

Le calcul de la valeur estimée du besoin

REVUE CONTRATS PUBLICS - N° 249 - Janvier
2024

Dossier - Définition du besoin : outils et méthodes

Antonin Gras

Docteur en droit public

Avocat au barreau de Paris

Seban Avocats

Le calcul de la valeur estimée du besoin est une opération aussi courante que délicate, les textes demeurant concis et ouvrant ainsi la possibilité pour chaque acheteur ayant l'intention de conclure un marché public de disposer de méthodes (ou d'habitudes, bonnes ou mauvaises) propres plus ou moins formalisées. Cela étant, il convient d'en appeler à la vigilance des acheteurs et plus précisément à la nécessaire anticipation de leurs besoins et de la manière d'y répondre de manière opérationnelle.

Indiquons d'abord l'intérêt de ce calcul : il s'agit avant tout de déterminer, en fonction de certains seuils de montants, le niveau de publicité ainsi que la procédure de mise en concurrence applicable (absence de procédure, procédure adaptée, procédure formalisée). En effet, il sera rappelé que le Code de la commande publique, à la manière d'un manuel de l'acheteur, consacre, dans le cadre d'un titre II relatif au choix de la procédure de passation, un chapitre I relatif au calcul de la valeur estimée du besoin puis des chapitres consacrés aux différentes procédures de passation des marchés publics.

Mais, avant de procéder au calcul, l'article L. 2111-1 du Code de la commande publique indique que la « nature et l'étendue des besoins à satisfaire sont déterminées avec précision avant le lancement de la consultation en prenant en compte des objectifs de développement durable dans leurs dimensions économique, sociale et environnementale ».

Après la définition du besoin et la rédaction des clauses contractuelles, le calcul de la valeur estimée du marché est donc une étape indispensable avant la poursuite de la passation du marché dans sa phase « officielle » (publication d'un avis ou sollicitation d'opérateurs économiques) et qui permettra, après détermination de la procédure applicable, d'écarter certains spectres liés au choix de la mauvaise procédure de passation du marché (recours d'un tiers contre la procédure ou contre le contrat, procédure pénale visant à établir l'existence d'un délit de favoritisme, rapport d'observations d'une chambre régionale des comptes...).

En exagérant à peine, l'estimation de la valeur des besoins de l'acheteur « est la clé de voûte qui fait tenir debout l'ensemble du droit de la commande publique » ⁽¹⁾. Une anticipation des besoins et un pilotage de la commande publique de l'acheteur sont ainsi une nécessité pour la bonne utilisation des deniers publics et l'éloignement de certains risques.

Les règles de calcul de la valeur estimée du besoin communes à tous les marchés

L'article R. 2121-1 du Code de la commande publique dispose que l'« acheteur procède au calcul de la valeur estimée du besoin sur la base du montant total hors taxes du ou des marchés envisagés. Il tient compte des options, des reconductions ainsi que de l'ensemble des lots et, le cas échéant, des primes prévues au profit des candidats ou soumissionnaires ». Par conséquent, lorsqu'une opération comporte plusieurs lots ou plusieurs marchés, il convient de tous les additionner pour déterminer la procédure applicable en fonction du seuil atteint par le montant total ⁽²⁾.

Il est interdit à l'acheteur de se soustraire à l'application des règles propres à la passation des marchés publics en scindant (« saucissonnant ») son besoin ou en utilisant des modalités de calcul de la valeur estimée du besoin autres que celles prévues par le Code de la commande publique, en vue de diminuer artificiellement le montant du marché ⁽³⁾. En effet, « saucissonner » consiste à « découper artificiellement des besoins, qui auraient dû être regroupés, dans le but de recourir à des procédures de passation moins contraignantes. Cette « pratique » est dangereuse » ⁽⁴⁾ car elle fait courir un risque pénal à l'acheteur.

En vertu des règles de calcul, l'autorité compétente doit procéder à une « estimation sincère et raisonnable » ⁽⁵⁾ du montant du marché, compte tenu des éléments disponibles, pour ne pas choisir un mode de passation qui serait contraire aux prescriptions du code.

Cela étant, les règles de calcul de la valeur estimée du besoin varient selon qu'il s'agisse de besoins de travaux ou de besoins de fournitures et de services.

Les règles de calcul de la valeur estimée du besoin applicables aux marchés de travaux

Il convient, bien entendu, de distinguer les marchés publics de travaux car les seuils qui leur sont applicables ne sont pas les mêmes que ceux applicables aux marchés de fournitures et de services. Les modalités de calcul de la valeur estimée du besoin diffèrent également.

