

FICHE

La définition du besoin

La définition du besoin est la clef d'un achat réussi

L'obligation de définir précisément la nature et l'étendue des besoins, posée à l'article 30 de l'ordonnance n° 2015-899, est un moyen de respecter à la fois les grands principes et les objectifs de la commande publique, énoncés à l'article 1^{er} de cette ordonnance et dont la valeur constitutionnelle avait été affirmée par le Conseil constitutionnel dans sa décision n° 2003-473 DC du 26 juin 2003.

Une bonne évaluation des besoins et, par suite, une définition très précise de ceux-ci dans les documents de la consultation sont, avant d'être une exigence juridique, une condition pratique impérative pour que l'achat soit effectué dans les meilleures conditions.

La description précise du besoin est une condition pour que les soumissionnaires puissent avoir une bonne compréhension de l'objet et des caractéristiques du projet de marché public et qu'ils puissent faire des offres précises et le mieux à même de satisfaire le besoin de l'acheteur, tout autant qu'elle garantit la transparence et l'égalité de traitement entre candidats.

Elle conditionne aussi la bonne exécution du contrat par le titulaire. Elle est, en ce sens, la clef d'un achat réussi.

A titre d'exemples, l'objet du marché public ne saurait se réduire à la seule mention de « Prestations informatiques » lorsqu'il s'agit de prestations de tierce maintenance applicative d'un programme donné, ou de « Prestations de services juridiques » lorsqu'il s'agit d'un marché de représentation en justice.

Une définition précise des besoins par l'acheteur permet notamment de procéder à une estimation fiable du montant du marché public. Or, le choix de la procédure à mettre en œuvre est déterminé en fonction du montant et des caractéristiques des prestations à réaliser. C'est pourquoi il apparaît indispensable de procéder, en amont, à une définition précise du besoin. De cette phase préalable essentielle dépendent le choix de la procédure et la réussite ultérieure du marché public.

L'ensemble des éléments constitutifs du besoin de l'acheteur doit apparaître dans les documents de la consultation. Aussi, eu égard aux grands principes de la commande publique¹, les éléments n'y figurant pas ne pourront, par suite, y être intégrés sans remettre en cause les conditions initiales de jeu de la concurrence.

D'un point de vue juridique, 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](#).

Ont été, par exemple, considérés comme des manquements à la définition des besoins : la sous-estimation des quantités du marché public², le renvoi de la définition de certains besoins à un dispositif ultérieur³, la possibilité pour les candidats de proposer des « services annexes » non définis⁴.

¹ Les marchés publics soumis à l'ordonnance n° 2015-899 respectent les principes de liberté d'accès à la commande publique, d'égalité d'accès des candidats et de transparence des procédures.

Ces principes permettent d'assurer l'efficacité de la commande publique et la bonne utilisation des deniers publics.

² [CE, 29 juillet 1998, Commune de Léognan, n° 190452](#).

³ [CE, 8 août 2008, Région Bourgogne, n° 307143](#).

Par « besoins » du pouvoir adjudicateur, on entend, non seulement, les besoins liés à son fonctionnement propre (ex : des achats de fournitures de bureaux, d'ordinateurs pour ses agents, de prestations d'assurance pour ses locaux, etc.) mais également les besoins liés à son activité d'intérêt général et qui le conduisent à fournir des prestations à des tiers (ex : marchés publics de formation et d'insertion, marchés publics de transport scolaire, etc.).

Pour être efficace, l'expression des besoins impose :

- l'analyse des besoins fonctionnels des services sur la base, par exemple, d'états de consommation ;
- la connaissance, aussi approfondie que possible, des marchés fournisseurs, qui peut s'appuyer par exemple, sur la participation de l'acheteur à des salons professionnels ou sur la documentation technique ou sur l'organisation d'un sourcing ;
- la distinction, y compris au sein d'une même catégorie de biens ou d'équipements, entre achats standards et achats spécifiques ;
- le plus souvent, l'adoption d'une démarche en coût global prenant en compte, non seulement le prix à l'achat, mais aussi les coûts de fonctionnement et de maintenance associés à l'usage du bien ou de l'équipement acheté, voire des coûts liés à son élimination ou à son recyclage.

