



HAL
open science

La sécurité juridique du sourcing : une condition de la performance de l'achat public

Benjamin Vincent

► **To cite this version:**

Benjamin Vincent. La sécurité juridique du sourcing : une condition de la performance de l'achat public. Droit. 2018. dumas-01864204

HAL Id: dumas-01864204

<https://dumas.ccsd.cnrs.fr/dumas-01864204v1>

Submitted on 29 Aug 2018

HAL is a multi-disciplinary open access archive for the deposit and dissemination of scientific research documents, whether they are published or not. The documents may come from teaching and research institutions in France or abroad, or from public or private research centers.

L'archive ouverte pluridisciplinaire **HAL**, est destinée au dépôt et à la diffusion de documents scientifiques de niveau recherche, publiés ou non, émanant des établissements d'enseignement et de recherche français ou étrangers, des laboratoires publics ou privés.

AIX-MARSEILLE UNIVERSITÉ
FACULTÉ DE DROIT ET DE SCIENCE POLITIQUE

MÉMOIRE

Master II Contrats publics et droit public des affaires

Parcours droit public des affaires

LA SÉCURITE JURIDIQUE DU SOURCING :
UNE CONDITION DE LA PERFORMANCE DE L'ACHAT PUBLIC

Par M. Benjamin VINCENT

Mémoire réalisé sous la direction de M. Florian LINDITCH

Année universitaire 2017/2018

REMERCIEMENTS

Je tiens tout particulièrement à exprimer mes remerciements envers M. Florian LINDICTCH qui a été d'une aide précieuse tout au long de la réalisation de ce mémoire à travers ses conseils et orientations.

SOMMAIRE

INTRODUCTION

Chapitre 1 : Les mesures liées à la mise en œuvre du sourcing

Section 1 : L'organisation du sourcing

Section 2 : L'encadrement du sourcing

Section 3 : La transparence du sourcing

Chapitre 2 : Les mesures à mettre en œuvre à la suite du sourcing

Section 1 : Le rétablissement de l'égalité d'information des candidats

Section 2 : La vérification des pièces du dossier de consultation des entreprises

Section 3 : L'exclusion de l'opérateur sourcé comme mesure de dernier recours

CONCLUSION

LISTE DES ABRÉVIATIONS

CAA : Cour administrative d'appel

CADA : Commission d'accès aux documents administratifs

CASS. CRIM. : Chambre criminelle de la Cour de cassation

CCAP : Cahier des clauses administratives particulières

CCTP : Cahier des clauses techniques particulières

CE : Conseil d'État

CGCT : Code général des collectivités territoriales

CJUE : Cour de justice de l'Union européenne

DAJ : Direction des affaires juridiques

JORF : Journal officiel de la République française

JOUE : Journal officiel de l'Union européenne

RFI : *Request for information*

TA : Tribunal administratif

INTRODUCTION

« *Sourcing : opportunité ou danger ?* »¹. C'est par ces mots que Didier Seban, avocat spécialisé en droit public et en droit pénal, a intitulé son éditorial du numéro 185 de la revue *Contrats Publics* de mars 2018 dévolu à la consécration par le pouvoir réglementaire du sourcing en matière d'achat public. A travers cette interrogation, ce dernier a résumé le grand questionnement qui entoure aujourd'hui le sourcing pour les acheteurs publics.

Le sourcing correspond à un ensemble de pratiques qui trouvent leur origine dans l'achat privé. Ces pratiques consistent dans des échanges et études avec les opérateurs économiques du marché qui, en intervenant en amont de l'acte d'achat, permettent de préparer ce dernier. Le terme de « sourcing » n'est présent ni dans l'ordonnance n° 2015-899 du 23 juillet 2015 ni dans le décret n°2016-360 du 25 mars 2016 relatifs aux marchés publics. Pour autant, à travers l'article 4 du décret du 25 mars 2016, le pouvoir réglementaire a bel et bien consacré le sourcing. En effet, même si le terme n'est pas utilisé, les différentes techniques énoncées² dans cet article correspondent à la notion de sourcing. Parmi ces techniques, on trouve les consultations préalables, les études de marché³, la sollicitation d'avis et l'information des opérateurs économiques de l'existence d'un projet d'achat.

Le sourcing doit être distingué de l'offre spontanée qui est une pratique avec laquelle il est parfois confondu. L'offre spontanée n'ayant pas été consacrée par le décret du 25 mars 2016, il est d'autant plus nécessaire de clairement distinguer les deux

¹ SEBAN (D.), « Sourcing : opportunité ou danger ? », *Contrats publics*, mars 2018, n°185, p.3.

² N'ayant pas eu recours au terme « notamment » dans son énumération des études et échanges préalables possibles, le législateur semble avoir fixé une liste limitative des pratiques de sourcing autorisées. Voir dans ce sens LINDITCH (F.), « Du sourcing et de l'obligation de rétablissement de l'égalité lorsque certains opérateurs disposent d'informations privilégiées. Commentaire du projet de Code des marchés publics », *La Semaine Juridique Administrations et Collectivités territoriales*, n°1, 11 Janvier 2016, p. 46.

³ S'agissant des études de marché, elles relèveront le plus souvent du contrat de la commande publique et plus précisément du marché public étant donné le caractère onéreux de telles études. Pour autant, même si cela sera sans doute très rare en pratique, il est envisageable qu'un acheteur public demande aux opérateurs sourcés de lui fournir une étude de marché gratuite. Dans un tel cas, en absence d'onérosité, l'étude ne constituerait pas un marché public mais bel et bien uniquement une pratique de sourcing. Voir dans ce sens LINDITCH (F.), *op.cit.*, p.46.

pratiques. Ainsi, à la différence du sourcing, l'offre spontanée est une initiative de l'opérateur économique. Elle correspond à la transmission à l'acheteur public de documents suffisamment précis pour qu'ils soient qualifiés d'offre et qu'ils permettent donc la conclusion d'un contrat⁴.

Le sourcing constitue une pratique dont le régime juridique doit être particulièrement étudié du fait de l'importance qu'elle aura dans le futur pour les acheteurs publics. En effet, le sourcing constitue un moyen d'assurer la performance de l'achat public dans toutes ces dimensions.

Tout d'abord, le sourcing permet à l'acheteur public de préciser sa définition du besoin en échangeant avec des représentants de l'offre économique qui pourra justement répondre à son besoin. Or, la définition précise de son besoin est une obligation juridique pesant sur l'acheteur public. Cette obligation a été consacrée par le pouvoir réglementaire dès le code des marchés public dans sa version de 2001⁵. L'ordonnance du 23 juillet 2015 reprend cette obligation dans son article 30⁶. La définition insuffisamment précise du besoin par l'acheteur public constitue donc une violation de cette obligation, violation qui est sanctionnée par le juge administratif à travers l'annulation de la procédure de passation du marché⁷. De plus, au-delà de l'obligation juridique, une définition plus précise du besoin est reconnue comme le meilleur moyen pour diminuer les défaillances dans l'exécution du contrat et donc indirectement le contentieux de l'exécution⁸. Cette reconnaissance du rôle des opérateurs économiques dans la définition du besoin constitue un changement de paradigme important. En effet, jusqu'à encore récemment, il était considéré que l'acheteur public devait réaliser une définition parfaite du besoin et ce sans aucun contact avec les opérateurs économiques susceptibles de candidater par la suite lors de la procédure de passation. A travers la consécration du sourcing, si l'acheteur public définit toujours lui-même son besoin, il

⁴ SAICHI (C.), « Sourcing : mode d'emploi pour des échanges sécurisés et réussis », *Contrats publics*, mars 2018, n°185, p.29

⁵ Décret n°2001-210 du 7 mars 2001 portant code des marchés publics, *JORF* du 8 mars 2001, p.37003, texte n° 6.

⁶ Ordonnance n° 2015-899 du 23 juillet 2015 relative aux marchés publics, article 30, *JORF* du 24 juillet 2015, p.12602, texte n°38

⁷ CAA Douai, 17 janvier 2013, *Commune d'Hazebrouck*, req. n°12DA00780.

⁸ RALLU (B.), *Acheter juste et en toute sécurité*, En ligne, < <http://moniteurjuris.fr/document/20-28145743>>, Consulté le 9 mars 2018.

est reconnu qu'il ne connaît pas a priori toutes les solutions disponibles sur le marché économique et qu'il est donc nécessaire qu'il échange avec les opérateurs pour réaliser la définition du besoin la plus précise possible.

Dans le prolongement de l'idée d'une définition plus précise du besoin, le sourcing permet d'avoir une définition du besoin adaptée à l'offre existant sur le marché économique. Une telle adaptation est une condition essentielle pour réaliser un achat public performant. En effet, au niveau qualitatif tout d'abord, cela permet à l'acheteur public d'adapter son besoin aux innovations techniques développées par les opérateurs. Cela permet également d'éviter les procédures infructueuses en identifiant si les opérateurs économiques sont en capacité ou non de répondre à notre besoin⁹. Dans le cas du département des Hauts de Seine, une diminution de 60% des procédures infructueuses a été observée depuis le début du recours au sourcing au sein de la collectivité¹⁰.

Le sourcing est également le moyen d'élaborer le montage contractuel le plus efficace économiquement. En effet, en échangeant avec les opérateurs économiques susceptibles de répondre à son besoin, l'acheteur public pourra adapter son montage contractuel pour qu'il n'entraîne pas de surcoûts inutiles¹¹. Le sourcing pourra notamment conduire au choix de l'allotissement le plus adapté aux capacités des opérateurs économiques ou bien encore à la suppression des pénalités excessives. Au final, cela conduit à une baisse des prix et donc à une gestion optimale des deniers publics. En effet, le recours au sourcing entraîne en moyenne une baisse du montant des marchés de 15 à 20%¹².

Enfin, le sourcing constitue un moyen de dynamiser la concurrence. En effet, en informant les opérateurs économiques de l'existence d'un projet d'achat public dans leur domaine économique, ils seront plus nombreux à candidater au moment du lancement de la procédure de passation¹³.

⁹ LE FUSTEC (Y.), « Qu'est-ce que le sourcing ? », *Contrats publics*, mars 2018, n°185, p.20-21.

¹⁰ *Ibid.*

¹¹ CRAHÈS (M.), « Précieux et délicat sourçage des marchés publics », *Contrats publics*, novembre 2016, n°170, p. 23.

¹² RALLU (B.), *op.cit.*

¹³ Ville de Toulon, Direction de la commande publique, *Guide interne d'Achat*, 2017, p.10.

Les acheteurs publics se sont saisis de cet outil de performance de l'achat depuis plusieurs années pour certains. C'est le cas notamment du Service des achats de l'Etat, de la Mission des achats du ministère des armées mais aussi de certaines collectivités territoriales comme la Ville de Paris, la région Ile-de-France ou bien encore la Ville de Toulon qui est sans doute l'un des acheteurs publics les plus en avance aujourd'hui sur la pratique et sur son encadrement juridique. Si certains acheteurs publics recourent au sourcing depuis plusieurs années, ce dernier a pendant longtemps été laissé de côté par la doctrine et le juge administratif¹⁴. Le rapporteur public Didier Casas a été l'un des rares à s'intéresser à la pratique au milieu des années 2000¹⁵. S'agissant des pouvoirs publics, il faudra attendre la DAJ, et la publication en 2014 de son *Guide de bonnes pratiques en matière de marchés publics*¹⁶, pour voir une promotion gouvernementale du sourcing.

Si le sourcing est une pratique essentielle pour parvenir à une pleine performance de l'achat public, il n'est pas sans risque. En effet, certains risques juridiques sont liés intrinsèquement au sourcing. Il implique notamment de communiquer à certains opérateurs économiques, en amont de la procédure de passation du marché public, des informations relatives à son projet d'achat. Ainsi, à travers l'avantage informationnel, on décèle par exemple le risque de porter atteinte au principe d'égalité de traitement des candidats qui fait partie des principes fondamentaux de la commande publique. Or, l'identification de ces risques était fortement limitée par l'absence de tout cadre juridique au sourcing.

Le juge administratif puis le pouvoir réglementaire sont ainsi successivement intervenus pour fixer un cadre juridique au sourcing. C'est tout d'abord le juge administratif qui est intervenu. En effet, le Conseil d'Etat, dans un arrêt du 14 novembre

¹⁴ LE FUSTEC (Y.), *op.cit.*, p.18.

¹⁵ Didier Casas a défendu dans ses conclusions de l'arrêt du Conseil d'Etat *Région Nord-Pas-de-Calais* la nécessité pour l'acheteur public de « *se demander si la spécialité professionnelle dont il a besoin est courante, si elle est répandue dans son environnement géographique immédiat ou si, au contraire, elle est rare ou en tout cas dispersée sur une large zone géographique* ». Voir CASAS (D.), conclusions sous CE, 7 octobre 2005, *Région Nord-Pas-de-Calais*, req. n°278732.

¹⁶ DAJ, *Guide de bonnes pratiques en matière de marchés publics*, Edition du 26 septembre 2014, En ligne, <https://www.economie.gouv.fr/files/files/directions_services/daj/marches_publics/conseil_acheteurs/guide/guide-bonnes-pratiques-mp.pdf>, Consulté le 15 avril 2018.

2014, *SMEAG*¹⁷, a reconnu la validité de la pratique du sourcing en matière de marchés publics. Avant cette décision, le Conseil d'Etat ne s'était jamais directement prononcé sur la validité du sourcing. On peut également déduire de cette décision l'obligation de respect des principes fondamentaux de la commande publique de la part de l'acheteur public dans la mise en œuvre du sourcing notamment du principe d'égalité de traitement des candidats. Après le juge administratif, le pouvoir réglementaire est venu consacrer le sourcing à travers le décret du 25 mars 2016 relatif aux marchés publics. Le décret est venu sur ce point transposer l'article 40 de la directive européenne du 26 février 2014¹⁸. L'article 4 du décret prévoit 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.

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 ».

On observe actuellement un débat au sein de la doctrine pour savoir si le sourcing est soumis ou non, depuis sa consécration par le décret du 25 mars 2016, aux principes de la commande publique. S'il est juste que le sourcing n'est pas directement soumis aux principes fondamentaux de la commande publique puisque celui-ci se déroule avant le commencement de la commande publique, représenté par le lancement de la procédure de passation, pour autant il est indirectement soumis à ces principes. En effet, une violation d'un des principes durant le sourcing entraînera automatiquement par voie de conséquence une violation de ce principe durant la procédure de passation. L'article 4 du décret prévoit d'ailleurs expressément dans ce sens que l'utilisation des résultats du sourcing ne doit ni « *fausser la concurrence* », ni entraîner « *une violation des principes de liberté d'accès à la commande publique, d'égalité de traitement des candidats et de transparence des procédures* ». Ce lien de cause à effet pourra être évité seulement si une mesure est prise par l'acheteur public avant la procédure de passation permettant de

¹⁷ CE, 14 novembre 2014, *SMEAG*, req. n°373156.

¹⁸ 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, article 40, *JOUE* n°L94, 28 mars 2014, p.120.

remédier à la violation du principe de la commande publique¹⁹. C'est dans ce sens qu'intervient l'article 5 du décret s'agissant du cas où un ou plusieurs opérateurs sourcés auraient bénéficié d'un avantage informationnel en prévoyant que :

« L'acheteur prend les mesures appropriées pour que la concurrence ne soit pas faussée par la participation à la procédure de passation du marché public d'un opérateur économique qui aurait eu accès, du fait de sa participation préalable directe ou indirecte à la préparation de cette procédure, à des informations ignorées des autres candidats ou soumissionnaires. Cet opérateur n'est exclu de la procédure de passation que lorsqu'il ne peut être remédié à cette situation par d'autres moyens ».

Ainsi, un réel cadre juridique est désormais fixé pour le sourcing. Pour autant, la nouvelle réglementation issue du décret ne vient pas fixer une organisation juridique précise du sourcing. Celle-ci revient donc aux acheteurs publics à travers la fixation de règles internes. De plus, si le cadre juridique du sourcing est désormais plus clair, cela n'implique pas pour autant une plus grande sécurité juridique pour l'acheteur public. En effet, en fixant plus clairement les limites de ce qui est autorisé, le législateur a facilité la sanction par le juge d'un sourcing ne respectant pas ce cadre²⁰.

