

AVOCATS
NOV

LAW

MONITEUR JURIS
CONTRATS PUBLICS

L'achat public local,
une solution à la flambée
des prix assortie de
contraintes



Antoine CARLE
Avocat Associé

L'achat public local, une solution à la flambée des prix assortie de contraintes

Si l'achat public local présente un intérêt évident pour certains services et qu'il contribue à soutenir les acteurs économiques locaux, cette pratique s'avère d'un intérêt relatif pour contrer la flambée des prix observée depuis plusieurs mois dans les secteurs de l'énergie... De manière plus générale, le succès de la démarche d'achat local dépend de plusieurs facteurs, d'ordre juridique et économique.

Face à la flambée des prix renforcée par la guerre en Ukraine et aux difficultés d'approvisionnement voire les pénuries rencontrées sur certains produits, les collectivités locales et leurs groupements sont contraints de réinterroger leurs pratiques d'achat et de chercher de nouvelles pistes pour satisfaire au mieux leurs besoins et ceux de leurs administrés.

Traditionnellement, l'achat public local a été envisagé comme un moyen de répondre, d'une part, à des enjeux sociaux (volonté de favoriser la croissance des petites et moyennes entreprises et de favoriser l'emploi local), d'autre part, à des considérations environnementales et écologiques (volonté des acheteurs locaux de réduire l'empreinte écologique de leurs achats).

La crise sanitaire a mis en exergue la nécessité de relocaliser certaines productions et de privilégier des achats nationaux, régionaux ou locaux, à d'autres fins. On songe par exemple au besoin ressenti, il y a un peu plus d'un an, de redévelopper sur le territoire la production du matériel médical dont celle d'équipements de protection individuelle sanitaires⁽¹⁾ et des principes actifs de médicaments. L'objectif du gouvernement était ainsi de sécuriser la chaîne de valeur pharmaceutique et éviter les risques de rupture ou une dépendance trop forte à des pays situés hors d'Europe, essentiellement en Asie.

On songe surtout à la nécessité des acheteurs de recourir à des approvisionnements locaux pour des marchés de restauration collective alors que, durant le confinement, « les fournitures, les denrées ou les services se

Auteur

Antoine Carle
Avocat Associé
Novlaw Avocats

(1) Instruction n° DGOS/PF/PHARE/2021/254 du 15 décembre 2021 relative à la sécurisation du processus d'achat de fournitures et équipements critiques.

[trouvaient] éloignés du lieu d'exécution »^[2]. La démarche de proximité, traditionnellement motivée dans le secteur de la restauration collective par des considérations d'ordre qualitatif (meilleure qualité des denrées, traçabilité plus grande, etc.), répondait cette fois à la nécessité d'assurer la continuité même de services publics essentiels, notamment des EHPAD.

L'achat public semble ainsi pouvoir être utilisé pour limiter les effets des crises rencontrées, dont l'impact sur l'exécution des contrats de la commande publique est bien connu^[3].

Cela étant, la politique d'achat local ne saurait constituer une solution systématique aux difficultés susceptibles de survenir en temps de crise.

En particulier, si l'achat public local présente un intérêt évident pour certains services et qu'il contribue à soutenir les acteurs économiques locaux, cette pratique s'avère d'un intérêt relatif pour contrer la flambée des prix observée depuis plusieurs mois dans les secteurs de l'énergie (sur le pétrole, le gaz), et pour des matières premières alimentaires dont les céréales en général et le blé en particulier.

De manière plus générale, nous verrons que le succès de la démarche d'achat local dépend de plusieurs facteurs, d'ordre juridique et économique.

Les contraintes juridiques à l'achat local

La volonté des pouvoirs publics de favoriser l'achat local se heurte d'abord à une limite juridique.

Les principes constitutionnels de la commande publique (la liberté d'accès à la commande publique et l'égalité de traitement des candidats à des contrats de la commande publique, qui découlent des articles 6 et 14 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789) et les principes de non-discrimination et de liberté de circulation des personnes, des capitaux et des services énoncés dans les traités de l'Union européenne font obstacle à ce que les acheteurs favorisent des opérateurs nationaux ou locaux dans l'attribution des contrats de la commande publique. Cette interdiction trouve à s'appliquer y compris lorsque les discriminations sont dissimulées.

