

Vers un achat responsable

L'évolution du code des marchés publics

Maud Vaintrub-Clamon

Bureau des bibliothèques,
de la lecture publique
et du multimédia,
Ville de Paris
maud.vaintrub-clamon@paris.fr

Trois codes des marchés publics en cinq ans : cette inflation réglementaire agace manifestement tous ceux qui participent, de près ou de loin, à la commande publique, et qui se voient obligés, tous les deux ans, de se plonger dans la lecture fastidieuse d'un décret d'une centaine d'articles. Et pourtant, c'est précisément l'objectif de sécurité juridique – fondée sur la clarté, l'intelligibilité et... la stabilité des textes – qui a guidé la rédaction du dernier code des marchés publics, publié le 1^{er} août 2006.

Ce nouveau code a en effet pour principal objet de conformer le droit français aux directives communautaires¹ portant sur la coordination et l'harmonisation des procédures de passation des marchés publics au sein de l'Union européenne.

Ces directives, intervenues seulement trois mois après la publication

du code des marchés du 7 janvier 2004, fragilisaient nos procédures nationales. Mais la France a su tirer parti de ses obligations communautaires : la réécriture du code a été l'occasion de prendre en compte les récentes évolutions de l'environnement de l'acheteur public ; de plus, la méthode choisie pour effectuer la transposition doit être saluée : le code a été publié après un an de concertation entre les acheteurs publics et le ministère de l'Économie et des Finances qui a su mettre en place les outils de ce dialogue (publication des projets de réforme, ouverture d'une

1. Directive 2004/18/CE du 31 mars 2004 relative à la coordination de la passation des marchés publics de travaux, fournitures et services et directive secteurs 2004/17/CE du 31 mars relative à la coordination des procédures de passation des marchés dans les secteurs de l'eau, de l'énergie, des transports et des services postaux.

Titulaire d'une maîtrise de lettres classiques et diplômée de Sciences-Po Paris, **Maud Vaintrub-Clamon** est responsable des achats du Bureau des bibliothèques, de la lecture publique et du multimédia de la Ville de Paris.

boîte aux lettres électroniques destinée à recevoir commentaires et propositions, rencontre des praticiens pour recueillir leurs attentes...).

L'esprit du code

Les modifications apportées au code de 2004 (dont on vous épargnera le recensement exhaustif) ne sont pas aussi décisives que celles apportées au texte de 2001. Ce nouveau code n'est donc pas une révolution: les pratiques des bibliothèques, aujourd'hui aguerries aux procédures des marchés publics, ne s'en trouveront pas bouleversées. Car si le texte de référence et la terminologie changent, l'esprit du code reste le même: l'objectif (l'efficacité de la commande publique) et les principes des marchés publics (la liberté d'accès à la commande publique, l'égalité de traitement des candidats et la transparence des procédures) sont réaffirmés.

Le décret de 2006 ne serait qu'un prolongement de ce qui a été mis en place depuis 2001 pour « *sortir l'achat public de l'ère préhistorique*² ». En se modernisant, la notion d'achat efficace s'enrichit: l'achat public du XXI^e siècle sera « responsable » ou ne sera pas. La responsabilité, c'est d'abord celle de l'acheteur qui, pour bien utiliser les deniers publics, doit faire des choix (choix du niveau de cumul des seuils, choix de la procédure, choix des critères d'analyse des offres, choix de l'échelle de notation...) en prenant en compte les enjeux économiques, sociaux et environnementaux. Cette responsabilité,

2. Pour reprendre l'expression de Jérôme Grand d'Esnon, directeur des affaires juridiques du ministère des Finances, dans une interview accordée au *Moniteur* (11 août 2006, p. 10).

récemment mise en valeur, et les marges de manœuvre qu'elle dessine, ne sont pas toujours assumées par les acheteurs, habitués à la rigueur rassurante des procédures. Mais le code n'aurait « *pas vocation à rassurer les acheteurs mais à les placer devant leur responsabilité*³ ».

