

# La définition préalable des besoins : une étape clé conditionnant l'efficacité du processus d'achat

L'un des titres du décret du 25 mars 2016 est consacré à la préparation du marché. Ces dispositions mettent en place de nouveaux outils d'analyse des besoins au service des acheteurs. Ces derniers se voient en outre conférer de véritables instruments leur permettant de mieux prendre en compte des objectifs de développement durable dans les marchés publics.

**B**ien que cela soit désormais acquis pour de nombreux acheteurs, il est toujours nécessaire de le rappeler : la définition des besoins, étape essentielle lors de la phase de préparation des marchés publics, est « la clef d'un achat réussi »<sup>(1)</sup>. En effet, outre qu'elle garantit la bonne réussite de la procédure de passation d'un marché public, elle conditionne également l'exécution des marchés publics dont les clauses ne peuvent être modifiées que dans des conditions strictement encadrées par la réglementation.

Transposant les directives européennes dont l'esprit était notamment de renforcer l'efficacité de l'achat public<sup>(2)</sup>, les textes portant réforme du droit interne des marchés publics, confirment et renforcent ainsi la nécessité, pour les acheteurs, de bien définir leurs besoins lors de la préparation de leurs marchés publics.

L'article 30 de l'ordonnance n° 2015-899 du 23 juillet 2015 relative aux marchés publics réaffirme, en ce sens, l'obligation, pour l'ensemble des acheteurs, de déterminer avec précision et avant le lancement de toute consultation « la nature et l'étendue des besoins à satisfaire (...) en prenant en compte des objectifs de développement durable dans leurs dimensions économique, sociale et environnementale ». La prise en compte d'exigences en matière de développement durable, non seulement dans les procédures de passation des marchés publics (dans les critères de sélection des candidatures et d'examen des offres) mais également dans les clauses des marchés publics (dans les spécifications techniques et les conditions d'exécution des marchés) est donc désormais la règle pour tous.

Par ailleurs, l'article 31 de l'ordonnance du 23 juillet 2015 confirme la nécessité, pour les acheteurs, de définir les

## Auteur

**Nathalie Ricci**  
Avocat à la Cour

## Références

Décret n° 2016-360 du 25 mars 2016, art. 4 et s.

## Mots clés

Concurrence • Échanges préalables • Label  
• Spécifications techniques

(1) Circulaire du 14 février 2012 (NOR : EFIM1201512C), relative au Guide de bonnes pratiques en matière de marchés publics.

(2) Directives 2014/24/UE du Parlement européen et du Conseil du 26 février 2014 et directive 2014/25/UE du Parlement européen et du Conseil du 26 février 2014.

caractéristiques des prestations qu'ils souhaitent « par référence à des spécifications techniques ».

Faisant application de ces dispositions, le décret n° 2016-360 du 25 mars 2016 relatif aux marchés publics consacre un titre spécifique à la « préparation du marché public », lequel, d'une part, institue de nouveaux outils d'analyse des besoins au service des acheteurs et, d'autre part, confère à ces derniers de véritables outils leur permettant de mieux prendre en compte des objectifs de développement durable dans leurs marchés.

## De nouveaux outils d'analyse des besoins au service des acheteurs

Reprenant un dispositif novateur des directives européennes<sup>[3]</sup>, le décret du 25 mars 2016 offre désormais aux acheteurs la possibilité de réaliser des études et échanges préalables avec les opérateurs économiques. Symétriquement, le décret du 25 mars 2016 responsabilise toutefois grandement les acheteurs dans la préparation de leurs marchés.

### Les études et échanges préalables avec les opérateurs économiques

Auparavant admis dans la pratique par de nombreux acheteurs et récemment confortés par la jurisprudence administrative<sup>[4]</sup>, les études et échanges préalables avec les opérateurs économiques – plus connus sous l'appellation « sourçage », qui avait été retenue dans le projet de décret mis à la concertation publique par la Direction des affaires juridiques du ministère de l'Économie, de l'Industrie et du Numérique, au mois de novembre 2015 – sont désormais consacrés à l'article 4 du décret du 25 mars 2016. Il résulte, en effet, des dispositions de cet article qu'afin de préparer la passation de leurs marchés publics, les acheteurs peuvent, depuis le 1<sup>er</sup> avril dernier, « effectuer des consultations ou réaliser des études de marché, solliciter des avis ou informer les opérateurs économiques de (leurs) projet(s) et de (leurs) exigences ».