[2] Rapport de l'AMF du 21 avril 2020 portant contribution à la préparation du déconfinement.

[3] Voir en ce sens la circulaire du Premier ministre n° 6338/SG du 30 mars 2022 relative à l'exécution des contrats de la commande publique dans le contexte actuel de hausse des prix de certaines matières premières, qui présente les circonstances dans lesquelles ces contrats peuvent être modifiés en raison de l'instabilité et de l'envolée sans précédent des prix de certaines matières premières, précise les conditions d'application de la théorie de l'imprévision, et reprend en grande partie la circulaire du 16 juillet 2021 sur l'aménagement des conditions d'exécution des contrats dans le contexte de la crise sanitaire.

C'est ainsi, notamment que la Cour de justice de l'Union Européenne prohibe toute discrimination fondée sur la nationalité, quels que soient les critères utilisés, dès lors qu'ils conduiraient au même résultat (CJCE, 5 décembre 1988, Commission c/ Italie, n° C-3/88), de même que des réglementations nationales réservant un pourcentage de marchés publics à des entreprises nationales ou régionales (CJCE, 11 juillet 1991, Laboratori Bruneau SRL c/ Unità sanitaria locale RM/24 di Monterotondo, n° C351/88) ou qu'un critère d'attribution fondé sur l'implantation géographique des candidats (CJUE, 22 octobre 2015, Grupo Hospitalario Quiron SA, n° C-552/13).

En droit interne, l'exclusion de la préférence géographique est rappelée par le Code de la commande publique (articles R. 2111-7 pour les marchés et R. 3111-1 pour les contrats de concessions, qui énoncent que les spécifications techniques ne peuvent pas faire mention « d'une provenance ou origine déterminée ») et contrôlée par les juridictions. Le localisme peut être sanctionné tant par le juge administratif (ce dernier vérifie notamment que les exigences d'implantation locale sont liées aux conditions d'exécution du contrat : v. CAA Paris, 9 octobre 2001, n° 00PA02063 ; RFDA 2002, p. 418) que par le juge pénal.

Par principe, il n'est donc pas possible pour les acheteurs de recourir à des clauses ou critères visant à réserver leurs contrats (ou même un pourcentage de leur exécution) à des entreprises en raison de leur implantation locale, de leur nationalité, ainsi qu'à tout critère qui serait relatif à l'utilisation de produits locaux, au détriment des entreprises et des produits originaires d'autres pays membres ou d'autres régions. Il en va ainsi y compris en période de crise.

Mais depuis les années 2000, des assouplissements sont intervenus, conduisant à faire de la commande publique un levier de l'action publique.

La directive relative aux marchés publics de 2004^[4], puis les directives relatives à la passation des marchés publics et des concessions de 2014^[5] ont ainsi admis la prescription de caractéristiques environnementales et sociales dans les spécifications techniques, plaçant la commande publique « au service d'objectifs sociétaux communs »^[6] et autorisant par là même les acheteurs publics à favoriser certaines façons de produire ou d'exécuter ces contrats et, ce faisant, à pouvoir en certains cas orienter (indirectement) le choix des titulaires vers des opérateurs locaux.

En droit interne, l'article L. 2111-1 du Code de la commande publique intègre le développement durable dans ses dimensions économiques, sociales et environnementales parmi les éléments qui doivent être pris en compte par les acheteurs lors de la définition de leurs besoins.

[4] Directive 2004/18/CE du 31 mars 2004.

[5] Directives 2014/23/UE et 2014/24/UE du 26 février 2014.

[6] V. le considérant 2 de la directive 2014/24/UE du 26 février 2014.

L'article R. 2152-7 du code précise que les critères d'attribution d'un marché public peuvent porter soit sur un critère unique qui peut être le prix ou le coût (déterminé selon une approche globale qui peut être fondé sur le coût du cycle de vie, ce qui permet d'intégrer les coûts imputés aux externalités environnementales en tenant par exemple compte des coûts des émissions de gaz à effet de serre et d'autres émissions polluantes, sous réserve que leur valeur monétaire puisse être déterminée et vérifiée^[7]), soit sur une pluralité de critères non-discriminatoires et liés à l'objet du marché ou à ses conditions d'exécution. Parmi ces critères, sont expressément autorisés ceux comprenant des aspects qualitatifs, environnementaux ou sociaux, notamment les critères de sécurité des approvisionnements ou de développement des approvisionnements directs de produits de l'agriculture.