Si le nouveau code ne bouleverse pas le cadre général des achats des bibliothèques, ces dernières peuvent cependant, au détour d'un article, déceler quelques mesures qui auront un véritable intérêt pour leurs futures acquisitions. Nous tenterons d'explorer les conséquences que pourront avoir ces mesures nouvelles sur la stratégie d'achat des bibliothèques.

Après une explication de texte qui reviendra sur les nouveaux « mots » du code, on s'attardera sur la définition de l'achat efficace, responsable et moderne que propose le décret. Car la nouvelle rédaction du code approfondit des chantiers ouverts en 2004 pour refléter la particularité du tissu économique français et européen (constitué de petites et moyennes entreprises), les préoccupations environnementales et sociales des personnes publiques (l'objectif de développement durable) et la modernisation du secteur économique (la dématérialisation des procédures). Enfin, nous concluons ce tour d'horizon du nouveau code en présentant l'évolution des procédures (création des acquisitions dynamiques et des accords-cadres, réforme du dialogue compétitif et réécriture de l'article 30).

Un code à décoder: une architecture et une terminologie nouvelles

La numérotation des articles du code n'a été modifiée qu'à la marge afin d'en faciliter l'application immédiate. Le nombre d'articles, en

3. Jérôme Grand d'Esnon, lors d'une présentation du nouveau code aux acheteurs d'Île-de-France, le 18 septembre 2006.

revanche, a sensiblement augmenté: la clarté et l'harmonisation semblent avoir ce prix (le nouveau code comporte en effet 177 articles contre 138 en 2004 et 136 en 2001).

Le décret se présente en trois parties distinctes: la première définit les dispositions applicables aux marchés passés par les « *pouvoirs adjudicateurs* »; la deuxième définit les dispositions applicables aux marchés passés par les « *entités adjudicatrices* »; la troisième partie, extrêmement courte, porte sur des dispositions diverses, notamment applicables à Saint-Pierre-et-Miquelon.

De nouvelles notions, issues du droit communautaire, font donc leur apparition dans le jargon de l'acheteur public qui venait tout juste de s'habituer au sigle « PRM » (personne responsable de marché). Le code des marchés publics s'applique en effet aux « *pouvoirs adjudicateurs* » que sont l'État et ses établissements publics autres que ceux ayant un caractère industriel et commercial, les collectivités locales et leurs établissements publics. Ces pouvoirs adjudicateurs deviennent des « *entités adjudicatrices* » dès qu'ils agissent comme opérateurs de réseau (eau, gaz, électricité, transport, services postaux): la notion d'entité adjudicatrice a donc la particularité de combiner un critère organique (la personne qui achète) et un critère matériel (l'activité de l'acheteur).

La notion de « personne responsable de marché », qui était une particularité du droit français sans équivalent européen, disparaît ainsi, sans être remplacée: elle désignait la personne physique qui signait le marché tandis que le pouvoir adjudicateur et l'entité adjudicatrice désignent les personnes morales qui organisent les procédures pour acquérir ce dont elles ont besoin auprès d'« opérateurs économiques » publics ou privés⁴.

4. La notion d'« opérateur économique » est ambiguë et aurait mérité d'être définie précisément par le code en fonction des secteurs d'activités et des statuts des personnes participant à la commande publique.

Les bibliothèques doivent adopter rapidement ce nouveau vocabulaire et modifier leurs modèles de marchés en supprimant toutes les références à une quelconque « PRM ». La personne physique qui signe les marchés est désormais un « représentant du pouvoir adjudicateur », habilité par délégation à signer les pièces contractuelles.

Si l'introduction de ces notions est relativement neutre, d'autres changements sémantiques nous apparaissent plus déterminants. Le code s'appuie en effet sur de nouveaux adjectifs pour déterminer les conditions d'élimination d'une offre. Il y a peu, une offre était conforme ou non conforme, et aucun entre-deux n'était autorisé. Avec le code 2006, la palette des adjectifs mis à disposition de l'acheteur s'étend : une offre peut être éliminée pour avoir été jugée « irrégulière », « inacceptable » ou encore « inappropriée » (article 53-III). Ces adjectifs correspondent aux situations fréquemment rencontrées lors de l'analyse des offres et qui ne trouvaient pas de conclusion satisfaisante dans la simple référence à la conformité au cahier des charges.