Les règles propres aux marchés publics de travaux sont prévues par l'article R. 2121-5 du Code de la commande publique selon lequel « la valeur estimée du besoin est déterminée, quel que soit le nombre d'opérateurs économiques auquel il est fait appel et le nombre de marchés à passer, en prenant en compte la valeur totale des travaux se rapportant à une opération ainsi que la valeur totale estimée des fournitures et des services mis à la disposition du titulaire par l'acheteur lorsqu'ils sont nécessaires à l'exécution des travaux. Il y a opération de travaux lorsque l'acheteur prend la décision de mettre en œuvre, dans une période de temps et un périmètre limité, un ensemble de travaux caractérisé par son unité fonctionnelle, technique ou économique ».

C'est donc le critère d'« opération de travaux » qui fait office de référence pour le calcul de la valeur estimée du besoin de travaux. Pour la notion de travaux, il convient de s'en référer à la définition de l'article L. 1111-2 du Code de la commande publique (exécution, soit conception et exécution de travaux dont la liste figure en annexe 1 du code ; réalisation, soit conception et réalisation d'un ouvrage). Pour la notion d'opération, il s'agit de travaux à exécuter dans une même période de temps et sur une zone géographique donnée. Si, pour les différents travaux concourant à réalisation d'un ou plusieurs ouvrages, l'opération de travaux semble aisément identifiable, elle s'applique aussi à des

prestations identiques réalisées sur des sites différents mais dans des zones géographiques proches.

Par exemple, deux marchés publics conclus par un syndicat intercommunal portant, pour l'un, sur des travaux d'étanchéité des cuves de deux châteaux situés sur son territoire et, pour l'autre, sur des travaux de peinture de ces mêmes châteaux d'eau, ces travaux étant réalisés à des dates rapprochées et ayant pour objet d'assurer la réfection et le fonctionnement des mêmes ouvrages, sont relatifs à une même opération [\(6\)](#). Dans une telle situation, il conviendrait de conclure un marché de réfection et de l'allotir.

Dans tous les cas, les acheteurs doivent être vigilants à bien identifier et anticiper, en amont de la procédure de passation, les contours de leur opération de travaux.

Les règles de calcul de la valeur estimée du besoin applicables aux marchés publics de fournitures et de services

La détermination de l'homogénéité du besoin en vue du calcul

S'agissant du périmètre des prestations à prendre en compte pour répondre au besoin de l'acheteur, le dispositif de calcul des seuils pour les marchés de fourniture ou de services est précisé par l'article R. 2121-6 du Code de la commande publique, qui dispose que « la valeur estimée du besoin est déterminée, quel que soit le nombre d'opérateurs économiques auquel il est fait appel et le nombre de marchés à passer, en prenant en compte la valeur totale des fournitures ou des services qui peuvent être considérés comme homogènes soit en raison de leurs caractéristiques propres, soit parce qu'ils constituent une unité fonctionnelle ». Il résulte de ces dispositions que la notion d'homogénéité est centrale dans la computation des seuils en matière de fournitures et de services, et « il convient de raisonner par nature de prestations de services ou de fournitures et non par fournisseur ou prestataire de services » [\(7\)](#).

Ce faisant, le caractère homogène des services se rattache, de façon alternative, aux « caractéristiques propres » des services en question ou à une « unité fonctionnelle ».

La Direction des affaires juridiques des ministères économiques et financiers (DAJ) indique que l'homogénéité des besoins « peut varier d'un acheteur à l'autre et qu'il lui appartient d'apprécier en fonction des caractéristiques des activités qui lui sont propres et de la cohérence de son action », mais également que « le choix entre les deux formules [c'est-à-dire les deux critères alternatifs de l'homogénéité que sont les caractéristiques propres et l'unité fonctionnelle] ne doit, en aucun cas, être effectué pour permettre de soustraire les marchés aux règles de procédure fixées par le code » [\(8\)](#). Le choix doit donc être réalisé de manière précoce, au moment de déterminer la nature et l'étendue des besoins de services et de fournitures de l'acheteur, selon une appréciation subjective de la pertinence du recours à l'une ou à l'autre des méthodes. Il est conseillé de garder en mémoire les motifs qui ont justifié le choix pour pouvoir, au besoin, en faire état.

