

Et si on érigeait en principes généraux de la commande publique le pragmatisme, l'efficacité et le bon sens ?

Cette tribune peut faire hérissier le poil de celles et ceux qui appréhendent la commande publique sous un œil exclusivement lié au risque contentieux, et qui pour dormir sur leurs deux oreilles, n'hésitent pas à sortir ceintures et bretelles. Pour d'autres, nous espérons qu'elle contribuera à la prise de conscience de la réalité quotidienne de l'achat public, et à conforter les plus décomplexés des acheteurs publics, dans leurs pratiques déjà éprouvées.



Il ne s'agit pas ici de remettre en cause les principes généraux que sont la liberté d'accès à la commande publique, l'égalité de traitement des candidats et la transparence des procédures. Ce serait une erreur en droit et inutile au propos. Non, il s'agit bien d'appliquer la réglementation, d'oser l'interpréter avec souplesse le cas échéant, et de savoir aussi tirer parti de la liberté qu'elle laisse aux acheteurs de simplifier la commande publique, de s'adapter à la réalité du tissu économique et de faire le choix de s'affranchir à bon escient d'un formalisme coûteux, inutile et inefficace.

A commencer par la gestion des achats inférieurs au seuil de 40 k€.

Depuis que le décret du 12 décembre 2019 a été publié, la grande majorité des acheteurs annonce qu'elle systématisera la demande de devis au titre de la bonne gestion des deniers publics, et qu'à titre exceptionnel, elle conclura avec un seul opérateur sans mise en concurrence.

Normal, quand la sacro-sainte Direction des Affaires Juridiques (DAJ) dit tout et son contraire. Jusqu'à 40 k€, « *les acheteurs sont libérés du formalisme du choix de l'offre économiquement la plus avantageuse* » nous explique la DAJ, avant de conclure que la pratique des « 3 devis » *reste quand même un outil efficace pour s'assurer que la commande est pertinente* ». Et de rappeler aux acheteurs publics que si l'on veut se prévaloir de l'article R 2122-8 du Code de la Commande Publique (CCP), alors la mise en concurrence n'est pas possible. Si on résume : l'acheteur peut conclure un Marché Sans Publicité Ni Mise en Concurrence (MSPMC). Il est parallèlement invité à solliciter des devis. Mais s'il en sollicite, alors il met en concurrence et ne peut plus conclure de MSPMC.

Il y a fort à parier que le coût (pour l'acheteur et pour les opérateurs) lié à la pratique des 3 devis est largement supérieur aux pseudo économies générées par une consultation, même restreinte et sommaire. Si en imposant des règles internes trop rigides, l'objectif est de sécuriser les procédures, alors l'efficacité de la commande publique perd tout son sens.

Le temps perdu dans le formalisme des procédures pourrait être tellement mieux investi dans le développement du sourcing ou l'apprentissage des techniques de négociation. Deux sujets qui inquiètent les acheteurs.

Le sourcing d'abord, introduit dans le décret du 25 mars 2016. Les acheteurs savent-ils qu'à l'instar de Monsieur Jourdain qui fait de la prose sans le savoir, les acheteurs publics font également du sourcing sans le savoir, et depuis longtemps ! Du Salon des Maires à Pollutec, ou de Santexpo à Educatec Educative, les acheteurs publics viennent chercher des informations sur des procédés et produits innovants, échanger avec les opérateurs, et préparer ainsi leurs prochaines consultations. Et sans formalité, sans s'interroger sur la rupture d'égalité de traitement des opérateurs, sans souci de transparence. Alors pourquoi depuis 2016, les acheteurs se posent-ils des questions métaphysiques sur le formalisme à respecter pour organiser un sourcing ?

Le pragmatisme et le bon sens voudraient qu'acheteurs et opérateurs se fassent confiance, et parviennent, ensemble, à répondre aux besoins exprimés.

Sur la négociation enfin. Qu'il s'agisse de la procédure adaptée ou de la procédure avec négociation, les textes laissent la possibilité aux acheteurs de retenir une offre sans même engager un dialogue avec les candidats. Or dans n'importe quel achat (public ou privé), il y a toujours matière à négocier. Sur le prix, mais aussi sur les conditions d'exécution des prestations, les délais, la méthodologie ou les moyens humains.

Faut-il rappeler que l'enjeu de la commande publique est d'exprimer avec précision un besoin, pour qu'un opérateur y réponde au mieux ? Et que faute de cahiers des charges exhaustifs et précis, la première offre n'est que rarement parfaitement adaptée au besoin ? Tous les règlements de consultation pour ces deux procédures de mise en concurrence précisent que l'acheteur se laisse la possibilité d'engager des négociations. Et très souvent, il ne négocie pas, ou se limite à demander aux candidats un rabais symbolique que les opérateurs ont bien évidemment anticipé. Parce que la négociation est une technique qui s'apprend et se maîtrise, tous les acheteurs devraient s'y former. Ou alors, choisir la procédure d'appel d'offres, archaïque et dépassée, à l'heure où la commande publique doit impérativement se moderniser. La boîte à outils déborde, mais on se borne à n'utiliser que le marteau et quelques clous.

Maîtriser le Code de la Commande Publique, ce n'est pas uniquement l'appliquer à la lettre. C'est savoir aussi s'affranchir de certaines dispositions qui nuisent à l'efficacité de l'achat. C'est savoir raisonner en « risque / bénéfice », c'est savoir s'adapter au contexte local du tissu économique, à des considérations politiques, à des délais contraints. C'est savoir interpréter le texte pour n'en dégager que l'esprit. C'est oser faire des entorses lorsque le bon sens s'impose. C'est être pragmatique et intelligent, et comprendre que les rédacteurs du Code, la DAJ et les tribunaux administratifs ne sont pas des praticiens de l'achat public, et que certaines de leurs dispositions et décisions sont parfois inapplicables au quotidien. Je reprends ici l'expression d'un de mes clients, qui n'hésite pas à pratiquer la « transgression positive ».

Ne nous méprenons pas. Le propos n'est pas ici d'inciter à déroger aux textes ou à la jurisprudence. Il s'agit de comprendre que la réglementation est au service du besoin, et pas l'inverse. Nous pensons que les principes généraux du droit de la commande publique ne sont pas incompatibles avec l'efficacité, le pragmatisme et le bon sens. Encore faut-il être audacieux.

Marina Brodsky – Brodsky Consultants

AMO Achat Public