

Marchés publics Le sourcing, à consommer avec... précaution!

Bénéfiques à l'acheteur
comme à l'entreprise,
ces échanges doivent être
menés en toute rigueur.

Par Béatrice Majza, avocate associée au sein
du cabinet GB2A, maître de conférences en droit public
à l'université de Caen-Normandie

En amont du lancement formel d'une procédure de publicité et de mise en concurrence, l'article 4 du décret n° 2016-360 du 25 mars 2016 relatif aux marchés publics autorise les personnes publiques à mener des échanges préalables avec les opérateurs économiques. Il énonce : « Afin de préparer la passation d'un marché public, 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 de ces études et échanges préalables peuvent être utilisés par l'acheteur, à condition qu'ils n'aient pas pour effet de fausser la concurrence et n'entraînent pas une violation des principes de liberté d'accès à la commande publique, d'égalité de traitement des candidats et de transparence des procédures. »

Ce dispositif est entré en vigueur le 1^{er} avril 2016. Si, désormais, le sourcing bénéficie d'un encadrement juridique (1) favorable tant à la personne publique qu'aux opérateurs privés, certaines précautions doivent naturellement l'accompagner, dès lors qu'un contact direct acheteur-fournisseur est autorisé.

Un partenariat gagnant-gagnant

La consécration officielle du sourcing par le décret du 25 mars 2016 ne fait en réalité qu'entériner une pratique courante et déjà largement appliquée par les pouvoirs adjudicateurs, même si elle pouvait être suspectée de fausser la mise en concurrence ultérieure.

Elle a pour philosophie de permettre la recherche et l'évaluation d'opérateurs économiques innovants, et leur mise en relation avec des acheteurs dans le cadre d'une démarche

active pour repérer, dans un domaine donné, des procédés émergents ou des solutions pertinentes (2). Le sourcing est considéré comme un facteur d'amélioration et de performance de l'achat public : l'adéquation entre les besoins de l'acheteur et l'offre est optimisée ; les fonds publics sont mieux utilisés ; la concurrence avec les opérateurs s'en trouve dynamisée. *In fine*, cela permet d'éviter les procédures infructueuses, très coûteuses pour les acteurs publics comme pour les opérateurs privés.

Le sourcing ne profite pas qu'aux collectivités publiques : les entreprises ont indéniablement intérêt au développement de cette pratique. Ces dernières peuvent ainsi mieux cibler les acheteurs en fonction de leur activité et de leur demande, en adaptant leur offre ainsi que leurs produits et prestations par une meilleure compréhension des attentes de ces clients potentiels. Le sourcing leur permettra également de se faire connaître auprès de nouveaux acheteurs et, surtout, d'améliorer leur démarche commerciale en anticipant de nouveaux marchés à venir.

Référencement. Cependant, pour qu'une entreprise soit sollicitée dans le cadre d'une procédure de sourcing, cela suppose qu'elle se fasse référencer auprès des collectivités, qu'elle s'identifie sur des plates-formes (bourse à la cotraitance...), ou encore qu'elle participe à des salons professionnels. Dès lors, cette pratique peut se révéler plus accessible et favorable aux grands groupes qu'aux PME...

Enfin, en contrepartie de la liberté offerte, cette démarche impose de vérifier que des distorsions de concurrence n'existent pas entre les futurs candidats, les risques encourus pouvant être préjudiciables pour les deux parties en présence.

Un outil à manier avec précaution

La participation directe ou indirecte d'un opérateur économique à la préparation d'un marché est ainsi admise. Mais toutes les précautions doivent être prises pour éviter les atteintes à la concurrence par la suite, en particulier quand l'opérateur a eu accès à des informations ignorées des autres candidats et qu'il soumissionne ensuite à la consultation.

Risque de favoritisme. En effet, les résultats des études de marché menées peuvent être utilisés par l'acheteur à condition

Les entreprises
ont intérêt à se
faire référencer
auprès des
collectivités
et à s'inscrire
sur des plates-
formes.

qu'ils n'aient pas pour effet de fausser la concurrence et n'entraînent pas une violation des principes d'accès à la commande publique, d'égalité de traitement des candidats et de transparence des procédures. A défaut, un risque pénal, délit de favoritisme notamment (3), serait encouru (4), et le marché pourrait se voir annulé (5) en raison d'un manquement à l'impartialité (6). Toute la difficulté de l'exercice est donc de

traduire au plan technique les informations recueillies sans tomber dans le favoritisme, le sourcing ne devant pas être confondu avec une présélection d'opérateurs déterminés (7).