1. Comment l'acheteur doit-il déterminer ses besoins ?

L'acheteur doit traduire le besoin dans un document contractuel, en principe, le cahier des clauses techniques particulières (CCTP). Les opérateurs économiques sont tenus de remettre une offre conforme à ce cahier des charges. Quel que soit le type de procédure, les besoins doivent être définis avec précision. En procédure adaptée, cette obligation peut être satisfaite, en pratique, par la rédaction d'un descriptif qui, le cas échéant, pourra être succinct. En tout état de cause, l'acheteur doit communiquer aux candidats toutes les informations utiles dont il dispose.

1.1. Les besoins doivent être déterminés par référence à des spécifications techniques

L'acheteur doit, sauf exceptions⁴, définir ses besoins en recourant à des spécifications précises qui ont pour objet de décrire les prestations faisant l'objet du marché public. A cet égard, une offre d'un candidat qui ne respecterait pas une spécification technique devra être rejetée par le pouvoir adjudicateur en tant qu'elle constitue une offre irrégulière au sens de l'article 59 du décret n° 2016-360⁵ et de l'article 56 du décret n° 2016-361.

Usuellement, les spécifications sont les prescriptions techniques qui décrivent les caractéristiques d'un produit, d'un ouvrage ou d'un service. Elles peuvent également se référer au processus ou à la méthode spécifique de production ou à une caractéristique du cycle de vie. En tout état de cause, ces spécifications techniques doivent être liées à l'objet du marché public et proportionnées à sa valeur et à ses objectifs⁷.

L'acheteur peut :

- se référer à des normes (ou à d'autres documents préétablis), approuvés par des organismes reconnus, notamment par des instances professionnelles en concertation avec les autorités publiques nationales ou européennes. Il s'agit d'une évaluation technique européenne, d'une spécification technique commune ou d'un référentiel technique. [L'avis du 27 mars 2016 relatif à la nature et au contenu des spécifications techniques dans les marchés publics](#) définit ces termes. Dans ce cas, l'attention de l'acheteur est attirée sur le fait que le [II](#)

⁴ CE, 15 décembre 2008, Communauté urbaine de Dunkerque, n° 310380.

⁵ Article 29 du décret n°2016-360 relatif aux marchés publics de services juridiques de représentation.

⁶ CE, 19 octobre 2016, Département de la Haute-Garonne, n° 401035.

⁷ Article 6 du décret n° 2016-360 et article 4 du décret n° 2016-361 transposant l'article 42 de la directive 2014/24/UE sur la passation des marchés publics et l'article 60 de la directive 2014/25/UE relative à la passation de marchés par des entités opérant dans les secteurs de l'eau, l'énergie, des transports et des services postaux.

[de l'article 6 du décret n° 2016-360](#) et le [II de l'article 4 du décret n° 2016-361](#) imposent un ordre de priorité entre ces différentes normes ou documents équivalents ;

- exprimer les spécifications techniques, en termes de performance à atteindre ou d'exigences fonctionnelles. Par exemple, pour un marché de vêtements de pompier, le pouvoir adjudicateur peut exiger, au titre des spécifications techniques, un tissu résistant au minimum à tel degré de chaleur ou de pression d'eau chaude, avec des renforts ou un poids maximal identifiés.

L'acheteur a la possibilité de combiner les deux catégories de spécifications techniques. Ainsi, pour un même produit, service ou type de travaux, il peut faire référence à des normes pour certaines caractéristiques et à des performances ou exigences fonctionnelles pour d'autres caractéristiques.

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.

Pour les mêmes raisons, les spécifications techniques ne peuvent mentionner une marque, un brevet ou un type qui auraient pour objet ou pour effet de favoriser ou d'écarter certains produits ou services. L'acheteur peut toutefois y recourir à titre exceptionnel, lorsqu'il lui est impossible de déterminer autrement, une description technique précise de l'objet du marché et à la condition expresse que ces références soient accompagnées de la mention « ou équivalent »⁸. Dans un tel cas, le juge examine si la spécification technique en cause a ou non pour effet de favoriser ou éliminer certains opérateurs économiques puis, dans l'hypothèse d'une atteinte à la concurrence éventuelle, si cette spécification est justifiée par l'objet du marché public⁹ ou, si tel n'est pas le cas, si une description suffisamment précise et intelligible de l'objet du marché n'est pas possible sans cette indication¹⁰.

