

Expression des besoins et spécifications techniques

Afin d'identifier leurs besoins, les personnes publiques doivent recourir à des spécifications techniques. Cette étape est essentielle : en effet, une insuffisante définition des besoins est susceptible d'avoir des incidences juridiques à tous les stades de la formation et de l'exécution du contrat.

Récemment, le droit de la commande publique a été profondément réformé. En lieu et place des nombreux textes épars régissant les contrats de la commande publique, deux ordonnances – et leurs décrets d'application – ont été adoptées, l'une le 23 juillet 2015 pour les marchés publics au sens large, et l'autre le 29 janvier 2016 régissant les concessions, là aussi au sens large.

S'il était déjà nécessaire par le passé, pour les personnes publiques, d'identifier leurs besoins en recourant à des spécifications techniques, l'obligation demeure et a même été réaffirmée. Aussi, est-il envisagé d'analyser en quoi cette obligation est consacrée en matière de marchés publics et instaurée en matière de concessions, à la suite de quoi, il sera procédé à l'étude de la sanction d'une mauvaise définition des besoins par le juge administratif.

Le recours imposé à des spécifications techniques en vue d'identifier les besoins

Sur ce point, il convient d'analyser les corpus juridiques régissant ces deux typologies de contrats, les marchés publics et les concessions.

En matière de marchés publics

En la matière, il est acquis, qu'après avoir défini avec précision leurs besoins, les acheteurs doivent faire référence à des spécifications techniques, lesquelles permettent de déterminer les « caractéristiques requises des travaux, des services ou des fournitures qui font l'objet du marché⁽¹⁾ ».

Le décret d'application n° 2016-360 du 25 mars 2016 relatif aux marchés publics réaffirme un certain nombre de principes, comme par exemple la possibilité de faire référence à une norme ou son équivalent, ou encore l'impossibilité d'imposer un procédé de fabrication particulier ou une marque. Ce nouveau texte consacre désormais la faculté, pour les acheteurs, de définir les spécifica-

Auteur

Valérie de Sigoyer

Avocate à la Cour, Seban et Associés

Mots clés

Marchés publics • Délégations de service public • Concurrence
• Exécution • Passation • Spécifications techniques

(1) Article 31 de l'ordonnance n° 2015-899 du 31 juillet 2015.

tions techniques en se référant « 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 liés à l'objet du marché et proportionnés à sa valeur et à ses objectifs ».

Ainsi, les besoins ne sont-ils plus définis par le seul mode de fabrication ou de production propre aux travaux, fournitures ou services souhaités ; ils le sont aussi par rapport à un autre stade du cycle de vie des prestations attendues – ce qui permet d'intégrer les considérations sociales et environnementales dans la commande publique.

Il reste – comme cela est toujours le cas en matière de commande publique – que les acheteurs doivent veiller à ce que les facteurs qu'ils prennent en compte soient liés à l'objet du marché et proportionnés à sa valeur et à ses objectifs^[2].

Autrement dit, le recours à des spécifications techniques ne doit pas avoir pour effet de créer des discriminations entre les candidats et, ce faisant, de fausser la concurrence.

Il sera ajouté, à titre un peu artificiel il est vrai, qu'il est considéré que l'ajout de la mention « ou équivalent » neutralise tout effet anti-concurrentiel. En réalité, et lorsque les pièces du marché exigent des matériels et/ou marques précis, il paraît acquis que les opérateurs économiques – lorsqu'ils présentent des offres n'utilisant pas ces matériels et/ou marques précis – prennent un risque, consistant à voir leur offre écartée.

En matière de délégations de service public

Avant la réforme de la commande publique, les textes posaient des exigences minimalistes en matière de définition des besoins ; la réforme du droit des concessions a uniformisé la commande publique, en imposant que les besoins des autorités concédantes soient définis avec précision, par référence à des spécifications techniques et fonctionnelles.

Ainsi, l'article 27 de l'ordonnance n° 2016-65 du 29 janvier 2016 relative aux concessions a-t-il imposé une définition préalable des besoins en indiquant que « la nature et l'étendue des besoins à satisfaire sont déterminées avant le lancement de la consultation en prenant en compte des objectifs de développement durable dans ses dimensions économique, sociale et environnementale ». Et l'article 28 de l'ordonnance du 29 janvier 2016 ajoute que les prestations à réaliser « sont définies par référence à des spécifications techniques et fonctionnelles ».