Les acheteurs peuvent ainsi favoriser les circuits courts en optant pour des critères portant par exemple sur le nombre d'intermédiaires entre le producteur et le consommateur ou sur le pourcentage de la gamme proposée issu d'approvisionnement direct. Bien que de tels critères soient sans lien avec la proximité physique des fournisseurs (c'est le circuit de fourniture que les acheteurs doivent prendre en compte), leur emploi contribue au soutien des agriculteurs locaux, en particulier lorsque lesdits critères se trouvent significativement pondérés. En matière de restauration collective, on constate que ce sont ainsi souvent les entreprises locales qui remportent la mise en concurrence. Cependant, il faut toujours que les critères environnementaux ou sociaux retenus soient en lien avec l'objet du marché ou ses conditions d'exécution^[8], sous peine d'être déclarés illégaux^[9].

À compter du 21 août 2026, les acheteurs publics seront même tenus de prendre en compte les objectifs de développement durable au stade de la détermination de la nature et de l'étendue de leurs besoins^[10] et de prévoir systématiquement au moins un critère de sélection prenant en compte les caractéristiques environnementales des offres^[11].

Dans le même sens encore, les CCAG publiés le 1^{er} avril 2021 renferment des innovations en matière de protection de l'environnement et obligent les acheteurs à procéder, selon des méthodes objectives, à un contrôle effectif des obligations environnementales imposées ce qui peut, là encore, tendre à orienter indirectement le choix des titulaires vers des opérateurs locaux.

[7] Cf. CCP, art. R. 2152-9.

[8] Cf. CCP, art. L. 2152-7.

[9] V. par exemple, pour la censure d'un critère ayant pour seuls buts de favoriser l'emploi local et d'équilibrer les finances locales : CE 29 juillet 1994, Commune de Ventenac-en-Minervois, req. n° 131562 ; de manière plus générale, on relève qu'en pratique, les acheteurs recourent davantage aux critères d'attributions environnementaux qu'aux critères sociaux.

[10] CCP, art. L. 2111-2 pour les marchés publics et CCP, art. L. 3111-2 pour les concessions.

[11] CCP, art. R. 2152-7 pour les marchés publics et CCP, art. R. 3124-4 pour les concessions.

Souhaitant aller plus loin, une proposition de loi tendant à adapter les règles de passation des marchés publics locaux aux conséquences de la crise sanitaire a été présentée au Sénat le 3 juillet 2020, par M. Retailleau. Elle comportait deux mesures destinées à remettre partiellement en cause l'interdiction de la préférence locale, pour les marchés qui auraient été conclus jusqu'à 18 mois à compter de la fin de l'état d'urgence et dont le montant n'aurait pas dépassé les seuils de procédures formalisées. La première mesure consistait à permettre aux acheteurs de réserver jusqu'à 25 % du nombre d'heures nécessaires à l'exécution du marché à « des personnels domiciliés à proximité du lieu d'exécution ». La seconde consistait à permettre aux acheteurs de « prendre en compte la proximité des soumissionnaires du lieu d'exécution du marché et leurs engagements à cet égard dans l'évaluation de leur offre » dans le cadre des critères de sélection des offres. Une telle proposition était justifiée selon son auteur par la nécessité d'aider les PME à rebondir à la suite de la crise et à assurer une exécution plus fiable de ces contrats (pour ceux risquant d'être perturbés par les restrictions de liberté de circulation). Cependant, cette proposition de loi aurait probablement été jugée contraire au droit de l'Union européenne et à la Constitution^[12]. Elle a en conséquence été amendée en première lecture au Sénat et présente aujourd'hui comme unique objectif d'ajouter à l'article L. 2112-2 du Code de la commande publique un alinéa disposant que les conditions d'exécution des prestations « peuvent porter sur l'implantation géographique du titulaire ou de ses sous-traitants lorsque cela est indispensable au regard de l'objet du marché ou de la prise en compte des considérations » relatives à l'économie, à l'innovation, à l'environnement, au domaine social, à l'emploi ou à la lutte contre les discriminations.

