

Le Premier Ministre

0968 / 19 / SG

Paris, le 17 JUIN 2019

à

**Monsieur le Premier président de la Cour
des comptes**

Objet : Référé relatif à la centrale d'achat Cap'Oise Hauts-de-France

Par courrier du 13 mars 2019, vous m'avez adressé un référé sur les conditions dans lesquelles l'association Cap'Oise Hauts-de-France exerce son activité de centrale d'achat locale pour le compte de collectivités territoriales et d'établissements publics locaux.

La Cour y formule les deux recommandations suivantes :

- préciser, par voie réglementaire, les modalités de constitution, par des collectivités territoriales, de centrales locales d'achat public en privilégiant le recours aux personnes morales de droit public (établissements publics administratifs locaux par exemple) ;
- soumettre la création des centrales locales d'achat public à l'approbation du représentant de l'Etat dans le département ou dans la région et mentionner, dans les arrêtés de constitution, les collectivités membres ainsi que les périmètres d'intervention et d'activité autorisés.

Ce référé appelle de ma part les observations suivantes.

1 - Sur le statut juridique de la centrale d'achat Cap'Oise Hauts-de-France

Aucune disposition n'impose aux centrales d'achat d'adopter une forme juridique particulière.

Dès lors qu'elle dispose du statut d'acheteur, la centrale d'achat peut être constituée sous la forme d'une personne morale de droit privé. L'article L. 2113-2 du code de la commande publique (CCP) définit la centrale d'achat comme un acheteur, soit, aux termes de l'article L. 1210-1 de ce même code, un pouvoir adjudicateur ou une entité adjudicatrice, qui a pour objet d'exercer de façon permanente, au bénéfice des acheteurs, l'une au moins des activités d'achat centralisés qu'il définit.

Une personne morale de droit privé peut être qualifiée d'acheteur si elle remplit les conditions énumérées au 2° ou au 3° de l'article L. 1211-1 du CCP.

Au regard du droit de la commande publique, il n'apparaît pas que la constitution d'une centrale d'achat sous la forme d'une personne morale de droit privé plutôt que sous la forme d'une personne morale de droit public présente davantage de risques de contournement ou de non-respect des règles qui s'imposent à elle. La direction des achats de l'Etat (DAE) recommande toutefois de privilégier un statut d'établissement public administratif.

2 - Sur la nature des services rendus aux acheteurs

Aux termes des dispositions de l'article L. 2113-2 du CCP, une centrale d'achat exerce de façon permanente, au bénéfice des acheteurs, l'une au moins des deux activités d'achat centralisées que sont l'acquisition de fournitures ou de services et la passation des marchés de travaux, de fournitures ou de services. Dans le premier cas, la centrale d'achat intervient comme grossiste en achetant, stockant et revendant des fournitures ou des services destinés à des acheteurs. Dans le second cas, elle intervient comme intermédiaire, passant des marchés de travaux, de fournitures ou de services pour le compte de pouvoirs adjudicateurs. Seules ces deux activités peuvent être confiées à la centrale d'achat sans procédure de publicité ni mise en concurrence.

En outre, depuis la transposition en droit interne de la directive 2014/24/UE du Parlement européen et du Conseil du 26 février 2014 sur la passation des marchés publics et abrogeant la directive 2004/18/CE, la centrale d'achat peut également se voir confier des activités d'achat auxiliaires. L'article L. 2113-3 du CCP prévoit ainsi que les acheteurs qui recourent à une centrale d'achat pour une activité d'achat centralisée peuvent également lui confier des activités d'achat auxiliaires qui consistent à fournir une assistance à la passation des marchés. Ces activités auxiliaires ne peuvent être confiées à la centrale d'achat sans mise en concurrence préalable qu'à la condition qu'elles soient en lien avec la fourniture d'une activité d'achat centralisée telle que définie à l'article L. 2113-2 du CCP.

La centrale d'achat pourrait notamment se voir confier certaines des attributions du maître d'ouvrage susceptibles d'être déléguées conformément à l'article L. 2422-6 du CCP. En vertu de cet article, le maître d'ouvrage peut en effet confier à un mandataire la préparation, la passation, la signature, après approbation du choix de l'attributaire, d'un marché public de maîtrise d'œuvre ou d'un marché public de travaux. Ces missions relèvent des activités pouvant être réalisées par une centrale d'achat en vertu des articles L. 2113-2 et L. 2113-3 précités.

