

Introduire des mécanismes de préférence locale dans un marché public : mode d'emploi

La préférence locale visant à favoriser les opérateurs économiques proches géographiquement peut aller à l'encontre des principes de la commande publique prohibant les discriminations. Si certains mécanismes peuvent faciliter l'accès des PME locales, leur usage reste néanmoins encadré par le respect strict des règles de publicité et de concurrence, sous peine de sanctions.

Si la notion de « préférence locale » n'a pas de définition juridique, elle peut se traduire par le fait pour les acheteurs d'attribuer leurs marchés publics à des opérateurs économiques situés à proximité géographique d'eux ou au détriment des opérateurs issus d'autres États membres de l'Union européenne.

Ce phénomène entre frontalement en contradiction avec les principes de la commande publique lesquels visent à garantir l'accès de ces opérateurs aux procédures de passation et interdisent les discriminations fondées sur la nationalité ou qui ne sont pas justifiées par l'objet du marché.

Toutefois, le changement de paradigme de la commande publique, qui prend désormais en compte les considérations environnementales et sociales, pourrait atténuer cette contradiction et répondre aux souhaits de certaines personnes publiques de s'approvisionner localement.

De même, la commande publique connaît un certain nombre de mécanismes propres à faciliter l'accès des petites et moyennes entreprises (PME) à la commande publique et donc potentiellement des entreprises locales.

Cela étant, l'introduction de ces mécanismes reste conditionnée au strict respect des dispositions du code et des principes essentiels de la commande publique. Toute utilisation contraire étant susceptible de constituer un manquement aux règles de publicité et de mise en concurrence, voire à la qualification de délit de favoritisme.



Auteurs

Jennifer Obrero
Avocate à la Cour

Julie Oger
Avocate à la Cour
Cabinet Seban et associés

Les mécanismes prévus dans le Code de la commande publique permettant d'introduire de la préférence locale

Dans le strict respect des principes fondamentaux de la commande publique, certains mécanismes du Code de la commande publique permettent d'ores et déjà aux acheteurs de faciliter l'accès des PME aux marchés publics voire de s'approvisionner localement.

Le sourcing permet à l'acheteur public d'identifier les fournisseurs locaux

Le sourcing, consacré depuis maintenant plusieurs années à l'article R. 2111-1 du Code de la commande publique, constitue une étape essentielle dans le processus d'achat, offrant une meilleure connaissance des capacités des fournisseurs, notamment locaux. Devant être réalisée systématiquement en amont de l'élaboration du Dossier de consultation des entreprises (DCE), elle permet de concevoir un cahier des charges adapté à la réalité du marché et contribue à limiter les risques d'échec de la procédure.

En pratique, le sourcing permet à l'acheteur de réaliser deux objectifs : mieux connaître la structure du secteur d'activité concerné par le marché public dont la passation est envisagée et mieux appréhender les pratiques des opérateurs économiques dans ce domaine⁽¹⁾.

Ainsi, s'adapter à la réalité du marché permet d'encourager l'achat local dès lors que les acteurs locaux qui peuvent répondre aux besoins de la collectivité sont clairement identifiés. C'est aussi grâce au sourcing que les acheteurs publics pourront entretenir des liens directs avec les acteurs économiques locaux.

En effet, un des principaux freins pour favoriser un achat local réside souvent dans une méconnaissance des capacités et de l'organisation économique du territoire⁽²⁾ mais aussi par la réticence même des opérateurs économiques locaux. Déjà en 2020, le Conseil économique, social et environnemental régional (Ceser) de Normandie estimait que : « L'un des freins les plus importants à l'achat local en Normandie étant le manque de connaissance mutuelle du tissu économique et des opportunités sur le territoire, il est donc nécessaire de renforcer les rencontres entre agents économiques, qu'ils soient publics ou privés pour permettre la naissance de nouvelles opportunités et d'investir de nouvelles pratiques de collecte de données informatives »⁽³⁾.

