



3 Le *sourcing* : démarche vertueuse ou piègeuse pour les acheteurs publics ?



Emmanuel PEROIS,
avocat, ADAMAS



Laurent SERY,
avocat associé, ADAMAS

Les rencontres entre acheteurs publics et opérateurs économiques hors des phases prévues par les procédures de la commande publique sont mal perçues par le grand public, mais également par certains juges, y voyant bien souvent une pratique porteuse de risques juridiques et préalable à un éventuel favoritisme. Pourtant, depuis les dernières réformes de la commande publique issues des directives 2014/24/UE et 2014/25/UE du 26 février 2014, la pratique du *sourcing* est désormais consacrée. Elle permet ainsi aux acheteurs de discuter et de solliciter les opérateurs économiques afin d'être informés des solutions disponibles sur le marché qui permettraient de satisfaire leurs besoins ainsi que par conséquent une rédaction plus fine de leurs cahiers des charges. Au-delà de ces attraits, la pratique du *sourcing*, qui n'est pas encadrée par les textes, expose cependant toujours les acheteurs à certains risques juridiques.

1 - Les acheteurs soumis aux règles de la commande publique ont longtemps vécu avec une barrière difficilement perméable : ne pas entrer en contact avec les opérateurs économiques afin de limiter les risques de violation des règles d'égalité d'accès à la commande publique. Par le passé, l'adjudication limitait ces échanges à d'éventuelles demandes de précisions adressées aux soumissionnaires. Il en allait de même dans le cadre de la procédure d'appel d'offres. Progressivement, cette barrière s'est effacée avec l'extension au fil des différentes réformes de la commande publique des cas de recours aux procédures négociées ou au dialogue compétitif : acheteurs et entreprises ont désormais plus souvent l'occasion de se retrouver face à face pour discuter du contenu de leurs propositions ou de leurs offres et éventuellement les améliorer.

2 - Un nouveau pas important a été franchi avec les récentes réformes de la commande publique intervenues en matière de marchés publics, lesquelles admettent désormais expressément la rencontre éventuelle entre acheteurs et opérateurs économiques avant même la mise en œuvre de tout achat public.

3 - Comment expliquer une telle évolution ? Pourquoi ce qui était jadis redouté est-il désormais permis ? Les raisons de cet assouplissement tiennent sans doute à une évolution des mentalités et de la vision de l'achat public.

4 - Certes, s'il est utile d'éviter les éventuels échanges d'informations privilégiées avec les opérateurs économiques dans le cadre d'un « achat public », s'impose cependant désormais également l'idée d'un achat public « performantiel », lequel s'avère notamment incompatible avec la méconnaissance du marché par l'acheteur.

5 - Dans cette logique, la technique du *sourcing* fut récemment consacrée par les évolutions de la commande publique en matière de marché public.

6 - Pour autant, se défaire de ses réflexes n'est pas chose aisée pour les juridictions, notamment pénales, aujourd'hui partagées entre respect du principe, anciennement sacro-saint, interdisant d'entrer en contact avec les opérateurs économiques et l'évolution encadrée de ces pratiques.

7 - En témoigne un arrêt du 21 mars 2017 rendu par le tribunal correctionnel de Nîmes, lequel a prononcé une peine de 6 mois de prison avec sursis ainsi qu'une amende d'un montant de

30 000 euros contre le maire de Rodilhan pour délit d'octroi d'avantage injustifié.

8 - Comme il le sera explicité ci-après, et sans se prononcer sur le fond de l'affaire, le maire de la commune avait pourtant justifié ce voyage à l'étranger offert par un opérateur économique par la mise en œuvre d'une mesure de *sourcing*.

9 - La possibilité de recueillir certaines informations de la part des opérateurs économiques afin de préparer la passation d'un marché ou *sourcing* apparaît donc dans certains cas utile et vertueuse ; elle répond à une logique d'efficacité accrue de l'achat public (1). L'intérêt du *sourcing* est d'autant plus fort que ses modalités de mise en œuvre ne sont pas encadrées par les textes et permettent donc de s'adapter aisément aux besoins de l'acheteur (2). Pour autant, et certains exemples jurisprudentiels récents en témoignent, le *sourcing* comporte des risques juridiques notamment pénaux qu'il convient de souligner (3). Certaines précautions doivent donc être prises par les acheteurs qui désirent y recourir (4).

1. Le *sourcing*, une démarche vertueuse et utile en matière d'achat public

10 - Transposant la directive 2014/24/UE, l'article 4 du décret du 25 mars 2016 relatif aux marchés publics¹ autorise désormais expressément le *sourcing* en indiquant que :

« 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 ».