On voit donc que les risques juridiques liés au sourcing n'ont pas reculé avec le décret du 25 mars 2016, ils sont simplement plus facilement identifiables et délimitables. On peut ainsi dégager trois grands risques liés au sourcing : un risque administratif, un risque pénal et, enfin, un risque relatif au secret industriel et commercial.

S'agissant du risque administratif, il s'agit plus précisément d'un risque d'annulation de la procédure de passation, ou du marché public si le marché a été signé, qui a suivi le sourcing. Une telle annulation pourrait intervenir dans le cas du sourcing principalement en cas d'avantage offert à un opérateur sourcé portant atteinte à l'égalité

¹⁹ Voir à ce sujet LINDITCH (F.), « Contentieux du sourçage : les débuts », *La Semaine Juridique Administrations et Collectivités territoriales*, n°10-11, 12 mars 2018, p. 26.

²⁰ LINDITCH (F.), « Du sourçage et de l'obligation de rétablissement de l'égalité lorsque certains opérateurs disposent d'informations privilégiées. Commentaire du projet de Code des marchés publics », *La Semaine Juridique Administrations et Collectivités territoriales*, n°1, 11 Janvier 2016, p. 45.

de traitement²¹. Cet avantage peut être constitué par la transmission d'informations privilégiées à un ou plusieurs participants au sourcing. En effet, si ces informations ne sont pas communiquées à l'ensemble des opérateurs pouvant candidater dans le cadre de la procédure de passation qui interviendrait à la suite du sourcing, ces informations constitueraient de fait un avantage pour les opérateurs sourcés et donc une atteinte à l'égalité de traitement des candidats dès lors que l'un d'entre eux a candidaté à la procédure de passation. Le juge administratif a déjà censuré des procédures de passation dans de telles situations de transmission d'informations privilégiées à certains opérateurs en amont de la procédure de passation²². Le risque de censure par le juge administratif dans le cas d'un avantage informationnel a été renforcé par le décret du 25 mars 2016. En effet, l'article 5 du décret consacre une obligation d'action de l'acheteur en cas d'avantage informationnel qui impose à l'acheteur de prendre les « mesures appropriées » pour rétablir l'équilibre informationnel entre les opérateurs ayant participé à la préparation de la procédure de passation, ce qui comprend les opérateurs sourcés, et les autres candidats ou soumissionnaires²³. Ainsi, l'inaction de l'acheteur face à un tel avantage informationnel constitue désormais non seulement un manquement au principe d'égalité de traitement des candidats mais également à la réglementation des marchés publics ce qui incitera d'autant plus le juge à prononcer l'annulation²⁴. Une telle rupture de l'égalité entre candidats peut également être constituée par un cahier des charges orienté en faveur d'un opérateur sourcé. En effet, si le cahier des charges présente une ou plusieurs clauses favorisant un opérateur, par exemple en exigeant des spécifications techniques propres uniquement au produit fourni par ce dernier, celui-ci sera avantagé par rapport aux autres candidats. Cet avantage, comme l'avantage informationnel, pourra entraîner l'annulation de la procédure de passation ou du marché²⁵. Une atteinte au principe de liberté d'accès à la commande publique peut également entraîner une telle annulation. Or, là encore, le sourcing peut être la cause d'une telle atteinte. En

²¹ Une atteinte à un principe fondateur de la commande publique constitue en effet un manquement à l'obligation de mise en concurrence et donc un moyen invocable au soutien d'un référé précontractuel ou contractuel ou bien encore d'un recours au fond.

²² TA Paris, ord. 26 avril 2010, *Société TFN Bâtiment*, req. n°1006397-3/3 ; TA Rennes, ord. 6 avril 2016, *Association SOLIHA Finistère*, req. n°1601120.

²³ Décret n° 2016-360 du 25 mars 2016 relatif aux marchés publics, article 5, *JORF* du 27 mars 2016, Texte n°28.

²⁴ LINDITCH (F.), *op.cit.*, p.45. Le risque d'annulation de la procédure de passation ou du marché public par le juge administratif reste pour autant limité. En effet, il revient au requérant d'apporter la preuve de l'atteinte au principe de l'égalité de traitement des candidats. Or, cette preuve est souvent très difficile à apporter. Voir dans ce sens SEBAN (D.), *op.cit.*, p.3.

²⁵ CE, 11 septembre 2006, *Commune de Saran*, req. n°257545.

effet, le décret du 25 mars 2016 prévoit de manière expresse que l'acheteur public peut décider d'une mesure d'exclusion de l'opérateur sourcé de la procédure de passation ayant suivi le sourcing dans le cas où ce dernier bénéficie d'un avantage informationnel. Pour autant, le décret limite très strictement le recours à cette mesure par des conditions de fonds et des conditions procédurales²⁶. Si ces conditions ne sont pas respectées, la mesure d'exclusion sera contraire au décret et constituera donc une atteinte à la liberté d'accès à la commande publique²⁷. Or, une telle atteinte pourra être invoquée comme moyen dans le cadre d'un référé précontractuel ou contractuel ou bien encore dans le cadre d'un recours au fond²⁸.

S'agissant du risque pénal, il est principalement représenté par le délit de favoritisme²⁹. Le risque de commission de l'infraction de délit de favoritisme à l'occasion d'un sourcing était déjà clairement identifié avant sa consécration. Ainsi, certaines procédures de sourcing ont entraîné par le passé des condamnations pénales³⁰. En effet, le sourcing a toujours été suspecté de fausser la mise en concurrence et donc le moyen d'octroyer un avantage injustifié à un candidat ayant participé préalablement au sourcing. La consécration du sourcing par le décret du 25 mars 2016 pourrait laisser penser a priori que le risque de commission du délit de favoritisme a fortement diminué. Il s'avère que désormais, effectivement, une mise en œuvre du sourcing respectant les articles 4 et 5 du décret du 25 mars 2016 ne peut plus entraîner la commission de cette infraction³¹. En revanche, le risque de condamnation est renforcé dans le cas où les obligations juridiques fixées par le décret ne seraient pas respectées par l'acheteur public. En effet, l'élément matériel de l'infraction est constitué par un comportement, « *un acte contraire aux dispositions législatives ou réglementaires ayant pour objet de garantir la liberté d'accès et l'égalité des candidats* »³², et par un résultat, l'octroi d'un

²⁶ S'agissant des conditions du recours à la mesure d'exclusion de l'opérateur sourcé, voir Chapitre 2, Section 3.

²⁷ Décret n° 2016-360 du 25 mars 2016 relatif aux marchés publics, article 5, *op.cit.*

²⁸ COUPÉ (C.), « 'Sourcing' et 'consultations préalables' : précautions à prendre », *Contrats publics*, mars 2018, n°185, p.35.

²⁹ Le risque de commission du délit de prise illégale d'intérêts à l'occasion du sourcing existe également. Sur ce point, voir Chapitre 1, Section 1, I.

³⁰ Pour un exemple de condamnation pour délit de favoritisme du fait d'une mauvaise mise en œuvre d'un sourcing voir MAUPIN (E.), *Sourcing : le maire de Rodilhan condamné à 6 mois de prison avec sursis*, En ligne, < <http://www.achatpublic.info/actualites/info-du-jour/2017/04/06/sourcing-le-maire-de-rodilhan-condamne-6-mois-de-prison-avec>>, Consulté le 15 avril 2018.

³¹ KANOU (S.), HÉNON (M.), « Sourcing et risque pénal », *Contrats publics*, mars 2018, n°185, p.68.

³² Code pénal, article 432-14, version issue de la loi n°2016-1691 du 9 décembre 2016, *JORF* n°0287 du 10 décembre 2016, texte n° 2.

avantage injustifié. Or, un sourcing qui ne respecterait pas les articles 4 et 5 du décret du 25 mars 2016 constituerait vraisemblablement un tel acte. S'agissant de l'octroi d'un avantage injustifié, la jurisprudence déduit presque systématiquement cet avantage de la violation de la réglementation³³. S'agissant de l'élément moral de l'infraction, le délit de favoritisme est un délit intentionnel. Pour autant, l'intention délictuelle est appréciée de manière très sévère par le juge pénal pour ce délit au point que celle-ci est quasiment toujours constituée³⁴. Ainsi, dès lors que le juge administratif aura constaté le non-respect des articles 4 et 5 du décret du 25 mars 2016 par l'acheteur public dans le cadre d'un référé ou d'un recours au fond, l'entrée en voie de condamnation par le juge pénal sera fortement facilitée.

S'agissant du risque relatif au secret industriel et commercial, il est lié aux informations recueillies et communiquées par l'acheteur public à l'occasion du sourcing. En effet, lors du sourcing, l'acheteur public va pouvoir se voir communiquer des informations de la part des opérateurs économiques, informations qui pourront pour certaines relever du secret industriel et commercial. Or, si l'acheteur public communique ces informations à d'autres opérateurs sourcés ou les reprend dans les documents de consultation sans autorisation préalable de l'opérateur, il commettrait une violation de ce secret, violation qui ouvre droit à indemnisation pour l'opérateur à auteur du préjudice subi.

Face aux risques juridiques liés au sourcing, une sécurisation juridique de la pratique doit donc être assurée par l'acheteur public. Cette sécurisation ne doit pas être vue comme une contrainte administrative supplémentaire mais comme la condition du succès du sourcing et donc comme le moyen d'assurer la performance de l'achat public.

³³ Cass. crim., 10 septembre 2008, n° 08-80.589 ; Cass. crim., 11 décembre 2002, n° 02-80.699 ; Cass. crim., 22 janvier 2014, n° 13-80.759

³⁴ CLAVERIE-ROUSSET (C.), « Fasc. 10 : FAVORITISME », *JurisClasseur Pénal des Affaires*, version mise à jour du 27 avril 2017, point 81. La chambre criminelle de la Cour de cassation considère effectivement que l'élément moral du délit est caractérisé par le simple « accomplissement en connaissance de cause d'un acte contraire aux dispositions législatives ou réglementaires ayant pour objet de garantir la liberté d'accès et l'égalité des candidats dans les marchés publics et les délégations de service public ». Or, cette conscience de la violation de la règle prescrite est en général présumée par le juge pénal du fait de la qualité d'acheteur public de l'auteur de l'acte. Cass. crim., 15 septembre 1999, n° 98-87.588 ; HÉNON (M.), CONSIGLI (J.), « La commande publique et la menace du délit de favoritisme », *La Gazette des communes*, 5 décembre 2016, n°46/2344, p.66.

La question qui se pose alors est la suivante : quelles mesures doivent être mises en œuvre par l'acheteur public dans le but d'assurer la sécurité juridique du sourcing ?

Il s'avère que les articles 4 et 5 du décret du 25 mars 2016 n'énoncent aucune mesure précise à mettre en œuvre pour garantir cette sécurité juridique à l'exception de l'exclusion de l'opérateur sourcé de la procédure de passation du marché public qui constitue selon le décret une mesure de dernier recours. Cette liberté laissée à l'acheteur public s'inscrit dans une logique de plus grande responsabilisation de ce dernier³⁵, logique que l'on retrouve également dans l'ordonnance du 23 juillet 2016 et dans les autres dispositions du décret du 25 mars 2016.

En l'absence de contrainte par la réglementation dans le choix des mesures à mettre en œuvre, il revient aux acheteurs de trouver un équilibre entre une liberté dans la mise en œuvre de la pratique, condition de son efficacité, et un encadrement de cette dernière, condition de sa sécurité juridique. Cet équilibre est encore recherché par les collectivités du fait du caractère encore récent de la réglementation et de l'absence de jurisprudence fournie qui en découle. Cela explique l'encadrement actuel plus ou moins strict du sourcing au sein des collectivités publiques.

Il s'agit donc de dégager les différentes mesures que doit mettre en œuvre l'acheteur public dans le but d'assurer la sécurité juridique du sourcing tout en laissant une certaine liberté nécessaire à l'efficacité de la pratique.

Il s'avère que pour parvenir à limiter les différents risques découlant du sourcing, il est nécessaire pour les acheteurs publics de recourir à des mesures en lien avec son déroulement (Chapitre I) mais aussi de mettre en œuvre des mesures à la suite du sourcing (Chapitre II).

³⁵ DYENS (S.), « Définition préalable du besoin et sourcing, la responsabilisation des acheteurs publics dans le nouveau droit des marchés publics », *AJCT*, septembre 2016, n°9, p. 422.

Chapitre 1 : Les mesures liées à la mise en œuvre du sourcing

L'article 4 du décret du 25 mars 2016 indique que « *les résultats [des] 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* »³⁶. A travers cet article, le pouvoir réglementaire a consacré une « *obligation d'abstention* » à la charge de l'acheteur public dans sa mise en œuvre du sourcing³⁷. Ainsi, lorsqu'il réalise un sourcing, l'acheteur public ne doit ni fausser la concurrence, ni violer les principes de la commande publique.

Pour pouvoir pleinement remplir cette obligation d'abstention et ainsi assurer la sécurité juridique du sourcing, l'acheteur public se doit d'intervenir à la fois au niveau de l'organisation du sourcing (section 1), de son encadrement (section 2) et enfin au niveau de sa transparence (section 3).

Section 1 : L'organisation du sourcing

La problématique de l'organisation du sourcing doit être le premier champ d'intervention de l'acheteur public. En effet, seule une organisation efficace du sourcing peut permettre la mise en place des autres mesures. Il est nécessaire d'intervenir à la fois au niveau de l'organisation interne du sourcing (I) mais aussi au niveau de l'organisation externe (II).

³⁶ Décret n° 2016-360 du 25 mars 2016 relatif aux marchés publics, *op.cit.*

³⁷ VILLENEUVE (P.), *Le sourcing expliqué en sept points*, En ligne, < <http://moniteurjuris.fr/document/20-35081830>>, Consulté le 9 mars 2018.

I) Une organisation interne du sourcing autour du service « achats »

Lorsqu'il est fait référence à l'organisation interne du sourcing, cela fait référence à l'organisation du sourcing au sein de l'acheteur public. Or, il s'avère que la première exigence qui doit être appliquée en termes d'organisation interne est le fait de confier la gestion du sourcing à la direction « achats » de l'acheteur public, ou à la direction « commande publique » si les directions « achats » et « marchés » ont été fusionnées au sein d'une seule direction « commande publique ».

Cela s'explique, tout d'abord, car les personnels de ce service, les acheteurs, bénéficient d'une expertise technique et juridique forte en matière d'achat public, domaine qui comprend notamment le sourcing. En effet, les acheteurs sont censés une connaissance approfondie du cadre juridique s'imposant au sourcing et donc des risques juridiques qui y sont liés³⁸. Ce n'est pas le cas des personnels des directions techniques. Or, avant le développement des services « achats » au sein des acheteurs publics, le sourcing a pu être réalisé par des directions techniques de manière indépendante et non encadrée. Cela a pu conduire parfois à des pratiques dites de sourcing « sauvage »³⁹ c'est-à-dire un sourcing qui ne respecterait aucune règle garantissant les principes d'égalité de traitement des candidats ou de transparence des procédures. Une telle pratique correspond par exemple au contact informel d'un seul opérateur économique par une direction opérationnelle, contact qui débouche sur un entretien non préparé et qui ne fait pas l'objet d'un compte-rendu. De telles pratiques sont bien sûr extrêmement risquées juridiquement aussi bien d'un point de vue administratif que pénal. Or, confier la gestion et la mise en œuvre du sourcing au service « achats » permet d'éviter de telles pratiques.

De plus, le fait de confier la coordination du sourcing à un seul service est une nécessité. En effet, cela permet d'assurer une harmonisation de la pratique à l'échelle de l'acheteur public dans son ensemble. Ainsi, il est notamment possible de s'assurer du respect d'un ensemble de mesures d'encadrement et de traçabilité pour toutes les opérations de sourcing menées par l'acheteur public. Une telle harmonisation n'est pas

³⁸ CAYREY (R.), *Le sourcing, à manier avec... modération*, En ligne, < <http://moniteurjuris.fr/document/20-35087055> >, Consulté le 7 février 2018

³⁹ CRAHÈS (M.), *op.cit.*, p. 24.

possible lorsque le sourcing est menée par les différentes directions opérationnelles de manière indépendante les unes des autres.

