

MARCHES PUBLICS

La définition du besoin

L'obligation de définir de manière précise la nature et l'étendue des besoins a été posée par l'article L. 2111-1 du code de la commande publique (CCP). Cette obligation est un moyen de respecter les grands principes de la commande publique énoncés à l'article L. 3 du même code et dont la valeur constitutionnelle a été affirmée par le conseil constitutionnel dans sa décision n°2003-473 DC du 26 juin 2003. Il s'agit de respecter les principes d'égalité de traitement des candidats, de liberté d'accès à la commande publique et de transparence des procédures afin d'assurer l'efficacité de la commande publique et la bonne utilisation des deniers publics.

1. La préparation du marché

Avant même le choix de la procédure de passation d'un marché, il revient à l'acheteur de prendre en considération un certain nombre d'éléments qui lui permettront notamment de préciser ses besoins et de fixer les critères d'attribution du marché et leurs conditions de mise en œuvre (articles L. 2152-7 à L. 2152-9 du CCP). Ceux-ci seront précisés dans l'avis d'appel public à la concurrence (AAPC) ou le règlement de consultation (RC).

→ Le sourcing pour mieux connaître les caractéristiques des secteurs économiques et les solutions techniques des entreprises

En premier lieu, il s'agit de bien définir son besoin en amont. Aussi, l'acheteur a la possibilité d'effectuer des consultations, de réaliser des études de marchés, de solliciter des avis ou d'informer les opérateurs économiques de son projet et de ses exigences (article R. 2111-1 du CCP). Toutefois, la mise en concurrence du marché ne doit pas être faussée par le fait qu'un opérateur économique a pu avoir accès à des informations ignorées par d'autres candidats ou soumissionnaires, en raison de sa participation préalable, directe ou indirecte, à la préparation de la procédure de passation du marché (article R. 2111-2 du CCP).

→ Le besoin déterminé au travers de spécifications techniques

Dans un second temps, l'acheteur doit formaliser son besoin au travers de spécifications techniques (articles R. 2111-4 à R. 2111-11 du CCP) inscrites au sein du cahier des clauses techniques particulières. Les spécifications techniques définissent précisément les caractéristiques requises des travaux, fournitures ou services faisant l'objet du marché. Il peut s'agir de référence à des normes ou à des documents accessibles aux candidats, ou bien, être exprimées en termes de performance à atteindre ou d'exigences fonctionnelles, par exemple. Toutefois, sauf cas exceptionnel, les spécifications techniques ne peuvent pas faire mention d'un mode ou procédé de fabrication particulier ou d'une provenance ou origine déterminée, ni faire référence à une marque, à un brevet ou à un type lorsqu'une telle mention ou référence est susceptible de favoriser ou d'éliminer certains opérateurs économiques ou certains produits.

Dans l'hypothèse où un candidat présenterait une offre ne respectant pas une spécification technique, celle-ci doit être rejetée car elle constitue une offre irrégulière au sens de l'article L. 2152-2 du CCP. Néanmoins, un candidat présentant une offre comportant une norme ou un document différent de ce

qui était demandé par l'acheteur, ne peut voir son offre rejetée s'il démontre une équivalence entre son offre et les spécifications techniques énoncées par l'acheteur.

Les spécifications techniques doivent être objectives et neutres et ne sauraient avoir pour effet de fausser la concurrence en créant une discrimination entre les opérateurs économiques.

→ Des besoins prenant en compte les préoccupations de développement durable

Conformément à l'article L. 2111-1 du CCP, au moment de la définition de ses besoins, l'acheteur doit prendre en compte « *des objectifs de développement durable dans leur dimension économique, sociale et environnementale* ». Il convient de préciser que l'acheteur n'a pas l'obligation de retenir un critère écologique au sein des critères de choix des offres, il peut également satisfaire à cette obligation par référence à des spécifications techniques, par la prise en compte de labels, de normes écologiques, de clauses d'exécution...

Concernant le volet social, l'acheteur peut prendre en compte, dans les conditions d'exécution de son marché, des considérations relatives à l'économie, au domaine social ou à l'emploi, sous réserve que celles-ci soient liées à l'objet du marché ou à ses conditions d'exécution (article L. 2112-2 du CCP). Ainsi, il peut, par exemple, faire effectuer ces prestations en intégrant des heures de travail d'insertion ou toutes autres considérations sociales, ou encore, recourir aux marchés réservés (articles L. 2113-12 à L. 2113-16 du CCP).

→ L'estimation de la valeur du besoin

Conformément aux articles R. 2121-1 à R. 2121-4 du CCP, l'acheteur doit estimer la valeur quantitative et qualitative de la globalité de son besoin afin de déterminer la procédure à utiliser pour la passation de son marché. Il convient de préciser que l'acheteur ne peut se soustraire à l'application des règles de computation des seuils en scindant ses achats de manière artificielle ou en utilisant des modalités de calculs de la valeur estimées du besoin autre que celles prévues.

