



HAL
open science

Groupements de commandes et centrales d'achats publics en France après la transposition des directives européennes de 2014

Antony Taillefait

► **To cite this version:**

Antony Taillefait. Groupements de commandes et centrales d'achats publics en France après la transposition des directives européennes de 2014. *Ius Publicum network review*, 2017, 1, pp.1-24. hal-02562858

HAL Id: hal-02562858

<https://univ-angers.hal.science/hal-02562858>

Submitted on 10 Aug 2023

HAL is a multi-disciplinary open access archive for the deposit and dissemination of scientific research documents, whether they are published or not. The documents may come from teaching and research institutions in France or abroad, or from public or private research centers.

L'archive ouverte pluridisciplinaire **HAL**, est destinée au dépôt et à la diffusion de documents scientifiques de niveau recherche, publiés ou non, émanant des établissements d'enseignement et de recherche français ou étrangers, des laboratoires publics ou privés.

**GROUPEMENTS DE COMMANDES ET CENTRALES D'ACHATS
PUBLICS EN FRANCE APRES LA TRANSPOSITION DES DIRECTIVES
EUROPEENNES DE 2014**

Antony TAILLEFAIT¹

INDEX

- 1. LES MISSIONS DES INSTITUTIONS DE MUTUALISATION DES ACHATS PUBLICS**
- 2. LA CREATION D'INSTITUTIONS DE MUTUALISATION DES ACHATS PUBLICS**
- 3. L'INTERNATIONALISATION DES INSTITUTIONS DE MUTUALISATION DES ACHATS PUBLICS**

Dans les États européens, la commande publique n'est pas seulement orientée par les principes de transparence et de mise en concurrence². Elle est aussi guidée par des considérations financières et administratives, lesquelles, en France, tournent autour d'un principe de protection des deniers publics. Les formules des groupements de commandes et de centrales d'achats ont un tel rôle d'optimisation financière et technique de la commande publique par les mutualisations qu'elles permettent, par les simplifications qu'elles

¹ Professeur de droit public à l'Université d'Angers. Ancien coordonnateur de groupements départementaux d'achats publics

² Voir A. Taillefait, *La transposition des directives Marchés*, dans Ph. Bonnetcarrière et M. Bourquin (dir.), *Passer de la défiance à la confiance. Pour une commande publique plus favorable aux PME*, éd. du Sénat, Mission commune d'information publique, oct. 2015, rapport n° 82, T. II, pp. 227-234

autorisent, par les coopérations qu'elles mobilisent et en définitive par les économies d'échelles qu'elles généralisent.

En France, les groupements de commandes publiques connaissent un regain d'intérêt depuis la libéralisation des secteurs de l'énergie, principalement ceux du gaz et de l'électricité. La sophistication des types de contrat public et leurs modalités de passation, le nombre imposant de pouvoirs adjudicateurs (près de 60 000 en France), l'absence de compétences professionnelles chez un grand nombre de ces acheteurs publics plaident aujourd'hui, plus encore qu'auparavant, pour une mutualisation des commandes publiques. Peut-être faut-il aussi voir dans ces progrès des groupements d'acheteurs publics une manière de contrer la concentration des opérateurs économiques.

Les groupements de commandes publiques, aujourd'hui prévus par l'ordonnance n° 2015-899 du 23 juillet 2015 (art. 28), ont soulevé de nombreuses difficultés juridiques que le droit de l'Union européenne et le droit français ont réduit assez nettement mais pas complètement. Par exemple, les rapports entre le régime des groupements et les règles de la loi n° 85-704 du 12 juillet 1985 sur la maîtrise d'ouvrage publique, dite « loi MOP », ne sont pas totalement élucidés. Cette loi en effet interdit au maître de l'ouvrage, c'est-à-dire la personne morale pour laquelle l'ouvrage est construit, de se dessaisir de ses missions³. Les conditions du respect de l'allotissement par ces mêmes groupements viennent seulement d'être clarifiées par le Conseil d'État⁴.