Indépendamment de ces mesures, le gouvernement a progressivement augmenté les seuils de dispense de procédure de publicité et de mise en concurrence, contribuant de cette façon encore à « renforcer le tissu économique des territoires en facilitant la conclusion des marchés publics avec des PME »^[13]. Ces seuils ont été portés à 25 000 euros HT en 2015, puis à 40 000 euros HT en 2020^[14] et des relèvements temporaires exceptionnels ont même été prévus pour des marchés publics de travaux (70 000 euros HT, puis 100 000 euros HT) et de fourniture de denrées alimentaires (100 000 euros HT) afin fin de soutenir les entreprises de ces deux secteurs, très touchées par la crise sanitaire du Covid-19^[15].

Enfin, le principe d'allotissement posé par l'article L. 2113-10 du Code de la commande publique permet aux TPE et PME locales (qui ne disposent souvent pas des compétences pour prétendre à l'attribution de

[12] V. le rapport n° 118 (2020-2021) de M. Stéphane Le Rudulier, fait au nom de la commission des lois, déposé le 10 novembre 2020.

[13] Rép. min. n° 10057, JOAN 25 février 2020, p. 1485.

[14] CCP, art. R. 2122-8.

[15] V. le décret n° 2020-893 du 22 juillet 2020.

contrats trop importants) de candidater à des marchés de leur secteur géographique.

En définitive, la tendance générale est au renforcement de la prise en compte des conditions d'exécution ou critères qui permettent aux acheteurs de faciliter, indirectement et sans le dire, l'accès des entreprises ou mains-d'œuvre locales à leurs marchés et contrats de concessions. Le gouvernement n'hésite d'ailleurs plus à affirmer que l'accès des entreprises locales à la commande publique constitue une « préoccupation majeure »^[16], tout en rappelant dans le même temps que le cadre normatif interne et européen fait toujours formellement obstacle à la prise en compte d'un critère géographique dans l'attribution des contrats de la commande publique. Reste que, pour les acheteurs, la prise en compte d'objectifs de politique publique tend à accroître les risques juridiques inhérents aux procédures qu'ils mettent en œuvre, ce qui contribue au faible usage de ces facultés en pratique.

Les contraintes économiques et budgétaires à l'achat local

Il faut garder à l'esprit que l'objectif de la commande publique doit être en toute hypothèse de répondre aux besoins des acheteurs publics, et non de favoriser certains opérateurs ou certains secteurs, ni de favoriser des politiques sociales ou environnementales. Ce n'est ainsi que s'il peut s'inscrire dans ce cadre et respecter les principes d'efficacité et de bonne utilisation des deniers publics^[17] que l'achat local doit s'envisager. Le fait qu'il intervienne dans un contexte de crise économique ne change rien.

Si la finalité principale des acteurs locaux est, à l'inverse, de soutenir le tissu des entreprises locales pour les aider à se remettre des conséquences de la crise et de la flambée des prix, ce sont alors vers les mécanismes d'aides économiques qu'il leur incombe de se tourner en priorité^[18], dans le respect du droit des aides d'État.

Avant d'acheter local, il faut par ailleurs identifier de manière concrète ce qui peut, ou non, être effectivement produit sur la base de ressources locales. Car l'un des freins à l'achat local est souvent le manque de connaissance du tissu économique. Il est à cet égard fondamental que les acheteurs publics (en particulier les communes et intercommunalités, qui se trouvent en relation directe avec le tissu économique local) recourent aux techniques dites du *sourcing* pour identifier l'offre disponible, en amont du lancement de leurs procédures de publicité

et de mise en concurrence. Ils doivent ensuite définir leur besoin, arrêter un allotissement pertinent et adapter leurs demandes en conséquence, ceci afin de favoriser l'existence d'une réelle concurrence et de limiter le risque d'infructuosité (il faut notamment éviter que les conditions d'exécution posées s'avèrent inapplicables en pratique ou trop coûteuses à mettre en œuvre pour le secteur).