Ainsi, pour favoriser l'achat local, le sourcing va permettre de susciter l'intérêt des fournisseurs locaux et, lorsqu'ils ne peuvent pas ou ne veulent pas répondre, comprendre leurs raisons et leurs contraintes afin d'apprécier s'il est possible de les lever pour les futures consultations⁽⁴⁾.

Le seuil de dispense de procédure de publicité et de mise en concurrence favorise l'achat local

Selon la valeur ou l'objet de son marché, l'acheteur dispose de la possibilité de se soustraire des obligations de publicité et de mise en concurrence.

Dans un tel cas, il lui est permis de contracter directement avec l'opérateur de son choix, et donc de recourir aux services d'un opérateur local dans le respect, toujours, des principes de la commande publique⁽⁵⁾.

C'est également le cas lorsque l'acheteur souhaite promouvoir une solution innovante. En effet, le marché innovant sans publicité ni mise en concurrence préalables peut être également un outil au service de la préférence locale. Dans ce cadre, il permet aux acheteurs de conclure des contrats de travaux, fournitures ou services innovants sans publicité ni mise en concurrence préalables, pour des montants inférieurs à 100 000 euros hors taxes⁽⁶⁾. Bien que ce dispositif n'autorise pas explicitement une préférence locale, il peut en pratique favoriser des entreprises locales. En outre, en permettant aux acheteurs d'identifier directement des prestataires répondant à leurs besoins innovants, ce mécanisme simplifie l'accès des petites entreprises locales, souvent plus agiles et proches des enjeux territoriaux.

Les spécifications techniques et labels peuvent indirectement favoriser l'achat local

Le Code de la commande publique permet aux acheteurs de formuler leurs besoins en fournitures, services et travaux, selon des spécifications techniques⁽⁷⁾ qui visent à promouvoir les offres de qualité, innovantes et protectrices de l'environnement, caractéristiques sur lesquelles les entreprises françaises et européennes sont à leur avantage⁽⁸⁾.

Comme évoqué précédemment, un des leviers pour permettre l'achat local en toute légalité est donc par l'insertion de considérations environnementales et sociales. L'acheteur a la possibilité de prescrire des

(1) S. Kanoun, M. Hénon, « Sourcing et risque pénal », *Contrats publics*, n° 185, mars 2018.

(2) A. Carle, « L'achat public local, une solution à la flambée des prix assortie de contraintes », *Contrats publics*, n° 232, juin 2022.

(3) « Achat local : les pistes normandes », *Achatpublic.info*, 13 octobre 2020.

(4) « Favoriser l'achat local dans les marchés publics », Éditions WEKA, mars 2024.

(5) Direction des Affaires juridiques du ministère de l'Économie et des Finances, Observatoire économique de la commande publique, « Guide sur les aspects sociaux de la commande publique », 2023.

(6) CCP, art. R. 2122-9-1.

(7) CCP, art. L. 2111-2 – Rép. min. QE n° 07174, *JO Sénat* 14 mars 2024, p. 1017.

(8) Rép. min. QE n° 33777, *JO AN* 7 septembre 2021, p. 6695.

caractéristiques environnementales et sociales dans les spécifications techniques des marchés publics qui va indirectement orienter son choix vers des entreprises locales sans pour autant tomber dans l'interdiction de la préférence locale^[9].

Aussi, l'acheteur va pouvoir alors exprimer une préférence locale par l'usage d'écolabels ou encore de labels locaux^[10] (par exemple l'utilisation du « label végétal local ») à condition que ces critères soient accessibles et disponibles à tous. Les critères du label utilisé devront reposer sur des critères objectivement vérifiables et non-discriminatoires^[11]. Aussi, l'acheteur devra veiller à ce que le label ait un lien avec l'objet du marché et permette de définir les travaux, fournitures ou services, objets du marché^[12] et accepter les labels équivalents.