Dans tous les développements qui suivent, sont traités des aspects spécifiques liés au développement durable. A cet égard, des guides et des fiches techniques spécialement dédiés au développement durable sont disponibles sur le site internet de la direction des affaires juridiques.

1.2. L'acheteur doit prendre en compte les préoccupations de développement durable dans la définition de ses besoins, dans le respect des principes généraux de la commande publique

L'article 30 de l'ordonnance n°2015-899 impose à l'acheteur, lorsqu'il détermine la nature et l'étendue de ses besoins, de prendre en compte des objectifs de développement durable. Le développement durable peut être défini comme un développement qui répond aux besoins du présent sans compromettre la capacité des générations futures à répondre aux leurs¹¹. La prise en compte de ces objectifs dans la définition des besoins est, pour l'acheteur, une obligation de moyen¹² : l'acheteur peut déroger à cette obligation, s'il est en mesure de justifier de son impossibilité à prendre en compte de tels objectifs.

Cette obligation peut être satisfaite par la prise en compte de labels ou de normes écologiques ou par l'insertion de clauses d'exécution, etc. Elle n'impose pas de retenir un critère d'attribution écologique¹³.

Cette obligation, applicable à l'ensemble des acheteurs, transpose les obligations prévues par la directive du Parlement européen et du Conseil concernant l'indication, par voie d'étiquetage et d'informations uniformes relatives aux produits, de la consommation en énergie et autres ressources des produits liés à l'énergie, qui impose à certains acheteurs de tenir compte, au-dessus des seuils de procédures formalisées, de la performance énergétique des produits qu'ils acquièrent¹⁴.

⁸ CJCE, 24 janvier 1995, Commission c/Pays-Bas, aff. C-359/93 ; CE, 11 septembre 2006, Commune de Sarran c/ société Gallaud, n° 257545.

⁹ S'agissant de l'appréciation du caractère justifié par l'objet du marché, voir CE, 18 décembre 2012, Département de la Guadeloupe, n° 362532 ; CE, 10 février 2016, Sociétés SMC2, n° 382148.

¹⁰ CE, 30 septembre 2011, Région Picardie, n° 350431.

¹¹ Définition issue du rapport Brundtland de 1987.

¹² CE, 23 novembre 2011, Communauté urbaine de Nice-Côte d'Azur, n° 351570 et Rép. Min. n° 25167, B.Piras : JO Sénat Q 9 novembre 2006.

¹³ CE, 23 novembre 2011, Communauté urbaine de Nice-Côte d'Azur, préc.

¹⁴ L'article 9 de la directive 2010/30/UE du 19 mai 2010 prévoit que « lorsqu'un produit est régi par un acte délégué, les pouvoir adjudicateurs qui passent des marchés publics de travaux, de fournitures ou de services conformément à la directive

Ces exigences de développement durable peuvent être appréhendées par référence à des spécifications techniques¹⁵ ou des labels¹⁶, sous réserve de respecter les dispositions relatives à leur utilisation.

1.2.1. Les préoccupations environnementales

Les préoccupations environnementales peuvent être intégrées dans le processus d'achat à différentes étapes : lors de la définition et de l'expression du besoin, lors de la présentation des candidatures, lors de la présentation des offres ou au stade de l'exécution du marché public.

- S'agissant de la phase de définition et d'expression du besoin, les exigences environnementales peuvent être prises en compte via des spécifications techniques, les labels ou les écolabels attribués par des organismes indépendants.

Les labels s'entendent comme 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 exigences¹⁷. Les écolabels quant à eux sont des déclarations de conformité des prestations labellisées à des critères préétablis d'usage et de qualité écologique, qui tiennent compte du cycle de vie et des impacts environnementaux des produits et qui sont établis par les pouvoirs publics en concertation avec les parties intéressées, tels que les distributeurs industriels, les associations de consommateurs et de protection de l'environnement. Par ces outils, l'acheteur peut ainsi poser des exigences particulières en termes de consommation d'énergie des produits qu'il achète.