³ Voir ci-après

⁴ CE, 18 septembre 2015, req. n° 389740, *Syndicat intercommunal des eaux du Bas Roubion*, *Actualités Juridiques Droit Administratif*, éd. Dalloz, n° 10/2016, p. 547, note J.-B. Vila : Les dispositions du Code des marchés publics, reprises par l'ordonnance du 23 juillet 2015, prévoient le principe d'une dévolution des marchés publics par lots et définissent les hypothèses dans lesquelles un marché global peut-être conclu. Elles sont « applicables lorsqu'un groupement de commandes est constitué ». Les documents de consultation peuvent prévoir que plusieurs marchés distincts seront passés, par ex. l'un avec le syndicat intercommunal, coordonnateur du groupement de commandes, deux autres avec deux communes membres dudit syndicat. Toutefois, les règlements de consultation ne peuvent pas « légalement prévoir que les trois marchés distincts qui devaient être conclus devaient l'être avec le même attributaire ».

Les groupements de commandes publiques sont de création très ancienne⁵. Les centrales d'achats, inspirées du secteur privé de la grande distribution, sont plus récentes. Jusqu'au début des années 2000, l'Union des groupements d'achats publics – l'établissement public UGAP créé en 1968⁶ – et l'Économat des armées – service ministériel créé en 1926⁷ – constituaient les deux seules institutions de ce type.

Au regard des principes généraux de la commande publique, les centrales d'achats françaises ont connu des déboires, lesquels n'ont pas incité les pouvoirs publics à les multiplier⁸. Avec la densification de la notion de « centrale d'achats » par la directive 2004/18 du 31 mars 2004⁹, la création et l'usage de telles structures ont été en grande partie sécurisés.

Cette sécurisation juridique plus importante a d'ailleurs permis de songer à consacrer l'existence d'une mutualisation transfrontière des achats publics donnant de cette manière une fonction supplémentaire à la coopération transfrontalière.

Dans le cadre étroit de cette étude, ces difficultés juridiques peuvent être mises au jour tant lors de la mise au point de leurs missions (I), que lors de la création d'institutions de mutualisation des achats publics (II) et que lors de l'internationalisation de leur action (III).

⁵ Voir A. Taillefait, les nouveaux groupements de commandes publiques, revue *Contrats et marchés publics*, éd. LexisNexis (Paris), n° 8, août 2001, chronique 12, pp. 4 à 10 ; J. Bernard-Chatelot, Les efforts de rationalisation : les groupements nationaux d'achats publics, *Revue française d'administration publique* 1985, n° 33, p. 9

⁶ Décret n° 85-801 du 30 juillet 1985 relatif au statut et au fonctionnement de l'UGAP

⁷ Code de la défense, article R. 3421-2

⁸ Voir A. Taillefait, Coordination, groupements de commandes en centrales d'achats, revue *JurisClasseur contrats et marchés publics*, éd. LexisNexis (Paris), étude n° 50 (2010)

⁹ PE et Cons. UE, dir. 2004/1/CE, 31 mars 2004, *JOUE* n° L 134, 30 avril 2004, p. 114

1. LES MISSIONS DES INSTITUTIONS DE MUTUALISATION DES ACHATS PUBLICS

La mutualisation est une forme technique de coopération et de partage de ressources entre plusieurs personnes morales laquelle repose sur la mise en commun ou la mise à disposition de services ou de biens pour la réalisation de missions propres à chacune de ces personnes. Les missions dévolues aux groupements de commandes publiques comme aux centrales d'achats confirment bien, on ne pouvait en douter, qu'il s'agit bien de deux modes de la mutualisation.