De telles pratiques, empruntées au secteur des achats privés, doit ainsi permettre aux acheteurs d'acquérir une bonne connaissance de l'état du marché, en amont du lancement de leurs consultations, afin d'adapter le contenu de leurs cahiers des charges à l'offre présente sur le marché. Déjà préconisés, en 2014, en matière d'achat innovant par le Guide pratique de l'achat public innovant<sup>[5]</sup>, ces dispositifs doivent également permettre,

selon le directeur des affaires juridiques du ministère de l'Économie « de mieux mettre en relation les besoins des acheteurs en matière d'innovation et les solutions proposées par les "start-ups" et les entreprises innovantes »<sup>[6]</sup>.

Pour que les résultats des études et échanges préalables réalisés avec les opérateurs économiques puissent être exploités par les acheteurs, il convient toutefois de s'assurer que ces résultats « n'aient pas pour effet de fausser la concurrence » et, d'autre part, qu'ils « n'entraînent pas une violation des principes de liberté d'accès à la commande publique, d'égalité de traitement entre les candidats et de transparence des procédures ».

Ainsi, plusieurs précautions s'imposent dans le cadre de la mise en œuvre des études et échanges préalables avec les opérateurs économiques. D'une part, ces échanges doivent intervenir en amont de la passation des marchés publics, dans le cadre de leur préparation, et doivent faire l'objet de documents écrits. D'autre part, ils doivent être menés avec plusieurs opérateurs économiques, sans discrimination géographique ou commerciale, afin de ne pas aboutir à la rédaction de cahier des charges orientés techniquement ou financièrement, voire à la présélection d'opérateurs déterminés. Enfin, l'ensemble des informations transmises aux opérateurs contactés doit être communiqué aux autres opérateurs susceptibles de candidater.

De ce point de vue, bien que le décret du 25 mars 2016 ait offert aux acheteurs la possibilité d'optimiser la définition de leurs besoins à travers la réalisation d'études et d'échanges préalables avec les opérateurs économiques, il les a symétriquement responsabilisés dans la préparation de leurs marchés.

### Des acheteurs responsabilisés dans la préparation de leurs marchés

Comme pour compenser la souplesse offerte aux acheteurs par l'article 4 du décret du 25 mars 2016 précité, les dispositions de l'article 5 de ce même décret instituent une nouvelle obligation à la charge des acheteurs pour éviter que la concurrence ne soit faussée du fait de la participation d'opérateurs économiques dans la préparation de leurs marchés.

L'article 5 du décret du 25 mars 2016 prévoit en ce sens 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 ». Et, l'alinéa suivant de ce même article ajoute que ce n'est que s'il ne peut être remédié à une situation de distorsion de concurrence entre plusieurs opérateurs économiques

[3] Article 40 relatif aux « Consultations préalables du marché » de la directive 2014/24/UE précitée et article 58 relatif aux « Consultations préalables du marché » de la directive 2014/25/UE précitée.

[4] CE 14 novembre 2014, SMARG, req. n° 373156.

[5] Guide pratique de l'achat public innovant, Conjuguer au présent l'innovation avec les politiques d'achat public, janvier 2014, ministère de l'Économie et des Finances.

[6] *La commande publique : une réforme au service de l'économie*, dossier de présentation, avril 2016, site du ministère de l'Économie, de l'Industrie et du Numérique.

par d'autres moyens que les acheteurs peuvent exclure de leurs procédures de passation, par le biais des interdictions facultatives de soumissionner<sup>(7)</sup>, un opérateur en particulier.

En liant ces deux exigences au sein de son article 5, le décret du 25 mars 2016 a le mérite de formaliser, dans le sens des jurisprudences tant européennes qu'internes<sup>(8)</sup>, une articulation entre deux principes fondamentaux de la commande publique : la liberté d'accès à la commande publique, d'une part, et l'égalité de traitement entre les candidats, d'autre part.