L'article 35 du code définit le sens des trois adjectifs qui justifient désormais l'élimination d'une offre : une offre est « irrégulière » lorsque, « *tout en apportant une réponse au besoin du pouvoir adjudicateur, elle est incomplète ou elle ne respecte pas les exigences formulées dans l'Avis d'appel public à la concurrence ou dans les documents de la consultation* » (article 35-I-1). Une offre est « inacceptable » si « *les conditions qui sont prévues pour son exécution méconnaissent la législation en vigueur, ou si les crédits budgétaires alloués au marché après évaluation du besoin à satisfaire ne permettent pas au pouvoir adjudicateur de le financer* » (article 35-I-1). Une offre enfin, est jugée « inappropriée » quand elle apporte « *une réponse sans rapport avec le besoin du pouvoir adjudicateur et qu'elle peut donc être assimilée à une absence d'offre* » (article 35-II-3).

Cette terminologie a l'avantage d'être claire et de répondre concrètement aux interrogations des acheteurs sur les motifs qui les autorisent à éliminer une offre.

Pour conclure cette explication de texte, de nouvelles expressions, correspondant à de nouvelles procédures, apparaissent, telles que les « *acquisitions dynamiques* » ou les « *accords-cadres* », qui feront l'objet de plus amples explications.

Un code qui reflète des préoccupations grandissantes

À la recherche d'un équilibre perdu

Les collectivités locales françaises, et notamment les quelque 36 000 communes qui constituent le premier maillage de notre territoire, ont pour interlocuteurs « naturels » les petites et moyennes entreprises. La définition est large et le sigle PME recouvre une diversité de situations : on entend ainsi par « petites et moyennes entreprises » les entreprises dont l'effectif ne dépasse pas 250 employés et dont le chiffre d'affaires ne dépasse pas en moyenne, sur les trois dernières années, 40 millions d'euros. Ne sont pas considérées comme des petites et moyennes entreprises les entreprises dont le capital social est détenu à hauteur de plus de 33 % par une entreprise n'ayant pas le caractère d'une petite et moyenne entreprise⁵.

Le code 2006 met en place un dispositif destiné à encourager ces dernières à participer aux consultations, quelle que soit leur envergure. Il s'agit de mesures incitatives respectant les principes fondamentaux du code : sont ainsi conciliées la liberté d'accès à la commande publique et l'égalité de traitement, qui ne permet

pas d'introduire des mesures discriminatoires comme aux États-Unis. Depuis 1953, il existe outre-Atlantique un dispositif de discrimination positive, le *Small Business Act*, qui permet de consacrer 23 % des dépenses fédérales à des commandes passées auprès de petites et moyennes entreprises. L'Union européenne ne peut pas envisager pour l'instant de telles mesures, car elle est liée par un accord multilatéral qui ne tolère aucune discrimination, toute « positive » que cette dernière puisse être. Le code propose seulement des mesures incitatives, qui portent sur la forme de la consultation et sur le mode de sélection des candidatures.

L'allotissement (article 10) est au cœur du dispositif. Le marché global devient l'exception et l'allotissement, la règle : le marché unique reste autorisé dans trois cas, lorsque la dévolution en lots séparés est « *de nature à restreindre la concurrence* », lorsqu'elle « *risque de rendre techniquement difficile ou financièrement coûteuse* » l'exécution des prestations ou lorsque « *le pouvoir adjudicateur n'est pas en mesure d'assurer par lui-même les missions d'organisation, de pilotage et de coordination* ».