Pour autant, les opérations de sourcing ne doivent absolument pas être menées par le service « achats » de manière cloisonnée. Au contraire, un sourcing performant nécessite forcément une coopération forte et permanente entre le service « achats » et les directions techniques. En effet, une telle coopération est une condition de l'efficacité du sourcing car seuls les services techniques détiennent les connaissances suffisantes pour savoir quelles informations techniques il est nécessaire d'obtenir auprès des opérateurs économiques. Cette coopération peut prendre deux formes. On peut tout d'abord recourir à des binômes acheteur/opérationnel qui auront pour charge de conduire les opérations de sourcing pour un projet de marché, binômes qui sont cadrés par le service « achats »⁴⁰. Ces binômes constituent la forme de coopération la plus couramment usitée actuellement. L'autre forme de coopération est l'habilitation d'opérationnels dans chaque direction technique par le service « achats ». Cette habilitation est notamment utilisée par la Ville de Toulon en alternance avec le recours au binôme acheteur/opérationnel⁴¹. Celle-ci sera octroyée à l'opérationnel après qu'il ait suivi une formation approfondie en matière de sourcing aussi bien au niveau juridique qu'au niveau des techniques de sourcing. Dans le cas d'une habilitation, le sourcing sera géré par l'agent habilité de la direction opérationnelle à l'origine du projet de marché public et non par le service « achats ». Pour autant, le service « achats » devra approuver tout recours au sourcing et pourra intervenir en cours de sourcing sur demande de l'agent habilité⁴². On voit donc avec la méthode de l'habilitation que le service « achats » ne réalise plus directement le sourcing mais garde pour autant le contrôle de l'organisation de ce dernier. Si cette dernière forme de coopération peut sembler attrayante pour les directions opérationnelles de par l'autonomie qu'elle représente, il s'avère que dans le cas de la Ville de Toulon cette forme de coopération reste très minoritaire face au recours aux binômes⁴³.

⁴⁰ RALLU (B.), *Marchés publics : les recettes d'un bon sourcing*, En ligne <<http://moniteurjuris.fr/document/20-28157951>>, Consulté le 7 février 2018 ; Métropole Aix-Marseille Provence, Direction de la Programmation et de la Performance Achat, *Présentation mode opératoire sourcing*, Juin 2018, p.10 ; Ville de Toulon, Direction de la commande publique, *Charte de bonnes pratiques : Pour des achats performants et durables*, 2017, p.8.

⁴¹ *Ibid.*

⁴² *Ibid.*, p.9.

⁴³ BINOT (J-M.), *Sourcing: la recette toulonnaise*, En ligne, <<http://www.achatpublic.info/actualites/info-du-jour/2017/06/26/sourcin...>>, Consulté le 26 février 2018.

En plus de la coopération entre service « achats » et directions techniques, une coopération entre service « achats » et service « marchés » doit se mettre en place. Si un juriste du service « marchés » peut participer au déroulement du sourcing pour certains projets d'importance, il s'avère que le juriste doit surtout participer à la transition entre la phase de sourcing et la phase de rédaction des pièces du marché. En effet, comme nous le verrons par la suite, l'intervention du juriste « marchés » est surtout nécessaire à la fin du sourcing puisqu'il sera notamment chargé de vérifier l'absence d'orientation des pièces du marché en faveur d'un ou plusieurs opérateurs sourcés⁴⁴. Pour cela, une coopération entre les acheteurs et les juristes « marchés » est primordiale, sans quoi cette vérification est impossible. Cette coopération s'incarne notamment à travers la réalisation d'une synthèse du sourcing par les acheteurs, synthèse transmise par la suite aux juristes « marchés »⁴⁵.

Enfin, l'organisation interne du sourcing doit permettre d'éviter toute situation de conflit d'intérêts⁴⁶. En vertu de l'article 25 bis de la loi du 13 juillet 1983, une obligation de prévention et de cessation des conflits d'intérêts pèse sur les fonctionnaires et agents contractuels de droit public⁴⁷. Ceux-ci doivent en effet veiller « à faire cesser immédiatement, ou à prévenir les situations de conflits d'intérêts dans lesquelles [ils se trouvent ou pourraient] se trouver »⁴⁸. Appliqué au sourcing, l'obligation de prévention impose aux fonctionnaires et agents contractuels pouvant être en charge de la gestion du sourcing d'un projet d'achat de ne pas prendre et de ne pas conserver d'intérêt au sein d'un opérateur qui pourrait participer à un sourcing⁴⁹. L'obligation de cessation implique pour sa part de faire cesser immédiatement le conflit et de prévenir son supérieur hiérarchique d'une telle situation. Dans ce dernier cas, le supérieur hiérarchique pourra décider notamment de confier la gestion du sourcing,

⁴⁴ S'agissant de la vérification des pièces du dossier de consultation, voir Chapitre 2, Section 2.

⁴⁵ Voir Chapitre 1, Section 3.

⁴⁶ Le conflit d'intérêts est défini par l'article 25 bis de la loi du 13 juillet 1983 portant droits et obligations des fonctionnaires comme « toute situation d'interférence entre un intérêt public et des intérêts publics ou privés qui est de nature à influencer ou paraître influencer l'exercice indépendant, impartial et objectif de ses fonctions ». Cet article 25 bis a été créé par l'article 2 de loi du 20 avril 2016 relative à la déontologie et aux droits et obligations des fonctionnaires. Voir Loi n° 2016-483 du 20 avril 2016 relative à la déontologie et aux droits et obligations des fonctionnaires, article 2, *JORF* du 21 avril 2016, Texte n°2.

⁴⁷ Loi n°84-53 du 26 janvier 1984 portant dispositions statutaires relatives à la fonction publique territoriale, article 136 modifié par la loi n°2016-483 du 20 avril 2016, *JORF* du 21 avril 2016, Texte n°2.

⁴⁸ Loi n° 83-634 du 13 juillet 1983 portant droits et obligations des fonctionnaires, article 25 bis créé par la loi n°2016-483 du 20 avril 2016, *JORF* du 21 avril 2016, Texte n°2.

⁴⁹ Ville de Toulon, *op.cit.*, p.6.

source du conflit, à une autre personne⁵⁰. Cette obligation de prévention et de cessation des conflits d'intérêts est un moyen de prévenir la commission de l'infraction de délit de prise illégale d'intérêts de la part des fonctionnaires et agents contractuels de droit public⁵¹.

II) Une organisation externe du sourcing dans un but d'harmonisation de la pratique

Si le sourcing doit faire l'objet en priorité d'une organisation interne, la question de son organisation externe est également primordiale. Par organisation externe, il est fait référence à l'harmonisation de la pratique et de son encadrement dans l'ensemble du territoire français. Cette organisation n'est donc pas réalisée par les acheteurs publics de manière individuelle mais par des structures regroupant le plus grand nombre d'acheteurs publics. C'est le cas par exemple des associations de collectivités territoriales.

Cette organisation externe ne doit pas venir se substituer à l'organisation interne du sourcing mais doit venir en complément de cette dernière. Pour autant, elle est essentielle à la sécurité juridique du sourcing. L'harmonisation de la pratique et de son encadrement réalisée par les différents acheteurs publics est effectivement le moyen de généraliser une pratique du sourcing sûre juridiquement⁵². De plus, en harmonisant les pratiques, on peut considérer que le risque de condamnation par le juge, aussi bien administratif que pénal, se retrouve davantage limité. En effet, une telle harmonisation permettrait de normaliser une certaine pratique du sourcing. Or, cette normalisation

⁵⁰ Loi n° 83-634 du 13 juillet 1983 portant droits et obligations des fonctionnaires, article 25 bis, *op.cit.*

⁵¹ L'élément matériel du délit de prise illégale d'intérêts consiste pour une personne dépositaire de l'autorité publique, ou chargée d'une mission de service public, ou investie d'un mandat électif public, dans le fait : « *de prendre, recevoir ou conserver, directement ou indirectement, un intérêt quelconque dans une entreprise ou dans une opération dont elle a, au moment de l'acte, en tout ou partie, la charge d'assurer la surveillance, l'administration, la liquidation ou le paiement* ». Or, cet élément matériel pourrait être caractérisé par un agent de la collectivité chargé de mettre en œuvre un sourcing et ayant un intérêt dans une des entreprises sourcées. S'agissant de l'élément moral de l'infraction, la jurisprudence considère qu'il se déduit de l'élément matériel de l'infraction. Ainsi, le risque de commission du délit de prise illégale d'intérêt à l'occasion d'un sourcing est réel. Voir Code pénal, article 432-12, version issue de la loi n°2013-1117 du 6 décembre 2013, *JORF* n°0284 du 7 décembre 2013, texte n° 4, page 19941; Cass. crim., 14 décembre 2005, n°05-83.898.

⁵² COCHI (V.), TERRIEN (G.), « Le sourcing, étape indispensable de l'achat public ? », *Contrats publics*, mai 2010, n°99, p.59

pourra être prise en compte par le juge lorsqu'il aura à se prononcer sur la régularité d'un sourcing.

L'association France Urbaine⁵³ va dans le sens d'une telle organisation externe. En effet, le groupe de travail « Achat public » de l'association, qui regroupe les responsables des services « achats » ou « commande publique », s'est notamment penché en décembre 2016 sur le sourcing à travers la mise en place d'un sous-groupe de travail dédié spécifiquement à cette pratique. Ce sous-groupe de travail a clairement pour objectif de réaliser cette harmonisation du sourcing puisqu'il prévoit de réaliser un bilan des pratiques de l'ensemble des acheteurs publics membres de l'association pour pouvoir dégager les bonnes pratiques à généraliser et pour se mettre d'accord sur ce qui est permis par la nouvelle réglementation issue du décret du 25 mars 2016⁵⁴. Le sous-groupe a pour but de pouvoir à terme réaliser un guide du sourcing, ou une charte des bonnes pratiques, qui pourrait être partagé entre tous les acheteurs publics membres de l'association et plus largement à l'ensemble des acheteurs publics locaux. Ce guide pourrait ainsi constituer une base pour l'organisation externe du sourcing.

Section 2 : L'encadrement du sourcing

L'encadrement du sourcing est la phase principale de la sécurisation juridique de la pratique. La notion d'encadrement fait référence à l'ensemble des règles que devra respecter l'acheteur public dans sa mise en œuvre du sourcing. Ces règles ont pour but de limiter les risques juridiques liés au sourcing dont en premier lieu celui de l'octroi d'un avantage à l'opérateur sourcé, avantage qui comme on a pu le constater précédemment peut conduire à l'intervention du juge administratif et du juge pénal. Ces règles doivent être regroupées dans un ou plusieurs documents qui, dans la pratique, peuvent être intitulés « charte des bonnes pratiques », « charte de déontologie », « guide

⁵³ L'association France Urbaine est une association regroupant les élus de métropoles, de grandes intercommunalités et de nombreuses villes françaises. Ces élus représentent quasiment 30 millions d'habitants. L'association promeut une coopération entre territoires dans le but de pouvoir pleinement répondre aux grandes problématiques rencontrées par celle-ci. France Urbaine est organisée autour de plusieurs groupes de travail, chaque groupe de travail étant chargé d'une grande problématique. Voir notamment France urbaine, *Présentation*, En ligne < <http://franceurbaine.org/presentation>>, Consulté le 28 février 2018.

⁵⁴ France Urbaine, *Support de travail du sous-groupe sourcing*, 2 décembre 2016, p.2.

du sourcing», ou bien encore « guide interne d'achat » s'il porte sur l'ensemble des pratiques liées à l'achat public⁵⁵. Ce regroupement des règles permet une assimilation simple et complète, par les acheteurs et opérationnels en charge du sourcing, des règles devant être respectées lors de sa mise en œuvre. Un tel guide constitue ainsi le chemin à suivre pour que le sourcing réalisé soit sûr juridiquement.

Cet encadrement doit porter sur toutes les problématiques que pose (!!!) la mise en œuvre du sourcing. Ainsi, il est nécessaire d'encadrer à la fois le choix du recours au sourcing (I), la publicité du sourcing (II), le déroulement du sourcing dans le temps (III), et enfin son contenu (IV).

I) Un choix encadré du recours au sourcing

Il est tout d'abord nécessaire de rappeler que l'initiative du sourcing doit venir de l'acheteur public. En effet, alors que le Code des marchés publics était mué sur le sujet, le décret du 25 mars 2016 indique que c'est l'acheteur public qui peut réaliser un sourcing. N'ayant pas fait référence à l'opérateur économique, on peut considérer que le législateur a voulu exclure toute démarche venant d'opérateurs économiques qui pourrait s'assimiler à une forme de sourcing⁵⁶. On peut penser ici par exemple à la transmission spontanée de documents commerciaux par l'opérateur ou une proposition spontanée de réaliser une présentation de ses produits. Pour autant, si une telle démarche ne doit pas être l'origine d'un sourcing, elle n'empêche pas l'acheteur public d'ajouter l'opérateur à son vivier de fournisseurs dans l'optique d'un futur sourcing⁵⁷.

Le choix de réaliser un sourcing doit être encadré comme la mise en œuvre du sourcing en tant que telle. En effet, le fait de recourir à un sourcing alors qu'il n'est pas nécessaire est à la fois un coût inutile pour l'acheteur public mais également une source inutile de risques. De plus, si le recours au sourcing s'impose, il s'agit encore de choisir

⁵⁵ LINDITCH (F.), « Parution du Guide pratique de l'achat public innovant », *Contrats et Marchés publics*, n°8-9, Août-Septembre 2013, alerte 39, p.3 ; RAPP (L.), TERNEYRE (P.), « Pratique du sourcing », *Le Lamy droit public des affaires*, p.3151; Ville de Toulon, Direction de la commande publique, *Charte de bonnes pratiques : Pour des achats performants et durables*, 2017, 28 p.

⁵⁶ LINDITCH (F.), « Du sourçage et de l'obligation de rétablissement de l'égalité lorsque certains opérateurs disposent d'informations privilégiées. Commentaire du projet de Code des marchés publics », *La Semaine Juridique Administrations et Collectivités territoriales*, n°1, 11 Janvier 2016, p. 46.

⁵⁷ Sur la question du recours à un vivier de fournisseur dans le cadre du sourcing, voir Chapitre 1, section 2, II. Ville de Toulon, Direction de la commande publique, *op.cit*, p.5.

le bon type de sourcing parmi les différentes possibilités qui s'offrent à l'acheteur public. C'est pourquoi il est nécessaire de fixer certaines règles dans le recours au sourcing puis dans le choix du type de sourcing à réaliser.

S'agissant de l'encadrement du recours au sourcing, la règle qui doit être fixée est de n'y recourir que lorsqu'il est utile⁵⁸. En effet, étant donné les risques juridiques représentés par le sourcing, réaliser un sourcing inutile conduit à prendre des risques inutilement. Pour pouvoir juger de l'utilité du sourcing dans le cadre d'un projet de marché, la Direction de la commande publique de la Ville de Toulon a recours à une grille d'évaluation de l'opportunité du sourcing⁵⁹. Cette grille repose sur plusieurs critères qui permettent de juger de l'utilité de la pratique pour le projet à la fois au niveau financier, au niveau de la complexité technique, mais aussi au niveau concurrentiel ou bien encore en termes de montage contractuel. Selon le nombre de réponses positives ou négatives aux questions prévues par la grille, le recours au sourcing sera considéré comme opportun ou non. S'il est jugé comme inopportun, il ne sera pas réalisé de sourcing pour préparer le futur marché. Étant donné le caractère particulièrement complet de cette grille, on pourrait imaginer que celle-ci puisse être utilisée dans l'avenir par d'autres acheteurs publics, voire même à terme être généralisée.

A la suite de cette évaluation de l'utilité du sourcing, si celle-ci s'avère concluante, il est temps de se demander quel type de sourcing doit être privilégié. Sur ce point, il est tout d'abord nécessaire de constamment recourir au sourcing passif avant de recourir au sourcing actif. Par sourcing passif, on entend les techniques de sourcing n'impliquant pas de contacts directs entre l'acheteur public et l'opérateur sourcé. Au sein de ce sourcing passif, on retrouve notamment les pratiques dites de « e-sourcing »⁶⁰. Le « e-sourcing » regroupe l'ensemble des techniques d'identification d'opérateurs économiques et de collecte d'informations sur ces opérateurs et sur les produits qu'ils proposent à l'aide d'internet ou de bases de données numériques. L'avantage de ce sourcing passif est qu'il est beaucoup plus sûr juridiquement que le sourcing actif qui correspond aux pratiques énumérées par l'article 4 du décret du 25 mars 2016. En effet,

⁵⁸ CAYREY (R.), *Le sourcing, à manier avec... modération*, En ligne, < <http://moniteurjuris.fr/document/20-35087055> >, Consulté le 7 février 2018

⁵⁹ Ville de Toulon, Direction de la commande publique, *op.cit.*, p.7. Voir Annexe n°1.