En revanche, les attributions énumérées par l'article L. 2422-6 excédant la passation et les activités d'achat auxiliaires ne pourraient lui être confiées en dehors de toute procédure de publicité et de mise en concurrence. Pour autant que ses statuts l'y autorisent, une centrale d'achat ne pourrait être titulaire d'un contrat de mandat allant au-delà de la seule passation de marchés qu'à condition d'avoir été choisie après une procédure de publicité et de mise en concurrence. Concernant l'association Cap'Oise Hauts-de-France, il conviendrait d'examiner plus précisément les conditions d'exercice de son « mandat de travaux » afin de déterminer si son activité dépasse le cadre de ce qui lui est permis.

3 - Sur les périmètres d'intervention et d'activité d'une centrale d'achat locale

Aucun texte n'impose aux acheteurs d'être adhérents d'une centrale d'achat pour pouvoir recourir à ses services. Le périmètre d'activité de la centrale d'achat est défini par ses statuts. Ces derniers peuvent prévoir que les services de la centrale locale d'achat bénéficieront à l'ensemble des personnes publiques d'un département ou d'une région, sans qu'il soit nécessaire pour eux d'y adhérer.

Dès lors qu'ils sont inclus dans le périmètre d'intervention de la centrale d'achat porté à la connaissance des fournisseurs, et à condition que les procédures qu'ils doivent appliquer pour leurs achats ont été respectées par la centrale d'achat, les acheteurs demeurent libres d'acquiescer des services et des fournitures auprès d'elle.

Ils peuvent également bénéficier des accords-cadres conclus par la centrale d'achat sans y adhérer, à condition d'avoir été clairement identifiés comme bénéficiaires de ce contrat dans les documents de la consultation. Dans ce cas, la centrale d'achat applique les règles de la commande publique applicables aux acheteurs pour le compte desquels elle passe le marché.

Les acheteurs qui recourent à la centrale d'achat, dans les conditions définies ci-dessus, sont considérés comme ayant respecté leurs obligations de publicité et de mise en concurrence.

Par ailleurs, il est important que ces centrales d'achat puissent répondre aux besoins aussi bien des services déconcentrés de l'Etat que de ceux des collectivités territoriales, de leurs groupements et de leurs établissements publics. La liberté des acheteurs de s'adresser à la centrale d'achat de leur choix doit être maintenue. Dans la limite des statuts qui régissent les centrales locales d'achat, l'accès à leurs services doit demeurer ouvert afin que les acheteurs, y compris nationaux, puissent recourir à l'organisme le mieux à même de répondre à leurs besoins.

4 - Sur l'exercice à titre onéreux de l'activité de centrale d'achat

Le paragraphe 4 de l'article 37 de la directive 2014/24/UE sur la passation des marchés publics prévoit expressément que les acheteurs peuvent conclure des marchés publics, c'est-à-dire des contrats onéreux, de services de centrale d'achat sans mise en concurrence. Les centrales d'achat peuvent donc percevoir une rémunération auprès de leurs bénéficiaires ou fournisseurs selon des modalités que n'encadre pas le droit de la commande publique.

Le recours aux centrales d'achat présente pour les acheteurs de nombreux avantages, en permettant notamment des économies d'échelle et une réduction des coûts de procédure. Grâce à une professionnalisation de la fonction achat, la mutualisation améliore l'efficacité de l'achat public et permet une meilleure utilisation des deniers publics.

Les modalités de création de la centrale d'achat, ainsi que les conditions dans lesquelles il peut y être recouru, dans les limites prévues par ses statuts, doivent demeurer souples afin de permettre aux acheteurs de recourir aux centrales d'achat qu'ils estiment répondre le mieux en termes de couverture de leurs besoins, de coût complet et de qualité de service.

Au regard de l'ensemble de ces éléments, il n'apparaît pas utile de faire évoluer la réglementation de la commande publique dont le strict respect devrait suffire à prévenir certaines dérives.