A. Les groupements de commandes publiques sont une manière pour plusieurs personnes morales, dont une au moins est un acheteur public, c'est-à-dire soit un pouvoir adjudicateur soit une entité adjudicatrice, de rassembler leurs besoins afin de rechercher un opérateur économique propre à les satisfaire en respectant les dispositions de l'ordonnance du 23 juillet 2015. A l'issue de la procédure de mise en concurrence, un opérateur économique est choisi pour exécuter les prestations prévues par le contrat au bénéfice de l'ensemble des membres du groupement. Les adhérents s'engagent à signer avec le titulaire un marché correspondant à ses besoins et selon les quantités qui lui sont propres.

Le groupement de commandes publiques, lequel ne dispose pas de la personnalité morale, convient pour tous les types d'achats publics. Il est fréquemment mis en place pour l'achat de fournitures aussi bien standards (matériel informatique ou bureautique, papier, denrées alimentaires, énergie, etc.) que pour des achats complexes dans le domaine des technologies de l'information et de la communication¹⁰. Il l'est aussi de plus en plus en vue de procéder à des achats de services courants (nettoyage, gestion déchets, prêts de véhicules et d'outillage, etc.) ou de services numériques. La Cour des comptes notamment poussent les acteurs publics à utiliser cette forme de mutualisation de services. Celle-ci l'est aussi parfois pour des commandes groupées de travaux. Or ce que l'on peut qualifier de co-

¹⁰ Voir D. Adda, Mutualisation des achats complexes dans le domaine des TIC, *Contrats publics*, éd. Le Moniteur, n° 149, décembre 2014, p. 46 à 51

maîtrise d’ouvrage n’est pas sans soulever des difficultés juridiques qui en limitent l’emploi.

Le régime des groupements de commandes publiques de l’article 28 de l’ordonnance du 23 juillet 2015 fait obstacle à ce que la maîtrise d’ouvrage soit déléguée au coordonnateur. Les personnes publiques lui préfèrent donc la co-maîtrise d’ouvrage (« Loi MOP », art. 2-II). Ce groupement de maîtres d’ouvrage présente un réel intérêt pour la réalisation de plusieurs ouvrages en commun ou pour la construction d’un ensemble immobilier dans lequel les ouvrages ou parts d’ouvrage de chacun des maîtres d’ouvrage sont très imbriqués. Le plus souvent il sera un groupement de contrats publics destinés à la construction d’immeubles qui sont la propriété de personnes publiques. A la différence du droit de l’Union européenne, le droit français impose – par principe mais assorti d’exceptions - la maîtrise d’ouvrage publique pour la construction d’équipements destinés aux collectivités publiques. La « loi MOP » (art. 2-II dans sa rédaction issue de l’ordonnance n° 2004-566 du 17 juin 2004) prévoit cette obligation mais rend possible, parmi les collectivités intéressées par une même opération de travaux, de désigner parmi elles, un maître d’ouvrage unique chargé d’exercer les compétences relevant de la maîtrise d’ouvrage pour l’ensemble de l’opération¹¹. Les groupements de co-maîtres d’ouvrage(s) sont davantage que des groupements de commandes publiques dans la mesure où ils visent à construire et à passer puis exécuter un ensemble de contrats publics souvent volumique. Cela dit, le principe d’unicité du maître d’ouvrage affirmé depuis 2004 en droit français a incité les collectivités locales-maîtresses d’ouvrage de confier à l’un des maîtres d’ouvrage du groupement des pouvoirs plus étendus que ceux attribués au titulaire (entreprise privée) d’un mandat de maître d’ouvrage délégué ou au coordonnateur d’un groupement de commandes constitué sur le fondement de l’article 28 de l’ordonnance du 23 juillet 2015. Il est difficile d’admettre que de cette façon les collectivités locales membres du groupement sont placées sous la tutelle d’une autre collectivité locale en contradiction avec les principes

¹¹ Réponse ministérielle à une question Parlementaire n° 91141, *J.O.* Assemblée nationale 29 mars 2011, p. 3116

constitutionnels¹². Elles maîtrisent les décisions par le biais de la convention qui fixe les compétences de la collectivité locale coordinatrice et mandataire¹³.