⁶⁰ CNFPT, « L'acheteur public au cœur de son écosystème », *Support des Journées d'analyses pratiques*, septembre 2016, p. 99.

n'impliquant aucun contact direct entre l'acheteur public et l'opérateur, le sourcing passif ne peut entraîner la transmission par l'acheteur d'informations sur le projet de marché susceptibles de constituer un avantage portant atteinte à l'égalité de traitement entre les candidats. Au-delà de la plus grande sécurité juridique qu'il représente, il s'avère que le sourcing passif peut s'avérer suffisant pour l'acheteur public. En effet, les informations obtenues grâce à ce sourcing peuvent suffire pour avoir à la fois une définition du besoin précise et adaptée au marché économique ainsi qu'un montage contractuel efficace économiquement. En revanche, un tel sourcing ne permet pas de dynamiser la concurrence puisqu'il se fait sans contact avec les opérateurs économiques.

Si le sourcing passif n'est pas suffisant, il sera alors temps de passer au sourcing actif. Le sourcing actif regroupe les différentes pratiques énumérées par l'article 4 du décret du 25 mars 2016 dont les deux principales que sont les consultations préalables et les études de marché. Le choix entre la réalisation de consultations préalables ou d'études de marché dépendra de l'adaptabilité des techniques au marché économique objet du sourcing mais aussi du respect de l'égal accès des opérateurs au sourcing. Or, ces deux critères de choix sont en réalité liés. En effet, si le nombre d'opérateurs économiques pouvant participer au sourcing s'avère très important, la consultation préalable s'avérera être une technique inadaptée et il sera préférable de recourir à l'étude de marché⁶¹. Cette dernière permettra en effet d'avoir, malgré la multiplicité des opérateurs économiques, une vision globale du marché économique qui fait l'objet du projet d'achat. De plus, les études de marché, à la différence des consultations préalables, ne pourront pas constituer une atteinte à l'égal accès des opérateurs au sourcing puisqu'elles représentent une vue d'ensemble des opérateurs économiques présents sur le marché. A l'inverse, les consultations préalables peuvent entraîner une telle atteinte. En effet, dans le cas où les opérateurs économiques pouvant participer au sourcing seraient très nombreux, il serait impossible en pratique de consulter tous les opérateurs souhaitant participer à la consultation. Si la possibilité de sélectionner un échantillon représentatif des opérateurs économiques sur le marché pourrait être

⁶¹ CRAHÈS (M.), « Précieux et délicat sourcing des marchés publics », *Contrats publics*, novembre 2016, n°170, p. 24. L'acheteur public devra juger s'il est possible pour les opérateurs économiques de réaliser une étude de marché gratuite, étude qui pourra alors rentrer dans le sourcing. Si ce n'est pas le cas, l'acheteur devra recourir à un marché public pour réaliser son étude de marché.

envisagée⁶², il s'avère que cette sélection pourrait être très difficile en pratique si les opérateurs sont nombreux et hétérogènes au niveau de leurs caractéristiques. L'échantillon d'opérateurs pourrait alors ne pas être représentatif du marché économique et donc ne pas garantir un égal accès des opérateurs au sourcing. Or, un non-respect de l'égal accès des opérateurs économiques au sourcing pourrait constituer une violation du principe de l'égalité de traitement des candidats.

Dans le cas où une consultation préalable est réalisable, les modalités de son déroulement sont encore à fixer. Il semble sur ce point préférable de recourir à la technique du *Request for information* avant de recourir à des entretiens directs avec certains opérateurs. Cette technique est notamment utilisée de manière systématique par la Ville de Toulon lorsqu'elle décide de réaliser une consultation préalable⁶³. Elle est également utilisée par le service « achats » du Ministère des armées⁶⁴. Le *RFI*, ou demande d'information en français, consiste dans la transmission d'un questionnaire aux opérateurs d'un secteur économique donné permettant d'obtenir des informations techniques lui permettant de préciser son besoin et les solutions techniques qui y répondent et plus largement de juger de la faisabilité de son projet de marché⁶⁵. Le *RFI* présente plusieurs avantages en termes de sécurité juridique. Tout d'abord, il permet d'assurer le respect de l'égalité d'accès au sourcing pour les opérateurs économiques. En effet, le *RFI*, pour être pleinement efficace, est censé être accessible à l'ensemble des opérateurs économiques du secteur sur lequel porte le projet de marché. Pour cela, le questionnaire de *RFI* peut notamment être mis en accès sur le profil d'acheteur public⁶⁶. Il devrait même faire l'objet d'une publication de même niveau que celle qui sera mise en œuvre pour le possible futur marché⁶⁷. De plus, il permet de justifier l'usage d'entretiens directs pour seulement certains opérateurs. En effet, les entretiens ne sont utilisés que comme moyen pour obtenir des précisions sur certaines réponses données par les opérateurs au questionnaire dans le cadre du *RFI*. Ainsi, le choix des

⁶² Sur la possibilité du recours à un échantillon représentatif d'opérateurs économiques, voir Chapitre 1, section 2, II.

⁶³ Ville de Toulon, Direction de la commande publique, *op.cit.*, p.3-5.

⁶⁴ Ministère des Armées, *Demande d'information (RFI)*, En ligne, < <https://www.achats.defense.gouv.fr/fr/demande-d-information-rfi>>, Consulté le 8 mars 2018.

⁶⁵ *Ibid.*

⁶⁶ Le service « achat » du Ministère des Armées met notamment l'ensemble de ces demandes d'information en cours en accès sur son profil d'acheteur. Voir Ministère des Armées, *Liste des demandes d'information (RFI)*, En ligne, < <https://www.achats.defense.gouv.fr/Liste-des-demandes-d-information>>, Consulté le 8 mars 2018.

⁶⁷ Sur la publicité, voir Chapitre 1, Section 2, II.

opérateurs qui font l'objet d'entretiens directs étant justifié, il ne pourra constituer une atteinte à l'égalité d'accès des opérateurs au sourcing et donc une violation du principe de l'égalité de traitement des candidats.

Enfin, dans le cadre d'une consultation préalable, une démonstration technique des produits offerts par les opérateurs sourcés est envisageable. En revanche, si l'acheteur public décide d'autoriser de telles démonstrations techniques, il doit offrir la possibilité à l'ensemble des opérateurs sourcés de procéder à une telle démonstration dans le but d'assurer un égal traitement des opérateurs sourcés. Cette possibilité pourra notamment être indiquée dans le dossier de sourcing⁶⁸. Cette démonstration nécessitera parfois une visite dans les locaux de l'entreprise ou sur le lieu des prestations achevées de la part des agents publics en charge du sourcing. Cette visite doit toujours être à la charge de l'acheteur public⁶⁹. En effet, une visite dont les frais seraient pris en charge par l'opérateur sourcé pourrait être considérée par le juge pénal comme un avantage offert aux agents publics, première composante de l'élément matériel du délit de corruption passive. La question de ces visites conduit à énoncer une règle plus générale de refus d'invitations ou de cadeaux offerts par un opérateur dans le cadre du sourcing⁷⁰. Tous ces avantages pourraient conduire à constituer un délit de corruption passive.

Après s'être penché sur les règles devant encadrer le choix du recours au sourcing, la question de la publicité du sourcing doit être posée.

II) Une publicité du sourcing à assurer

La publicité du sourcing est un élément essentiel dans l'optique de garantir la sécurité juridique de ce dernier. Or, celle-ci constitue sans doute l'un des points qui fait le plus débat actuellement parmi les acheteurs publics et au sein de la doctrine. En effet, le décret étant silencieux sur ce point, les pratiques des acheteurs publics sont

⁶⁸ Sur le dossier de sourcing, voir Chapitre 1, Section 2, II.

⁶⁹ Ville de Paris, *Charte de déontologie Achats*, mars 2016, En ligne, <<https://api-site.paris.fr/images/80416>>, Consulté le 14 mars 2018, p.7.

⁷⁰ Ville de Toulon, *op.cit.*, p.6.

divergentes. On observe ainsi deux types de publicité pratiqués par les acheteurs publics.

D'une part, il y a la possibilité du recours à une publicité du sourcing de même rang que celle qui s'imposera pour l'éventuel futur marché. Cette solution est la plus sûre juridiquement puisqu'elle assure un égal accès aux opérateurs au sourcing. Elle est donc celle que les acheteurs publics devraient privilégier⁷¹. Pour autant, il s'avère que dans la pratique elle reste encore largement minoritaire. En effet, ce n'est que récemment que l'on a pu commencer à voir certains acheteurs publics réaliser de telles publications⁷². C'est le cas notamment de la Ville de Paris qui a été précurseur sur ce point. La Ville réalise effectivement une publication au JOUE et, dans certains cas, dans la presse spécialisée d'avis d'intention d'achat pour l'intégralité de ces réunions d'information fournisseurs⁷³. Pour autant, il semble qu'elle n'ait pas généralisé le recours à cette publication à toutes ces opérations de sourcing, en particulier à ces opérations de consultations préalables.

Face à cette première solution, la possibilité d'une sélection d'un échantillon représentatif d'opérateurs existe. Elle consiste à sélectionner un groupe limité d'opérateurs économiques censés être représentatifs de la composition du marché économique. Cette sélection se fait à partir d'un vivier de fournisseurs, que l'acheteur public est censé se constituer progressivement, et selon des critères de représentativité⁷⁴. Elle constitue même la solution la plus pratiquée aujourd'hui. C'est le cas par exemple pour la Métropole Aix-Marseille Provence⁷⁵. Cependant, si cette solution peut s'avérer plus efficace que le recours à une publicité de même rang, elle est également plus risquée juridiquement. En effet, tout d'abord, elle est conditionnée à une représentativité de l'échantillon d'opérateurs sélectionnés. Or, il peut s'avérer très complexe de réaliser une telle sélection représentative étant donné la composition très diverse des secteurs

⁷¹ RAPP (L.), TERNEYRE (P.), *op.cit.*, p.3151 ; LHÉRITIER (M.), *Le sourcing mode d'emploi*, En ligne, < <http://droit-des-contrats-publics.efe.fr/2017/02/22/le-sourcing-mode-demploi/>>, Consulté le 9 mars 2018.

⁷² Pour un exemple d'avis de publicité de sourcing, voir STRADY (F.), « Les techniques de sourcing : conseils et recommandations », *Contrats publics*, mars 2018, n°185, p.24.

⁷³ Ville de Paris, *Achats et marchés publics*, En ligne, < <https://www.paris.fr/professionnels/l-entreprise-au-quotidien/achats-et-marchés-publics-3526>>, Consulté le 8 mars 2018.

⁷⁴ La Métropole Aix-Marseille Provence choisit notamment un échantillon d'au moins trois opérateurs économiques dont un est une grande entreprise, une autre est une petite entreprise et le dernier est un nouvel opérateur sur le marché économique. Métropole Aix-Marseille Provence, Direction de la Programmation et de la Performance Achat, *Projet de guide sourcing*, p.4.

⁷⁵ Métropole Aix-Marseille Provence, Direction de la Programmation et de la Performance Achat, *Note méthodologique sur les rencontres préalables*, p.2.

économiques et le projet d'achat qui selon son importance pourra intéresser les opérateurs présents uniquement au niveau local ou au contraire les opérateurs présents au niveau européen. Ainsi, les critères de représentativité efficaces pour un projet d'achat pourront s'avérer complètement obsolètes pour un autre projet. De plus, en l'absence de précisions du décret sur ce point, rien n'indique que le juge administratif considérerait la technique de l'échantillon représentatif comme garantissant l'égal accès des opérateurs économiques au sourcing. Or, si le juge ne se prononçait pas dans ce sens, un candidat évincé à l'occasion de la procédure de passation du marché qui suit un tel sourcing pourrait former un recours, par exemple un référé précontractuel, fondé sur la violation du principe d'égalité de traitement des candidats⁷⁶. L'élément matériel du délit de favoritisme pourrait également dès lors être constitué. Ainsi si la technique de l'échantillon représentatif n'est pas à exclure par principe, il semble plus sûr juridiquement d'attendre que le juge administratif se prononce sur cette pratique⁷⁷.

La publicité du sourcing renvoie également, de manière indirecte, à la question des informations relatives au projet d'achat transmises aux opérateurs sourcés. Il s'avère que l'égalité d'information entre les opérateurs sourcés est une condition du respect de l'égalité de traitement entre ces opérateurs et donc potentiellement entre futurs candidats. Il est donc nécessaire de la garantir. Pour parvenir à une telle égalité d'information, la solution la plus simple consiste à réaliser un dossier, ou règlement, de sourcing qui vient présenter l'acheteur public à l'origine de l'opération de sourcing et qui regroupe l'ensemble des informations à transmettre aux opérateurs sourcés⁷⁸. Ce dossier de sourcing sera transmis dans le cadre de la publication de l'avis de consultation préalable dans le but qu'il soit diffusé à l'ensemble des opérateurs pouvant

⁷⁶ LINDITCH (F.), *op.cit.*, p. 45.

⁷⁷ La cour administrative d'appel de Nantes a été l'une des premières à se prononcer sur le déroulement d'un sourcing depuis l'entrée en vigueur du décret du 25 mars 2016. En l'espèce, aucune publicité n'avait été réalisée préalablement à la mise en œuvre du sourcing et un seul opérateur avait été sourcé. Si aucun moyen relatif à cette absence de publicité n'a été soulevé par le requérant, la cour d'appel n'a pas non plus considéré que l'absence de publicité constituait un moyen d'ordre public. Ainsi, cet arrêt semble aller dans le sens d'une absence d'obligation de publicité pour le sourçage ce qui laisserait la possibilité de recourir à la technique de l'échantillon représentatif. Il est nécessaire pour autant d'attendre que le Conseil d'Etat se prononce sur cette question. Voir CAA Nantes, 24 nov. 2017, *Groupement société Dynamiques foncières*, req. n° 16NT02706 ; LINDITCH (F.), « Contentieux du sourçage : les débuts », *La Semaine Juridique Administrations et Collectivités territoriales*, n°10-11, 12 mars 2018, p. 27.

⁷⁸ LHÉRITIER (M.), *op.cit.*, p.45. La Métropole Aix-Marseille Provence réalise pour sa part une « note de projet » qui correspond dans son contenu au dossier de sourcing présenté. Voir dans ce sens Métropole Aix-Marseille Provence, Direction de la Programmation et de la Performance Achat, *Présentation mode opératoire sourcing*, Juin 2018, p.7.

être sourcés⁷⁹. En l'absence d'une telle publication, le dossier de sourcing sera transmis dès le premier contact entre l'acheteur public et l'opérateur sourcé. Pour que cette égalité d'information perdure, il est nécessaire que l'acheteur public ne transmette aucune information supplémentaire durant le déroulement du sourcing.

III) Une pratique à encadrer dans le temps

Le temps constitue sans doute la condition sine qua non de la sécurité juridique et plus largement de l'efficacité du sourcing. En effet, le sourcing est une pratique chronophage. Ainsi, une procédure de sourcing ne pourra être correctement mise en œuvre qu'à la condition qu'un temps conséquent lui soit consacré. De plus, il est important d'assurer une claire déconnexion temporelle entre le sourcing et la procédure de passation du futur marché⁸⁰. Il est donc nécessaire que le sourcing intervienne bien avant la procédure de passation. Cela implique une forte anticipation de la part du service « achats » sur le lancement de la procédure de passation du futur marché public⁸¹ et donc une concertation avec le service « marchés ». Or, cette concertation est logiquement plus facile à organiser lorsque les deux services sont regroupés au sein d'une seule direction de la commande publique. Cette concertation doit conduire à la mise en place d'un planning de lancement des procédures de passation des marchés publics prenant en compte le délai nécessaire pour réaliser un sourcing pour certains de ces marchés. Ce planning serait commun au service « achats », au service « marchés » ainsi qu'aux directions opérationnelles.