Le recours aux labels, y compris aux écolabels, est soumis à des conditions précises, fixées [par l'article 10 du décret n° 2016-360](#)¹⁸ :

- les exigences en matière de label doivent être liées à l'objet du marché public ou à ses conditions d'exécution et être propres à définir les caractéristiques des travaux, fournitures ou services correspondant qui font l'objet du marché public ;

A cet égard, la référence à des spécifications du label excédant l'objet du marché public ou ses conditions d'exécution, pourrait être contestée par toute personne ayant un intérêt à conclure le contrat au motif qu'elle constitue une restriction injustifiée à l'accès des opérateurs économiques audit marché public¹⁹.

De même, un acheteur ne peut exiger un label qui serait attribué sur la base de considérations insusceptibles d'être prises en compte car dépourvues de tout lien avec l'objet du marché public ou ses conditions d'exécution (ex : niveau de salaire versé aux employés, mise à disposition d'écoles pour les enfants des salariés, etc.)

Que faire si le label est attribué sur la base d'un critère ou d'une considération insusceptible d'être prise en compte dans le cadre de la commande publique ?

Tel serait par exemple le cas d'un label attribué à des produits à la condition que les revenus tirés de leur vente soient investis en action d'éducation des conjoints des travailleurs, condition trop éloignée de l'objet du marché public ou de ses conditions d'exécution pour être légalement prise en compte dans le respect du droit de la commande publique.

Il est juridiquement impossible d'exiger ou de faire référence à un tel label. Toutefois, l'acheteur a la possibilité de reprendre la liste des conditions de délivrance de ce label susceptibles d'être prises en compte, parce que non discriminatoires et présentant un lien avec l'objet du marché public ou ses conditions d'exécution. Ce lien s'apprécie selon les indications figurant [au I de l'article 38 de l'ordonnance n° 2015-899](#).

2004/18/CE » s'efforcent à n'acquiescer que « des produits qui satisfont aux critères consistant à présenter les niveaux de performance les plus élevés et à appartenir à la classe d'efficacité la plus élevée ».

¹⁵ Article 31 de l'ordonnance n° 2015-899 et article 6 du décret n° 2016-360.

¹⁶ Article 10 du décret n° 2016-360.

¹⁷ Il de l'article 10 du décret n° 2016-360.

¹⁸ L'article 10 du décret transpose les considérants 74, 75 et 88 et les articles 2 et 43 de la directive 2014/24/UE relative aux marchés publics et les considérants 83, 85 et les articles 2 et 61 de la directive 2014/25/UE.

¹⁹ CAA Marseille, 20 décembre 2010, *Société Siorat*, n° 08MA01775 : en cas de contentieux le juge administratif apprécie le caractère proportionné du recours au référentiel, notamment si des candidats évincés apportaient des garanties qui, sans pour autant être équivalentes au label souhaité, s'avéraient néanmoins insuffisantes.

De fait, le produit bénéficiant du label concerné, qu'il n'était pas possible de citer en tant que tel, pourra être proposé par les opérateurs économiques en réponse au besoin, tout en respectant les règles des marchés publics.

De même, si l'acheteur n'exige pas que les travaux, fournitures ou services répondent à l'ensemble des exigences sur la base desquelles le label est attribué, il lui appartient de ne pas faire référence directement à ce label mais d'indiquer celles des exigences qu'il requiert.

- les exigences en matière de label doivent être fondées sur des critères objectivement vérifiables et non discriminatoires ;
- le label doit être établi par une procédure ouverte et transparente ;
- le label et ses spécifications détaillées doivent être accessibles à toutes personnes intéressées ;
- les exigences en matière de label doivent être fixées par un tiers sur lequel le demandeur du label ne peut exercer d'influence décisive. Ainsi, les labels « maison » ou d'entreprise ne peuvent jamais être exigés par l'acheteur.

L'acheteur est tenu d'accepter tout label qui remplirait des exigences équivalentes au label particulier exigé.

En outre, l'acheteur doit accepter tout autre moyen de preuve approprié lorsqu'un opérateur économique n'avait manifestement pas la possibilité d'obtenir le label particulier spécifié par l'acheteur ou un label équivalent dans les délais fixés pour des raisons qui ne lui sont pas imputables, et sous réserve que ces moyens satisfassent les exigences indiquées dans les documents de la consultation. A défaut, l'acheteur pourrait être regardé comme imposant aux opérateurs économiques une contrainte discriminante qui conduirait à méconnaître le principe fondamental d'égal accès des candidats à la commande publique.