Les bibliothèques doivent donc réfléchir, pour leurs futurs marchés, à un allotissement pertinent, prenant à la fois en compte l'objet du marché, la configuration du secteur économique concerné (secteur plus ou moins concurrentiel, éclatement ou concentration des opérateurs économiques) et l'exécution qu'il demande (la multiplication des fournisseurs exige un suivi administratif renforcé). Si une bibliothèque conclut qu'un allotissement n'est nullement pertinent, elle doit être en mesure de motiver le recours au marché global. Pour les marchés de fourniture de livres, l'allotissement permet au grossiste comme à la librairie unipersonnelle de participer à la consultation. Des librairies de petite taille peuvent ainsi se positionner et remporter un lot dans le cadre d'une consultation aux

5. Ces trois critères cumulatifs sont énoncés à l'article 8 de l'ordonnance n° 2004-559 du 17 juin 2004 portant sur les contrats de partenariat.

enjeux importants. Pour les marchés de prestations de reliure, l'allotissement permet également à certains ateliers qui présentent des équipes et des locaux restreints de devenir les partenaires des bibliothèques.

D'autres mesures concernant la sélection des candidatures complètent cette règle de l'allotissement. Citons-les pour souligner les efforts des rédacteurs du code : avec la proportionnalité des critères de candidature à l'objet du marché (article 45-I), il ne peut être exigé que des « *niveaux minimaux de capacité liés et proportionnés à l'objet du marché* » ; il est possible de réserver un nombre de candidatures dans les procédures restreintes (article 60) et donc de fixer un nombre minimum de PME qui seront admises à présenter une offre ; il est désormais impossible d'éliminer une candidature en l'absence de références pour des prestations de même nature (article 52) ; l'appréciation des capacités d'un groupement est globale (article 52 : « *Il n'est pas exigé que chaque membre du groupement ait la totalité des compétences techniques requises pour l'exécution du marché* »). Cette dernière mesure peut inciter des librairies ou des ateliers de reliure à se grouper pour répondre ensemble à un appel d'offres.

L'ensemble de ces mesures incitatives a le mérite d'exister et de permettre à toutes les entreprises, quelle que soit leur taille, de participer à la commande publique : aux bibliothèques de les mettre en œuvre pour que les petites structures spécialisées puissent participer aux consultations qu'elles lanceront.

Selon nous, deux autres mesures viennent compléter ce dispositif et permettent aux PME de participer à des opérations complexes. Il ne faut pas hésiter à sortir de la procédure d'appel d'offres dès que le code l'autorise : il est ainsi possible depuis 2004 de passer des marchés à procédure adaptée lorsque des lots d'une procédure d'appel d'offres ne dépassent pas 80 000 € HT et que

leur montant cumulé ne dépasse pas 20 % de la valeur d'ensemble du marché (article 27-III). En combinant l'allotissement et la souplesse de la procédure, cette disposition permet aux PME, peu habituées à répondre aux appels d'offres, de remettre une offre dans un cadre moins formalisé et de l'adapter aux besoins au cours de négociations.

Enfin, le code 2006 prévoit la possibilité de verser une prime aux candidats lorsque certains éléments demandés à l'appui de l'offre impliquent un investissement significatif (comme des échantillons, des maquettes ou des prototypes). Or, il n'est pas rare qu'une bibliothèque cherche à apprécier le travail d'un prestataire sur la base d'échantillons : elle peut par exemple apprécier le savoir-faire d'un relieur à partir d'ouvrages traités selon certaines prescriptions.

Avant d'envisager le versement d'une prime, il lui faudra déterminer à partir de quel seuil l'investissement peut être considéré comme « significatif ». Le montant de la prime dépendra du nombre d'échantillons à traiter, du nombre d'heures passées par le candidat à l'ouvrage... et évidemment du budget global alloué au marché ; car le code ne dit pas si la prime, elle, doit être « significative ». Cette mesure ne devra pas être négligée par les bibliothèques : elle montre que le code prend en compte le coût de la consultation aussi bien du côté de l'acheteur (le pouvoir adjudicateur peut décider le paiement des frais de reprographie du dossier de consultation, selon l'article 41) que de celui du candidat (qui peut, dans certaines conditions, se voir indemniser, conformément à l'article 49).

