



#Newsletter 18

#Droit des contrats et marchés publics

Marchés publics : comment attribuer aux entreprises locales sans risquer l'illégalité ?

Publiée le 10 septembre 2020

Newsletter à destination des acheteurs publics et des entreprises soumissionnaires.
Toute reproduction partielle ou totale faite sans le consentement préalable de CELEXANSE est interdite

Sollicité régulièrement sur le sujet (avec une recrudescence ces derniers temps), le cabinet CELEXANSE accompagne ses clients publics aux fins d'identifier les solutions juridiques permettant de concrétiser la commande publique locale.

La présente newsletter illustre, pour partie et de manière générale, l'ingénierie juridique ainsi mise en œuvre.



Equation à résoudre :

Marché public + entreprise locale = attribution légale.

En matière de commande publique, c'est une des équations les plus compliquées à résoudre.



Les motivations de l'acheteur public pour recourir à la commande publique locale :

Elles sont diverses :

- soutenir le tissu économique local/ les TPE-PME établies sur le territoire de l'acheteur public
- favoriser le maintien de l'emploi et les embauches
- privilégier les circuits courts
- répondre à des préoccupations environnementales et écologiques (...).



Les dernières actualités sur le sujet :

- Réponse Ministre Economie et des Finances à Benoît Potterie, n° 24584, JO Assemblée nat. du 25 février 2020
- TA Lille, 3 février 2020, SFR, req. n°2000255
- CE, Toulon, 20 décembre 2019, Département de Mayotte, req. n°428290



Les principales règles à respecter dans le cadre de la commande publique locale :

Règles issues du droit des marchés publics :

- Principe d'égalité de traitement des candidats
- Principe de libre concurrence

Règles issues du droit européen :

- principes de non-discrimination et de liberté de circulation des personnes, des capitaux et des services

Règles issues de la jurisprudence administrative :

- le Juge censure systématiquement les conditions d'exécution du marché ou les critères de jugement des offres reposant sur l'origine des produits ou sur l'implantation géographique des entreprises.



Les solutions juridiques permettant de concrétiser la commande publique territoriale et de favoriser l'accès des TPE-PME aux marchés publics locaux

3 précisions préalables :

- Chaque acheteur public a sa propre politique et stratégie d'achat.
- Les solutions adaptées pour les uns ne sont pas systématiquement celles retenues pour les autres.
- Et enfin, les solutions présentées ci-après, pour certaines, le sont de manière générale et nécessitent, le cas échéant, d'être adaptées/ paramétrées au profit de l'acheteur public qui souhaite les mettre en œuvre.



Les solutions portant sur la forme du marché :

- Privilégier l'**allotissement** (le Code de la commande publique l'érige en principe !). Pour rappel, l'allotissement peut être technique, fonctionnel, géographique ou lié à des considérations de capacité ou de sécurité.
- Recourir, à chaque fois que cela sera possible, au marché négocié sans publicité ni mise en concurrence pour les **achats innovants** inférieurs à 100 000 € HT.

Il y a deux conditions pour passer un marché sans publicité ni mise en concurrence : l'achat doit être innovant et le montant du besoin doit être inférieur à 100 000 € HT.

La définition retenue pour l'innovation est large. Sont innovants les « travaux, fournitures ou services nouveaux ou sensiblement améliorés ». Il est précisé que « le caractère innovant peut

consister dans la mise en œuvre de nouveaux procédés de production ou de construction, d'une nouvelle méthode de commercialisation ou d'une nouvelle méthode organisationnelle dans les pratiques, l'organisation du lieu de travail ou les relations extérieures de l'entreprise ».

Il est possible de conclure un marché de gré à gré avec une entreprise pour l'acquisition d'une solution innovante alors même qu'une solution non-innovante existe sur le marché et pourrait répondre au besoin ou que plusieurs opérateurs économiques pourraient proposer des solutions innovantes alternatives.

- Dans le cadre des marchés allotés, faire application de **l'article R 2122-8** du Code de la commande publique.