Pour estimer la valeur de son besoin, l'acheteur doit tenir compte des options, des reconductions, des prestations similaires pouvant être réalisées en plus du marché ainsi que de l'ensemble des lots et, le cas échéant, des primes prévues au profit des candidats ou soumissionnaires.

A noter : Une clause sur la possibilité de passer des prestations similaires avec le titulaire d'un marché dans les documents contractuels (CCAP et/ou RC) n'est pas suffisante. Le montant de celles-ci doit être pris en compte dans l'estimation de la valeur du marché initial. Conformément à l'article R. 2122-7 du CCP, « *L'acheteur peut passer un marché de travaux ou de services sans publicité ni mise en concurrence préalables ayant pour objet la réalisation de prestations similaires à celles qui ont été confiées au titulaire d'un marché précédent passé après mise en concurrence. Le premier marché doit avoir indiqué la possibilité de recourir à cette procédure pour la réalisation de prestations similaires. Sa mise en concurrence doit également avoir pris en compte le montant total envisagé, y compris celui des nouveaux travaux ou services* ». Le Conseil d'État a par ailleurs précisé que les prestations similaires doivent être décrites dans l'avis de publicité du marché initial ainsi que, s'il est connu, leur calendrier prévisionnel (CE, n°299391 du 15 juin 2007).

2. Les cas de mauvaise définition du besoin

Juridiquement, l'absence ou l'insuffisance de définition du besoin est susceptible de constituer un manquement aux obligations de publicité et de mise en concurrence au sens de l'article L. 551-1 du code de justice administrative.

A noter : Ont pu être considérés comme des manquements à la bonne définition des besoins, la sous-estimation des quantités du marché (CE, 29 juillet 1998, Commune de Léognan, n°190452), le renvoi de la définition de certains besoins à un dispositif ultérieur (CE, 8 août 2008, Région Bourgogne, n°307143), ou encore, la possibilité pour les candidats de proposer des « *services annexes* » non définis (CE, 15 décembre 2008, Communauté urbaine de Dunkerque, n°310380).

3. Des solutions en cas de difficultés ou d'impossibilité de définir précisément un besoin

En cas d'incertitude sur la régularité ou l'étendue du besoin à satisfaire, l'acheteur peut recourir à des accords-cadres. Les accords-cadres peuvent donner lieu à la conclusion de marchés subséquents ou à l'émission de bon de commande au gré des besoins. Depuis le 1^{er} janvier 2022, les accords-cadre doivent être conclus « soit avec un minimum et un maximum en valeur ou en quantité ; soit avec seulement un maximum en valeur ou en quantité » (article R. 2162-4 du CCP et CJUE, 17 juin 2021, Simonsen & Weel A/S, affaire C-23/20).

Lorsque l'acheteur n'est pas en mesure de définir les moyens précis permettant de satisfaire ses besoins, il peut avoir recours à un marché public passé en procédure avec négociation ou au dialogue compétitif (articles R. 2124-3 à R. 2124-6 du CCP). Le dialogue compétitif est une procédure permettant de procéder à un dialogue avec les candidats sélectionnés dont l'objet est l'identification et la définition des moyens propres à satisfaire au mieux ses besoins. Dans ce cadre, l'acheteur n'est pas tenu de rédiger un cahier des charges complet, ni définitif. La consultation est lancée sur la base du projet partiellement défini ou du programme fonctionnel.

⊗ *Pour plus d'informations, se reporter à la fiche relative à la procédure avec négociation.*

L'acheteur peut imposer des prestations supplémentaires éventuelles (PSE) avec des spécifications techniques précises et en rapport direct avec l'objet du marché. Il convient de préciser que l'acheteur doit veiller à limiter le nombre de PSE qu'il impose, sous peine d'être assimilées à une mauvaise définition du besoin.

⊗ *Pour plus d'informations, se reporter à la fiche relative aux prestations supplémentaires éventuelles, variantes et options.*

Références juridiques :

- *La définition du besoin : articles L. 3 et L. 2111-1 du CCP et décision n°2003-473 DC du conseil constitutionnel du 26 juin 2003*
- *La préparation du marché : articles L. 2152-7 à L. 2152-9 du CCP*
- *Le sourçage : articles R. 2111-1 à R. 2111-2 du CCP*
- *Les spécifications techniques : articles R. 2111-4 à R. 2111-11 et L. 2152-2 du CCP*
- *Les préoccupations de développement durable : articles L. 2112-2 et L. 2113-12 à L. 2113-16 du CCP*
- *La valeur du besoin : articles R. 2121-1 à R. 2121-4 et R. 2122-7 du CCP et CE, n°299391 du 15 juin 2007*
- *La mauvaise définition du besoin : article L. 551-1 du code de justice administrative ; CE, 29 juillet 1998, Commune de Léognan, n°190452 ; CE, 8 août 2008, Région Bourgogne, n°307143 et CE, 15 décembre 2008, Communauté urbaine de Dunkerque, n°310380*
- *Les solutions en cas de besoin imprécis : articles R. 2124-3 à R. 2124-6 et R. 2162-4 du CCP et CJUE, 17 juin 2021, Simonsen & Weel A/S, affaire C-23/20*