Des achats qui durent

L'objectif de développement durable doit être pris en compte par l'acheteur public à tous les stades du marché, depuis la définition du besoin (article 5), en passant par la spécification technique (l'article 6 permet d'inclure des caractéristiques

environnementales par référence à un écolabel), la rédaction des clauses d'exécution (article 14), le choix des critères d'analyse des offres (article 53). L'efficacité de l'achat public ne se mesure pas qu'économiquement ou techniquement : l'achat moderne doit concilier développement économique, progrès social et protection de l'environnement. Ainsi, les bibliothèques devront-elles prendre notamment en compte le cycle de vie des fournitures qu'elles acquièrent : le réflexe existe déjà pour certains produits mais qu'en est-il de ces produits si spécifiques que sont les biens culturels ? Les livres mis au pilon ne peuvent-ils pas eux aussi faire l'objet d'un recyclage ?

Les marchés, comme les bibliothèques, se dématérialisent

Le code 2006 poursuit la dématérialisation engagée et annonce l'avenir, puisqu'à partir du 1^{er} janvier 2010 le pouvoir adjudicateur pourra exiger la transmission des candidatures et des offres par voie électronique (article 56-III-2^o). Pour l'instant, il ne s'agit que d'une possibilité offerte aux entreprises : ces dernières doivent choisir de remettre leur offre sur support papier ou par voie électronique (dans un cadre sécurisé : un certificat est exigé pour la signature électronique ; une copie papier de sauvegarde est autorisée en cas de virus détecté).

Pour encourager la dématérialisation du côté des pouvoirs adjudicateurs, le délai de réponse de 52 jours accordé aux entreprises dans le cadre d'un appel d'offres peut être réduit : il est ainsi possible de diminuer le délai de 7 jours lorsque l'avis est envoyé électroniquement et de 5 jours lorsque les documents de la consultation sont disponibles en ligne. Ces réductions sont cumulables (sauf si un avis de pré-information a été envoyé) ce qui permet de réduire à 40 jours le délai de réponse à un appel d'offres.

Quand la consultation porte sur des fournitures courantes, ce gain

de temps peut être précieux pour le pouvoir adjudicateur, sans nuire aux entreprises. L'acheteur doit évaluer si le délai reste raisonnable au regard de l'objet du marché : ainsi, dans le cadre de marchés de prestations intellectuelles (d'étude ou de formation par exemple), il est déconseillé aux bibliothèques de cumuler les réductions de délais.

Parallèlement à cette dématérialisation des procédures d'appel d'offres « classiques », des procédures spécifiques sont encouragées (les enchères électroniques) ou créées (les systèmes d'acquisitions dynamiques, dits « SAD »).

Enchères électroniques

La procédure des enchères électroniques (article 54) existait déjà ces dernières années mais le code la rend moins mystérieuse : le texte précise directement les dispositions applicables aux enchères alors que le code 2004 renvoyait à un décret d'application pour sa mise en œuvre.

Le recours aux enchères est limité quant à l'objet et au montant du marché : le dispositif de ces enchères inversées ne concerne que les fournitures (courantes ou non, ce qui constitue une ouverture notable par rapport à 2004), excluant services et travaux. Une autre condition doit être remplie : les enchères électroniques ne peuvent être envisagées que pour des procédures formalisées au-delà de 135 000 € HT pour l'État et 210 000 € HT pour les collectivités locales. En revanche, les enchères peuvent porter sur les prix ou d'autres éléments quantifiables.

Le pouvoir adjudicateur met en place une plateforme électronique pour accueillir les offres des candidats : il leur est alors possible de modifier leur offre en fonction des prix concurrents (qui restent cependant anonymes). Les bibliothèques qui cherchent à faire des économies peuvent recourir à cette procédure, notamment pour des fournitures liées aux nouvelles technologies dans ce

secteur. On peut en effet espérer que les entreprises seront préparées à une telle expérimentation ; mais le jeu doit en valoir la chandelle : l'économie réalisée doit justifier l'investissement initial (la mise en place d'une plateforme électronique, le suivi de l'opération, les délais...).

Système d'acquisitions dynamiques

Contrairement aux enchères, le système d'acquisitions dynamiques est une nouvelle procédure (article 78) et qui plus est, entièrement dématérialisée. Elle permet, pour l'achat de fournitures courantes, de sélectionner des opérateurs économiques sur la base d'offres indicatives puis de les mettre en concurrence pour la passation de marchés spécifiques : les candidats retenus sont alors invités à remettre une offre définitive. Ce système est une nouvelle méthode d'acquisition, proche dans sa structure en deux phases, de l'accord-cadre, la nouveauté tant attendue du code 2006. Mais cette procédure nous semble encore ambiguë et son intérêt difficile à apprécier.