Dans le but d'imposer cette anticipation du sourcing, la période durant laquelle ce dernier peut se dérouler doit être encadrée. Ainsi, un délai minimal entre la fin du sourcing et le lancement de la procédure de passation du marché doit être fixé⁸². Dès lors que l'on rentre dans ce délai, plus aucun contact ne doit avoir lieu entre l'acheteur

⁷⁹ CRAHÈS (M.), *op.cit.*, p. 24.

⁸⁰ RALLU (B.), *Marchés publics : les recettes d'un bon sourcing*, En ligne < <http://moniteurjuris.fr/document/20-28157951>>, Consulté le 7 février 2018 ; LINDITCH (F.), « Du sourcing et de l'obligation de rétablissement de l'égalité lorsque certains opérateurs disposent d'informations privilégiées. Commentaire du projet de Code des marchés publics », *La Semaine Juridique Administrations et Collectivités territoriales*, n°1, 11 Janvier 2016, p. 45.

⁸¹ LHÉRITIER (M.), *op.cit.*

⁸² VILLENEUVE (P.), *Le sourcing expliqué en sept points*, En ligne, < <http://moniteurjuris.fr/document/20-35081830>>, Consulté le 9 mars 2018.

public et les opérateurs sourcés⁸³. Ce délai correspond au temps minimal nécessaire à la réalisation de la synthèse du sourcing et à la rédaction des pièces du marché par le service « marchés ». En effet, si le sourcing n'est pas arrivé à son terme avant le commencement de la rédaction des pièces, celui-ci perd toute utilité puisque ces résultats ne pourront pas être utilisés notamment en termes de définition du besoin ou d'amélioration du montage contractuel. Lorsque l'on se penche sur la pratique des acheteurs publics, on observe un certain consensus autour d'un délai de 4 semaines minimum avant le lancement de la procédure de passation du marché⁸⁴.

Enfin, l'encadrement du sourcing dans le temps renvoie également à la question des consultations préalables et plus précisément aux entretiens directs. En effet, toujours dans le but de garantir une égalité de traitement entre opérateurs sourcés, l'intégralité des entretiens directs doivent être de même durée⁸⁵. Cette dernière pourra notamment être indiquée dans le dossier de sourcing. Les entretiens directs, en plus d'un encadrement temporel, doivent faire l'objet d'un encadrement spatial. En effet, dans le but d'éviter toute divulgation involontaire d'information, le sourcing doit être réalisé dans un lieu isolé des locaux où sont installés les services « achats » et « marchés »⁸⁶.

Si le temps du sourcing doit être encadré, c'est le cas également du contenu de ce dernier et ce de manière encore plus développée.

IV) Une pratique à encadrer dans le contenu

Le choix du contenu du sourcing est sans doute la phase la plus risquée juridiquement pour l'acheteur public. En effet, une mauvaise définition préalable du

⁸³ On parle de « cône de silence » pour décrire le comportement que doit suivre l'acheteur public du commencement de ce délai jusqu'à la fin de la procédure de passation du marché public. En effet, dès lors que ce délai a commencé, l'absence de contact entre les opérateurs sourcés et l'acheteur public est un moyen d'éviter toute transmission d'information à un opérateur, qui serait par la suite candidat, et qui constituerait un avantage injustifié venant fausser la mise en concurrence dans le sens de l'article 5 du décret du 25 mars 2016. RALLU (B.), *Acheter juste et en toute sécurité*, En ligne, < <http://moniteurjuris.fr/document/20-28145743>>, Consulté le 9 mars 2018.

⁸⁴ C'est le délai pratiqué notamment par les villes de Paris et de Toulon, ainsi que par la Métropole Aix-Marseille Provence. Voir dans ce sens Métropole Aix-Marseille Provence, Direction de la Programmation et de la Performance Achat, *op.cit.*, p.7 ; Ville de Toulon, Direction de la commande publique, *op.cit.*, p.6.

⁸⁵ RAPP (L.), TERNEYRE (P.), *op.cit.*, p.3151.

⁸⁶ Ville de Toulon, Direction de la commande publique, *op.cit.*, p.9.

contenu du sourcing favorisera l'octroi d'un avantage à un ou plusieurs opérateurs sourcés, avantage qui pourra par la suite entraîner l'annulation de la procédure de passation du futur marché voire des poursuites pénales. C'est pourquoi la définition du contenu du sourcing doit faire l'objet d'une attention toute particulière de la part de l'acheteur public. Cet encadrement du contenu du sourcing passe successivement par la définition d'un périmètre du sourcing, puis par une fixation des informations que l'on va communiquer aux opérateurs, et enfin par une préparation des entretiens directs.

S'agissant du périmètre du sourcing, il est nécessaire que les binômes ou opérationnels habilités en charge du sourcing définissent, avant la réalisation de ce dernier, les domaines dans lesquels le projet de marché peut être amélioré et qui devront donc être traités dans le cadre du sourcing. Plus spécifiquement, il sera nécessaire de fixer les informations que les binômes ou opérationnels habilités devront chercher à obtenir grâce au sourcing⁸⁷. Cette définition du périmètre du sourcing permet à l'acheteur public de garder le contrôle sur le déroulé du sourcing. En effet, en l'absence d'une telle délimitation, il y a un risque que les représentants de l'acheteur public en charge du sourcing se laissent guider par les opérateurs sourcés.

Pour éviter un tel risque de sourcing inversé, la délimitation du périmètre du sourcing doit être suivie, toujours en amont de la mise en œuvre du sourcing, d'une sélection rigoureuse des informations que l'on communiquera aux opérateurs sourcés en identifiant les informations que l'on ne doit pas communiquer et celles que l'on peut communiquer. S'agissant des informations que l'acheteur public ne doit pas communiquer, on retrouve tout d'abord celles qui constitueraient un avantage qui ne pourrait pas être compensé par la suite par une mesure prise par l'acheteur public autre que l'exclusion des opérateurs sourcés. Parmi ces informations, on trouve notamment celles qui portent sur les caractéristiques principales du projet d'achat c'est-à-dire notamment les caractéristiques précises de la future consultation, comme les critères d'analyse des offres ou les clauses du cahier des charges, mais aussi les caractéristiques précises du futur marché, comme l'estimation du montant du marché ou les délais d'exécution⁸⁸. Sur la question précise des devis, l'acheteur public ne peut pas en demander un car il donnerait une indication aux opérateurs sourcés sur les quantités du

⁸⁷ Ville de Toulon, Direction de la commande publique, *op.cit.*, p.8.

⁸⁸ COCHI (V.), TERRIEN (G.), « Le sourcing, étape indispensable de l'achat public ? », *Contrats publics*, mai 2010, n°99, p. 59; CRAHÈS (M.), *op.cit.*, p. 24; Département du Gard, Direction de la commande publique, *Guide des bonnes pratiques et de déontologie de l'achat public*, mai 2016, p.5.

futur marché. En revanche, il est tout à fait possible de demander leurs tarifications pour certaines prestations⁸⁹. En effet, une telle demande de tarifications ne donne pas d'information sur les quantités qui seront demandées. Parmi les informations que l'acheteur public ne doit pas communiquer, on trouve également les informations communiquées par d'autres opérateurs économiques et couvertes par le secret industriel et commercial⁹⁰. En effet, la divulgation de telles informations constituerait une violation du secret industriel et commercial, violation qui pourrait entraîner une indemnisation de l'opérateur économique qui l'a subie⁹¹. Il ne doit enfin pas être communiqué les informations relatives à des procédures de passation en cours⁹². En effet, les opérateurs sourcés pourraient également être candidats à ces procédures de passation. Dans un tel cas, la communication de ces informations constituerait une atteinte au principe d'égalité de traitement des candidats. S'agissant des informations que l'on peut communiquer à l'acheteur public, par déduction on peut considérer que toutes les informations qui ne relèvent pas de la catégorie des informations à ne pas communiquer peuvent être communiquées. L'acheteur public peut notamment aller jusqu'à communiquer l'historique de l'exécution du marché précédent⁹³. Cette sélection des informations communicables aux opérateurs sourcés doit être réalisée dans le cas d'une consultation préalable mais également en cas de participation de l'acheteur public à des salons. En effet, malgré le cadre spécifique, les contacts avec les opérateurs économiques dans les salons constituent des échanges préalables dans le sens de l'article 4 du décret du 25 mars 2016⁹⁴. Ces contacts sont donc soumis à la réglementation relative au sourcing. Par conséquent, les règles d'encadrement du sourcing doivent également s'appliquer aux contacts réalisés dans le cadre d'un salon. C'est le cas notamment de la sélection impérative des informations communicables par l'acheteur public.

L'encadrement du contenu du sourcing renvoie également au contenu des entretiens directs dans le cadre d'une consultation préalable. Toujours dans le but

⁸⁹ CRAHÈS (M.), *op.cit.*, p.24.

⁹⁰ MELIN (K.), « Le sourcing, un outil au service de la performance de l'achat public », *Contrats publics*, mars 2018, n°185, p.41 ; Ville de Toulon, Direction de la commande publique, *op.cit.*, p.8.

⁹¹ S'agissant des conséquences d'une violation du secret industriel et commercial, voir Chapitre 2, Section 2.

⁹² Ville de Toulon, Direction de la commande publique, *op.cit.*, p.8.

⁹³ Sur l'historique de l'exécution du marché précédent, voir Chapitre 2, Section 1.

⁹⁴ RALLU (B.), *Marchés publics : les recettes d'un bon sourcing*, En ligne < <http://moniteurjuris.fr/document/20-28157951>>, Consulté le 7 février 2018

d'éviter une prise de contrôle du sourcing par les opérateurs économiques, les entretiens directs doivent faire l'objet d'une préparation stricte permettant de laisser le moins de place à l'improvisation. Pour cela, il est préférable de recourir à une grille d'entretien qui va venir regrouper l'ensemble des questions qui seront posées à l'opérateur⁹⁵. Dans le but d'assurer une égalité de traitement entre les opérateurs sourcés, les questions qui leur sont posées doivent être les mêmes. C'est ici que l'on retrouve l'un des avantages du *RFI*. En effet, le questionnaire du *RFI* transmis à l'ensemble des opérateurs pouvant participer au sourcing doit être identique. De plus, les éventuels entretiens directs, qui peuvent intervenir à la suite de la réception et de l'analyse par l'acheteur public des réponses aux questionnaires, ne porteront que sur les questions qui ont fait l'objet d'une réponse jugée imparfaite de la part des opérateurs. Or, ces questions ont déjà été posées à l'ensemble des autres opérateurs sourcés à travers le questionnaire. Par conséquent, on constate là encore que le recours au *RFI* permet de respecter l'égalité de traitement entre opérateurs sourcés et donc, indirectement, le principe d'égalité de traitement des candidats.

Section 3 : La transparence du sourcing

La transparence du sourcing est une exigence qui découle directement de l'article 4 du décret du 25 mars 2016. En effet, l'article 4 prévoit que les résultats « *des études et échanges préalables peuvent être utilisés par l'acheteur à condition qu'ils [...] 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.* »⁹⁶. Or, pour garantir le respect du principe de transparence des procédures, il est nécessaire d'assurer la transparence du sourcing. Cette dernière passe principalement par une traçabilité rigoureuse. Pour permettre cette traçabilité, il s'avère nécessaire de réaliser successivement des comptes rendus des pratiques de sourcing puis une synthèse finale.

La traçabilité du sourcing passe tout d'abord par la rédaction de comptes rendus pour chaque pratique de sourcing impliquant un contact entre un opérateur économique

⁹⁵ Métropole Aix-Marseille Provence, Direction de la Programmation et de la Performance Achat, *op.cit.*, p.7.

⁹⁶ Décret n° 2016-360 du 25 mars 2016 relatif aux marchés publics, *JORF* du 27 mars 2016, Texte n°28.

et l'acheteur public⁹⁷. En effet, ceux-ci permettent de garder une trace du contenu et du déroulé de chaque pratique⁹⁸. Ainsi, un compte-rendu doit notamment être rédigé à la suite de chaque entretien direct mais aussi de chaque échange dans le cadre d'un salon par exemple ou bien encore à la suite d'une démonstration technique. Le contenu du compte-rendu pourra varier selon la pratique. Dans le cas du compte-rendu d'entretien direct ou d'échange, l'acheteur en charge du sourcing devra indiquer l'intégralité des questions posées à l'opérateur ainsi que les réponses apportées. Dans le cas du compte-rendu de démonstration technique, l'acheteur devra lister les informations obtenues sur les prestations présentées par l'opérateur.

Cependant, la traçabilité du sourcing et son utilité n'est atteinte qu'en allant à son terme c'est-à-dire la réalisation d'une synthèse finale. Cette dernière a plusieurs objectifs. Elle doit tout d'abord permettre au juriste « marchés » de réaliser une vérification des pièces du dossier de consultation des entreprises rédigées à la suite d'un sourcing⁹⁹. Elle a également pour but de prouver, en cas de contentieux, que le sourcing réalisé n'a pas conduit à une violation des principes de la commande publique et n'a pas porté atteinte à la concurrence comme l'impose les articles 4 et 5 du décret du 25 mars 2016¹⁰⁰. De plus, cette synthèse doit permettre de respecter les exigences de l'article 105 du décret du 25 mars 2016 qui prévoit que les pouvoirs adjudicateurs doivent établir un rapport de présentation de la procédure de passation pour les marchés publics dont la valeur estimée est égale ou supérieure aux seuils européens de procédure formalisée¹⁰¹. Or, parmi les informations devant figurées dans ce rapport, on trouve « *la description des mesures appropriées prises par le pouvoir adjudicateur pour s'assurer que la concurrence n'a pas été faussée par des études et échanges préalables avec des opérateurs économiques ou par la participation d'un opérateur économique à la*

⁹⁷ RALLU (B.), *Acheter juste et en toute sécurité*, En ligne, < <http://moniteurjuris.fr/document/20-28145743>>, Consulté le 9 mars 2018.

⁹⁸ Un tel compte-rendu n'est en revanche logiquement pas nécessaire lorsque l'opération de sourcing produit une trace écrite en tant que telle. C'est le cas du *RFI* qui conduit à la production d'un questionnaire et à des réponses écrites des opérateurs sourcés. En revanche, les entretiens directs qui peuvent intervenir à la suite des réponses écrites doivent faire l'objet d'un compte-rendu.

⁹⁹ Sur la vérification des pièces du marché, voir Chapitre 2, Section 1.

¹⁰⁰ Décret n° 2016-360 du 25 mars 2016 relatif aux marchés publics, *op.cit.* ; COCHI (V.), TERRIEN (G.), *op.cit.*, p. 59.

¹⁰¹ Ce rapport doit notamment être transmis par les collectivités territoriales au Préfet dans le cadre du contrôle de légalité prévu aux articles L2131-1 et s. du CGCT. Voir Décret n° 2016-360 du 25 mars 2016 relatif aux marchés publics, article 105 III., *op.cit.*, Code général des collectivités territoriales, version issue de la loi n° 2015-991 du 7 août 2015, *JORF* n°0182 du 8 août 2015, page 13705, texte n° 1.

préparation du marché public en application des articles 4 et 5 »¹⁰². Pour atteindre ces objectifs, la synthèse du sourcing doit donc être particulièrement complète. Ainsi, les informations suivantes doivent être présentes dans le document de synthèse :

- l'intitulé du projet d'achat qui a fait l'objet d'un sourcing
- l'identité des personnes qui ont été en charge de la réalisation du sourcing
- l'identité de l'ensemble des opérateurs économiques sourcés
- les justifications du recours au sourcing
- si une sélection d'un échantillon représentatif d'opérateurs a été réalisée, la méthode de sélection des opérateurs économiques
- les informations communiquées par l'acheteur public aux opérateurs sourcés
- les questions posées aux opérateurs sourcés
- les points majeurs qui ressortent des réponses des opérateurs
- les modalités d'utilisation des informations obtenues de la part des opérateurs pour la future consultation
- les mesures appropriées pour rétablir l'égalité entre opérateurs économiques¹⁰³.

