

L'estimation du besoin en matière de commande publique ", in Chronique de Droit administratif et Droit public financier

Catherine Prebissy-Schnall

▶ **To cite this version:**

Catherine Prebissy-Schnall. L'estimation du besoin en matière de commande publique ", in Chronique de Droit administratif et Droit public financier. Droit administratif, 2011, 6. hal-01866679

HAL Id: hal-01866679
https://hal.parisnanterre.fr/hal-01866679

Submitted on 3 Sep 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.

« L'estimation du besoin en matière de commande publique », *in* Chronique de Droit administratif et Droit public financier, *Droit adm.* n° 6, juin 2011, chron. 3

Catherine Prebissy-Schnall

L'expression sincère et raisonnable du besoin dans le cadre d'un processus d'achat revêt une importance fondamentale car elle permet non seulement de faire jouer la concurrence dans les meilleures conditions possibles mais aussi de s'assurer ultérieurement de la bonne exécution du contrat. Par besoins du pouvoir adjudicateur, on entend, non seulement, les besoins liés à son fonctionnement propre (exemples : des achats de fournitures de bureaux, d'ordinateurs pour ses agents), mais également les besoins liés à son activité d'intérêt général et qui le conduisent à fournir des prestations à des tiers (exemples : marchés de transports scolaires). Plus le pouvoir adjudicateur exprimera de façon rigoureuse son besoin, moins il y aura d'infractions à la réglementation. Constituent des manquements à la bonne estimation des besoins : l'estimation financière des besoins en dessous de leur valeur réelle (impossibilité alors de déclarer l'appel d'offres infructueux pour ce seul motif) ; l'indisponibilité budgétaire lors du paiement du marché malgré tout attribué ; le rattrapage financier de la part des entreprises par le biais de coûts cachés ; la sous-estimation des quantités du marché ; le fractionnement artificiel des prestations qui aurait pour effet de diminuer artificiellement le montant des marchés passés en conséquence des besoins définis à des niveaux ne correspondant pas à la réalité du fonctionnement du pouvoir adjudicateur (condamnation pénale pour favoritisme de la pratique du « saucissonnage »). La réflexion doit porter sur le choix d'une procédure au regard du montant estimé du besoin sur la durée totale du contrat. L'organisation de la mise en concurrence dépend du montant prévisionnel du marché et de seuils internes qui s'ajoutent inutilement aux seuils communautaires.

Le niveau de formalisation de la procédure de passation dépend du montant prévisionnel du marché. - Afin d'obliger les pouvoirs adjudicateurs à passer des marchés d'un montant élevé sous des régimes procéduraux exigeants, la commission européenne a fixé des seuils financiers dont la valeur est réévaluée tous les deux ans pour tenir compte de la fluctuation des cours monétaires *(D. n° 2009-1702, 30 déc. 2009 : JO 31 déc. 2009, p. 23148).* Pour apprécier les seuils de procédure, l'article 27 du Code des marchés publics distingue deux approches : l'une pour les travaux qui s'appuie sur les notions d'ouvrage et d'opération ; l'autre pour les fournitures et services qui s'appuie sur les concepts d'unité fonctionnelle et de familles homogènes de produits et services. Mais dans un système juridique pragmatique comme celui imposé par la matière des marchés publics, ces notions sont difficiles à cerner : il y a opération de travaux lorsque le pouvoir adjudicateur prend la décision de mettre en œuvre, dans une période de temps et un périmètre limités, un ensemble de travaux caractérisé par son unité fonctionnelle, technique ou économique. L'opération peut concerner des travaux de nature différente portant sur un même ouvrage (opération de réhabilitation) ou des prestations de nature identique sur plusieurs ouvrages (réalisation de trottoirs dans différents quartiers de la ville ou réfection des toitures des écoles d'une même commune). Le seuil n'est pas apprécié au regard de la seule valeur globale des travaux mais également en tenant compte de la valeur des fournitures nécessaires à leur réalisation. Concernant l'appréciation des seuils en fournitures et services, il appartient au pouvoir adjudicateur de déterminer à quel niveau de son organisation s'apprécie les seuils de passation et de tenir compte de la durée du marché. Ainsi, pour un marché de fourniture de papier d'une durée d'un an, il faudra totaliser le nombre de ramettes et le multiplier par le prix estimé pour calculer le seuil. Si le marché est « à cheval » sur deux années civiles, l'article 27 du Code des