- Les préoccupations de développement durable peuvent également être prises en compte au stade de l'analyse des candidatures. Ainsi, l'acheteur peut, si cela est justifié par l'objet du marché public ou ses conditions d'exécution, utiliser par exemple un critère de sélection des candidatures relatif au savoir-faire des candidats en matière de protection de l'environnement au travers de l'appréciation de leurs capacités techniques.
- Les préoccupations de développement durable peuvent également être intégrées au stade de l'analyse des offres via l'utilisation d'un critère environnemental par exemple ([CJCE, 17/09/2002, Concordia Bus Finland Oy Ab, aff. C-513/99](#)). L'acheteur prendra garde à ce que l'appréciation du critère se fasse de manière impartiale et que celui-ci s'accompagne d'exigences permettant d'assurer un contrôle effectif de l'exactitude des informations retenues dans les offres. Ainsi, il est par exemple impossible d'utiliser un critère lié au niveau d'électricité verte produite par le soumissionnaire si rien ne garantit que, dans le cadre de la fourniture d'électricité, l'acheteur bénéficiera effectivement de ce niveau d'électricité dédié ([CJCE, 4/12/2002, EVN AG, Wienstrom GmbH Republik Österreich, aff. C-448/01](#)).
- Depuis l'entrée en vigueur du [décret n° 2016-412 du 7 avril 2016 relatif à la prise en compte de la performance énergétique dans certains contrats et marchés publics](#)²⁰, dans certains cas, les articles R. 234-1 à R. 234-6 du code de l'énergie imposent à l'Etat et à certains de ses établissements publics d'acheter des produits, services ou bâtiments à haute performance énergétique ou environnementale. Ces articles imposent en outre à ces acheteurs d'exiger, dans certains cas, que les titulaires du marché public, utilisent uniquement des produits satisfaisant aux mêmes exigences²¹.

Pour de plus amples informations, l'acheteur est invité à se reporter au guide publié par la Commission européenne, « [Acheter vert : un manuel sur les marchés publics écologiques](#) », ainsi qu'à sa communication interprétative relative à des marchés publics pour un environnement meilleur. Il est également conseillé de consulter les guides du groupe d'étude des marchés (GEM) développement durable, environnement²².

²⁰ Le décret transpose l'article 6 de la directive 2012/27/UE du Parlement européen et du Conseil du 25 octobre 2012 relative à l'efficacité énergétique qui concerne l'achat public durable.

²¹ Il s'agit d'un cas de clause d'exécution du marché public obligatoire.

²² Disponibles sur le site Internet de la DAJ à l'adresse suivante : <https://www.economie.gouv.fr/daj/guides-et-recommandations-des-gem-et-autres-publications>.

1.2.2. Le cas particulier des véhicules à moteur

L'acheteur doit prendre en compte, lorsqu'il achète un véhicule à moteur au sens [du 1° de l'article L. 110-1 du code de la route](#), les incidences énergétiques et environnementales de ce véhicule sur toute sa durée de vie, dès lors que la valeur estimée du marché ou de l'accord-cadre est égale ou supérieure au seuil de procédure formalisée. Sont concernés les achats de voitures particulières, de véhicules utilitaires légers, de poids lourds, d'autobus et d'autocars. Sont, en revanche, exemptés de ces obligations, les achats de :

- véhicules conçus et construits pour être utilisés principalement sur les chantiers de construction, dans les carrières ou dans les installations portuaires ou aéroportuaires ;
- véhicules conçus et construits pour être utilisés par les forces armées, la protection civile, les services de lutte contre l'incendie et les services responsables du maintien de l'ordre ;
- machines mobiles.

De même, les contrats de location, location avec option d'achat, leasing ou autres instruments de ce type n'entrent pas dans le champ d'application de cette obligation.

Les acheteurs pourront satisfaire à ces obligations par l'introduction de spécifications techniques relatives aux performances énergétiques et environnementales du véhicule ou par l'utilisation de critères d'attribution liés aux incidences énergétiques et environnementales du véhicule sur toute sa durée de vie. Ces incidences peuvent être traduites en valeur monétaire, aux fins de leur prise en compte dans la décision d'achat ou encore par la combinaison de ces deux modalités.