11 - Ces dispositions prévoient donc expressément aujourd'hui la faculté pour les acheteurs, préalablement au lancement de leur procédure de mise en concurrence, de rencontrer ou d'échanger avec des opérateurs économiques dans la perspective de déterminer plus finement leurs besoins, ou tout du moins, d'identifier les solutions qui permettraient de mieux les satisfaire.

1. D. n° 2016-360, 25 mars 2016 relatif aux marchés publics : JO 27 mars 2016, texte n° 28.



12 - Une telle « permission » renvoie directement à l'obligation première pesant sur les acheteurs en matière de commande publique de définir préalablement et précisément leurs besoins, conformément à l'article 30 de l'ordonnance du 25 juillet 2015 relative aux marchés publics² selon lequel :

« La nature et l'étendue des besoins à satisfaire sont déterminées avec précision avant le lancement de la consultation en prenant en compte des objectifs de développement durable dans leurs dimensions économique, sociale et environnementale ».

13 - La portée de ces nouvelles dispositions mérite cependant d'être relativisée : le *sourcing* n'est pas une nouveauté en matière d'achat public.

14 - D'abord, le Conseil d'État avait déjà admis, dans une décision du 14 novembre 2014¹, qu'un pouvoir adjudicateur puisse rencontrer et dialoguer avec un opérateur économique avant le lancement de la procédure de mise en concurrence, à la condition toutefois qu'il n'en découle pour ce dernier aucun avantage, notamment en termes d'information divulguée par l'acheteur. En l'espèce, la Haute Juridiction administrative avait considéré que cette démarche n'avait pas été source d'irrégularité dès lors qu'aucune information privilégiée sur le contenu du cahier des charges ou sur les dates de lancement de la consultation n'avait été communiquée à l'entreprise consultée.

15 - Ensuite, une telle pratique avait également été encouragée par le Guide pratique de l'achat public innovant qui l'évoque parmi les solutions permettant de créer les conditions favorables à l'émergence de solutions innovantes ; celui-ci indiquait que :

« Le *sourçage* (*sourcing*), ou la recherche et l'évaluation d'opérateurs économiques innovants, et leur mise en relation avec des acheteurs est une démarche active pour repérer, dans un domaine donné, des procédés émergents ou innovants ».

16 - Les dispositions précitées de l'article 4 du décret du 25 mars 2016 viennent donc seulement légitimer une pratique qui existait déjà et pouvait se révéler particulièrement utile, voire parfois indispensable en matière d'achat public.

17 - Ainsi, l'un des premiers objectifs du *sourcing* est de permettre aux acheteurs de disposer d'une vision complète et à jour des solutions disponibles dans le secteur économique objet de la future mise en concurrence, ainsi que des solutions innovantes qui s'offrent à eux. Cette démarche a pour objet de rendre plus efficient l'achat public.

18 - Par exemple, un acheteur qui souhaitait récemment acquérir une solution web innovante en matière de tourisme s'interrogeait sur l'existence même sur le marché de produits susceptibles d'offrir les prestations attendues. Dans le cadre de la définition préalable de ses besoins, celui-ci envisageait éventuellement le recours au partenariat d'innovation. La mise en œuvre d'une démarche de *sourcing* sous la forme d'une demande d'information (ou *Request for information* – RFI) adressée à un large panel d'opérateurs économiques a permis de constater l'existence de solutions existantes mais à adapter. Le choix d'une procédure concurrentielle avec négociation a pu être validé.

19 - Le *sourcing* peut également parfois permettre une meilleure connaissance des solutions techniques en amont du lancement de la procédure afin d'éviter aux acheteurs le risque (i) de devoir déclarer infructueuse leur procédure au motif qu'aucune des solutions par les entreprises n'était susceptible de satisfaire leurs besoins ou (ii) de se rendre compte à l'ouverture des offres que les prix proposés par les opérateurs dépassent sensiblement l'estimation initiale de l'acheteur.

20 - La pratique du *sourcing* présente aussi certains avantages lorsqu'il s'agit parfois de déterminer et d'anticiper la connaissance

de plannings d'exécution, lesquels peuvent sembler dans certains cas décorrélés des délais réels d'exécution.

21 - Enfin, le *sourcing* peut contribuer à « motiver » des candidats potentiels. Dans un contexte économique tendu, certains opérateurs inconnus des acheteurs et estimant disposer de peu de chances de remporter le marché, faute de ne pas être identifiés par les acheteurs, peuvent ne pas vouloir répondre « dans le vide ». Une présentation de leurs produits et une écoute attentive de ces candidats par l'acheteur peut permettre, d'une part, d'ouvrir le marché et, d'autre part, de leur donner le sentiment qu'ils ont un coup à jouer et les encourager ainsi à remettre une offre performante.