L'article 2 du décret d'application n° 2016-86 du 1^{er} février 2016 relatif aux concessions définit les spécifications techniques et fonctionnelles, de la façon suivante : « I. – Les spécifications techniques et fonctionnelles définissent les caractéristiques requises des travaux ou des services. Ces caractéristiques peuvent se référer au processus spécifique de production ou d'exécution des travaux ou des services demandés, à condition qu'ils soient liés à l'objet du contrat de concession et proportionnés à sa valeur et à ses objectifs.

II. – Les spécifications techniques et fonctionnelles ne font pas référence à un mode ou procédé de fabrication particulier ou à une provenance ou origine déterminée ni référence à une marque, un brevet ou un type, dès lors qu'une telle mention ou référence aurait pour effet de favoriser ou d'éliminer certains opérateurs économiques ou certains produits.

Toutefois, une telle mention ou référence est possible si elle est justifiée par l'objet du contrat de concession ou, à titre exceptionnel, dans le cas où une description suffisamment précise et intelligible de l'objet du contrat de concession n'est pas possible sans elle et à la condition qu'elle soit accompagnée des termes : "ou équivalent".

III. – L'autorité concédante ne peut pas rejeter une offre au motif qu'elle n'est pas conforme aux spécifications techniques et fonctionnelles, si le soumissionnaire prouve dans son offre, par tout moyen approprié, que les solutions qu'il propose respectent de manière équivalente ces spécifications ».

Aussi, on le voit bien, la logique est la même qu'en matière de marchés publics : les besoins doivent être définis avec précision, par référence à des spécifications techniques – sans toutefois que cette référence puisse susciter une discrimination entre les candidats et avoir pour effet de fausser la concurrence. Une différence, néanmoins, par rapport au droit des marchés publics : le dispositif afférent aux marchés publics sur le cycle de vie n'a pas été intégré en droit des concessions, alors que le développement durable entre désormais dans la définition du besoin^[3].

De ce constat, il résulte que les besoins des personnes publiques – quel que soit l'*instrumentum* utilisé – doivent être définis avec précision. Et cette exigence n'est pas purement formelle, tant il est vrai que le juge administratif censure des procédures pour insuffisance dans la définition du besoin.

Les problématiques générées par une insuffisante définition du besoin

Une insuffisante définition du besoin est susceptible de susciter des difficultés juridiques, tant au stade de la passation qu'au stade de l'exécution contractuelle.

Au stade de la passation

L'annulation d'une procédure de passation d'un contrat public pour insuffisance de définition du besoin est plutôt rare. Il reste toutefois que le juge administratif a récemment annulé la procédure de passation d'un marché public, motif pris de ce que le pouvoir adjudicateur avait méconnu les obligations qui lui imposaient de définir précisément ses besoins. Ainsi, la procédure de consultation prévoyait-elle un dispositif, faisant mention des normes techniques et du matériel devant être utilisé. De ce point de vue, les besoins avaient été définis par référé-

[2] Article 6 du décret n° 2016-360 du 25 mars 2016.

[3] Article 15 de l'ordonnance n° 2016-65 du 29 janvier 2016.

rence à des spécifications techniques ; mais ces mentions ont été analysées comme étant insuffisantes, faute, pour le pouvoir adjudicateur, d'avoir imposé – s'agissant d'un marché de vidéosurveillance d'un musée – un nombre de caméras déterminées, et leur lieu d'implantation^[4].

Précédemment, le Conseil d'État avait jugé que l'absence de définition du besoin pouvait être considérée comme une absence d'objet^[5].

Inversement, il a été jugé^[6] qu'un procédé de fabrication particulier était justifié par l'objet du marché et répondait aux besoins de la personne publique, en tant qu'il ne pouvait être analysé comme méconnaissant les règles du Code des marchés publics et le principe d'égalité entre les candidats.

Autre arrêt intéressant : par un arrêt du 10 mai 2012, la CJUE a précisé comment les pouvoirs adjudicateurs pouvaient recourir aux spécifications détaillées d'un écolabel, mais non à un écolabel. Autrement dit, le pouvoir adjudicateur ne peut se borner à renvoyer vers un écolabel pour définir ses spécifications techniques ; en effet, les spécifications techniques doivent émaner d'un « document unique et officiel émanant du pouvoir adjudicateur lui-même », et les candidats potentiels ne peuvent être « soumis aux aléas d'une recherche d'informations et aux possibles variations dans le temps des critères afférents à un écolabel quelconque »^[7].