Cette synthèse ainsi que les comptes rendus de sourcing devront par la suite être archivés par le service « achats », si le sourcing n'a pas été suivi d'une procédure de passation de marché public, ou par le service « marché », si le sourcing a été suivi d'une telle procédure. Elle pourra notamment être demandée en cas de contrôle de la part des chambres régionales des comptes¹⁰⁴.

Si les mesures portant sur la mise en œuvre du sourcing sont essentielles pour parvenir à une sécurité juridique de ce dernier, elles ne suffisent pas à assurer une

¹⁰² Décret n° 2016-360 du 25 mars 2016 relatif aux marchés publics, article 105 II., *op.cit.* S'agissant des entités adjudicatrices, elles n'ont pas à établir de rapport de présentation de la procédure de passation. Cependant, pour les marchés publics dont le montant estimé est égal ou supérieur aux seuils européens de procédure formalisée, elles doivent conserver certaines informations dont la description des mesures appropriées qu'elle a prises pour s'assurer que la concurrence n'a pas été faussée par des études et échanges préalables. Voir Décret n° 2016-360 du 25 mars 2016 relatif aux marchés publics, article 106, *op.cit.*

¹⁰³ Sur les mesures appropriées pour rétablir l'égalité entre opérateurs économiques, voir Chapitre 2.

¹⁰⁴ STRADY (F.), « Les techniques de sourcing : conseils et recommandations », *Contrats publics*, mars 2018, n°185, p.27.

complète sécurité. En effet, des mesures doivent être prises par l'acheteur public également après le sourcing.

Chapitre 2 : Les mesures à mettre en œuvre à la suite du sourcing

L'article 5 du décret du 25 mars 2016 prévoit que « *l'acheteur prend les mesures appropriées pour que la concurrence ne soit pas faussée par la participation à la procédure de passation du marché public d'un opérateur économique qui aurait eu accès, du fait de sa participation préalable directe ou indirecte à la préparation de cette procédure, à des informations ignorées des autres candidats ou soumissionnaires* »¹⁰⁵. A travers cet article, le pouvoir réglementaire a créé, à côté de l'obligation d'abstention découlant de l'article 4, « *une obligation d'action* » à la charge de l'acheteur public réalisant un sourcing¹⁰⁶. Cette obligation d'action consiste à devoir rétablir une égalité d'information et donc, plus largement, une égalité de traitement entre candidats. Pour autant, derrière cette obligation, le législateur a laissé libre l'acheteur public dans son choix des « *mesures appropriées* ».

Cette obligation d'action passe par plusieurs mesures devant être mises en œuvre par l'acheteur public à la suite du sourcing. La principale de ces mesures est le rétablissement de l'égalité d'information entre candidats (Section 1). A la suite de cette mesure, une vérification des pièces du dossier de consultation des entreprises doit être réalisée (Section 2). Enfin, en dernier recours, une exclusion de l'opérateur sourcé pourra être envisagée (Section 3).

¹⁰⁵ Décret n° 2016-360 du 25 mars 2016 relatif aux marchés publics, article 5, *op.cit.* S'agissant du champ d'application de l'article 5, il s'avère qu'il dépasse le sourcing. En effet, l'article vise toute « participation à la procédure de passation ». Si cette notion comprend les pratiques de sourcing énumérées à l'article 4, elle comprend également les marchés d'étude ayant pour but de préparer la passation d'un autre marché public. Ces marchés sont aussi appelés marchés d'assistance à maîtrise d'ouvrage. Voir dans ce sens DEROUESNÉ (E.), LAFARGUE (V.), *Réforme sur les marchés publics – fiche technique n°3 : L'encadrement du sourcing dans les marchés publics*, En ligne, <https://www.kpratique.fr/Reforme-sur-les-marches-publics-fiche-technique-n-3-L-encadrement-du-sourcing-dans-les-marches-publics_a418.html>, Consulté le 24 mars 2018 ;

¹⁰⁶ VILLENEUVE (P.), *op.cit.* ; LINDITCH (F.), *op.cit.*, p. 46.

Section 1 : Le rétablissement de l'égalité d'information entre candidats

La mesure consistant dans le rétablissement de l'égalité d'information entre candidats à la procédure de passation du marché public qui intervient à la suite du sourcing constitue le cœur de l'obligation d'action énoncée par l'article 5 du décret du 25 mars 2016.

L'intervention de l'acheteur public dans le but de rétablir cette égalité d'information entre les candidats ayant participé auparavant au sourcing et les autres candidats doit être systématique. En effet, le sourcing actif implique forcément le partage avec les opérateurs sourcés d'informations sur le projet d'achat porté par l'acheteur public, projet d'achat qui pourra conduire à une procédure de passation de marché public.

Cette intervention doit prendre la forme d'une intégration dans le dossier de consultation des entreprises de toutes les informations communiquées aux opérateurs sourcés¹⁰⁷. Ces informations, comme indiqué auparavant, doivent être listées de manière précise dans la synthèse du sourcing, synthèse qui doit être rédigée par l'acheteur en charge de la gestion de ce dernier¹⁰⁸. Ainsi, grâce à cette synthèse, les rédacteurs des pièces du dossier de consultation pourront intégrer l'ensemble de ces informations au dossier. Cela montre là encore l'importance de la synthèse du sourcing et la rigueur avec laquelle elle doit être réalisée par l'acheteur. En effet, toute information qui aurait été transmise aux opérateurs sourcés et qui n'aurait pas été rapportée dans la synthèse pourra constituer un avantage concurrentiel pour les opérateurs sourcés, avantage qui pourra entraîner l'annulation de la procédure de passation et d'éventuelles poursuites pénales.

Parmi les informations pouvant être communiquées aux opérateurs sourcés et qui doivent donc être par la suite transmises à l'ensemble des candidats de la procédure de consultation, on trouve l'historique de l'exécution du marché précédent. Cet historique

¹⁰⁷ DAJ, *La définition du besoin*, p.9, En ligne, <https://www.economie.gouv.fr/files/files/directions_services/daj/marches_publics/conseil_acheteurs/fich-es-techniques/preparation-procedure/definition-besoin-2017.pdf>, Consulté le 25 mars 2018 ; Métropole Aix-Marseille Provence, Direction de la Programmation et de la Performance Achat, *op.cit.*, p.7.

¹⁰⁸ Voir Chapitre 1, Section 3.

peut comprendre notamment le nombre et le volume des commandes dans le cas d'un marché à bons de commande¹⁰⁹. Cette information est notamment transmise par la direction de la commande publique de la Ville de Toulon dans le cadre de toutes ses procédures de sourcing préparant une reconduction de marché. Le partage de l'historique de l'exécution du marché précédent permet d'aller plus loin dans le rétablissement de l'égalité d'information et donc de traitement entre candidats. En effet, il permet de rétablir l'égalité d'information non pas entre candidats sourcés et non-sourcés mais entre le titulaire sortant du marché et les autres candidats au nouveau marché. Ainsi, ce que l'on appelle communément la prime au sortant se retrouve limitée.

Une partie de la doctrine considère que cette transmission des informations communiquées aux opérateurs sourcés doit aller jusqu'à la transmission de la synthèse du sourcing avec le dossier de consultation des entreprises¹¹⁰. Cela ne semble pas nécessaire car l'article 5 du décret du 25 mars 2016 impose uniquement une obligation de rétablissement de l'égalité d'information entre les candidats, égalité qui est rétablie par la simple intégration des informations communiquées aux opérateurs sourcés. De plus, la transmission de la synthèse du sourcing dans son intégralité implique des risques inutiles de violation du secret industriel et commercial des opérateurs économiques sourcés. En effet, cette communication de la synthèse impliquerait de devoir l'expurger des éléments couverts par le secret industriel et commercial¹¹¹. Or, cette tâche est suffisamment complexe pour que l'acheteur public évite de se l'imposer si elle ne s'avère pas nécessaire.

Section 2 : La vérification des pièces du dossier de consultation des entreprises

Dès lors que les pièces du dossier de consultation seront rédigées, il s'agira pour un juriste du service « marchés » ou de la direction de la commande publique de vérifier

¹⁰⁹ SAICHI (C.), « Marchés à bons de commande : comment les rationaliser », *Le Moniteur des travaux publics et du bâtiment*, n°5821, 19 juin 2015, p.113.

¹¹⁰ RAPP (L.), TERNEYRE (P.), « Pratique du sourcing », *Le Lamy droit public des affaires*, p.3151.

¹¹¹ *Ibid.*

que le sourcing a correctement été pris en compte lors de cette rédaction. L'intervention d'un juriste du service « marchés », et non pas d'un acheteur, se justifie par la nécessité d'avoir un regard neutre sur le sourcing réalisé. En effet, n'ayant normalement pas participé à la gestion du sourcing ayant eu lieu auparavant, le juriste « marchés » pourra apprécier les pièces du dossier de consultation des entreprises de manière neutre et donc de manière efficace. Plusieurs points devront être vérifiés par le juriste par rapport à la question de la prise en compte du sourcing. Pour cela, il se basera sur la synthèse du sourcing et, si nécessaire, sur les comptes rendus.

Tout d'abord, le juriste devra vérifier que le rétablissement de l'égalité d'information entre candidats, par l'intégration dans le dossier de consultation de l'ensemble des informations communiquées aux opérateurs sourcés, a bien été réalisé.

Par la suite, le juriste devra vérifier que le cahier des charges n'a pas été orienté à l'avantage d'un ou plusieurs opérateurs sourcés¹¹². En effet, si le sourcing doit permettre une amélioration du CCAP et du CCTP dans le but qu'il soit le plus adapté à l'offre du marché, il ne faut pas que cette amélioration devienne une orientation du cahier des charges. Pour cela, le juriste du service « marchés » devra vérifier que le cahier des charges, notamment le CCTP, ne contient aucune clause venant avantager un opérateur économique sourcé. La synthèse du sourcing, qui doit indiquer les modalités d'utilisation des informations obtenues de la part des opérateurs sourcés, ainsi que les comptes rendus des échanges permettront là encore au juriste de réaliser cette vérification de façon optimale¹¹³. Parmi ces clauses dites « sur mesure », on peut trouver notamment la clause venant reprendre comme exigence une spécificité technique que seul un opérateur sourcé fournit. Une telle orientation du cahier des charges constituerait évidemment une atteinte à la mise en concurrence et une violation du principe d'égal traitement des candidats, violation qui pourrait conduire à l'annulation de la procédure de passation du marché¹¹⁴ et surtout à des poursuites pénales pour délit de favoritisme.

Le juriste « marchés » doit également vérifier que les pièces du dossier de consultation prévoient un délai raisonnable de remise des offres lorsque la consultation

¹¹² LHÉRITIER (M.), *Le sourcing mode d'emploi*, En ligne, < <http://droit-des-contrats-publics.efe.fr/2017/02/22/le-sourcing-mode-demploi/>>, Consulté le 9 mars 2018.

¹¹³ *Ibid.*

¹¹⁴ Dans ce sens CE, 11 septembre 2006, *Commune de Saran*, req. n°257545

intervient à la suite d'un sourcing. En effet, un délai court de remise des offres avantage de fait les opérateurs sourcés qui ont pu analyser les informations données par l'acheteur public et réfléchir à leur offre avant le lancement de la procédure de passation. Un tel délai pourrait donc constituer une violation du principe d'égalité de traitement des candidats. Ainsi, un délai adéquat de remise des offres, permettant de rétablir l'égalité de traitement entre candidats sourcés et non sourcés, doit être prévu dans le règlement de consultation ou le cahier des charges¹¹⁵.

Enfin, le juriste « marchés » devra s'assurer qu'aucune information communiquée par un opérateur sourcé relevant du secret industriel et commercial n'a été intégrée sous une quelconque forme dans le dossier de consultation. En effet, la présence d'une telle information dans le dossier de consultation constituerait une violation du secret industriel et commercial. Or, une telle violation constituerait une faute de l'acheteur public, faute qui pourrait conduire à un engagement de sa responsabilité et donc à une indemnisation de l'opérateur économique qui a subi cette violation¹¹⁶. De plus, en prévoyant à l'article 4 du décret du 25 mars 2016 une obligation d'abstention consistant notamment à interdire à l'acheteur public de « *fausser la concurrence* » par son utilisation des résultats du sourcing, le législateur a notamment voulu faire référence à la violation du secret industriel et commercial et ainsi interdire expressément une telle violation¹¹⁷. Le secret industriel et commercial a été notamment précisé par la Commission d'accès aux documents administratifs¹¹⁸. Ainsi, le secret industriel et commercial est constitué de trois composantes : le secret des stratégies commerciales, le secret des informations économiques et financières et, enfin, le secret des procédés¹¹⁹. Par procédés, il faut entendre les techniques de fabrication des produits ou de réalisation des prestations. C'est à cette dernière composante du secret industriel et commercial que le juriste doit faire le plus attention lorsqu'il procède à la vérification des pièces du

¹¹⁵ 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, article 41, *JOUE* n°L94, 28 mars 2014, p.120.

¹¹⁶ CAA Lyon, 25 septembre 2008, *SARL Goullioud*, req. n°05LY01667.

¹¹⁷ Décret n° 2016-360 du 25 mars 2016 relatif aux marchés publics, article 4, *op.cit.* ; DEROUESNÉ (E.), LAFARGUE (V.), « L'impact du sourcing dans les marchés publics », *Contrats publics*, mars 2018, n°185, p.58.

¹¹⁸ Voir notamment CADA, avis du 15 juin 2006, n° 20062458, En ligne, <<http://www.cada.fr/avis-20062458,20062458.html>>, Consulté le 28 mars 2018.

¹¹⁹ *Ibid.*

dossier de consultation¹²⁰. En effet, si l'opérationnel en charge de la rédaction des pièces est également celui qui a participé à la réalisation du sourcing, il peut arriver que lors de la rédaction, de manière involontaire, une information relative à ces procédés soit insérée dans le dossier de consultation, en particulier dans le CCTP¹²¹. Si le juriste relève la présence d'une telle information dans les pièces du dossier de consultation, deux possibilités s'offrent alors à l'acheteur public : on peut décider soit de retirer cette information du dossier soit de faire une demande de divulgation d'information auprès de l'opérateur sourcé. Cette dernière possibilité est désormais prévue par l'ordonnance du 23 juillet 2015. En effet l'article 44 de l'ordonnance prévoit que « *l'acheteur peut demander aux opérateurs économiques de consentir à ce que certaines informations confidentielles qu'ils ont fournies, précisément désignées, puissent être divulguées* »¹²². Dans le cadre d'une telle demande, le consentement de l'opérateur sourcé à la divulgation de l'information doit être exprès et doit donc faire l'objet d'un écrit¹²³.

Section 3 : L'exclusion de l'opérateur sourcé comme mesure de dernier recours

La mesure d'exclusion de l'opérateur sourcé peut sembler a priori inutile si l'acheteur public respecte l'ensemble des règles s'appliquant à la mise en œuvre du sourcing et prend les mesures garantissant le rétablissement de l'égalité d'information présentées jusqu'ici. En effet, l'acheteur ne devrait pas avoir à recourir à une telle mesure. Si une mesure d'exclusion s'impose, cela signifie qu'un dysfonctionnement

¹²⁰ Parmi les informations relevant du secret des informations économiques ou financières, on trouve notamment les informations relatives à la situation économique d'une entreprise comme son chiffre d'affaires. Parmi les informations relevant du secret des stratégies commerciales, on trouve notamment les informations liées aux prix pratiqués par l'entreprise. C'est davantage à l'occasion de la communication d'informations aux opérateurs sourcés que la divulgation d'informations protégées par l'une de ces deux composantes du secret industriel et commercial peut se produire. Voir à ce sujet CADA, *Le secret en matière industrielle et commerciale*, En ligne, <<http://www.cada.fr/le-secret-en-matiere-commerciale-et-industrielle,6239.html>>, Consulté le 3 mai 2018.

¹²¹ Une clause « sur mesure » pourrait notamment divulguer une information relevant du secret des procédés. Ainsi, une telle clause constituerait alors à la fois une violation du principe d'égalité de traitement des candidats et une violation du secret industriel et commercial.

¹²² Ordonnance n° 2015-899 du 23 juillet 2015 relative aux marchés publics, article 44, *JORF* du 24 juillet 2015, p.12602, texte n°38.