2. Le *sourcing*, une démarche protéiforme susceptible de s'adapter à l'ensemble des contraintes de l'acheteur

22 - Si le recours au *sourcing* est désormais consacré par les textes, ceux-ci ne définissent pourtant aucun véritable cadre à cette démarche : il est simplement énoncé par le décret n° 2016-360 du 25 mars 2016 que « 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 ».

23 - Dès lors, les modalités de rencontre et de sollicitation des opérateurs peuvent prendre de nombreuses formes ; la souplesse laissée par les textes doit permettre à chaque acheteur de trouver son bonheur en fonction, notamment, des calendriers de procédure souvent contraints.

24 - L'échange avec les opérateurs peut d'abord être informel, voire imprévu, et donc n'être soumis à aucune formalité. Tel peut être le cas de la rencontre fortuite d'un opérateur économique dans un salon spécialisé. La « surprise » justifiera et dispensera l'acheteur, sous certaines réserves exposées ci-après, de toute formalité.

25 - Le *sourcing* peut aussi, par exemple, prendre la forme d'une rencontre formelle cette fois-ci, sur invitation de l'acheteur, de plusieurs opérateurs économiques « short listés » du fait de leur connaissance du secteur. Dans ce cas, il sera conseillé aux acheteurs de tenter de solliciter le plus d'entreprises possible et de leur accorder un temps de parole identique, égalité de traitement oblige ; il conviendra également pour l'acheteur d'éviter de dévoiler certaines informations privilégiées sur le lancement de la future consultation.

26 - Allant encore plus loin dans la démarche de *sourcing*, l'acheteur pourra également envisager une visite de locaux de certains opérateurs économiques ; il pourra parfois même souhaiter demander à l'un d'entre eux une aide à la rédaction du cahier des charges et donc une assistance poussée à la définition de ses besoins.

27 - Pour différentes raisons, ces premières modalités de *sourcing* nous semblent cependant porteuses d'importants risques juridiques ; ceux-ci tiennent notamment à l'absence de véritable encadrement des modalités de ces échanges, aux risques de propos dont le contenu ne sera pas maîtrisé et, dans l'hypothèse d'une assistance à la rédaction d'une partie du dossier de consultation des entreprises, à la probable nécessité de délivrance d'informations privilégiées à l'opérateur économique afin qu'il remplisse sa prestation. Sous réserve bien évidemment d'une analyse au cas par cas, les risques de rupture d'égalité de traitement dans ces différentes situations avec les autres candidats sont très importants.

28 - Dans ce contexte, le choix de la diffusion dans une revue et/ou sur un site spécialisé et/ou directement sur le site internet de l'acheteur d'une « demande d'information » (ou *Request for information*) sur l'existence ou le développement de produits, services

2. CE, 29 juill. 1998, n° 177952 Min. Justice c/ Sté Génicorp : *JurisData* n° 1998-050604.



ou procédés susceptibles de répondre à ses besoins paraît poser moins de difficultés, sous réserve notamment :

- d'une large diffusion de l'information ;
- d'un accès aisé à l'information.

29 - La démarche de « demande d'information » est d'ailleurs de plus en plus fréquemment mise en œuvre, notamment par des ministères³ ou la Banque de France, qui publient en ligne et de manière continue différentes demandes d'information.

30 - S'agissant du contenu des informations attendues de la part des candidats potentiels, les exemples récents de RFI montrent que les acheteurs ne réclament jamais le même niveau d'information. Dans certains cas, une grille de réponses attendues et des questions détaillées sont transmises aux opérateurs économiques ; dans d'autres, des libertés plus grandes sont laissées aux opérateurs pour répondre sur le besoin exprimé.

31 - Les conditions de mise en œuvre de ce type de *sourcing* ne sont donc pas uniformisées et il apparaît que cette démarche est toujours bien préparée ; elle pose incontestablement des questions relatives notamment :

- au support de diffusion de la demande d'information ; le choix de la publication uniquement sur sa plateforme d'achats pouvant ne pas permettre d'assurer une publicité suffisante ;
- au délai à laisser aux candidats pour répondre ;
- à la nature des informations demandées et, en particulier, sur le contenu des questions posées. La formulation des attentes de l'acheteur et le niveau de réponse attendu des opérateurs économiques est essentielle et il faut avoir à l'esprit d'éventuelles problématiques liées au respect du secret des affaires.