L'article prévoit que l'acheteur peut passer un marché sans publicité ni mise en concurrence préalables pour répondre à un besoin dont la valeur estimée est inférieure à 40 000 € HT ou pour les lots du marché dont le montant est inférieur à 40 000 € HT et qui remplissent la condition prévue au b du 2° de l'article R. 2123-1 (b Le montant cumulé de ces lots n'excède pas 20 % de la valeur totale estimée de tous les lots).



Les solutions portant sur les critères de jugement :

Pour rappel, les critères de jugement des offres énumérés à l'article R 2152-7 du Code de la commande publique ne sont pas exhaustifs.

- Le recours au **critère de l'emploi local**.

Utilisé dans le cadre d'un contrat de délégation de service public, son utilisation est transposable aux contrats de marchés publics.

Le Conseil d'Etat encadre son utilisation comme suit :

« un critère ou un sous-critère relatif au nombre d'emplois locaux dont la création sera induite par la gestion et l'exploitation d'un port, lequel est une infrastructure concourant notamment au développement de l'économie locale, doit être regardé comme en lien direct avec les conditions d'exécution du contrat de délégation de la gestion de ce port et, pourvu qu'il soit non discriminatoire, comme permettant de contribuer au choix de l'offre présentant un avantage économique global pour l'autorité concédante » (CE, Toulon, 20 décembre 2019, Département de Mayotte, req. n°428290).

Le critère peut, par exemple, être utilisé dans la cadre de la passation d'un marché public de construction et/ou d'exploitation d'un ouvrage public.

- Le recours au **critère de l'impact écologique**.

Le Juge administratif encadre son utilisation et s'assure que l'utilisation du critère remplit les 3 conditions suivantes :

- il doit être rendu nécessaire par l'objet du marché en cause,
 - il doit être rendu nécessaire par la nature des prestations à exécuter,
 - enfin, il ne doit pas avoir d'effet discriminatoire. (TA Lille, 3 février 2020, SFR, req. n°2000255)
-
- Le recours au **critère du bilan carbone, ou bien au critère de l'effort de réduction de gaz à effet de serre** (notamment pour le transport des matériaux ou des fournitures ou les déplacements des personnels de chantier par exemple), **ou bien le critère des performances en matière d'environnement**.
-
- Le recours au **critère de la mise en place de circuits-courts** (pour réduire le nombre d'intermédiaire).
-
- Le recours au **critère de la rapidité d'intervention (critère de la réactivité)** qui doit être justifié au regard du marché (applicable par exemple pour les marchés publics de maintenance- d'entretien- de transports)

Et encore bien d'autres critères ...

Attention, il ne faut pas oublier que les critères énumérés ci-avant doivent, à chaque fois qu'ils sont mis en oeuvre, être justifiés par l'objet du marché.



Les solutions propres à la politique d'achat :

- Mettre en place le **sourcing**.

L'article R.2111-1 du Code de la commande publique le prévoit : « *Afin de préparer la passation d'un marché, l'acheteur peut effectuer des consultations ou réaliser des études de marché,*

solliciter des avis ou informer les opérateurs économiques de son projet et de ses exigences. Les résultats des études et échanges préalables peuvent être utilisés par l'acheteur, à condition que leur utilisation n'ait pas pour effet de fausser la concurrence ou de méconnaître les principes mentionnés à l'article L. 3. »

Dans la pratique, le sourcing correspond aux actions réalisées par un acheteur public afin d'identifier les solutions et fournisseurs susceptibles de répondre à son besoin avant une consultation ou dans un cadre plus largement prospectif. Il s'agit donc d'une démarche proactive de recherche et d'évaluation des opérateurs économiques locaux d'un secteur, ainsi que leur mise en relation avec des acheteurs. Le sourcing se situe en amont de toute procédure de passation d'un marché public et qu'il n'a donc pas vocation à être trop structuré (pour plus d'informations, voir le guide de l'achat public consacré au sourcing professionnel : <https://www.economie.gouv.fr/dae/sourcing-operationnel-guide-lachat-public-a-disposition-des-acheteurs-publics>).

- **Limiter- plafonner le chiffre d'affaires minimal exigible** (par exemple le limiter à deux fois le montant estimé du marché).
- **Adapter les modes de publicité et de communication** pour les marchés à venir.