L'acheteur reste libre de fixer le plancher de performance et la pondération des critères au niveau qu'il souhaite.

Les modalités de prise en compte de telles incidences dans les procédures de commande publique sont fixées par [l'arrêté du 5 mai 2011](#)²³ (doivent notamment être prises en compte la consommation d'énergie, les émissions de CO₂, les émissions de composés d'azote et d'oxygène (NO_x) de composés hydrocarbonés non méthaniques (HCNM) et de particules). Cet arrêté fixe également la méthodologie de calcul des coûts liés à l'utilisation d'un véhicule qui s'impose si l'acheteur décide de monétiser les incidences énergétiques et environnementales. Enfin, il précise les données nécessaires aux calculs, telles que la teneur énergétique des carburants, les coûts des émissions des différents polluants et, par catégorie de véhicules, le kilométrage total sur toute la durée de vie du véhicule²⁴.

1.2.3. Les performances en matière d'approvisionnement direct

La réglementation relative aux marchés publics permet aux acheteurs de prendre en compte les circuits courts de commercialisation à condition que cette prise en compte ne soit pas source de discrimination entre opérateurs économiques et qu'elle soit de nature à satisfaire les besoins exprimés par l'acheteur. Cette prise en compte est susceptible d'aider au développement de tels circuits.

Le critère du circuit court n'est pas un critère géographique. L'acheteur prend en considération le circuit de fourniture et non pas l'implantation géographique du producteur. La localisation du producteur ne peut donc pas constituer un critère d'attribution du marché public²⁵.

L'approvisionnement par les circuits courts permet de satisfaire au mieux les besoins de l'acheteur, lorsque celui-ci a exprimé le souhait de se voir garantir la fraîcheur ou encore la saisonnalité des produits. Lors de l'expression de

²³ [L'article 12 de la loi n° 2011-12 du 5 janvier 2011 portant diverses dispositions d'adaptation de la législation au droit de l'Union européenne](#), le décret n° 2011-493 et l'arrêté du 5 mai 2011 transposent la directive 2009/33/CE du Parlement européen et du Conseil du 23 avril 2009 relative à la promotion de véhicules de transport routier propres et économes en énergie. Pour plus d'informations sur ce sujet, voir la [fiche « adoption des textes de transposition de la directive « véhicules propres » »](#).

²⁴ Des informations plus détaillées sont disponibles dans le Guide sur la prise en compte, dans les procédures de commande publique, des incidences énergétiques et environnementales des véhicules de transport routier élaboré par le ministère chargé de l'écologie.

²⁵ Les conditions d'exécution liées à l'implantation géographiques des candidats sont en principe interdites : [Rép. min. n°40461 : JOAN Q 23 nov. 2004](#).

spécifications techniques, l'acheteur peut, par exemple, prévoir un approvisionnement très régulier ou exclusivement en produit de saison.

De manière générale, afin d'éviter toute discrimination entre opérateurs économiques et d'assurer une transparence de la procédure, il est recommandé à l'acheteur de faire figurer, dans le dossier de la consultation, les éléments sur lesquels il entend s'appuyer, par exemple, le nombre d'intermédiaires pour le produit jusqu'à la livraison, le recours ou non aux plates formes de répartition.

La réglementation prévoit plusieurs outils qui permettent aux acheteurs, à différents stades du processus d'achat, de favoriser le développement de ces circuits tels que :

- la possibilité, lors de la définition du besoin, d'imposer un garantie de fraîcheur ou une saisonnalité des produits par exemple ;

- la possibilité de procéder à une publicité allant au-delà des obligations réglementaires afin de multiplier les candidatures utile en utilisant des supports susceptibles d'atteindre les producteurs directs et leurs groupements ;

- l'obligation d'allotissement qui permet de susciter une plus large concurrence et de faciliter la participation directe des producteurs et de leurs groupements. Ainsi, par exemple, un marché public de fournitures de denrées pour la restauration collective peut se décomposer en lots définis par type de denrées correspondant chacun à une catégorie de fournisseurs différents ;

- la possibilité de prendre en compte, dans les conditions définies à l'article 52 de l'ordonnance n° 2015-899, les performances environnementales ou l'importance du quantum de produits frais que le soumissionnaire s'engage à acquérir dans le cadre de l'exécution du marché public ;

- l'insertion d'une clause d'exécution qui prévoirait, par exemple, un niveau minimal de produits frais à fournir dans le cadre de l'exécution du marché public.