Les conditions d'exécution et les critères d'attribution sont des outils susceptibles de favoriser un approvisionnement local

Après avoir déterminé l'objet de son marché l'acheteur doit, à condition qu'elles soient en lien avec cet objet^[13], déterminer les conditions d'exécution de son marché. L'objet du marché et les conditions d'exécution servent de bases aux critères d'attribution sur lesquels l'acheteur se fonde pour choisir l'offre économiquement la plus avantageuse : ces critères, en plus d'être non discriminatoires, doivent être en lien soit avec l'objet du marché soit avec ses conditions d'exécution^[14].

Dès lors que ces conditions sont remplies, l'acheteur peut librement choisir ces critères et conditions d'exécution^[15]. Autrement dit, les conditions d'exécution et les critères d'attribution ne constituent pas des mécanismes permettant à l'acheteur de s'approvisionner localement dans le seul but d'acheter local^[16]. Au risque que la qualification de critère géographique soit retenue. En revanche, l'acheteur peut, sous couvert de considérations sociales ou environnementales, prévoir des critères lui permettant, indirectement, de s'approvisionner localement.

Le Code de la commande publique prévoit, par exemple, la possibilité de retenir des critères d'attribution se

rapportant aux « performances en matière (...) de développement des approvisionnements directs de produits de l'agriculture »^[17]. Le choix d'un tel critère pourrait permettre à l'acheteur de limiter le nombre d'intermédiaires, voire, acheter directement à l'agriculteur^[18]. Son utilisation reste toutefois limitée aux produits de l'agriculture et ne doit pas conduire l'acheteur à écarter les offres ne permettant pas la vente directe, sous peine d'être qualifié de critère discriminatoire^[19]. De plus, « faire de l'achat en circuit court n'est pas synonyme d'achat de proximité »^[20].

En revanche, l'acheteur peut se fonder sur « les performances en matière de protection de l'environnement »^[21] des candidats. Le choix de ce critère pourrait permettre, par exemple, de réduire la pollution en diminuant des trajets de livraison grâce à des objectifs de respect de bilan carbone fixés en amont^[22]. Ainsi, ces dispositions pourraient donner la possibilité à l'acheteur de s'approvisionner localement, indirectement et sous couvert de considérations environnementales.

L'acheteur peut imposer la localisation des moyens d'exécution dans les marchés publics au sein de l'Union européenne

Depuis 2018^[23], le législateur a introduit l'article L. 2112-4 du Code de la commande publique. Ce dernier prévoit que « L'acheteur peut imposer que les moyens utilisés pour exécuter tout ou partie d'un marché, pour maintenir ou pour moderniser les produits acquis soient localisés sur le territoire des États membres de l'Union européenne afin, notamment, de prendre en compte des considérations environnementales ou sociales ou d'assurer la sécurité des informations et des approvisionnements. ».

Ici, le Code de la commande publique entrouvre la porte du « localisme » à l'échelle de l'Union européenne. Mais malgré cette avancée, cet outil n'est que très peu utilisé comme le souligne le ministère de l'Économie en mars 2024^[24].

En conséquence, la mise en œuvre de cette dérogation est strictement encadrée. Les acheteurs doivent démontrer que l'exigence de localisation est nécessaire, proportionnée et directement liée à l'objet du marché. Elle ne peut pas justifier une préférence européenne ni créer des discriminations envers des entreprises ou

[9] G. Arnault, « Les élus face au dilemme de l'achat public local », Institut Rousseau, 25 mars 2021.

[10] CCP, art. R. 2111-12 et R. 2111-13.

[11] CCP, art. R. 2111-14.

[12] CCP, art. R. 2111-15.

[13] CCP, art. L. 2112-2.

[14] CCP, art. L. 2152-7.

[15] CAA Nancy 12 avril 2001, Société régionale du bâtiment Scanzi et fils, req. n° 96NC02129 : à propos de la prise en compte de la situation géographique des candidats par la commission d'appel d'offres, « considération se rattachant au critère du délai d'exécution, qu'elle a pu légalement retenir eu égard à l'impératif de rapidité d'intervention qu'implique l'objet du marché, incluant notamment l'entretien et la réparation du réseau ».