Le critère des « caractéristiques propres »

La notion de « caractéristiques propres » n'est pas définie par les textes. Cependant, elle a pu être abordée par certaines sources juridiques.

Premièrement, une réponse ministérielle du 17 novembre 2009 définit cette notion par renvoi aux « similarités intrinsèques » des services ou fournitures considérés, étant précisé « que la notion de similarité peut ne pas avoir la même signification d'un acheteur public à un autre, eu égard à leur activité propre » [\(9\)](#). Cette réponse ministérielle indique surtout que « pour déterminer si les prestations de services présentent des caractéristiques propres similaires, le pouvoir adjudicateur doit se fonder sur les aspects techniques des prestations suivant une logique de métiers » [\(10\)](#). Les différents services homogènes peuvent être distingués, selon le critère des caractéristiques propres, en fonction notamment de leur finalité, de la profession impliquée ou du secteur d'activité concerné [\(11\)](#).

À titre d'exemple, la cour administrative d'appel de Lyon a pu retenir que relèvent d'une catégorie homogène de services deux marchés ayant pour objets respectifs l'optimisation des coûts sociaux et l'optimisation de la gestion domaniale d'une commune, dès lors que ces marchés visent à optimiser les ressources et les dépenses de la collectivité après avoir procédé à un audit et à une étude juridique [\(12\)](#).

Deuxièmement, et eu égard à la définition des « caractéristiques propres », il est possible de raisonner par référence à l'ancienne nomenclature annexée au Code des marchés publics ou à la nomenclature du règlement n° 2195/02/CE relatif au vocabulaire commun pour les marchés publics (dit CPV, pour *Common Procurement Vocabulary*) [\(13\)](#). La nomenclature CPV constitue ainsi une source d'inspiration dans la mesure où elle fournit une liste détaillée de prestations. D'ailleurs, les acheteurs « peuvent élaborer une classification propre de leurs achats, selon une typologie cohérente avec leur activité » en vue d'apprécier l'homogénéité de leurs besoins en fonction des caractéristiques propres de la prestation [\(14\)](#). Il pourrait donc apparaître opportun de mettre au point une telle nomenclature interne [\(15\)](#). De manière générale, il appartient aux acheteurs d'anticiper leurs besoins et de mettre en place un pilotage de leur commande publique, ce qui peut notamment s'illustrer par l'adoption d'une nomenclature propre et d'un guide interne de la commande publique.

Le critère de « l'unité fonctionnelle »

De même que pour le critère des « caractéristiques propres », aucun texte ne définit celui de l'« unité fonctionnelle ». Elle se présente toutefois comme plus complexe à cerner [\(16\)](#) et les seules sources juridiques permettant de l'interpréter sont parfois anciennes.

L'approche fonctionnelle de la computation des seuils dans le cadre des marchés de services a été précisée en 2012 par la Cour de justice de l'Union européenne, selon laquelle « afin d'apprécier si des services dont la prestation [...] a été effectuée en différentes phases distinctes doivent être considérés comme formant un marché unique, il convient de vérifier le caractère unitaire de leur fonction économique et technique » [\(17\)](#). Dans cette affaire, le marché litigieux était un marché de services d'architecture, attribué par un seul acheteur, concernant un projet global de rénovation d'un bâtiment public, dont la réalisation a été divisée en différentes phases pour des raisons budgétaires. Des contrats séparés avaient ainsi été conclus, pour chaque phase d'exécution du projet, entre l'acheteur et le bureau d'architecture choisi. Néanmoins selon la Cour, pour tous ces contrats, il « s'agissait toujours de prestations typiques d'architecte ayant le même contenu, à savoir, en substance, la conception et la planification des travaux à effectuer ainsi que la supervision de leur exécution, et portant sur la réalisation d'un projet unique [...]. Par conséquent, ces prestations présentaient une cohérence interne d'un point de vue économique et technique ainsi qu'une continuité fonctionnelle, cohérence et continuité qui ne sauraient être considérées comme rompues en raison du fait que lesdites prestations ont été divisées en différentes phases, suivant le rythme d'exécution des travaux auxquels elles se rapportaient » [\(18\)](#). Le juge européen considère donc que des prestations, pour constituer une « unité fonctionnelle », doivent présenter une cohérence interne d'un point de vue économique et technique ainsi qu'une continuité fonctionnelle.