¹²³ MELIN (K.), « Le sourcing, un outil au service de la performance de l'achat public », *Contrats publics*, mars 2018, n°185, p.41

dans la mise en œuvre du sourcing s'est produit¹²⁴. La mesure d'exclusion d'un opérateur sourcé est censée effectivement être prise dans le cas où un opérateur aurait bénéficié d'un avantage informationnel auquel on ne peut remédier que par l'interdiction de soumissionner à la procédure de passation du marché public. Or, un tel avantage ne peut découler que d'une information qui n'aurait pas dû être communiquée à l'opérateur sourcé telle que les critères d'analyse des offres ou l'estimation du montant du marché¹²⁵. Si la communication d'une information de ce type n'est pas censée se produire en théorie, il s'avère que dans la pratique un manque de rigueur ou une inadvertance des personnes en charge de la mise en œuvre du sourcing peut conduire à une telle situation. La mesure d'exclusion s'impose alors comme la seule solution pour l'acheteur public pour empêcher une violation du principe d'égalité de traitement des candidats avec les conséquences qu'elle implique.

Lorsque l'on se penche sur les différentes mesures pouvant être prises par l'acheteur public pour rétablir l'égalité d'information entre candidat, il s'avère que l'exclusion de l'opérateur sourcé est la seule prévue de manière expresse par le législateur. Cependant, si le législateur prévoit cette mesure, c'est dans le but d'en limiter son recours. En effet, l'article 5 du décret du 25 mars 2016 prévoit que l'« *opérateur n'est exclu de la procédure de passation que lorsqu'il ne peut être remédié à [la situation d'avantage informationnel] par d'autres moyens* »¹²⁶. Ainsi, l'exclusion de l'opérateur sourcé ne doit intervenir qu'en dernier recours si l'acheteur n'a pas d'autre solution pour rétablir l'équilibre informationnel. Cet encadrement strict du recours à la mesure d'exclusion vient prolonger la jurisprudence nationale et européenne sur le sujet. En effet, que ce soit le Conseil d'Etat¹²⁷ ou la Cour de justice de l'Union européenne¹²⁸, les deux juridictions ont affirmé que la simple participation à la préparation d'une procédure de passation ne justifie pas le recours à une mesure d'exclusion de l'opérateur économique. Pour justifier l'exclusion, il est nécessaire que cette participation ait apporté à l'opérateur un avantage venant rompre l'égalité de traitement entre candidats. La logique poursuivie par les deux juridictions est une recherche d'équilibre entre la préservation du principe d'égalité de traitement entre les

¹²⁴ DEROUESNÉ (E.), LAFARGUE (V.), *op.cit.*, p.60.

¹²⁵ Sur les informations qui constitueraient un avantage qui ne pourrait être compensé que par une mesure d'exclusion des opérateurs sourcés, voir Chapitre 1, Section 2, IV.

¹²⁶ Décret n° 2016-360 du 25 mars 2016 relatif aux marchés publics, article 5, *op.cit.*

¹²⁷ CE, 29 juillet 1998, *Société Génicorp*, req. n°177952.

¹²⁸ CJUE 3 mars 2005, *Fabricom SA c/ Etat Belge*, aff. C-21/03 et C-34/03.

candidats et celui de liberté d'accès à la commande publique¹²⁹. Le législateur suit cette même logique mais va plus loin dans la protection de la liberté d'accès à la commande publique en prévoyant que la mesure d'exclusion ne peut intervenir que lorsqu'aucun autre moyen ne permet de rétablir l'égalité d'information. Ainsi, désormais, pour que l'acheteur public puisse recourir à la mesure d'exclusion, il doit être établi, d'une part, que l'opérateur sourcé a bénéficié d'un avantage informationnel venant rompre l'égalité de traitement entre candidats et, d'autre part, qu'il n'existe aucune autre mesure en capacité de rétablir l'égalité d'information entre l'opérateur sourcé et les candidats à la procédure de passation. Si jamais l'avantage informationnel n'était pas constitué ou qu'il existait d'autres moyens que l'exclusion pour y remédier, la mesure d'exclusion porterait atteinte au principe de liberté d'accès à la commande publique. Une telle violation pourrait constituer un moyen invocable dans le cadre d'un référé précontractuel ou contractuel ou dans le cadre d'un recours au fond de la part de l'opérateur exclu. Ainsi, avec le nouvel article 5 du décret du 25 mars 2016, on peut considérer que le risque de contentieux lié au recours à une mesure d'exclusion de l'opérateur sourcé a été renforcé¹³⁰. L'acheteur public qui désirerait recourir à une telle mesure devra donc réaliser une analyse précise de la situation dans laquelle se trouve l'opérateur sourcé pour s'assurer que les conditions du recours à l'exclusion sont remplies.

Au-delà des conditions de fond, le recours à l'exclusion de l'opérateur sourcé est soumis à une procédure contradictoire depuis l'entrée en vigueur de l'ordonnance du 23 juillet 2015. Cette procédure contradictoire s'inscrit dans la continuité de l'arrêt de la CJUE *Fabricom SA c/ Etat Belge* qui avait affirmé qu'une réglementation, venant interdire de manière automatique à un opérateur ayant participé à la préparation d'une procédure de passation de candidater à cette dernière, était contraire aux directives européennes car elle ne laissait pas à l'opérateur économique « *la possibilité de faire la preuve que, dans les circonstances de l'espèce, l'expérience acquise par elle n'a pu fausser la concurrence* »¹³¹. Ainsi, l'article 48 II de l'ordonnance du 23 juillet 2015 prévoit qu'un « *opérateur économique ne peut être exclu [...] que s'il a été mis à même*

¹²⁹ COUPÉ (C.), « 'Sourcing' et 'consultations préalables' : précautions à prendre », *Contrats publics*, mars 2018, n°185, p.35.

¹³⁰ DYENS (S.), « Définition préalable du besoin et sourcing, la responsabilisation des acheteurs publics dans le nouveau droit des marchés publics », *AJCT*, septembre 2016, n°9, p. 426.

¹³¹ POURCEL (E.), « Exclusion des marchés publics : il n'est pas interdit d'interdire... », *Contrats et Marchés publics*, janvier 2017, n°1, p.12 ; CJUE, 3 mars 2005, *Fabricom SA c/ Etat Belge*, *op.cit.*

par l'acheteur d'établir, dans un délai raisonnable et par tout moyen, que son professionnalisme et sa fiabilité ne peuvent plus être remis en cause et, le cas échéant, que sa participation à la procédure de passation n'est pas susceptible de porter atteinte à l'égalité de traitement »¹³². Cette disposition implique d'une part que l'acheteur public doit prévenir par écrit l'opérateur sourcé de sa volonté de recourir à une mesure d'exclusion à son encontre pour la procédure de passation qu'il a l'intention de lancer et qu'il doit l'inviter à lui apporter tout élément permettant d'établir que sa participation à la procédure de passation n'est pas susceptible de porter atteinte à l'égalité de traitement. De plus, cette invitation écrite de la part de l'acheteur public doit intervenir bien en amont du lancement de la procédure de passation puisqu'« un délai raisonnable » doit être laissé à l'opérateur pour y répondre. Un tel délai est une source d'insécurité juridique importante pour l'acheteur public voulant recourir à une telle mesure puisque le juge administratif ne s'est pas encore prononcé sur ce qu'il entend par « délai raisonnable » dans un tel cas. Cela nécessiterait donc une grande anticipation de la part de l'acheteur public pour que cette procédure contradictoire puisse être réalisée en amont du lancement de la procédure de passation. Or, comme une telle anticipation fera le plus souvent défaut à l'acheteur dans les faits, cela impliquera le report de la date de lancement de la procédure de passation et donc un retard dans la réalisation du projet d'achat. Ainsi, cela révèle un autre inconvénient de la mesure d'exclusion. Enfin, si l'acheteur public venait à prendre une telle mesure sans avoir respecté strictement cette procédure, cela constituerait là encore une violation du principe de liberté d'accès à la commande publique et pourrait donc entraîner l'annulation de la procédure de passation.

La possibilité de la clause d'interdiction de soumissionner doit également être envisagée. Cette clause serait insérée dans un contrat de sourcing conclu entre l'acheteur public et l'opérateur sourcé avant de débiter les opérations de sourcing¹³³. Ainsi une telle solution équivaldrait à une exclusion contractualisée de l'opérateur sourcé. Le recours à une telle possibilité semble difficile pour plusieurs raisons. Une première difficulté est liée à la logique gouvernant la mise en œuvre du sourcing. En effet, le fait d'insérer une clause d'interdiction de soumissionner implique pour

¹³² Ordonnance n° 2015-899 du 23 juillet 2015 relative aux marchés publics, article 48, *op.cit.*

¹³³ LINDITCH (F.), « Du sourçage et de l'obligation de rétablissement de l'égalité lorsque certains opérateurs disposent d'informations privilégiées. Commentaire du projet de Code des marchés publics », *La Semaine Juridique Administrations et Collectivités territoriales*, n°1, 11 Janvier 2016, p. 47.

l'acheteur public d'avoir prévu que le sourcing entrainera l'octroi à l'opérateur sourcé d'un avantage informationnel qui ne pourra être résolu que par une mesure d'exclusion. Cela reviendrait pour l'acheteur public à prévoir que la mise en œuvre du sourcing sera défectueuse. Ainsi, l'utilisation d'une telle clause serait un aveu de mauvaise organisation du sourcing. Deuxièmement, une telle clause irait à l'encontre de l'efficacité du sourcing. En effet, si les opérateurs économiques susceptibles de participer au sourcing savent qu'ils seront exclus de la procédure de passation qui pourra suivre, rares seront les opérateurs qui voudront y participer. Enfin, et surtout, c'est une difficulté juridique qui s'oppose au recours à une telle clause. En effet, rien ne laisse à penser que le consentement exprimé par l'opérateur sourcé à une telle clause permettrait de considérer que la procédure exigée par l'article 48 de l'ordonnance est respectée. Au-delà du respect de l'article 48 de l'ordonnance, c'est surtout le respect du droit de l'Union, et plus précisément de la jurisprudence européenne, qui semble le plus incertain. En effet, selon l'arrêt de la CJUE, *Fabricom SA c/ Etat Belge*, un acheteur public ne peut pas procéder à une exclusion automatique d'un opérateur de la procédure de passation d'un marché public au seul motif que celui-ci a participé à la préparation de la procédure de passation. Si l'arrêt de la CJUE portait en l'espèce sur une disposition réglementaire, il semblerait étonnant que la Cour ait un résonnement divergent dans le cas où une telle exclusion automatique serait issue d'une clause contractuelle¹³⁴. Ainsi une telle clause pourrait être jugée à la fois par le juge national et par le juge européen comme constituant une violation de la liberté d'accès à la commande publique de l'opérateur sourcé. Ainsi, le recours à une telle clause ne semble pas être une solution sûre juridiquement pour l'acheteur public.

¹³⁴ POURCEL (E.), *op.cit.*, p.12 ; CJUE, 3 mars 2005, *Fabricom SA c/ Etat Belge*, *op.cit.*

CONCLUSION

Ce mémoire a cherché à présenter l'ensemble des mesures devant être mises en œuvre par l'acheteur public dans le but de garantir la plus grande sécurité juridique possible et ce tout en assurant la liberté nécessaire à l'efficacité du sourcing. Cependant, si ces mesures ont pour but de permettre une sécurité juridique maximale, il est nécessaire de garder à l'esprit que ces dernières, même lorsqu'elles sont mises en œuvre avec rigueur, ne permettent pas de faire disparaître les risques juridiques liés au sourcing mais uniquement de les limiter le plus fortement possible.

De plus, ces risques pourront évoluer en fonction de l'appréciation par le juge des nouveaux textes. En effet, la jurisprudence administrative et pénale sur la nouvelle réglementation reste limitée, en particulier sur les articles 4 et 5 du décret du 25 mars 2016 relatifs au sourcing¹³⁵. En fonction de l'évolution de cette jurisprudence dans le futur, les risques juridiques liés au sourcing évolueront également. Par la suite, les mesures garantissant la sécurité juridique de ce dernier devront être adaptées dans le but de continuer à assurer un juste équilibre entre sécurité juridique et liberté de l'acheteur.

En outre, face à l'étendue des mesures qui doivent être prises lors du sourcing notamment en termes d'encadrement des pratiques, il semble impossible pour les acheteurs publics d'externaliser les opérations de sourcing. En effet, le recours à un sourcing « privé », c'est-à-dire un sourcing qui serait réalisé pour le compte d'un acheteur public par un opérateur économique, serait particulièrement risqué. Il serait notamment impossible pour l'acheteur public de s'assurer du respect par l'opérateur de la réglementation encadrant le sourcing, notamment du principe d'égalité de traitement des candidats. De plus, si la mise en œuvre des opérations de sourcing était transférée à un opérateur, les risques inhérents, eux, ne pourraient pas être transférés. En effet, le risque d'annulation de la procédure de passation et le risque de poursuites pénales seraient toujours supportés par l'acheteur public.

¹³⁵ Décret n° 2016-360 du 25 mars 2016 relatif aux marchés publics, articles 4 et 5, *op.cit.*

Enfin, le temps où l'achat public et l'achat privé appartenait à deux mondes séparés semble bel et bien révolu¹³⁶. La consécration du sourcing par le décret du 25 mars 2016, pratique qui trouve ses origines dans l'achat privé, est une nouvelle illustration de ce rapprochement continu des achats public et privé ces dernières années¹³⁷. Pour autant, les spécificités de l'achat public, c'est-à-dire le respect des principes généraux de la commande publique et de l'exigence de mise en concurrence, perdurent et sont même réaffirmés. Là encore, cela s'observe avec le sourcing dont la consécration a été accompagnée par le législateur d'une obligation de respect des principes de la commande publique et notamment de l'égalité de traitement entre candidats. Les mesures présentées dans ce mémoire viennent répondre à cette obligation à la charge de l'acheteur public.

¹³⁶ MOUNIER (B.), « Le sourcing est-il adapté à tous les marchés publics ? », *Contrats publics*, mars 2018, n°185, p.45.

¹³⁷ *Ibidem*.

BIBLIOGRAPHIE

I. Articles de doctrine:

BINOT (J-M.), *Sourcing: la recette toulonnaise*, En ligne, <<http://www.achatpublic.info/actualites/info-du-jour/2017/06/26/sourcin...>>, Consulté le 26 février 2018.

CAYREY (R.), *Le sourcing, à manier avec... modération*, En ligne, <<http://moniteurjuris.fr/document/20-35087055>>, Consulté le 7 février 2018

CLAVERIE-ROUSSET (C.), « Fasc. 10 : FAVORITISME », *JurisClasseur Pénal des Affaires*, version mise à jour du 27 avril 2017.

COCHI (V.), TERRIEN (G.), « Le sourcing, étape indispensable de l'achat public ? », *Contrats publics*, mai 2010, n°99, p.56-59

COUPÉ (C.), « 'Sourcing' et 'consultations préalables' : précautions à prendre », *Contrats publics*, mars 2018, n°185, p.33-36.

CRAHÈS (M.), « Précieux et délicat sourcing des marchés publics », *Contrats publics*, novembre 2016, n°170, p.22-25.

DEROUESNÉ (E.), LAFARGUE (V.), « L'impact du sourcing dans les marchés publics », *Contrats publics*, mars 2018, n°185, p.57-61.

DEROUESNÉ (E.), LAFARGUE (V.), *Réforme sur les marchés publics – fiche technique n°3 : L'encadrement du sourcing dans les marchés publics*, En ligne, <https://www.kpratique.fr/Reforme-sur-les-marches-publics-fiche-technique-n-3-L-encadrement-du-sourcing-dans-les-marches-publics_a418.html>, Consulté le 24 mars 2018 ;

DYENS (S.), « Définition préalable du besoin et sourcing, la responsabilisation des acheteurs publics dans le nouveau droit des marchés publics », *AJCT*, septembre 2016, n°9, p.422-427.

HÉNON (M.), CONSIGLI (J.), « La commande publique et la menace du délit de favoritisme », *La Gazette des communes*, 5 décembre 2016, n°46/2344, p.66-67.

KANOU (S.), HÉNON (M.), « Sourcing et risque pénal », *Contrats publics*, mars 2018, n°185, p.66-68.

LE FUSTEC (Y.), « Qu'est-ce que le sourcing ? », *Contrats publics*, mars 2018, n°185, p.18-21.