B. Conformément à la directive 2014/24/UE, (point 69 et art. 37), l'ordonnance du 23 juillet 2015 (art. 26-1) définit **les centrales d'achats** comme un acheteur public qui a pour objet d'exercer, à titre onéreux ou gratuit, des achats centralisés qui portent soit sur l'acquisition de fournitures ou de services, soit sur la passation de marchés publics de travaux, de fournitures ou de services destinés aux acheteurs publics. Les règles françaises ne répudient pas l'ambition du jurisléateur européen qui souhaite faire des centrales d'achats des outils adaptés et efficaces aux nouvelles exigences et pratiques des pouvoirs adjudicateurs (Dir. 2014/24/UE, considérant n° 69).

Les centrales peuvent intervenir selon deux modalités. En premier lieu elles ont la qualité de « grossiste » dans la mesure où elles achètent de manière autonome des fournitures voire des services qu'elles revendent ensuite aux pouvoirs adjudicateurs. Les relations entre ces derniers et les centrales s'effectuent hors les règles de la commande publique (Dir. 2014/24/UE, art. 37). Comme il s'agit de procéder à des reventes, les centrales ne peuvent pas proposer aux autres acheteurs publics, sans publicité ni mise en concurrence, des fournitures qu'elles ont elles-mêmes fabriquées ou des services qu'elles ont développés. Les centrales sont des acheteurs publics soumis à ces règles de la commande publique. En second lieu, elles ont un rôle d'« intermédiaire contractuel » soit comme mandataires des pouvoirs adjudicateurs c'est-à-dire en menant les procédures d'attribution du marché sur instructions de ces pouvoirs, soit comme intermédiaire autonome en ce sens qu'elles peuvent passer des marchés ou des accords-cadres pour les besoins, actuels et futurs des pouvoirs adjudicateurs qui souhaiteraient avoir recours à leurs prestations. Cet aspect des missions des centrales, et l'obligation de mener de manière

¹² Conseil constitutionnel, Déc. n° 2008-567 du 24 juillet 2008 à propos de la loi relative aux contrats de partenariat

¹³ *A contrario* : réponse ministérielle à une question Parlementaire n° 41109, J.O. Assemblée nationale 29 septembre 2016, p. 8415

permanente des activités d'achats centralisées, en font une formule de mutualisation des achats publics plus souple que les groupements de commandes publiques. L'assistance qu'apporte la centrale d'achats peut par exemple consister en une mise à disposition d'infrastructures techniques permettant aux acheteurs publics de conclure des marchés publics de travaux, de fournitures ou de services. Elle peut aussi apporter des conseils sur le déroulement ou la conception des procédures de passation des marchés publics. Elle prépare et gère des procédures de passation au nom de l'acheteur public et pour son compte. Les acheteurs publics leur confient ainsi tout ou partie de la procédure d'achat public. Chacun d'entre eux demeure cependant responsable de la part d'activités qu'il conserve.

Pour l'accomplissement de ces missions, une réflexion devrait toujours être menée pour déterminer à quel niveau la centralisation des achats est pertinente. Ce n'est qu'ensuite que la création d'institutions de mutualisation des achats publics devrait être envisagée.

2. LA CREATION D'INSTITUTIONS DE MUTUALISATION DES ACHATS PUBLICS

En période de basses eaux budgétaires, la mutualisation fait feu de tout bois dans les administrations européennes. Elle ne concerne pas seulement les achats publics mais bien d'autres secteurs¹⁴. Dans le champ de l'achat public aussi elle emporte une distinction entre la mutualisation conventionnelle, laquelle prend pour support juridique un accord contractuel de partage de compétences et de moyens, et une mutualisation institutionnelle par le truchement d'entités dotées de la personnalité morale. Les groupements de commandes publiques et les centrales d'achats s'inscrivent assez parfaitement dans cette distinction essentielle et commune à toutes les mutualisations de moyens.