32 - Dans ce contexte, et sur un plan pratique, il sera parfois recommandé à l'acheteur de se rapprocher d'un expert technique afin d'être assisté dans la mise en œuvre de ce type de *sourcing*.

33 - La mise en œuvre du *sourcing* conduit en tout cas l'acheteur à se poser des questions assez proches de celles qu'il rencontre lors de la passation de marchés conclus sous forme de procédure adaptée (MAPA) : s'il ne sera pas question de fixer des critères de choix des offres, il s'agira cependant de déterminer les modalités de publicité à mettre en œuvre, les modalités et le délai de remise des informations attendues. Il s'agira enfin de garantir un traitement confidentiel des données recueillies et d'utiliser celles-ci avec prudence dans la perspective du lancement ultérieur de la procédure de passation du marché.

3. Le *sourcing*, une démarche potentiellement porteuse de risques juridiques

34 - Si elle offre de la souplesse, la démarche de *sourcing* ne doit cependant pas être traitée à la légère ; elle peut en effet être source d'importants risques juridiques tant pour l'acheteur que pour les opérateurs économiques.

35 - Ces risques tiennent d'abord à une éventuelle méconnaissance des règles de la commande publique. L'introduction de nouvelles interdictions de soumissionner facultatives vise à cet égard à sanctionner d'éventuelles pratiques de *sourcing* irrégulières.

3. À titre d'exemple, le ministère de la Défense avait publié au premier semestre 2016 une demande d'information concernant la livraison par drone d'effets militaires (« Le SCA réfléchit au développement d'une solution intégrée de livraison par drone des effets d'habillement et d'équipements individuels, emballés dans des cartons, entre le magasin de stockage d'un camp militaire et le militaire sur son lieu de travail dans le même camp militaire. Dans cette perspective, le SCA cherche à connaître les différents modèles de drones civils existants, leurs caractéristiques techniques, leurs modalités d'exploitation et de gestion des opérations, de maintenance afin de répondre à ces besoins de livraison ») pour laquelle il a été laissé aux entreprises intéressées un délai légèrement supérieur à 3 mois pour répondre.

lières. Aux termes des dispositions du nouvel article 48-3° de l'ordonnance du 23 juillet 2015, il est désormais prévu que :

« 1. - Les acheteurs peuvent exclure de la procédure de passation du marché public :
[...]

3° Les personnes qui, par leur participation préalable directe ou indirecte à la préparation de la procédure de passation du marché public, ont eu accès à des informations susceptibles de créer une distorsion de concurrence par rapport aux autres candidats, lorsqu'il ne peut être remédié à cette situation par d'autres moyens ».

36 - Les opérateurs économiques qui seraient allés trop loin dans la rédaction du futur cahier des charges ou qui l'auraient rédigé à leur avantage pourraient donc, théoriquement, voir leur candidature être écartée en application de ces dispositions.

37 - Les acheteurs devront cependant faire attention à ne pas tomber dans l'excès inverse notamment en refusant systématiquement la participation d'opérateurs qui les auraient assistés dans la détermination de leurs besoins ou la rédaction de leur cahier des charges. Il convient en effet de rappeler que le Conseil d'État a jugé dans sa décision « Génicorp » qu'une collectivité ne peut exclure d'office du marché de réalisation une entreprise qui a préalablement exécuté un marché d'études portant sur la définition de ses besoins, sauf si la personne publique peut établir, concrètement, que l'entreprise en question a acquis une position discriminante sur le marché de réalisation à raison même de l'exécution de son marché d'études².

38 - Outre la mise en œuvre de cette nouvelle interdiction de soumissionner facultative, le recours au *sourcing* peut aussi dans certains cas entacher d'illegalité la procédure de passation d'un marché et conduire à son annulation. Tel pourra être le cas lorsqu'au cours du *sourcing* l'acheteur aura délivré à un opérateur consulté des informations qui l'avantagent au détriment des autres candidats. On pense ici aux dates de consultation, aux éventuelles attentes non exprimées de l'acheteur, etc. Il convient à cet effet d'être très vigilant : par exemple une simple information donnée à un opérateur de la date de lancement de procédure peut lui permettre d'anticiper les ressources en termes de personnels nécessaires à la réponse et donc le favoriser.

39 - De la même manière, l'identification d'une solution technique que seuls certains candidats seraient susceptibles d'offrir ou de proposer suite à une démarche de *sourcing* pourra avoir pour effet de limiter et restreindre sciemment la concurrence. Cette démarche pourrait entraîner une violation du principe d'égalité d'accès à la commande publique et donc la remise en cause de la régularité même du marché.