En ce sens, si le principe d'égalité de traitement entre les candidats impose aux acheteurs de prendre toutes mesures pour éviter les distorsions de concurrence pouvant résulter de l'accès de certains concurrents (ceux ayant été directement associés à la préparation du marché ainsi que les titulaires sortants ayant, de manière indirecte, eu accès à des informations essentielles concernant les prestations commandées par l'acheteur concerné) à des informations privilégiées, celui de la liberté d'accès à la commande publique leur assigne de ne pas systématiquement exclure un candidat ayant participé à la préparation de leurs marchés. Rappelons, en effet, qu'une telle exclusion n'est en principe justifiée que si, d'une part, le candidat concerné a effectivement retiré de sa participation au marché un avantage concurrentiel et si, d'autre part, la possibilité lui a été laissée de faire la preuve que, dans les circonstances de l'espèce, il n'en a rien été.

Le nouveau droit des marchés publics confie ainsi, aux acheteurs, une nouvelle responsabilité dans le cadre de la définition préalable de leurs besoins : celle de devoir préserver l'effectivité des principes d'égalité de traitement des candidats et de liberté d'accès à la commande publique en appréciant, au cas par cas, les mesures les plus proportionnées et justifiées permettant de garantir que les opérateurs économiques qui auraient, de manière directe ou indirecte participé à la préparation de leurs marchés, ne seront pas favorisés par rapport à leurs concurrents potentiels.

Par ailleurs, les acheteurs sont désormais tenus d'intégrer leurs préoccupations sociales, économiques et environnementales au sein de leurs marchés, ce qui implique de bien les identifier et de les formaliser au stade de la préparation de leurs marchés.

## La consécration d'outils permettant aux acheteurs de mieux prendre en compte des objectifs de développement durable dans leurs marchés

Exigence véritablement consacrée, sous l'impulsion du droit européen, dans la nouvelle réglementation en matière de marchés publics, la définition préalable des besoins doit désormais obligatoirement prendre en compte des « objectifs de développement durable dans leurs dimensions économique, sociale et environnementale ». Et, que ce soit au stade de la procédure de passation d'un marché ou bien à travers ses conditions d'exécution, ces objectifs peuvent être formalisés par le biais de spécifications techniques ou bien par référence à des labels.

### Le recours imposé à des spécifications techniques

Après avoir précisément identifié leurs besoins, les acheteurs doivent nécessairement les traduire dans le cadre de leurs documents contractuels. En ce sens, en application de l'article 31 de l'ordonnance du 23 juillet 2015, les prestations à réaliser sont définies par référence à des spécifications techniques, lesquelles déterminent les « caractéristiques requises des travaux, des services ou des fournitures qui font l'objet du marché ».

À cet égard, si le décret du 25 mars 2016 réaffirme, en grande partie, un certain nombre de principes qui étaient d'ores et déjà consacrés dans la précédente réglementation (s'agissant des modalités de formulation des spécifications techniques, de la possibilité de faire référence à une norme ou son équivalent, ou encore de l'impossibilité d'imposer notamment un mode ou un procédé de fabrication particulier ni même une marque), il consacre également désormais la faculté, pour les acheteurs, de définir les spécifications techniques en se référant non plus uniquement « au processus ou à la méthode spécifique de production ou de fourniture des travaux, des produits ou des services demandés » mais également « à un processus propre à un autre stade de leur cycle de vie même lorsque ces facteurs ne font pas partie de leur contenu matériel, à condition qu'ils soient liée à l'objet du marché et proportionnés à sa valeur et à ses objectifs ».

À travers cette faculté, les acheteurs pourront donc désormais définir et, par voie de conséquence, prendre en compte lors de l'examen des offres des soumissionnaires, outre le mode de fabrication ou de production propre aux travaux, fournitures ou services souhaités, celui relatif à un autre stade du cycle de vie des prestations attendues, ce qui s'inscrit pleinement dans l'objectif visant à faciliter l'intégration de considérations sociales et environnementales dans la commande publique.

Néanmoins, un tel dispositif n'est évidemment pas dénué de toute limite : l'article 6 du décret du 25 mars 2016 précise que les facteurs pouvant être pris en compte, par

(7) Ordonnance n° 2015-899, 23 juillet 2015, art. 48-3°.