Les réponses susceptibles d'être apportées aux observations et recommandations faites par la Cour des comptes paraissent donc se situer dans le champ du contrôle de légalité des achats des collectivités territoriales ainsi que du respect par les centrales d'achat sous forme associative de leur cadre d'intervention.

5 - Sur l'approbation de la création des centrales locales d'achat public par le représentant de l'Etat dans le département ou dans la région

Si le recours aux personnes morales de droit public doit être privilégié pour la constitution de centrales locales d'achat public, comme le préconise la Cour, trois hypothèses peuvent être examinées s'agissant de la mise en place d'une approbation par le représentant de l'Etat.

- S'agissant de l'hypothèse de constitution d'une collectivité territoriale ou d'un groupement de collectivités territoriales en centrale locale d'achat public.

L'hypothèse selon laquelle des acheteurs publics locaux peuvent se constituer en centrale d'achat, bien que non évoquée par la Cour des comptes, est une solution déjà possible, mais peu utilisée car peu pratique.

Une collectivité territoriale ou un établissement public local a en effet la possibilité, dans certaines conditions, de se constituer, compte tenu de sa qualité de pouvoir adjudicateur, en centrale d'achat locale.

Tout acheteur (pouvoir adjudicateur et entité adjudicatrice) peut se constituer en centrale d'achat, dans les limites de ses statuts et de sa compétence. Si un établissement public se constitue en centrale d'achat, il convient de veiller à ce qu'il ne soit pas porté atteinte au principe de spécialité qui s'impose à lui¹.

Par ailleurs, la circulaire du 14 février 2012 relative au guide de bonnes pratiques en matière de marchés publics précise qu'« *un pouvoir adjudicateur, tel qu'un établissement public ou une collectivité territoriale, peut décider de se constituer en centrale d'achat et passer des marchés pour le compte d'autres organismes publics, dès lors qu'il est lui-même soumis pour la totalité de ses achats aux règles du code des marchés publics et à la condition qu'il le précise dans son marché ou dans les termes de l'accord-cadre. Il peut exercer cette faculté, dans la limite de sa compétence et, le cas échéant, dans celle du principe de spécialité* ».

Ainsi, un établissement public tel qu'un établissement public de coopération intercommunale (EPCI) à fiscalité propre ou un syndicat mixte peut valablement se constituer en centrale d'achat, s'il dispose d'une habilitation statutaire et si les achats auxquels il procède correspondent aux compétences qu'il exerce.

Le juge administratif a, en effet, jugé que si un syndicat d'agglomération nouvelle peut procéder à des investissements en matière d'urbanisation, de logement, de transports, de réseaux, de voies nouvelles et de développement économique, et acquérir des équipements et matériels nécessaires à leur propre fonctionnement, il n'entre pas dans ses compétences d'acquérir des matériels de bureau affectés à l'usage des communes membres et il ne lui appartient pas de se constituer en centrale d'achats pour les fournitures et matériels de bureau des communes de son périmètre (CAA Marseille, ord. réf., 5 juillet 2004, *Syndicat d'agglomération nouvelle Ouest Provence*, n° 04MA01109).

Aussi, toute personne morale de droit public peut-elle se constituer en centrale d'achat si elle :

- est un acheteur au sens de l'article L. 1210-1 du CCP ;
- a pour objet l'exercice de façon permanente d'au moins une des activités mentionnées à l'article L. 2113-2 du CCP ;

¹ Direction des affaires juridiques du ministère de l'économie et des finances et du ministère de l'action et des comptes publics, fiche technique relative à la mutualisation des achats, p. 2

- détient la capacité juridique à exercer ces missions, qui lui est conférée par la loi, le règlement ou ses statuts.

Or, en pratique :

- les collectivités territoriales ou leurs groupements n'ont pas pour objet d'exercer des activités de grossiste ou d'intermédiaire de façon permanente ;
- s'agissant plus particulièrement des groupements de collectivités territoriales, il est peu probable, par construction, que l'exercice d'une compétence par un EPCI à fiscalité propre ou par un syndicat mixte puisse justifier une activité de centrale d'achat -qui est une fonction support- en particulier pour les marchés de fournitures.