En revanche, il n'est pas possible d'exiger un circuit court en tant que tel, sauf à porter atteinte aux principes d'égalité de traitement des opérateurs économiques et de non-discrimination.

1.2.4. Les préoccupations sociales

L'acheteur peut prendre en compte, dans les conditions d'exécution de son marché public, des considérations notamment relatives à l'économie, au domaine social ou à l'emploi, sous réserve que celles-ci soient liées à l'objet du marché public ou à ses conditions d'exécution²⁶. Ainsi, il peut faire effectuer ces prestations en intégrant des heures de travail d'insertion ou toute autre considération sociale²⁷ (recommandations fondamentales de l'Organisation internationale du travail, promotion de la diversité et de l'égalité des chances, etc.).

L'acheteur doit alors indiquer, dans les documents de la consultation, l'existence d'une clause d'exécution détaillée dans le cahier des charges.

L'acheteur indique, dans l'avis d'appel public à la concurrence ou les documents de la consultation, l'exigence d'une clause d'exécution, détaillée dans le cahier des charges.

L'intégration des clauses sociales, notamment celles destinées à promouvoir la diversité, peut répondre à l'un, au moins, des objectifs suivants :

²⁶ Article 38 de l'ordonnance n° 2015-899 du 23 juillet 2015.

²⁷ Voir à ce sujet le guide de l'Observatoire économique de la commande publique : « [Commande publique et accès à l'emploi des personnes qui en sont éloignées](#) ».

- l'insertion des personnes éloignées de l'emploi, notamment par l'affectation, dans une proportion raisonnable, d'un certain nombre d'heures travaillées à des publics déterminés en situation de précarité ou d'exclusion (heures de travail d'insertion) : chômeurs notamment de longue durée, bénéficiaires de minima sociaux, jeunes ayant un faible niveau de qualification ou travailleurs handicapés au-delà des exigences légales nationales ;
- la mise en œuvre d'actions de formation à destination de ces publics ;
- la promotion du commerce équitable.

A titre d'exemple, l'acheteur peut insérer dans son marché public une clause prévoyant que l'attributaire s'astreint, pour les besoins du marché public, à recruter au moyen de curriculum vitae anonymes ou à mener des actions de sensibilisation de ses sous-traitants et de ses fournisseurs, si cela est lié à l'objet du marché public ou à ses conditions d'exécution.

L'acheteur devrait s'assurer, de façon générale, de l'équilibre de la mesure : proportion de main d'œuvre dans le marché public, disponibilité des structures de l'insertion par l'activité économique (SIAE) intervenant dans le secteur d'activité concerné.

L'acheteur peut utilement se faire assister par un « facilitateur », personne appartenant ou lié au service public de l'emploi local (plan local d'insertion pour l'emploi ou maison de l'emploi). Le facilitateur conseille l'acheteur dans l'élaboration et la rédaction de la clause, renseigne les entreprises soumissionnaires sur les réponses possibles localement, puis contrôle l'exécution de la clause et évalue son résultat.

Ces clauses doivent être pertinentes, socialement utiles et ciblées. Elles doivent, par ailleurs, être rédigées dans le respect des règles suivantes :

- offrir à tous la possibilité de satisfaire à la clause ;
- ne pas fixer de modalités obligatoires de réalisation de la clause mais laisser le soin à chaque soumissionnaire de déterminer la manière dont il va satisfaire aux exigences posées. Ainsi, par exemple, si une invitation peut être faite aux candidats de sous-traiter un lot ou une partie du marché public à des structures d'insertion agréées, en revanche, est illégale la clause imposant au titulaire du marché de sous-traiter à une entreprise d'insertion agréée par l'Etat certaines prestations. De la même manière, il est recommandé de formuler une telle clause en nombre d'heures de travail, dans le cas de l'insertion.
- ne pas être discriminatoire à l'égard des candidats potentiels et s'imposer, de manière égale, à toutes les entreprises concurrentes²⁸ ;
- ne pas limiter la concurrence.