Ainsi, par exemple, le développement de l'approvisionnement local dans la restauration collective présuppose que les acheteurs puissent connaître et identifier les produits agricoles et agroalimentaires disponibles à proximité ainsi que leurs filières, puis qu'ils rédigent leur marchés ou délégations de service public en conséquence^[19]. Il faut en outre veiller à une publicité suffisante au niveau local et que les critères favorisant l'achat de local soient suffisamment pondérés pour jouer un rôle réel dans l'attribution des contrats.

L'achat public local ne peut en tout état de cause s'avérer efficace pour répondre aux crises que si l'opérateur qui fournit la prestation dispose d'une chaîne de production locale et qu'il ne présente pas de dépendance étrangère dans sa production ou son transport. Or, en l'état, force est de constater que les hypothèses concernées sont limitées et que l'achat public local ne permet pas de répondre à nombre de besoins des acheteurs publics. Ainsi, notamment, l'achat public local ne présente pas de réel intérêt dans le secteur du bâtiment et des travaux publics. En effet, les opérateurs locaux de travaux sont également touchés par la flambée des prix de l'énergie et une part substantielle des matières premières et produits nécessaires à l'exécution de leurs contrats est importée. Le même phénomène se rencontre dans d'autres secteurs, tels que l'automobile ou l'électronique qui ont également à subir une crise d'approvisionnement de composants et de matières premières.

C'est d'ailleurs la raison pour laquelle on voit se multiplier les initiatives des pouvoirs publics, hors commande publique, pour développer ou relocaliser certains secteurs stratégiques de l'économie. C'est notamment le sens de « l'action menée par le gouvernement depuis plusieurs années, et accélérée avec France Relance, pour renforcer la résilience de nos approvisionnements et des chaînes de valeur, dans le but de soutenir notre autonomie stratégique dans des secteurs clés »^[20].

Les participations des collectivités dans des sociétés de production d'énergies renouvelables sont par ailleurs toujours plus nombreuses (elles ont été favorisées par les dispositions de la loi n° 2019-1147 relative à l'énergie et au climat du 8 novembre 2019, dite loi « Énergie-Climat ») et on constate un nombre important de projets locaux portant sur des installations de panneaux solaires sur des bâtiments publics, sur des implantations de

[16] Rép. min. n° 10057, précitée.

[17] Énoncés par l'article L. 3 du Code de la commande publique.

[18] V. par exemple en ce sens l'ordonnance n° 2020-317 du 25 mars 2020, prise sur le fondement de la loi n° 2020-290 du 23 mars 2020, qui a créé fonds de solidarité pour venir en aide aux microentreprises de différents secteurs particulièrement touchés par la crise liée au Covid-19.

[19] Guide pratique du ministère de l'agriculture, de l'agroalimentaire et de la forêt intitulé *Favoriser l'approvisionnement local et de qualité en restauration collective*, 3^e édition, novembre 2014.

[20] Rép. min. n° 22734, *JO Sénat* 1^{er} juillet 2021, p. 4092.

parcs éoliens, ou sur la création de centrales hydrogènes sur les territoires des collectivités territoriales (dont l'énergie produite alimente parfois les flottes de leurs délégataires de transports). Mais ces mesures qui tendent à encourager le développement des énergies vertes se situent là encore, pour l'essentiel, hors champ de la commande publique. Elles pourront contribuer, à terme, à limiter les conséquences de la flambée des prix observée dans le secteur de l'énergie (essentiellement depuis septembre 2021).

Enfin, au-delà des considérations immédiates liées à la flambée des prix ou aux difficultés d'exécution rencontrées en temps de crise, il ne faut pas perdre de vue que des politiques d'achat local sont de nature à permettre, à terme, de construire des relations durables entre les acteurs d'un même secteur géographique, de redynamiser le tissu économique local fragilisé (au-delà des crises) par des politiques d'achat trop centralisatrices et orientées vers les prix, et à pérenniser des filières.

AVOCATS

NOV

LAW

AARPI NOV LAW Avocats
Barreaux
de Paris et Lyon

-

01.44.01.46.36
www.novlaw.fr
contact@novlaw.fr