En conséquence, les collectivités territoriales ou leurs groupements ne recourent pas à cette possibilité.

En tout état de cause, dans cette hypothèse, mettre en place une approbation préalable de l'Etat se heurterait à une double difficulté pratique et juridique.

En pratique, le fait qu'une collectivité territoriale ou un groupement de collectivités territoriales se constitue en centrale d'achat n'impose pas une délibération de l'organe délibérant. En l'absence d'acte formalisé, l'approbation de l'Etat ne pourrait donc porter que sur un autre acte. Il pourrait ainsi s'agir d'autoriser le conventionnement entre une collectivité territoriale ou un groupement de collectivités territoriales et la collectivité territoriale ou le groupement de collectivités territoriales constitué en centrale d'achat. Toutefois, cela supposerait que les relations entre les deux soient nécessairement formalisées. Or :

- d'une part, il n'est pas nécessaire qu'une convention soit conclue entre l'acheteur (collectivité territoriale ou établissement public local par exemple) et la collectivité territoriale ou l'établissement public local constitué en centrale d'achat, lorsque celle-ci agit en tant que grossiste ;
- d'autre part, de la même manière, lorsque la centrale d'achat agit en tant qu'intermédiaire, la conclusion d'une convention n'est pas obligatoire mais est recommandée².

Il serait donc nécessaire, s'il fallait prévoir une approbation du préfet, de rendre obligatoire la conclusion de la convention entre la collectivité et la centrale d'achat, ce qui aurait pour effet de créer une contrainte pour la centrale d'achat comme pour les acheteurs : une telle contrainte me paraît contraire à l'objectif de simplification des normes applicables aux collectivités territoriales que poursuit le Gouvernement.

Au demeurant, une approbation préfectorale préalable serait contraire à la liberté dont disposent les collectivités territoriales pour s'administrer, garantie par le troisième alinéa de l'article 72 de la Constitution. Une telle autorisation pourrait en effet s'analyser comme un retour de la tutelle administrative de l'Etat sur les collectivités territoriales, voire un rétablissement du contrôle d'opportunité du préfet sur les actes de ces dernières, supprimés par la loi n° 82-213 du 2 mars 1982 relative aux droits et libertés des communes, des départements et des régions.

En tout état de cause, quand bien même une collectivité territoriale ou un groupement de collectivités territoriales se constituerait en centrale d'achat, il convient de rappeler qu'au titre du contrôle de légalité, le préfet serait en mesure de contrôler l'ensemble des délibérations et des marchés passés par cette collectivité ou ce groupement.

² Direction des affaires juridiques du ministère de l'économie et des finances et du ministère de l'action et des comptes publics, fiche technique relative à la mutualisation des achats, p. 3

Il ne s'agit pas d'un contrôle *a priori*, mais d'un contrôle *a posteriori* de l'Etat, compatible avec l'article 72 de la Constitution.

Il ressort de ce qui précède que seule l'hypothèse de la création d'une structure *ad hoc* spécialement constituée pour être une centrale d'achat peut utilement faire l'objet d'une analyse. S'il était recouru à des personnes morales de droit public comme le préconise la Cour des comptes, deux options paraissent envisageables : la création d'un établissement public local ou la création d'un groupement d'intérêt public.

▪ S'agissant de l'hypothèse de création d'un établissement public local

Un établissement public ne peut être créé que si un texte le prévoit. En effet, l'article 34 de la Constitution dispose que « *la loi fixe les règles concernant la création de catégories d'établissements publics* ». Bien que le constituant n'ait pas précisé la portée qu'il a entendu donner à la notion de catégorie d'établissement public³, le Conseil constitutionnel a précisé qu'entrent dans une même catégorie au sens de l'article 34 de la Constitution, les établissements publics dont l'activité s'exerce territorialement sous la même tutelle administrative et qui ont une spécialité analogue, mais qu'il n'y a pas lieu de retenir également parmi les critères déterminant l'appartenance d'établissements publics à une même catégorie la condition qu'ils présentent le même caractère : administratif, industriel et commercial, scientifique et technique ou scientifique et culturel (CC, décision n° 79-108 L, 25 juillet 1979, *Agence nationale pour l'emploi*).