Nouvelles procédures et aménagement des anciennes

De nouvelles méthodes d'acquisition, inspirées du droit européen, ont été intégrées dans le code 2006 et nous avons déjà évoqué le système d'acquisitions dynamiques. Mais la principale nouveauté du code est l'accord-cadre : cette procédure était vantée pour sa souplesse bien avant la publication du texte qui précise sa mise en œuvre. Et pourtant, à la première lecture – évidemment fébrile – du code 2006, cette souplesse nous a semblé ambiguë.

Le principe est le suivant (article 76) : il s'agit d'anticiper l'achat en découplant la sélection des candidatures (l'accord-cadre) et la passation des marchés lorsque survient un besoin

(les marchés dits « subséquents »). Le pouvoir adjudicateur sélectionne des opérateurs économiques pour quatre ans maximum : ces derniers forment alors un système clos, une sorte de club d'entreprises susceptibles d'être contactées pour de prochaines mises en concurrence.

Cette nouvelle procédure, qui s'apparente à un référencement, devrait être utilisée comme un instrument de planification des commandes pour les achats récurrents ou un moyen de réagir quand des urgences surviennent : les marchés subséquents sont passés dans des délais raccourcis, les entreprises candidates ayant déjà été sélectionnées. Mais, pour les collectivités locales, cette souplesse a une limite : si le marché subséquent dépasse 210 000 € HT, l'attribution doit se faire en Commission d'appel d'offres et l'autorisation de signer le marché être donnée par l'Assemblée délibérante...

L'intérêt de la procédure dépendra donc de l'habileté des acheteurs à l'utiliser et de l'appréciation que fera le juge administratif de cette habileté ! Il est difficile de dire si cette procédure sera plus intéressante pour les bibliothèques que des marchés à bons de commandes « classiques » intelligemment allotés : car l'intérêt de la remise en concurrence au sein de l'accord-cadre est limité si les besoins sont globalement recensés et si le prix ne joue pas ; or, les prix des principaux achats récurrents des bibliothèques, les livres, sont soumis à une réglementation qui ne laisse pas aux candidats une grande marge de manœuvre...

Parallèlement à la promotion de ces nouvelles procédures, le nouveau code aménage les anciennes et procède ainsi à des ajustements nécessaires. La réforme du dialogue compétitif (article 67) est des plus logiques : le pouvoir adjudicateur n'a plus à rédiger, à la fin des échanges avec les entreprises, un cahier des charges sur la base duquel elles devront remettre une offre définitive. L'écueil principal des dialogues compétitifs

précédents est ainsi évité, à savoir la rédaction d'un cahier des charges « mixte », reprenant les éléments les plus convaincants des solutions avancées par chaque candidat sans qu'une réelle cohérence apparaisse dans le projet.

La réécriture de l'article 30 du code concerne plus directement les achats des bibliothèques puisque les services culturels, de la production d'animations à la restauration d'ouvrages rares, anciens ou précieux, relèvent de cet article. Le Conseil d'État avait partiellement annulé les dispositions de l'article 30 dans sa version 2004 qui semblait méconnaître les grands principes du code. Étant donné la rédaction ambiguë de l'article, il semblait possible de recourir à la procédure de l'article 30 pour se soustraire aux obligations de mise en concurrence. La clarification du code 2006 était donc nécessaire: les marchés de l'article 30 peuvent, quel que soit leur montant, être passés selon une procédure adaptée qui respectera les principes fondamentaux du code. Dès que le secteur est concurrentiel, une publicité et une mise en concurrence doivent donc être organisées même si la commande relève, par son objet, de la procédure de l'article 30.