La réponse ministérielle du 17 novembre 2009 apporte par ailleurs des éléments de définition. Ainsi, il est indiqué que la notion d'unité fonctionnelle « peut être relevée lorsque les services considérés participent de la même finalité ou concourent à un même objet (ex : la construction d'un ouvrage) » [\(19\)](#). En outre, la DAJ indique sur ce point que l'acheteur peut prendre comme référence l'unité fonctionnelle lorsque le besoin concourt à un même projet [\(20\)](#), cette notion s'appréciant au « au cas par cas, en fonction des prestations attendues » et supposant « une pluralité de services ou de fournitures concourant à un même objet. Dans cette hypothèse, l'ensemble des prestations nécessaires à l'élaboration d'un projet et faisant partie d'un ensemble cohérent est à prendre en compte de manière globale » [\(21\)](#).

Pour autant, il a été jugé que, eu égard à leur objet, des études préliminaires destinées à déterminer la faisabilité d'un projet de réalisation de réseau d'assainissement ne constituent pas des prestations homogènes avec les missions de la maîtrise d'œuvre, en l'absence d'unité fonctionnelle [\(22\)](#). L'unité fonctionnelle pourrait donc trouver des limites dans l'existence de métiers différents. Le critère n'est, ce faisant, pas facile à manier.

La prise en compte de la durée du besoin dans le calcul

On notera que la question de la durée du besoin de services se pose, certes, s'agissant de besoins ponctuels mais elle est alors liée à la durée du projet (événement en particulier, construction d'un ouvrage, etc.). S'agissant en revanche d'un besoin régulier, la question de la durée se pose en des termes particuliers, l'article R. 2121-7 du Code de la commande publique prévoyant, en effet, que « la valeur estimée du besoin est déterminée sur la base : 1° Soit du montant hors taxes des prestations exécutées au cours des douze mois précédents ou de l'exercice budgétaire précédent, en tenant compte des évolutions du besoin susceptibles d'intervenir au cours des douze mois qui suivent la conclusion du marché ; / 2° Soit de la valeur estimée des prestations qui seront exécutées au cours des douze mois ou de l'exercice budgétaire qui suit la conclusion du marché ».

Ainsi, il pourra être prévu de conclure un contrat de plusieurs années pour répondre à un besoin régulier, en prenant en référence le montant annuel des prestations répondant à ce besoin. À titre d'exemple, le besoin sur trois années de prestations juridiques pour une collectivité peut être évalué de la manière suivante :

$$3 \times \text{montant HT des prestations exécutées au cours des 12 mois précédents}$$

Dans le cas d'un accord-cadre, la valeur estimée du besoin est déterminée en prenant en compte la valeur maximale estimée de l'ensemble des marchés à passer ou des bons de commande à émettre pendant la durée totale de l'accord-cadre [\(23\)](#), dans une durée limitée en principe à quatre ans pour les pouvoirs adjudicateurs et huit ans pour les entités adjudicatrices [\(24\)](#).

La durée du marché ou de l'accord-cadre peut cependant être limitée à un an, le maximum de quatre ans pour les accords-cadres ne devant pas être obligatoirement atteint. Ainsi, la DAJ retient qu'« il est possible de passer des marchés à bons de commande pour une durée inférieure à quatre ans, notamment en cas de forte volatilité des prix. En particulier, il est possible de limiter à un an la durée d'un marché à bons de commande portant sur des fournitures ou des services destinés à répondre à un besoin régulier, ce qui permet de ne prendre en compte que les besoins d'une année, dans le calcul de la valeur totale estimée du besoin » [\(25\)](#).

Toutefois, le besoin ne peut être évalué en tenant compte d'une période inférieure à un an, ce fractionnement excessif étant irrégulier. Dès lors et *a contrario*, on pourrait soutenir que le besoin doit, *a minima*, être estimé sur une période d'un an. On peut toutefois s'interroger sur les risques liés à la pratique du recours systématique à des marchés d'un an, et plus précisément qu'il soit considéré que l'acheteur se livre à une scission artificielle de son besoin dans la durée pour échapper à ses obligations de mise en concurrence du moins, par exemple, lorsque les montants annuels sont inférieurs au seuil de procédure adaptée de 40 000 euros HT [\(26\)](#). En tout état de cause, le Code de la commande publique interdit à l'acheteur de recourir systématiquement au même opérateur. Ainsi, le risque de fractionnement irrégulier pourrait se trouver augmenté si l'acheteur reconduisait systématiquement les marchés sans jamais changer de prestataire ou à tout le moins sans jamais adresser des lettres de consultation tous les ans.