[16] L. Richer et G. Cantillon, *Achat public et économie des territoires*, LGDJ, 2017.

[17] CCP, art. R. 2152-7.

[18] L. Richer et G. Cantillon, *Achat public et économie des territoires*, LGDJ, 2017.

[19] *Ibid.*

[20] J.-M. Joannès, « Achat public local : le grand méli-mélo », *achatpublic.info*, février 2024.

[21] CCP, art. R. 2152-7.

[22] J.-M. Peyrical, « Acheter local... en toute légalité », *Le Moniteur*, 26 mai 2017.

[23] Ordonnance n° 2018-1074 du 26 novembre 2018 portant partie législative du Code de la commande publique.

[24] Rép. min. QE n° 07174, *JO Sénat* 14 mars 2024, p. 1017.

des fournitures provenant de pays tiers bénéficiant d'un accès garanti au marché européen en vertu d'accords commerciaux^[25].

Pour cela, le ministre de l'Économie explique dans sa réponse que les acheteurs doivent prouver qu'elle est indispensable pour atteindre leurs objectifs et que ces justifications peuvent inclure, par exemple, la sécurité des approvisionnements, la protection des données sensibles. Tel est le cas, notamment, de l'installation de serveurs informatiques au sien de l'Union européenne pour garantir la conformité avec le règlement général sur la protection des données (RGPD)^[26].

L'acheteur doit veiller au dimensionnement des lots pour faciliter les candidatures des PME

Prévu à l'article L. 2113-10 du Code de la commande publique^[27], l'allotissement est une technique d'achat qui permet d'élargir l'accès à la commande publique aux PME et potentiellement à des entreprises locales.

Pour que l'allotissement conserve cet effet utile la Direction des affaires juridiques du ministère de l'Économie et des Finances préconise aux acheteurs de réfléchir au dimensionnement de leurs lots. Et pour cause, « le dimensionnement des lots conditionne le montant des garanties bancaires » et « plus les lots seront d'importance moins une PME aura la capacité de candidater » faute de financements suffisants^[28].

La solidarité entre les membres du groupement d'entreprises : un frein financier à la candidature des PME

Les opérateurs peuvent choisir de candidater sous la forme de groupements momentanés d'entreprises^[29]. Cette modalité de candidature permet notamment à des PME de participer à des procédures de passation auxquelles elles n'auraient financièrement pas pu

candidater seules^[30]. Lorsque cela est nécessaire à la bonne exécution du marché, l'acheteur peut exiger que le groupement attributaire soit solidaire^[31], c'est-à-dire que chacun des opérateurs économiques membres du groupement soit engagé financièrement pour la totalité du marché^[32] ou bien la solidarité de son mandataire dans le cas d'un groupement conjoint^[33].

Appliquée aux PME, la solidarité représente une contrainte financière susceptible de dissuader leur candidature^[34]. Pour cette raison, la Direction des affaires juridiques du ministère de l'Économie et des Finances préconise aux acheteurs de « procéder à une réflexion préalable, tenant compte de l'objet du marché, de la technicité et de la diversité des prestations demandées, des corps d'états concernés, avant d'imposer une forme de solidarité »^[35].

Les marchés publics réservés : un outil pour favoriser la préférence locale

Les marchés publics réservés, encadrés par les articles L. 2113-12 à L. 2113-16 du Code de la commande publique, permettent de soutenir indirectement l'économie locale tout en respectant les principes fondamentaux de la commande publique. Ce mécanisme vise à réserver une partie des marchés publics à des structures spécifiques telles que les entreprises adaptées, les établissements et services d'aide par le travail (ESAT) ou encore les jeunes entreprises de l'économie sociale et solidaire (ESS).