Au-delà de ces obligations, la souplesse de la procédure adaptée permet de prendre en compte la spécificité de certains services, notamment culturels. Si, en revanche, le secteur n'est pas concurrentiel, l'acheteur doit s'interroger pour savoir s'il a choisi la procédure la plus pertinente: car le marché négocié (article 35-II-8) prévoit bien la possibilité de ne pouvoir confier une mission qu'à un opérateur donné « *pour des raisons techniques, artistiques ou tenant à la protection de droits d'exclusivité* ».

Obligation de définir ses besoins

Quelle que soit la procédure choisie, la bibliothèque devra définir ses besoins dans des conditions

modifiées. L'obligation de définir ses besoins implique en effet une définition technique même si la référence à des normes n'est plus obligatoire (article 6). La rédaction de ces spécifications techniques est un exercice délicat puisqu'elle doit être à la fois précise et ouverte, c'est-à-dire de nature à ne pas restreindre la concurrence. Certains bibliothécaires sont attachés à des produits de marques particulières et estiment objectivement que ces produits sont les mieux adaptés à leurs besoins. Mais il leur faudra désormais résister à la tentation de définir leurs besoins par rapport à un produit existant et faire l'effort de rédiger des cahiers des charges fonctionnels. Le code 2006 n'autorise plus, sauf exception, la référence à des produits ou à des marques, même suivie de l'expression « ou équivalent ». Si le code prévoit la possibilité d'y recourir de façon exceptionnelle, la jurisprudence est très restrictive dans ce domaine et invite donc à la plus grande prudence.

Le Conseil d'État vient en effet de préciser que la référence aux caractéristiques techniques des produits d'une marque, même sans la citer, pouvait suffire à constituer une atteinte au principe d'égalité entre les candidats. Mettre en concurrence, c'est reconnaître la possibilité de se voir proposer plusieurs solutions, dont certaines pourront être innovantes; or, en se référant à des produits et marques éprouvées, l'acheteur cherche, certes, à se rassurer, mais il ne favorise pas l'innovation ni le renouvellement des pratiques. Une définition fonctionnelle des besoins doit donc désormais être privilégiée.

Le binôme bibliothécaire-acheteur

Le nouveau code 2006 ne change pas fondamentalement les pratiques mises en place depuis 2004: l'acheteur doit se jeter à l'eau pour éprouver l'intérêt des nouvelles procédures proposées mais aussi pour éprouver cette responsabilité, sur la

quelle insistent tant les rédacteurs du code. Ces derniers souhaitent que le code soit considéré comme un guide des achats et non comme le diktat du Minefi (Ministère des Finances) ou encore de Bruxelles. Le code contribue donc à la modernisation de la gestion publique en général, fondée sur une plus grande responsabilisation des gestionnaires: dans un contexte de rationalisation budgétaire, la commande publique est devenue un enjeu important; n'oublions pas qu'elle représente 120 milliards d'euros par an, soit environ 10 % du produit intérieur brut. On comprend alors tout l'intérêt qui est porté au métier d'acheteur, en pleine mutation: une école d'acheteurs devrait d'ailleurs bientôt être créée...

Au sein des bibliothèques, la politique d'achat responsable, efficace et moderne promue par le code de 2006 ne pourra être élaborée qu'avec le concours des bibliothécaires et de leurs interlocuteurs administratifs. C'est autour de ce binôme bibliothécaire-acheteur que les bibliothèques pourront mener une politique d'acquisitions sereine et responsable.

Janvier 2007

Pour en savoir plus

- Décret n° 2006-975 du 1^{er} août 2006 portant code des marchés publics.
- Circulaire du 3 août 2006 portant manuel d'application du code des marchés publics.
- Arrêté du 28 août 2006 relatif aux spécifications techniques des marchés et accords-cadres.
- Une présentation très claire du nouveau code est proposée sur le site du Sénat sous la forme d'un diaporama (www.senat.fr, rubrique « documents de travail/documents d'études/études des collectivités territoriales »).
- La Cijap, Cellule d'information juridique aux acheteurs publics, basée à Lyon, est chargée par le ministère de l'Économie et des Finances de répondre aux questions des acheteurs locaux. Vous trouverez les coordonnées de cette « hot line » de la commande publique sur le site du Minefi: www.colloc.minefi.gouv.fr, rubrique « marchés publics ».