A. Le groupement de commandes publiques n'est donc pas doté de la

¹⁴ Voir A. Taillefait, La réforme territoriale et le développement législatif de la mutualisation des moyens : élargissement ou resserrement des possibilités d'intervention locale ? Revue *Lamy Collectivités territoriales* mars 2012, n° 77, pp. 98 à 104

personnalité morale. Il est organisé au moyen d'une convention laquelle va notamment fixer la liste des membres du groupement, définir l'objet du groupement et donc du ou des marchés publics qu'il structure. La convention constitutive est un contrat administratif¹⁵ mais elle n'est pas un marché public de sorte que sa conclusion n'est pas soumise aux principes généraux de la commande publique. En revanche, dans l'exercice de son activité, le groupement devra bien entendu respecter le droit européen et national des marchés publics. A ce titre, il peut être créé temporairement pour la passation d'un marché déterminé. Il peut l'être aussi en vue de la conclusion de plusieurs marchés ou pour satisfaire des besoins administratifs récurrents. Une des limites de ce montage tient à ce que les conditions d'adhésion de nouveaux membres doivent être définies par la convention constitutive mais, par principe, l'adhésion n'est possible qu'« à l'occasion de la passation d'un nouveau marché par le groupement, et non pour les marchés qui seraient éventuellement en cours de passation ou d'exécution »¹⁶. Le droit des marchés publics impose, en effet, de définir précisément la nature et l'étendue des besoins préalablement à la passation d'un marché public (ordonnance du 23 juillet 2015, art. 30).

Même si les dispositions de l'ordonnance du 23 juillet 2015 (art. 28) sont plus évasives que celles du Code des marchés publics antérieur (art. 8)¹⁷, les stipulations de la convention constitutive doivent permettre l'identification du coordonnateur¹⁸ parce qu'elles sont déterminantes pour le fonctionnement du groupement. C'est lui qui sera chargé de préparer la procédure de passation du ou des contrats et de la mettre en œuvre pour le compte des membres. Par principe, chaque membre signe, pour ce qui le concerne, un

¹⁵ CE 13 juillet 2007, *Syndicat intercommunal de la périphérie de Paris électricité et réseau de communication (SIPEREC)*, req. n° 299417

¹⁶ Réponse ministérielle à une question d'un parlementaire n° 100136, *J.O. Assemblée nationale* 17 mai 2011, p. 5146

¹⁷ Voir A. Taillefait, *Coordination, groupements de commandes en centrales d'achats*, revue *Contrats et marchés publics*, éd. LexisNexis (Paris), n° 2, février 2004, chronique 4, pp. 31 à 33

¹⁸ Cour administrative d'appel de Nantes, 22 décembre 2015, *Sociétés Titok Distribution et Titok Production*, req. n° 13NT03272

marché et l'exécute. Cependant, assez souvent, la convention de groupement prévoit une responsabilité plus grande du coordonnateur. Il peut se voir confié le soin de signer et de notifier le marché, chaque membre l'exécutant ensuite pour la part qui lui revient. Parfois aussi, le coordonnateur est chargé également de l'exécution. Si dans la formule la moins intégrée, il est signé autant de marché que de membre du groupement, dans la formule intégrée « complète », il n'est signé qu'un seul marché public. Dans cette dernière hypothèse, les membres du groupement demeurent solidairement responsables de l'exécution des obligations relatives au droit des marchés publics. D'une manière plus générale, l'article 28 III de l'ordonnance du 23 juillet 2015 autorise les collectivités membres d'un groupement de commandes à confier au coordonnateur le soin d'exécuter les marchés publics en leur nom. Ces dispositions ne dérogent pas au principe d'exclusivité de compétence du comptable public assignataire afin de procéder au recouvrement des recettes et au paiement des dépenses publiques¹⁹. Les membres du groupement qui confient au coordonnateur un mandat pour l'exécution du marché, lui confèrent les prérogatives de l'ordonnateur et non celles du comptable public. Le coordonnateur-mandataire peut de la sorte procéder à tout engagement juridique pour le compte des membres du groupement (signature du marché, d'avenant, décision de poursuivre, reconduction, réception, etc.). Toutefois, il n'a pas la possibilité de d'effectuer le paiement des dépenses publiques au nom et pour le compte des collectivités membres de ce groupement. L'exécution financière ne peut donc pas relever de ses missions c'est la raison pour laquelle les membres du groupement doivent prévoir dans la convention constitutive les modalités de rémunération du cocontractant qui permettent d'individualiser celle-ci pour chaque collectivité.