En favorisant l'insertion professionnelle ou en soutenant des structures locales engagées dans des projets sociaux et environnementaux, ces marchés réservés créent un environnement propice au développement économique territorial. Cette approche est particulièrement utile pour des secteurs où les petites structures locales peuvent être compétitives, comme les services, la maintenance ou l'artisanat.

Les acheteurs publics disposent également de la possibilité de recourir à des clauses sociales ou environnementales, prévues par l'article L. 2112-2 du Code de la commande publique. Ces clauses permettent d'orienter les marchés vers des prestataires locaux capables de répondre à des exigences spécifiques en termes de durabilité ou d'insertion professionnelle.

[25] CCP, art. L. 2153-1 ; CJCE 27 octobre 2005, Commission des Communautés européennes c/ Royaume d'Espagne, aff. C-158/03 ; CE 14 janvier 1998, Société Martin Fourquin, req. n° 168688.

[26] Règlement (UE) 2016/679 du Parlement européen et du Conseil du 27 avril 2016 relatif à la protection des personnes physiques à l'égard du traitement des données à caractère personnel et à la libre circulation de ces données, et abrogeant la directive 95/46/CE.

[27] CCP, art. L. 2113-10

[28] Direction des affaires juridiques du ministère de l'Économie et des Finances, Observatoire économique de la commande publique, Guide pratique « pour faciliter l'accès des TPE/PME à la commande publique », 2019.

[29] CCP, art. R. 2142-19

[30] Direction des affaires juridiques du ministère de l'Économie et des Finances, Observatoire économique de la commande publique, Guide pratique « pour faciliter l'accès des TPE/PME à la commande publique », 2019.

[31] CCP, art. R. 2142-22.

[32] CCP, art. R. 2142-20.

[33] CCP, art. R. 2142-24.

[34] Direction des affaires juridiques du ministère de l'Économie et des Finances, Observatoire économique de la commande publique ; « Guide pratique pour faciliter l'accès des TPE/PME à la commande publique », 2019.

[35] CCP, art. R. 2142-22.

Les avances : mécanisme stratégique prévu par le Code de la commande publique pour soutenir les PME locales

Les montants souvent très importants des marchés publics peuvent apparaître comme étant des freins et une source de difficultés pour les PME en les empêchant de soumissionner. Dès lors, même si le Code de la commande publique interdit toute discrimination explicite en faveur des opérateurs économiques locaux, les avances permettent d'atteindre cet objectif de manière indirecte et légale. En effet, le mécanisme des avances permet à l'acheteur public de verser une fraction du montant du marché avant le démarrage des prestations lorsque le montant initial du marché est supérieur à 50 000 euros hors taxes et dans la mesure où le délai d'exécution est supérieur à deux mois^[36]. Ce dispositif vise à améliorer la trésorerie des titulaires, un atout particulièrement précieux pour les petites et moyennes entreprises (PME) locales, contrairement à l'acompte qui concerne les prestations ayant donné lieu à un commencement d'exécution.^[37]

Dans ce cadre, les avances réduisent les barrières financières pour les entreprises locales, leur permettant de se porter candidates aux procédures de marchés publics sans nécessiter de financements externes onéreux. L'avance facilite donc l'exécution des marchés publics et participe de l'égal accès à toutes les entreprises, en s'assurant qu'elles disposent d'une trésorerie suffisante pour débiter l'exécution des prestations^[38].

Récemment, le décret n° 2024-125 du 31 décembre 2024 portant diverses mesures de simplification du droit de la commande publique, a supprimé la limite de 80 % pour les remboursements dans le cadre des marchés à tranches.

Les risques juridiques en cas d'utilisation détournée de ces mécanismes

L'utilisation des mécanismes précités reste conditionnée au strict respect des dispositions du code et des principes essentiels de la commande publique. Partant, une utilisation contraire sera susceptible de constituer un manquement aux règles de publicité et de mise en concurrence, voire conduire à la qualification de délit de favoritisme.

[36] CCP, art. R.2191-3 et s.