40 - Tout sera donc question de mesure et d'appréciation au cas par cas.

41 - Ces risques sont également de nature pénale. Le recours au *sourcing* peut notamment conduire à la commission du délit d'octroi d'avantage injustifié visé par l'article 432-14 du Code pénal.

42 - Un jugement récent du tribunal correctionnel de Nîmes illustre de manière topique ce risque. Par une décision du 21 mars 2017, cette juridiction a prononcé une peine de 6 mois de prison avec sursis et une amende d'un montant de 30 000 euros contre le maire de Rodilhan pour délit d'octroi d'avantage injustifié. Était en cause le déroulement d'un appel d'offres relatif à l'acquisition d'une pelouse synthétique destinée au futur stade de la commune. Si l'affaire en elle-même peut sembler banale, la teneur des débats et le déroulement de l'instruction le sont moins ; ils tendent à prouver la méconnaissance, par certains magistrats de la juridiction civile, de pratiques pourtant désormais régulièrement consacrées par les textes encadrant la commande publique. Il était en effet notamment reproché au maire d'avoir profité, avec certains élus, d'un voyage à Rome, payé par l'entreprise attributaire de l'appel d'offres. Pourtant, le maire avait justifié ce voyage par les spécifi-



cités du sous-sol du futur terrain ; une pelouse spéciale dénommée le « Bermuda grass » aurait précisément répondu aux besoins de la commune. Dans la mesure où ce gazon n'avait jamais été commercialisé en France, le fournisseur de ce produit avait proposé à l' élu d'aller examiner ce produit utilisé au stade Olimpico de Rome. Le maire, convaincu par ce voyage, avait par la suite imposé ce produit dans son cahier des charges. Ce faisant et durant l'instruction, le maire avait justifié ce voyage par la mise en œuvre de la pratique dite du *sourcing*.

43 - Ces explications n'ont pas convaincu le tribunal correctionnel et une telle affaire illustre bien les risques de délit de favoritisme qu'elle est susceptible de faire encourir aux acheteurs qui la mettent en œuvre.

44 - Il sera enfin ajouté que des risques de corruption peuvent aussi exister, tout particulièrement si les responsables du *sourcing* venaient à visiter les locaux d'un opérateur économique et à profiter de quelques avantages en nature (nuits d'hôtels, restaurants, etc.).

4. Préconisations à l'égard des acheteurs

45 - Si cette pratique est désormais autorisée, il n'en demeure pas moins qu'au regard des risques qu'elle peut susciter, notamment par l'organisation de rencontres avec certains candidats potentiels, les acheteurs devront faire preuve de prudence.

46 - Quelques préconisations peuvent donc d'ores et déjà être formulées à l'attention de ceux-ci :

- d'abord, si la jurisprudence n'a pas encore eu l'occasion de préciser clairement les contours et les limites d'une telle démarche,

il conviendra déjà de respecter les premières limites posées par la jurisprudence précitée du Conseil d'État du 14 novembre 2014 et de s'abstenir de délivrer une information privilégiée sur le contenu du cahier des charges ou sur les dates de lancement de la consultation à l'entreprise consultée ;

- ensuite, afin de rendre efficace le *sourcing*, il sera utile pour l'acheteur de préparer ses éventuels entretiens et de rédiger une liste de questions qui pourraient être posées à l'ensemble des candidats. Ces questions permettront d'ailleurs aux acheteurs d'être plus efficaces sur la rédaction des comptes rendus et procès-verbaux et de démontrer que les opérateurs ont été traités de la même manière. Enfin, il sera recommandé de faire bénéficier chaque opérateur d'un temps d'écoute identique ;

- en cas de sollicitation d'avis ou d'entreprises, il conviendra d'étendre cette sollicitation au nombre le plus important possible d'acteurs, afin de se prémunir notamment contre des risques de recours susceptibles d'être engagés par une entreprise qui n'aurait pas été consultée.

47 - Sous ces réserves d'ordre pratique, le *sourcing* pourra donc s'inscrire dans le cadre d'une démarche d'achat vertueuse et performante. D'ailleurs, il est étonnant de constater qu'une telle possibilité n'est pas expressément reprise dans le cadre des textes applicables aux concessions de service ou de travaux, qui pourtant, participent de la même logique d'efficacité de l'achat public. ■

Mots-Clés : Achat public - Pratique du Sourcing

JurisClasseur : Contrats et Marchés publics, fasc. 61-10