En tout état de cause, l'intervention du législateur est nécessaire pour créer des catégories d'établissements publics, sauf à les rattacher à une catégorie existante. A titre d'exemple, l'ordonnance n° 2007-137 du 1^{er} février 2007 a créé les offices publics de l'habitat, qui sont des établissements publics locaux à caractère industriel et commercial⁴.

Si un texte prévoyait la création d'une telle catégorie d'établissement public local, et encadrerait ses modalités de fonctionnement et ses activités, la nécessité de prévoir une approbation d'un préfet paraît moins nécessaire, quelle que soit l'hypothèse retenue pour créer ces établissements. En effet :

- soit la loi prévoit que les établissements publics locaux chargés de fonctions de centrales d'achat sont créés par décret. C'est, à titre d'illustration, le cas des offices publics de l'habitat (OPH) qui « *sont créés par décret à la demande de l'organe délibérant de la collectivité territoriale ou de l'établissement public de rattachement* »⁵. Dans ce cas, le contrôle de l'Etat interviendrait à double titre. D'une part, au titre du contrôle de légalité, le préfet pourrait examiner les délibérations des collectivités territoriales et de leurs groupements qui demanderaient la création d'une centrale d'achat. D'autre part, le Gouvernement ne créerait pas par décret un établissement public qui ne présenterait pas toutes les garanties prévues par la loi ;
- soit la loi prévoit que les établissements publics locaux sont créés par la collectivité ou l'établissement public de coopération intercommunale de rattachement ; dans ce cas, la création d'un établissement public local chargé d'une fonction de centrale d'achat n'échapperait pas au contrôle de l'Etat, dès lors qu'elle ferait l'objet de délibérations des collectivités territoriales concernées qui seraient transmises au préfet dans le cadre du contrôle de légalité.

³ Conseil d'Etat, Rapport d'étude sur les établissements publics, 15 octobre 2009, p. 31 à 33

⁴ Article L. 421-1 du code de la construction et de l'habitation

⁵ Article L. 421-7 du code de la construction et de l'habitation

En conséquence, il n'apparaît pas nécessaire d'ajouter un contrôle supplémentaire de l'Etat en amont de la création d'un établissement public local.

▪ S'agissant de l'hypothèse de création d'un groupement d'intérêt public

Le groupement d'intérêt public (GIP) serait, selon le rapport de l'inspection générale des finances (IGF) et de l'inspection générale de l'administration (IGA)⁶, une forme juridique adaptée à la fonction de centrale d'achat, et correspondrait à la recommandation de la Cour des comptes, selon laquelle il conviendrait de recourir à des personnes morales de droit public.

Cependant, il convient de préciser que la constitution des GIP, dont la nature locale ou nationale varie selon les personnes morales qui le composent, est soumise, en l'état actuel du droit, à une procédure d'approbation par l'Etat.

En effet, l'article 98 de la loi n° 2011-525 du 17 mai 2011 de simplification et d'amélioration de la qualité du droit dispose que « *le groupement d'intérêt public est une personne morale de droit public dotée de l'autonomie administrative et financière. Il est constitué par convention approuvée par l'Etat soit entre plusieurs personnes morales de droit public, soit entre l'une ou plusieurs d'entre elles et une ou plusieurs personnes morales de droit privé* ».

De plus, conformément aux dispositions de l'article 1^{er} du décret n° 2012-91 du 26 janvier 2012 relatif aux groupements d'intérêt public, la convention constitutive du GIP, qui définit son organisation et les conditions de son fonctionnement, doit être approuvée par un arrêté du représentant de l'Etat lorsque les activités du GIP n'excèdent pas le ressort d'un département, d'une région ou d'une collectivité d'outre-mer.

Aussi, dans le cas où une centrale d'achat locale prendrait la forme d'un GIP, dès lors qu'une procédure d'approbation de la convention constitutive du GIP par l'Etat est prévue par les textes en vigueur, la procédure d'approbation préfectorale préalable paraît être sans objet.

Edouard PHILIPPE

⁶ Rapport de l'inspection générale des finances et de l'inspection générale de l'administration, *Revue de dépenses 2016 – La fonction achats des collectivités territoriales*, avril 2016