(8) CJCE 3 mars 2005, *Fabricom SA*, aff. C-21/03 et C-34/03 et CE 24 juin 2011, *Ministre de l'Écologie, du Développement durable, des Transports et du Logement*, req. n° 347720. Voir également Rép. min. QE n° 26797 JO Sénat Q. 29 mars 2007, p. 677.

les acheteurs, au titre des différents stades du cycle de vie des travaux, produits ou services commandés doivent nécessairement être liés à l'objet du marché et proportionnés à sa valeur et à ses objectifs. Comme en matière de critères d'attribution des marchés<sup>[9]</sup>, il ne s'agit donc pas de définir des spécifications techniques selon des termes très généraux, sans lien avec l'objet du marché, qui pourraient aboutir au choix d'une offre non adaptée aux besoins de l'acheteur considéré.

Par ailleurs, pour prendre en compte des objectifs de développement durable au sein de leurs marchés, les acheteurs peuvent exiger, dans leurs procédures de passation et/ou dans leurs cahiers de charges, la production de labels particuliers.

### L'exigence de labels

Si la précédente réglementation permettait déjà aux acheteurs d'avoir recours à des éco-labels<sup>[10]</sup>, le décret du 25 mars 2016 consacre désormais un article spécifique aux labels appréhendés comme étant un « moyen permettant de prouver que les travaux, services ou fournitures correspond(ent) aux caractéristiques requises » par les acheteurs concernés.

Formellement, l'article 10 du décret du 25 mars 2016 définit les labels de manière particulièrement large puisqu'ils correspondent à « tout document, certificat ou attestation confirmant que les ouvrages, les produits, les services, les procédés ou les procédures concernés par la délivrance de ce label remplissent certaines exigences ».

[9] Décret n° 2016-360, 25 mars 2016, art. 62.

[10] CMP, art. 6 et article 3 du décret n° 2005-1742 du 30 décembre 2005 fixant les règles applicables aux marchés passés par les pouvoirs adjudicateurs mentionnés à l'article 3 de l'ordonnance n° 2005-649 du 6 juin 2005 relative aux marchés passés par certaines personnes publiques ou privées non soumises au code des marchés publics faisant référence à des éco-labels.

Néanmoins et comme en matière de spécifications techniques, l'article 10 du décret du 25 mars 2016 pose les garde-fous à la mise en œuvre d'un tel dispositif puisque, dans tous les cas, l'acheteur qui exige la production de labels doit respecter les conditions cumulatives suivantes : « 1° Les exigences en matière de label ne concernent que des critères qui sont liés à l'objet du marché public ou à ses conditions d'exécution et sont propres à définir les caractéristiques des travaux, fournitures ou services qui font l'objet du marché public ; 2° Les exigences en matière de label sont fondées sur des critères objectivement vérifiables et non-discriminatoires ; 3° Le label est établi par une procédure ouverte et transparente ; 4° Le label et ses spécifications détaillées sont accessibles à toute personne intéressée ; 5° Les exigences en matière de label sont fixées par un tiers sur lequel l'opérateur économique qui demande l'obtention du label ne peut exercer d'influence décisive ». Encore des précisions jurisprudentielles devront-elles être données pour valider les cas recours à des labels dans les marchés publics.

Rappelons, enfin, que la phase de définition préalable des besoins permet également, aux acheteurs, de définir le type de procédure de passation à mettre en œuvre, eu égard notamment à la valeur estimée de leurs besoins. À cet égard, si le décret du 25 mars 2016 n'apporte pas de réelles modifications quant aux modalités de calcul de la valeur estimée du besoin<sup>[11]</sup>, il institue toutefois, en application des dispositions de l'article 40 de l'ordonnance du 23 juillet 2015, une obligation, d'évaluation préalable du mode de réalisation du projet d'investissement concernant des projets d'envergure<sup>[12]</sup>.

[11] Décret n° 2016-360, 25 mars 2016, art. 20 à 23.

[12] L'obligation d'évaluation préalable concerne les marchés publics, autres que ceux de défense ou de sécurité, portant sur des investissements dont le montant hors taxe est égal ou supérieur à 100 millions d'euros.