B. Les centrales d'achats, de leur côté, endossent des habits institutionnels très variés²⁰. Tout acheteur public peut en effet se constituer en centrale d'achats conformément

¹⁹ Article 18 du décret n°2012-1246 du 7 novembre 2012 relatif à la gestion budgétaire et comptable publique. Voir A. Taillefait, Validité et validation de mandats portant sur des recettes et des dépenses publiques, revue *L'Actualité juridique droit administratif*, n°15/2015, 4 mai 2015, pp. 869-874

²⁰ Voir T. Rouveyran et A. Stratula, Quels organismes peuvent être qualifiés de centrale d'achat ?, revue *Contrats publics*, éd. Le Moniteur, n° 149, décembre 2014, p. 30 à 34

à ses statuts et à ses compétences légales. Les centrales peuvent ainsi être généralistes, porter sur un territoire ou être circonscrites à un secteur d'achats spécifiques. En Europe en général²¹ et en France en particulier²², de nombreuses centrales d'achats existent dans le secteur de la santé.

Le Code des marchés publics français (article 9) aujourd'hui abrogé disposait seulement que les centrales d'achat étaient des pouvoirs adjudicateurs. Cette définition était bancal dans la mesure où il faut aussi qu'elle soit habilitée à exercer les missions dévolues à ce type d'entité économique. L'ordonnance du 23 juillet 2015 (article 26) est moins partielle. Elle précise bien qu'une centrale est un acheteur public « *qui a pour objet d'exercer des activités d'achat centralisées* ».

Ces critères organiques et fonctionnels satisfaits, les centrales peuvent revêtir des formes juridiques laissées à la décision des collectivités publiques²³ : la forme associative comme la centrale d'achat du transport public (CATP) ; la forme d'un groupement de coopération sanitaire de moyens (GCS), la forme d'un groupement d'intérêt public tel le Réseau des acheteurs hospitaliers de l'Ile-de-France (Reash-Idf) ; la forme de syndicats intercommunaux ou mixtes ; etc. A nouveau, il faut rappeler que ces créations doivent respecter les règles de compétences définies par la loi tel pour les établissements publics le principe de spécialité précisé par leurs statuts constitutifs²⁴.

²¹ Voir G. M. Racca et S. Ponzio, La mutualisation des achats dans le secteur de la santé publique : les centrales d'achat et les accords-cadres dans une perspective comparative, revue *Droit administratif*, éd. LexisNexis, juillet 2011, chronique n° 12, pages 7 à 12

²² Voir L. Duhil de Bénazé, La centrale d'achat, nouveau vecteur d'efficience de l'achat hospitalier, *Contrats publics*, éd. Le Moniteur juillet 2010, n° 101, p. 46

²³ Voir Y. Simmonet, Centrales d'achat, en quête de précisions, revue *Contrats et marchés publics*, éd. LexisNexis (Paris), octobre 2015, chronique 7, p. 34 à 36

²⁴ Cour administrative d'appel de Marseille, ordonnance du 5 juillet 2004, n° 04MA01109, *Syndicat d'agglomération nouvelle Ouest-Provence* : revue *Semaine juridique Administration et collectivités territoriales*, éd. LexisNexis, 2004, chronique n°1640, note S. Deliancourt