marchés publics ne prévoit pas que l'estimation de la valeur totale des fournitures ou des services qui peuvent être considérés comme homogènes doit être faite au titre d'une année civile. Le principe de l'annualité budgétaire est donc indépendant et sans influence sur le calcul du montant de la valeur estimée des besoins (réponse apportée par la Direction des affaires juridiques de Bercy le 14 décembre 2010).

Suppression des seuils internes au profit d'une unique référence aux seuils communautaires. - Dans le cadre du plan de relance mis en œuvre en décembre 2008, le Gouvernement a procédé à une modification du seuil interne de dispense de procédure, inscrit à l'article 28 du Code des marchés publics, en le relevant de 4 000 à 20 000 euros HT. Ce relèvement a permis de soutenir la trésorerie des petites et moyennes entreprises. Mais par un arrêt *M. Perez (CE, 10 févr. 2010, n° 329100 : JurisData n° 2010-000403)*, le Conseil d'État a annulé, à compter du 1er mai 2010, le décret n° 2008-1356 du 19 décembre 2008 en tant qu'il avait procédé à cette modification. Dans le souci d'organiser au mieux la passation des petits achats, un projet de décret fait actuellement l'objet d'une consultation interministérielle. Or, pourquoi maintenir absolument un seuil interne de dispense de procédure ? Celui-ci reste sous le garde-fou de l'article 1er du Code des marchés publics qui pose les principes fondamentaux de transparence, de liberté d'accès et d'égalité de traitement. L'idée n'est pas de laisser penser que tout est permis en autorisant l'acheteur à modeler sa procédure comme il l'entend en dessous des seuils communautaires : absence de formalisme ne signifie pas absence de concurrence ou de transparence, bien au contraire. Ceci explique pourquoi les pouvoirs adjudicateurs élaborent des guides internes des procédures pour sécuriser leurs processus achats. Or, certains de ces règlements intérieurs sont parfois encore plus rigides que les procédures formalisées et empêchent les praticiens de se mouvoir efficacement dans les espaces de libertés accordés par le code. Par conséquent, au-delà du principe même d'un seuil, c'est bien la question du niveau de ce seuil qui pose problème. D'autant plus que cette évaluation financière des prestations ne concerne pas uniquement les marchés publics. La valeur des seuils de déclenchement des procédures formalisées de passation se posent également pour les marchés passés par les pouvoirs adjudicateurs et les entités adjudicatrices non soumises au Code des marchés publics et pour les contrats de partenariat qui s'apparentent en droit communautaire à des marchés publics de travaux. Ainsi, lorsque le contrat dépasse les seuils d'application du droit communautaire des marchés publics, la qualification juridique du contrat doit être établie en tenant compte du droit national et du droit communautaire. Or, l'exactitude sur la qualification juridique du contrat est de plus en plus difficile à garantir face au panorama communautaire fragmenté des contrats publics. Comme le souligne l'avocat général Damaso Ruiz-Jarabo Colomer dans ses conclusions (*CJCE, 15 oct. 2009, aff. C-196/08, Acoset Spa c/ Conferenza Sindaci e Presidenza Prov. Reg. ATO Idrico Ragusa, pt. 52)*, « si le droit communautaire aspire à harmoniser les ordres juridiques nationaux dans le domaine des marchés publics, son élan se bloque toutefois devant le phénomène des PPP » dont certains modèles sont maintenus dans la plus totale atypicité.