, en principe, responsable des prestations d'exécution qu'il aura à charge de mener au nom et pour le compte des acheteurs. À cet égard, on relèvera que les acheteurs peuvent uniquement confier au coordonnateur les missions de l'ordonnateur et non du comptable. En effet, il découle des articles L. 2343-1, L. 3342-1 et L. 4342-1 du CGCT ainsi que de l'article 18 du décret n° 2012-1246 du 7 novembre 2012 une interdiction, sauf autorisation législative spécifique, pour les collectivités territoriales et leurs établissements publics, de décider par convention de faire exécuter une partie de leurs recettes ou de leurs dépenses par un tiers autre que leur comptable public^[9]. Cette prohibition a été rappelée par le ministère de l'Économie et des Finances à l'occasion d'une réponse ministérielle ou il rappelait que « les membres du groupement qui confient au coordonnateur un mandat pour «l'exécution du marché», peuvent ainsi lui conférer les prérogatives de l'ordonnateur [mais] non celles du comptable public »^[10]. Faute de respecter cette compétence du comptable public, le comptable public du coordonnateur du groupement de commande pourrait voir sa responsabilité personnelle engagée.

En principe, la centrale d'achat ne peut pas assurer l'exécution des marchés publics passés au nom et pour le compte d'acheteurs publics, l'article L. 2113-2 du Code de la commande publique ne mentionnant que la passation de marchés et non leur exécution. En revanche, une centrale d'achat peut assurer un rôle de grossiste en achetant, stockant et revendant des fournitures ou des services destinés à des acheteurs. Le cas échéant, la centrale d'achat conclut directement un contrat en

son nom et pour son compte avec les fournisseurs ainsi qu'un contrat avec les acheteurs pour leur revendre les services ou fournitures ainsi acquises, les acheteurs et les fournisseurs n'entretenant alors aucun lien contractuel.

À cet égard, la responsabilité de la centrale d'achat peut être engagée classiquement pour les manquements qu'elle pourrait commettre dans l'exécution des conventions conclues avec les fournisseurs et ses adhérents. On relèvera surtout le risque pour une centrale de voir sa responsabilité engagée dans le cadre de l'achat et de la revente de certaines prestations ou fournitures relevant d'activités réglementées. À titre d'exemple, l'activité d'achat pour revente d'électricité est soumise à un régime d'autorisation administrative dans les conditions fixées aux articles L. 333-1 et suivants du Code de l'énergie. Il conviendrait donc qu'une centrale d'achat obtienne une telle autorisation préalablement à l'exercice d'une activité de grossiste dans ce domaine faute de voir sa responsabilité engagée (en revanche, une centrale d'achat pourrait tout à fait se limiter à la passation de tels marchés au nom et pour le compte d'acheteur sans recourir à une telle autorisation puisqu'elle ne procéderait alors pas à de l'achat pour revente).

La responsabilité des acheteurs s'approvisionnant directement auprès d'une centrale d'achat pourrait également être engagée. En effet, aux termes de l'article L. 2131-3 du Code de la commande publique, l'acheteur public qui recourt à une centrale d'achat est considéré comme ayant respecté ses obligations de publicité et de mise en concurrence. Cependant, il appartient à l'acheteur public qui recourt à une centrale d'achat de s'assurer que les marchés publics passés par celle-ci le sont dans les conditions qu'il aurait dû respecter s'il avait lui-même passé ce marché public. À défaut, l'acheteur ne respecterait pas les obligations de publicité et mise en concurrence qui sont les siennes et pourrait voir sa responsabilité engagée.

En conclusion, la coordination des achats présente des avantages indéniables en termes d'efficacité, de mutualisation des ressources et de gestion des deniers publics. Cependant, la multiplication des acteurs et l'enchevêtrement des responsabilités peut emporter un risque juridique de la constitution des organes de mutualisation de l'achat (groupement de commandes et centrale d'achat) jusqu'à l'exécution des marchés publics par lesdits organes. Il incombe donc aux acheteurs publics de définir précisément les missions qui incombent à chacun des acteurs impliqués afin d'appréhender leur responsabilité et de limiter les risques juridiques auxquels ils peuvent être exposés.

[9] CE Sect., 6 novembre 2009, Société Prest'action, req. n° 297877.

[10] Rep. min. n° 47973, JOAN 20 septembre 2016, p. 8418.