S'il n'est pas possible de rétablir, après la phase de sourcing, les conditions d'une saine concurrence, l'opérateur qui a participé à cette étape doit être exclu de la procédure de passation (8).

Secret des affaires. Eu égard à l'importance du risque de divulgation du secret des affaires dont la démarche de sourcing est porteuse, les opérateurs économiques devront également veiller à adopter une attitude préventive. Et, notamment, prendre des précautions rédactionnelles lors de l'élaboration des documents destinés à un acheteur. Ceux-ci, grâce à des formulations très générales, doivent rendre impossible l'identification d'un procédé technique précis ou d'une donnée industrielle et commerciale déterminée relevant du secret des affaires. A cet égard, lors de la phase du sourcing, il pourrait être attendu de

l'acheteur que, conformément à l'article 44 de l'ordonnance n° 2015-899 du 23 juillet 2015 relative aux marchés publics, il demande aux opérateurs consultés leur consentement à ce que des informations confidentielles soient communiquées au moment du lancement de la procédure de passation.

L'entreprise peut insérer une clause de confidentialité dans les documents de sourcing.

L'entreprise peut également choisir d'insérer une clause de confidentialité dans les documents élaborés lors de l'opération de sourcing. Laquelle indiquerait que les travaux exécutés contiennent des informations précisément déterminées, couvertes par le secret, dont il refuse la réutilisation libre ou la diffusion publique, tout en se réservant la possibilité de donner une telle autorisation s'il était saisi d'une demande en ce sens.

Dans ces conditions, le sourcing peut constituer un partenariat équilibré entre deux opérateurs, l'un public, l'autre privé, qui ne poursuivent pas, certes, les mêmes objectifs, mais qui contribuent à l'amélioration des stratégies d'acquisition et de structuration des marchés dans un souci commun d'efficacité et de rentabilité. ●

(1) Le sourcing vient en complément du mécanisme de l'offre spontanée, qui a disparu dans les nouveaux textes relatifs aux marchés publics. Il bénéficie d'un encadrement juridique plus précis que celui entourant l'offre spontanée à l'article 10 de l'ordonnance n° 2004-559 du 17 juin 2004 (abrogée) sur les contrats de partenariat.

(2) Lire « Pratiquer le sourcing dans les marchés publics en 5 étapes », par Bastien David, www.lagazettedescommunes.com, 14 mars 2018.

(3) Le délit de favoritisme, ou délit d'octroi d'avantage injustifié, est visé à l'article 432-14 du Code pénal et est puni de deux ans d'emprisonnement et de 30 000 euros d'amende.

(4) Cass. crim., 13 janvier 2016, n° 14-88382.

(5) CE, 14 octobre 2015, n° 390968.

(6) En matière de garanties d'impartialité, le « Guide pratique de l'achat public innovant » publié par la Direction des affaires juridiques du ministère de l'Economie et des Finances en 2014, évoquant le « sourçage », suggérerait par exemple d'élaborer une charte déontologique à communiquer aux entreprises.

(7) Lire « Le nouveau droit des marchés publics au 1^{er} avril 2016 - Achat public en établissement public local d'enseignement », ministère de l'Education nationale, académie d'Aix-Marseille, septembre 2016, p. 68.

(8) Article 48, I, 3^o de l'ordonnance marchés publics et article 5 du décret marchés publics.



Ce qu'il faut retenir

► La réforme des marchés publics entrée en vigueur le 1^{er} avril 2016 a consacré officiellement la pratique du sourcing, déjà largement répandue.

► Le sourcing permet aux acheteurs publics, en amont de toute procédure de marché, d'identifier les fournisseurs et produits ou prestations susceptibles de satisfaire leurs besoins, mais aussi de stimuler la concurrence. Les entreprises y trouvent leur compte également, puisqu'elles peuvent ainsi se faire connaître auprès de nouveaux acheteurs et améliorer leur démarche commerciale.

► Pour éviter tout risque pénal ou d'annulation de marché, les acheteurs devront veiller à ce que ces échanges et études préalables ne faussent pas la concurrence dans le cadre des consultations ultérieurement lancées. Et les entreprises devront se prémunir contre toute utilisation non souhaitée de leurs données stratégiques.