La création des centrales d'achats poursuit cependant des objectifs qui sont en partie contradictoires. Il va de soi que la massification des achats a l'avantage de faire diminuer le coût des prestations commandées. Dans le même temps, il s'agit d'éviter les effets d'une trop forte massification des achats sur l'accès des petites et moyennes entreprises à la commande publique. Faute en Europe d'un *Small business act* à l'américaine, chaque centrale française tient à communiquer sur ses efforts en faveur de l'activité de ce type d'entreprise. Par exemple, l'UGAP a mis au point un « Pacte PME » lequel s'appuie sur un « Tour de France des PME » et la mise au point d'un « répertoire des PME ». Les professionnels de la centrale entretiennent des liens continus avec les milieux industriels afin d'identifier de nouveaux fournisseurs susceptibles d'optimiser le résultat des procédures de passation à mener. *« Cette connaissance de l'amont industriel permet ainsi de définir les allotissements les plus pertinents, ce qui facilite l'accès des PME lorsque leurs capacités techniques et financières sont insuffisantes pour satisfaire une prestation globale, au même titre que les possibilités de se grouper pour établir une offre conjointe »*²⁵. Depuis 2014, au demeurant, le droit des marchés publics plafonne le chiffre d'affaires minimal qui peut être exigé des candidats²⁶. Précisément, les acheteurs publics sont en droit d'exiger que les candidats réalisent un chiffre d'affaires annuel minimal afin de garantir leur aptitude à satisfaire la bonne exécution du marché. Cependant, ils ne peuvent pas réclamer que ce chiffre d'affaires soit supérieur au double de la valeur estimée du marché. Cela semble autoriser l'accès à la commande publique de davantage de petites et moyennes entreprises.

Un niveau supplémentaire et européen de centralisation des achats publics tire les conséquences de la globalisation économique et de la concentration des entreprises. Les directives « marchés publics » de 2014 évoquent pour la première fois l'internationalisation des institutions de mutualisation des achats publics.

²⁵ Réponse ministérielle à une question d'un parlementaire n° 95852, *J.O.* Assemblée nationale 5 juillet 2016, p. 6224

²⁶ Décret n° 2016-360 du 25 mars 2016 relatif aux marchés publics, article 44

3. L'INTERNATIONALISATION DES INSTITUTIONS DE MUTUALISATION DES ACHATS PUBLICS

« *La coopération internationale entre collectivités territoriales, écrit le professeur Jean-Bernard Auby²⁷, s'intensifie chaque jour, tout particulièrement dans la sphère européenne, où elle est encouragée à la fois par le Conseil de l'Europe et par l'Union européenne* ». Cette densité supranationale est bien celle de la mutualisation des achats publics par le biais des groupements de commandes publiques et des centrales d'achats.

A. Le groupement de commandes publiques peut être transfrontalier. Autrement dit (ordonnance du 23 juillet 2015, art. 28-IV), il peut être constitué de concert avec des acheteurs publics d'autres États-membres de l'Union européenne. Dans ce cas les membres du groupement doivent prévoir des stipulations dans la convention constitutive relative au droit applicable au marché public, choisi parmi les droits des États-membres dont ils relèvent. Cependant, la création du groupement ou seulement les conditions prévues par la convention constitutive ne doit pas avoir pour but de soustraire tout ou partie des membres à l'application de dispositions nationales qui intéressent l'ordre public. Des stipulations d'accords internationaux peuvent aussi limiter la création ou les conditions de fonctionnement des groupements de commandes publiques transfrontaliers.

La co-maîtrise d'ouvrage transfrontalière a pu être imaginée dans le cadre de traités internationaux prévoyant assez souvent une concession accessoire emportant un transfert de la maîtrise d'ouvrage à une personne morale de droit privé (tunnel sous la manche, tunnel de Turin à travers les Alpes, etc.) Toutefois, la convention-cadre de Madrid du 20 mai 1980 rend plus souple la coopération transfrontalière²⁸.