LHÉRITIER (M.), *Le sourcing mode d'emploi*, En ligne, <<http://droit-des-contrats-publics.efe.fr/2017/02/22/le-sourcing-mode-demploi/>>, Consulté le 9 mars 2018.

LINDITCH (F.), « Contentieux du sourçage : les débuts », *La Semaine Juridique Administrations et Collectivités territoriales*, n°10-11, 12 mars 2018, p. 25-28.

LINDITCH (F.), « Du sourçage et de l'obligation de rétablissement de l'égalité lorsque certains opérateurs disposent d'informations privilégiées. Commentaire du projet de Code des marchés publics », *La Semaine Juridique Administrations et Collectivités territoriales*, n°1, 11 Janvier 2016, p. 44-47.

LINDITCH (F.), « Parution du Guide pratique de l'achat public innovant », *Contrats et Marchés publics*, n°8-9, Août-Septembre 2013, alerte 39, p.3-4.

MELIN (K.), « Le sourcing, un outil au service de la performance de l'achat public », *Contrats publics*, mars 2018, n°185, p.37-41.

MOUNIER (B.), « Le sourçage est-il adapté à tous les marchés publics ? », *Contrats publics*, mars 2018, n°185, p.45-49.

POURCEL (E.), « Exclusion des marchés publics : il n'est pas interdit d'interdire... », *Contrats et Marchés publics*, janvier 2017, n°1, p.5-15.

RALLU (B.), *Acheter juste et en toute sécurité*, En ligne, < <http://moniteurjuris.fr/document/20-28145743>>, Consulté le 9 mars 2018.

RALLU (B.), *Marchés publics : les recettes d'un bon sourcing*, En ligne < <http://moniteurjuris.fr/document/20-28157951>>, Consulté le 7 février 2018

RAPP (L.), TERNEYRE (P.), « Pratique du sourcing », *Le Lamy droit public des affaires*, p.3151.

SAICHI (C.), « Marchés à bons de commande : comment les rationaliser », *Le Moniteur des travaux publics et du bâtiment*, n°5821, 19 juin 2015, p.113-114.

SAICHI (C.), « Sourcing : mode d'emploi pour des échanges sécurisés et réussis », *Contrats publics*, mars 2018, n°185, p.28-32.

SEBAN (D.), « Sourcing : opportunité ou danger ? », *Contrats publics*, mars 2018, n°185, p.3.

STRADY (F.), « Les techniques de sourcing : conseils et recommandations », *Contrats publics*, mars 2018, n°185, p.22-27.

VILLENEUVE (P.), *Le sourcing expliqué en sept points*, En ligne, < <http://moniteurjuris.fr/document/20-35081830>>, Consulté le 9 mars 2018.

II. Textes législatifs et réglementaires :

Code général des collectivités territoriales, version issue de la loi n° 2015-991 du 7 août 2015, *JORF* n°0182 du 8 août 2015, page 13705, texte n° 1.

Code pénal, version issue de la loi n°2016-1691 du 9 décembre 2016, *JORF* n°0287 du 10 décembre 2016, texte n° 2.

Décret n°2001-210 du 7 mars 2001 portant code des marchés publics, *JORF* du 8 mars 2001, p.37003, Texte n° 6.

Décret n° 2016-360 du 25 mars 2016 relatif aux marchés publics, *JORF* du 27 mars 2016, Texte n°28.

Loi n°84-53 du 26 janvier 1984 portant dispositions statutaires relatives à la fonction publique territoriale, *JORF* du 21 avril 2016, Texte n°2.

Loi n° 83-634 du 13 juillet 1983 portant droits et obligations des fonctionnaires, article 25 bis créé par la loi n°2016-483 du 20 avril 2016, *JORF* du 21 avril 2016, Texte n°2.

Loi n° 2016-483 du 20 avril 2016 relative à la déontologie et aux droits et obligations des fonctionnaires, *JORF* du 21 avril 2016, Texte n°2.

Ordonnance n° 2015-899 du 23 juillet 2015 relative aux marchés publics, *JORF* du 24 juillet 2015, p.12602, texte n°38

III. Textes de l'Union européenne :

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, *JOUE* n°L94, 28 mars 2014, p.65-242.

IV. Conclusions :

CASAS (D.), conclusions sous CE, 7 octobre 2005, *Région Nord-Pas-de-Calais*, req. n°278732.

V. Avis :

CADA, avis du 15 juin 2006, n° 20062458, En ligne, <<http://www.cada.fr/avis-20062458,20062458.html>>, Consulté le 28 mars 2018.

VI. Publications :

CNFPT, « L'acheteur public au cœur de son écosystème », *Support des Journées d'analyses pratiques*, septembre 2016, 102 p.

DAJ, *La définition du besoin*, 13 p., En ligne, <https://www.economie.gouv.fr/files/files/directions_services/daj/marches_publics/cons_eil_acheteurs/fiches-techniques/preparation-procedure/definition-besoin-2017.pdf>, Consulté le 25 mars 2018

DAJ, *Guide de bonnes pratiques en matière de marchés publics*, Édition du 26 septembre 2014, En ligne, <https://www.economie.gouv.fr/files/files/directions_services/daj/marches_publics/cons_eil_acheteurs/guides/guide-bonnes-pratiques-mp.pdf>, Consulté le 15 avril 2018.

France Urbaine, *Support de travail du sous-groupe sourcing*, 2 décembre 2016, 6 p.

VII. Documents de collectivités territoriales :

Département du Gard, Direction de la commande publique, *Guide des bonnes pratiques et de déontologie de l'achat public*, mai 2016, 12 p.

Métropole Aix-Marseille Provence, Direction de la Programmation et de la Performance Achat, *Note méthodologique sur les rencontres préalables*, 3 p.

Métropole Aix-Marseille Provence, Direction de la Programmation et de la Performance Achat, *Présentation mode opératoire sourcing*, Juin 2018, 12 p.

Métropole Aix-Marseille Provence, Direction de la Programmation et de la Performance Achat, *Projet de guide sourcing*, 7 p.

Ville de Paris, *Charte de déontologie Achats*, mars 2016, En ligne, <<https://api-site.paris.fr/images/80416>>, Consulté le 14 mars 2018, 12 p.

Ville de Toulon, Direction de la commande publique, *Charte de bonnes pratiques : Pour des achats performants et durables*, 2017, 28 p.

Ville de Toulon, Direction de la commande publique, *Guide interne d'Achat*, 2017, 65 p.

VIII. Sites internet :

CADA, *Le secret en matière industrielle et commerciale*, En ligne, <<http://www.cada.fr/le-secret-en-matiere-commerciale-et-industrielle,6239.html>>, Consulté le 28 mars 2018.

France urbaine, *Présentation*, En ligne < <http://franceurbaine.org/presentation>>, Consulté le 28 février 2018.

MAUPIN (E.), *Sourcing : le maire de Rodilhan condamné à 6 mois de prison avec sursis*, En ligne, < <http://www.achatpublic.info/actualites/info-du-jour/2017/04/06/sourcing-le-maire-de-rodilhan-condamne-6-mois-de-prison-avec>>, Consulté le 15 avril 2018. ???

Ministère des Armées, *Demande d'information (RFI)*, En ligne, < <https://www.achats.defense.gouv.fr/fr/demande-dinformation-rfi>>, Consulté le 8 mars 2018.

Ministère des Armées, *Liste des demandes d'information (RFI)*, En ligne, < <https://www.achats.defense.gouv.fr/Liste-des-demandes-d-information>>, Consulté le 8 mars 2018.

Ville de Paris, *Achats et marchés publics*, En ligne, < <https://www.paris.fr/professionnels/l-entreprise-au-quotidien/achats-et-marches-publics-3526>>, Consulté le 8 mars 2018.

TABLE DE JURISPRUDENCE

I. Juridictions internes

Conseil d'Etat :

CE, 29 juillet 1998, *Société Génicorp*, req. n°177952.

CE, 11 septembre 2006, *Commune de Saran*, req. n°257545.

CE, 14 novembre 2014, *SMEAG*, req. n°373156.

Cour administrative d'appel :

CAA Douai, 17 janvier 2013, *Commune d'Hazebrouck*, req. n°12DA00780.

CAA Lyon, 25 septembre 2008, *SARL Goullioud*, req. n°05LY01667.

CAA Nantes, 24 nov. 2017, *Groupement société Dynamiques foncières*, req. n°16NT02706

Tribunal administratif :

TA Paris, ord. 26 avril 2010, *Société TFN Bâtiment*, req. n°1006397-3/3.

TA Rennes, ord. 6 avril 2016, *Association SOLIHA Finistère*, req. n°1601120.

Cour de cassation :

Cass. crim., 15 sept. 1999, n° 98-87.588

Cass. crim., 11 déc. 2002, n° 02-80.699

Cass. crim., 14 décembre 2005, n°05-83.898.

Cass. crim., 10 sept. 2008, n° 08-80.589

Cass. crim., 22 janv. 2014, n° 13-80.759

II. Juridictions européennes

Cour de justice de l'Union Européenne :

CJUE 3 mars 2005, *Fabricom SA c/ Etat Belge*, aff. C-21/03 et C-34/03.

ANNEXE

ANNEXE n°1 : Grille d'opportunité du sourcing de la Direction de la commande publique de la Ville de Toulon.

Thématiques	Indices	Oui	Non	Je ne sais pas
Mon projet d'achat et moi	Je me suis ménagé du temps pour le sourcing. Le lancement de mon marché est programmé au plus tard dans les 3 prochains mois.	<input type="checkbox"/>	<input type="checkbox"/>	<input type="checkbox"/>
	Je souhaite communiquer avec les entreprises pour enrichir mon projet d'achat et les intéresser à ce sujet (favoriser l'émulation concurrentielle).	<input type="checkbox"/>	<input type="checkbox"/>	<input type="checkbox"/>
	J'ai besoin d'informations techniques que les entreprises peuvent me communiquer car mes connaissances dans le domaine concerné ne sont pas consolidées (volets technique, économique, organisationnel...).	<input type="checkbox"/>	<input type="checkbox"/>	<input type="checkbox"/>
	Si mon marché est récurrent : je constate un faible nombre de candidats dans le cadre des consultations passées (pauvreté de l'émulation concurrentielle).	<input type="checkbox"/>	<input type="checkbox"/>	<input type="checkbox"/>
	Les enjeux financiers me semblent significatifs (montant estimé important, potentiels d'économies importants)	<input type="checkbox"/>	<input type="checkbox"/>	<input type="checkbox"/>
Mon projet d'achat dans son contexte concurrentiel	Dans le domaine commercial concerné, des nouvelles entreprises ou nouveaux entrants ont possiblement rejoint le vivier d'opérateurs économiques historique.	<input type="checkbox"/>	<input type="checkbox"/>	<input type="checkbox"/>
	Dans le domaine commercial concerné, les entreprises potentiellement concurrentes sont nombreuses.	<input type="checkbox"/>	<input type="checkbox"/>	<input type="checkbox"/>
	Dans le domaine commercial concerné, les entreprises se vouent une concurrence exacerbée (secteurs d'activités sensibles).	<input type="checkbox"/>	<input type="checkbox"/>	<input type="checkbox"/>
Mon projet d'achat et les formes d'innovation	Je souhaite favoriser l'innovation dans le cadre de mon projet car le domaine d'achat concerné me semble propice à ce développement.	<input type="checkbox"/>	<input type="checkbox"/>	<input type="checkbox"/>
	Je souhaite appréhender la structure des coûts et des prix afin d'en améliorer l'approche dans mon projet de marché.	<input type="checkbox"/>	<input type="checkbox"/>	<input type="checkbox"/>
Mon projet d'achat et l'ingénierie contractuelle	J'ai besoin d'informations relatives aux modes de dévolutions possibles de mon projet d'achat (allotissement, groupement d'entreprises...)	<input type="checkbox"/>	<input type="checkbox"/>	<input type="checkbox"/>
	J'ai besoin d'améliorer l'ossature du Dossier de Consultation des Entreprises (nature et forme du marché, tranches, techniques particulières d'achat, forme des prix...)	<input type="checkbox"/>	<input type="checkbox"/>	<input type="checkbox"/>
CONCORDANCE DES INDICES - Une majorité de OUI = possibilité de sourcing - Une majorité de NON = Sourcing inopportun - Une majorité de JE NE SAIS PAS = Informations complémentaires nécessaires				

INDEX ALPHABÉTIQUE

A

achat privé : 7, 49

anticipation : 30, 46

avantage informationnel: 10, 12, 13, 14, 44, 45, 47

B

binôme : 19, 32

C

cahier des charges : 13, 32, 41, 42

charte des bonnes pratiques : 22

clause « sur mesure » : 41

collectivité : 9, 10, 16, 21

compte-rendu : 18, 34, 35, 36, 41

conflit d'intérêts : 20

consultation préalable : 7, 25, 26, 27, 28, 29, 33

D

déconnexion temporelle : 30

définition du besoin : 8, 9, 25, 31

délai de remise des offres : 41, 42

délit de favoritisme : 14, 15, 29, 41

délit de prise illégale d'intérêts : 21

démonstration technique : 27, 35

direction technique/opérationnelle : 18, 19, 20, 30

dossier de consultation des entreprises : 35, 38, 39, 40, 41, 42, 43

dossier de sourcing : 27, 29, 30, 31

E

échantillon représentatif : 25, 28, 29, 36

égalité d'information : 29, 30, 38, 39, 40, 41, 43, 44, 45

entretien direct : 18, 26, 27, 31, 32, 33, 34, 35

étude de marché : 7, 11, 25

exclusion : 14, 16, 32, 38, 43, 44, 45, 46, 47

G

grille d'entretien : 34

H

habilitation : 19

historique de l'exécution du marché : 33, 39, 40

I

insécurité juridique : 46

J

juge administratif : 8, 10, 11, 13, 15, 22, 29, 46

juge pénal : 15, 22, 27

O

obligation d'abstention : 17, 38, 42

obligation d'action : 13, 38, 39

offre spontanée : 7,8

organisation du sourcing : 17, 18, 19, 20, 21, 22, 47

opérationnel : 19, 23, 32, 43

P

périmètre du sourcing : 32

planning : 30

procédure contradictoire : 45, 46

profil d'acheteur public : 26

publicité : 27, 28, 29

R

rapport de présentation : 35

request for information : 26, 34

responsabilisation : 16

risque juridique : 10, 12, 13, 14, 15, 16, 18, 22, 24, 48

S

salon : 33, 35

secret industriel et commercial : 12, 15, 33, 40, 42

sélection des informations : 32, 33

service « achats » : 18, 19, 20, 22, 26, 30, 31, 36

service « marchés » : 20, 30, 31, 36, 40, 41

sourcing inversé : 32

sourcing « sauvage » : 18

synthèse finale : 20, 31, 34, 35, 36, 39, 40, 41

T

traçabilité : 34, 35

V

vérification : 20, 35, 41, 42

visite : 27

vivier de fournisseurs : 23, 28

TABLE DES MATIÈRES

LISTE DES ABRÉVIATIONS	6
INTRODUCTION.....	7
CHAPITRE 1 : LES MESURES LIEES A LA MISE EN ŒUVRE DU SOURCING..	17
Section 1 : L'organisation du sourcing	17
I) Une organisation interne du sourcing autour du service « achats »	18
II) Une organisation externe du sourcing dans un but d'harmonisation de la pratique	21
Section 2 : L'encadrement du sourcing.....	22
I) Un choix encadré du recours au sourcing.....	23
II) Une publicité du sourcing à assurer.....	27
III) Une pratique à encadrer dans le temps.....	30
IV) Une pratique à encadrer dans le contenu.....	31
Section 3 : La transparence du sourcing	34
CHAPITRE 2 : LES MESURES A METTRE EN ŒUVRE A LA SUITE DU	
SOURCING.....	38
Section 1 : Le rétablissement de l'égalité d'information entre candidats	39
Section 2 : La vérification des pièces du dossier de consultation des entreprises.....	40
Section 3 : L'exclusion de l'opérateur sourcé comme mesure de dernier recours	43
CONCLUSION.....	48
BIBLIOGRAPHIE	50
TABLE DE JURISPRUDENCE.....	55
ANNEXE	57
INDEX ALPHABÉTIQUE	58