Et on relèvera qu'une chambre régionale des comptes a récemment critiqué un acheteur public (un office public de l'habitat), retenant que le pilotage de la commande publique devait être amélioré : « L'office ne dispose pas [...] d'un suivi financier global des marchés et ne s'est pas non plus doté d'une politique d'achat. La chambre rappelle que la formalisation d'une politique d'achat consiste, indépendamment de la sécurisation des procédures, à identifier des priorités en termes d'achat, avec des objectifs de performance économique, de qualité des prestations et de développement durable. La cartographie des risques, élaborée en 2018, a identifié des actions d'amélioration pour le processus d'achat avec le constat, notamment, d'une absence de demande de devis par certains services pour les achats en dessous de 40 000 €. Cependant, l'office n'a pas mis en place de mesures de contrôle interne en matière de commande publique. La chambre invite l'office à se doter d'un outil de pilotage permettant de centraliser les informations relatives aux mises en concurrence réalisées par l'office, à mettre en place des mesures de contrôle interne et à définir une stratégie en matière d'achat » [\(27\)](#). En pratique, pour le calcul de la valeur estimée des besoins et plus encore en matière de besoins réguliers, le respect des règles de la commande publique impose aux acheteurs de mettre en œuvre un pilotage de leur commande publique qui permet, d'une part, d'anticiper les besoins et d'établir les procédures adéquates et, d'autre part, de contrôler la bonne application des règles mises en place dans ce cadre.

- 1) G. de la Taille, concl. sur CAA Bordeaux 30 juin 2014, req. n° 12BX02465.
- 2) O. Guezou, *Droit des marchés publics*, 2019, tome 1, Le Moniteur, § III.204.1.
- 3) CCP, art. R. 2121-4.
- 4) O. Didriche, « Chapitre 2 (folio n° 3014) – Marchés publics : choix de la procédure », *Encyclopédie des collectivités locales*, Dalloz, § 19.
- 5) CE 14 mars 1997, Préfet des Pyrénées-Orientales, req. n° 170319.
- 6) CE 8 février 1999, Syndicat intercommunal des eaux de la Gâtine, req. n° 156333.
- 7) S. Braconnier, *Précis du droit de la commande publique*, 7^e édition, Le Moniteur, 2021, p. 315.
- 8) DAJ, « La définition des besoins », Fiche à jour du 1^{er} avril 2019, p. 13.
- 9) Rép. min. n° 56136 et 57200, JOAN 17 novembre 2009, p. 10909.
- 10) *Ibidem*.
- 11) F. Linditch, *Pratique des Marchés publics dans les Collectivités territoriales*, Fasc. 10 : Seuils de mise en concurrence, 2018, point 38.

- 12) CAA Lyon 15 mai 2014, Préfet de la Côte d'Or, req. n° 13LY01309.
- 13) Règlement (CE) n° 2195/2002 du Parlement européen et du Conseil du 5 novembre 2002 relatif au vocabulaire commun pour les marchés publics (CPV), modifié par le règlement n° 213/2008 du 28 novembre 2007.
- 14) DAJ, « Guide des bonnes pratiques en matière de marchés publics », Édition mise à jour du 13 avril 2015, p. 37.
- 15) *Code de la commande publique, commenté et annoté*, 2019, Le Moniteur, tome 1, MP1. 210.
- 16) F. Linditch, « Avant-projet de réforme du Code des marchés publics : ce qui devrait changer en matière de seuils », *JCP A* 2005, 1309.
- 17) CJUE 15 mars 2012, Commission c/ RFA, aff. C-574/10.
- 18) *Ibidem*.
- 19) Rép. min. n° 56136 et 57200, *JOAN* 17 novembre 2009, p. 10909.
- 20) Fiche technique « La définition des besoins », 1^{er} avril 2019, p. 14.
- 21) *Ibidem*.
- 22) CAA Bordeaux 30 juin 2014, req. n° 12BX02465.
- 23) CCP, art. R. 2121-8.
- 24) CCP, art. L. 2125-1.
- 25) DAJ, « Guide de bonnes pratiques en matière de marchés publics », à jour du 13 avril 2015, p. 31.
- 26) CCP, art. R. 2122-8.
- 27) CRC Auvergne-Rhône-Alpes, « Office public de l'habitat de l'Ain « Dynacité » (Département de l'Ain) Exercices 2016 et suivants », 30 mai 2023, p. 60 et s.