[37] Direction des Affaires juridiques (Observatoire économique de la commande publique), « Guide pratique faciliter l'accès des TPE/PME à la commande publique », 2019.

[38] *Ibid.*

Le risque de qualification de critère géographique

Les conditions d'exécution et les critères d'attribution sont le terrain propice à la qualification de « critères géographiques ». Un critère sera qualifié de « géographique » s'il est instauré dans le seul but de permettre un approvisionnement local ou toute autre considération non objective, comme par exemple privilégier l'emploi de proximité^[39].

Pour éviter l'apparition d'un tel risque, l'acheteur doit veiller à ce que les conditions d'exécution de son marché soient liées à l'objet du marché^[40] et que les critères d'attribution soient non-discriminatoires et liés à l'objet du marché ou à ses conditions d'exécution^[41].

Ces conditions devront tout particulièrement être respectées en cas de recours à un critère ou une condition afférente à la protection de l'environnement^[42].

Ainsi, pour qu'un critère ne soit pas qualifié de « géographique », l'acheteur doit être en mesure de démontrer que la bonne exécution de son marché ne peut être assurée que par un opérateur implanté localement^[43].

Dans le cas contraire, le juge retiendra le manquement au principe d'égalité de traitement des candidats et pourra prononcer l'annulation de la procédure de passation^[44] voire, si le marché a déjà été signé, sa résiliation^[45].

Le risque pénal en cas d'atteinte à la probité dans l'achat public

L'achat public est encadré par des règles qui, si elles sont méconnues, peuvent conduire à des atteintes à la probité, communément appelées corruption. Ces atteintes englobent plusieurs délits distincts^[46] notamment celui du délit d'octroi d'avantage injustifié (dit favoritisme). Ce délit se traduit par le fait pour une personne chargée d'une mission de service public de ne pas respecter les règles de la commande publique afin d'accorder un avantage injustifié à une entreprise^[47].

À ce titre, et au-delà du risque d'annulation de la procédure de marché public par le juge administratif,

[39] L. Richer et G. Cantillon, *Achat public et économie des territoires*, LGDJ, 2017.

[40] CCP, art. L. 2112-2.

[41] CCP, art. L. 2152-7.

[42] « Critères liés aux incidences énergétiques et environnementales des véhicules à moteur », in *Dictionnaire permanent Environnement et nuisances*, Études, § 49, Dalloz.

[43] L. Richer et G. Cantillon, *Achat public et économie des territoires*, LGDJ, 2017.

[44] CE 12 septembre 2018, Département de la Haute Garonne, req. n° 420585.

[45] TA Limoges 10 novembre 2022, req. n° 1900995.

[46] C. pénal, art. 432-10 et s. : Trafic d'influence, corruption, prise illégale d'intérêt, favoritisme, détournement de fonds publics, concussion.

[47] C. pénal, art. 432-14.

l'acheteur public peut voir sa responsabilité pénale engagée en prenant la décision d'attribuer un marché public à une entreprise fondée uniquement sur une préférence locale.

Par exemple, dans une affaire en date du 4 novembre 2021^[48], le tribunal correctionnel de Sens a également

condamné le maire d'une commune pour favoritisme. L'élu avait confié, sans mise en concurrence, plusieurs marchés publics à une association d'insertion dont il était président. Entre 2017 et mi-2019, cette structure, dédiée à la réinsertion professionnelle dans les secteurs des espaces verts, du bâtiment et du bûcheronnage, avait obtenu la majorité des contrats pour des travaux dans la commune. Pour sa défense, le maire faisait valoir que l'association était la seule capable d'effectuer ces travaux localement et qu'elle employait des personnes éloignées de l'emploi résidant à proximité. Le tribunal l'a cependant condamné à une amende de 15 000 € avec sursis.

[48] Tribunal correctionnel Sens 4 novembre 2021, commentaire sous « Le risque pénale des élus locaux et des fonctionnaires territoriaux », Observatoire SMACL des risques de la vie territoriale et associative, rapport 2022.