²⁷ J.-B. Auby, *La globalisation, le droit et l'État*, éditions Montchrestien, collection « Clef politique », 2003, p. 40

²⁸ Voir A. Taillefait, *Coopération transfrontalière*, dans J.-B. Auby et J. Dutheil de la Rochère, *Traité de droit administratif européen*, Bruylant (Bruxelles), 2^{ème} éd ; 2014, pp. 1285 à 1302

Si le but est bien de constituer une co-maîtrise d’ouvrage, le montage juridique est effectué par le truchement de la création de personnes morales spécifique assurant la maîtrise d’ouvrage. Le droit applicable peut être le droit français ou étranger ou un mixte entre les deux (Ordonnance du 23 juillet 2015, art. 29). Le district européen (Code général des collectivités territoriales, art. L. 1115-4-1) est un groupement local de coopération transfrontalière doté de la personnalité juridique pouvant exercer cette maîtrise d’ouvrage. Le groupement européen de coopération territoriale de droit français (Code général des collectivités territoriales, art. L. 1115-4-2) peut aussi avoir une telle utilité. Le Code général des collectivités territoriales (art. L. 1115-4) envisage aussi que les collectivités territoriales et leurs groupements peuvent, dans les limites de leurs compétences et dans le respect des engagements internationaux de la France, adhérer à un organisme public de droit étranger ou participer au capital d'une personne morale de droit étranger auquel adhère ou participe au moins une collectivité territoriale ou un groupement de collectivités territoriales d'un État-membre de l'Union européenne ou d'un État-membre du Conseil de l'Europe.

B. Le principe de l’introduction des **centrales d’achats** dans la directive 2004/18 du 31 mars 2004 a été un point d’accord important entre les États-membres de l’Union européenne. De nombreuses législations nationales avaient déjà consacré leur existence : le CONSIP en Italie ; le Bureau fédéral d’achat en Belgique ; la HANSEL en Finlande. D’autres organismes comparables existaient déjà en Autriche, au Danemark ou en Suède.

En 2013, l’*European health public procurement alliance* (EHPPA), qui est une association de droit français réunissant des centrales d’achats de plusieurs pays européens, s’est constituée en centrale d’achat. Autrement dit, les formes institutionnelles exposées à propos des groupements européens de commandes publiques sont aussi valident pour la création de centrales d’achats publics européennes.

Ainsi donc, la mutualisation des achats publics est un remède à plusieurs maux de la commande publique. Aux asymétries d’informations dont sont sujets les contrats publics ; l’entreprise connaissant mieux ses coûts et l’environnement économique que la partie publique. Sur ce point la professionnalisation de l’achat public déjà existante dans les centrales d’achat et les groupements de commandes publiques repose aussi sur l’analyse

économique des marchés et des innovations qu'ils portent. La mutualisation remédie pour une bonne part à l'incomplétude contractuelle c'est-à-dire à l'impossibilité de prévoir les événements pouvant survenir pendant l'exécution du contrat : un contrat mieux préparé et rédigé est un contrat exécuté avec davantage de sérénité. Elle offre aux acheteurs publics un pouvoir de négociation plus grand sans que pour le moment il ne dérive vers une dépendance du fournisseur vis-à-vis de la centrale de référencement comme dans la grande distribution privée.

Mais la mutualisation des achats publics n'est pas non plus irénique. Outre les effets économiques pervers de la massification des achats, comme l'écrit le professeur Jean Tirole²⁹, prix Nobel d'économie, « *elle désresponsabilise et peut finalement conduire, comme nombre de plaintes quant aux achats centralisés l'attestent, à des prix plus élevés (le décideur n'est qu'en partie le payeur), une lenteur d'exécution ou une offre limitée et peu flexible face à des besoins spécifiques* ».

²⁹ S. Saussier et J. Tirole, *Renforcer l'efficacité de la commande publique*, Conseil d'analyse économique, note n° 22, avril 2015