Précisément, s'agissant du niveau des spécifications techniques, le juge administratif a admis que le cahier des clauses techniques particulières d'un marché puisse imposer un certain niveau de « projecteurs de classe II ou similaires » en matière d'éclairage d'un stade, en surclassant les normes d'éclairage de la fédération sportive

(4) Précisément, la cour administrative d'appel de Douai a jugé que « ces mentions ne comportaient pas un encadrement suffisamment précis et complet permettant de connaître les attentes réelles de la collectivité publique, notamment quant au périmètre précis du musée qui devrait être soumis au dispositif de surveillance, aux critères justifiant l'installation de dispositifs de surveillance dans les salles ou à l'extérieur des bâtiments, au nombre, au moins minimal, de caméras à installer compte tenu de la valeur des œuvres, des biens ou de la vulnérabilité des personnes et des lieux, ou encore aux critères de contraintes techniques liées aux équipements de vidéosurveillance souhaités » : CAA Douai 17 janvier 2013, Commune d'Hazebrouck, req. n° 12DA00780.

(5) CE 29 décembre 1997, Département de Paris, req. n° 159693. Le Conseil d'État a jugé que : « (...) eu égard à l'imprécision de la description de l'objet du marché dans l'avis d'appel de candidatures, le département de Paris ne peut être regardé comme ayant satisfait aux obligations de publicité prévues par l'article 108 ter du code des marchés publics ; que, par suite, le marché a été conclu au terme d'une procédure irrégulière (...) ».

(6) CE 10 février 2016, Sté SMC2, req. n° 382148 : « (...) la commune de Bondy a fait le choix d'adopter une technologie alors novatrice de fixation des toiles de couverture permettant d'améliorer l'esthétique de l'ouvrage et d'éviter les contraintes de maintenance qu'imposait la méthode de fixation par cordes, drisses ou sandows et (...) les prescriptions en cause, motivées par ce choix, n'avaient pas pour objet de favoriser l'entreprise SMC2 (...) ».

(7) CJUE 10 mai 2012, Commission c/ Pays-Bas, aff. C-368/10.

– à la condition toutefois que de telles exigences n'aient pas pour but ou pour effet de réduire excessivement ou de rendre illusoire la concurrence. Tel n'était pas le cas en l'occurrence, dès lors que les spécifications techniques correspondaient aux références d'un fabricant, auprès duquel tous les candidats pouvaient librement s'approvisionner en matériel^[8].

Sur le sujet, la jurisprudence relative aux spécifications techniques dans les marchés publics porte le plus souvent sur les contraintes imposées par le pouvoir adjudicateur dans le recours à un procédé de fabrication ou dans le fait d'imposer une marque ou un produit déterminé, sans rapport avec l'objet du marché. Toutefois et récemment, la CJUE a statué sur une question intéressante, portant sur la légalité de spécifications techniques liées au lieu d'exécution d'un marché de services. En l'occurrence, le pouvoir adjudicateur avait imposé que le lieu d'exécution de la prestation soit exclusivement situé sur le territoire de la municipalité de Bilbao. Or, la CJUE a considéré que, si une implantation locale était justifiée par l'objet du marché, rien n'imposait inversement de limiter à une seule municipalité de cette zone le lieu d'exécution du marché^[9].

Afin d'apprécier la légalité des spécifications techniques, le juge administratif^[10] a procédé avant-dire droit à une mesure d'instruction en demandant un avis technique sur le fondement de l'article R. 625-1 du Code de justice administrative – ce qui l'a conduit, après reddition par le consultant de son avis, à considérer que les spécifications techniques avaient eu pour effet de restreindre illégalement la concurrence en portant atteinte au principe d'égalité entre les candidats.

Au stade de l'exécution

En réalité, l'annulation d'une procédure pour insuffisance du besoin reste exceptionnelle. Le contentieux de la définition du besoin constitue un contentieux de l'exécution.

En effet, c'est parce que les besoins ont été insuffisamment définis que des actions en responsabilité sont engagées, qu'il s'agisse de mettre en cause la responsabilité du maître de l'ouvrage, ou de son maître d'œuvre.

Conclusion

Quel que soit le contrat de la commande publique dont la passation est envisagée, les besoins du pouvoir adjudicateur doivent être définis avec précision. Et ils doivent l'être par rapport à des spécifications techniques sans qu'ils puissent avoir pour effet à la foi de susciter une discrimination entre les candidats et de fausser la concurrence.

La définition des besoins est d'autant plus importante qu'en cas d'insuffisance, elle est susceptible d'avoir des incidences tant au stade de la passation qu'en phase d'exécution. Vigilance, donc !

[8] CAA Marseille 12 novembre 2002, Ville de Draguignan, req. n° 99MA00140.

[9] CJUE 22 octobre 2015, Grupo Hospitalario Quiron SA, aff. C-552/13.

[10] CAA Versailles 6 mai 2014, M. C. , req. n° 11VE01594.