Une autre manière d'intégrer des considérations sociales dans l'achat public est de recourir aux marchés publics réservés²⁹.

2. Le « sourçage », un outil essentiel à la bonne compréhension du secteur économique concerné et à l'appréhension des solutions innovantes ainsi que des contraintes pesant sur les opérateurs économiques concernés

Afin de préparer la passation d'un marché public, l'acheteur a la possibilité de réaliser des consultations ou des études de marché, de solliciter des avis ou d'informer les opérateurs économiques de son projet et de ses exigences³⁰.

Ce que l'on désigne sous le vocable de « sourçage » peut ainsi avoir deux objets alternatifs :

²⁸ CJCE, 20 septembre 1988, *Beentjes*, aff.C-31/87 ; considérant 104 de la directive n° 2014/24/UE du Parlement européen et du Conseil du 26 février 2014.

²⁹ Articles 36 et 37 de l'ordonnance n° 2015-899 relative aux marchés publics.

³⁰ Article 4 du décret n° 2016-360 relatif aux marchés publics et article 2 du décret n° 2016-360 relatif aux marchés de défense ou de sécurité.

- mieux connaître la structure du secteur d'activité concerné par le marché public dont la passation est envisagée ;
- mieux appréhender les pratiques des opérateurs économiques dans le domaine concerné.

Ces recherches peuvent consister par exemple à :

- effectuer une veille dans le secteur économique concerné,
- organiser ou participer à des salons professionnels afin de faire connaître ses besoins aux entreprises ou identifier de nouveaux besoins notamment dans le secteur de l'innovation ;
- rencontrer, bien avant le lancement de la consultation, plusieurs opérateurs économiques afin d'obtenir des informations sur le marché considéré, les acteurs évoluant sur ce secteur et les prestations ou produits proposés, etc. Cette collecte d'information peut aussi prendre la forme de questionnaires envoyés à plusieurs fournisseurs ou prestataires.

Les échanges et rencontres avec les opérateurs économiques ne peuvent entraîner la remise d'une offre par ces derniers ou l'engagement de l'acheteur de contracter ou de lancer une consultation.

Conformément à l'article 5 du décret n° 2016-360³¹, l'acheteur est tenu de prendre 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. Un tel opérateur est exclu de la procédure de passation uniquement lorsqu'il ne peut être remédié à cette situation par d'autres moyens, comme la mise à disposition, au sein des documents du marché public, de l'ensemble des informations communiquées par l'acheteur à l'occasion du sourcing organisé. Ainsi, tous les candidats potentiels seront remis sur un pied d'égalité.

Le respect de ces dispositions est d'importance afin d'éviter tout risque de rupture d'égalité de traitement entre les candidats et, ce faisant, toute suspicion de commission de l'infraction du délit d'octroi d'avantage injustifié tel que prévu par [l'article 432-14 du code pénal](#).

Enfin, s'il n'est pas possible d'écarter, par principe, la candidature d'un opérateur économique ayant participé, sous quelque forme que ce soit, à la préparation d'un marché public³², l'acheteur est tenu de prendre les mesures nécessaires pour prévenir tout risque d'atteinte au principe d'égalité de traitement³³.

3. Des solutions existent en cas de difficultés ou d'impossibilité de définir précisément les besoins ou les moyens d'y satisfaire

3.1. En cas d'incertitude sur la régularité ou l'étendue des besoins

En cas d'incertitude sur le rythme ou sur l'étendue du besoin à satisfaire, l'acheteur a la possibilité de recourir à des accords-cadres. Les accords-cadres peuvent donner lieu à la conclusion de marchés subséquents ou à l'émission de bons de commande et être conclus sans minimum ni maximum³⁴.

³¹ Article 3 du décret n° 2016-361 relatif aux marchés de défense ou de sécurité.

³² CJUE, 3 mars 2005, *Fabricom SA*, aff. C-21/03 et C-34/03.

³³ Voir le 3° du I de l'article 48 de l'ordonnance n° 2015-899 et articles 4 et 5 du décret n° 2016-360 ainsi que des articles 2 et 3 du décret n° 2016-361.

³⁴ Afin d'obtenir davantage d'informations sur les accords-cadres et leur modalité de mise en œuvre, voir la fiche relative aux accords-cadres.

3.2. En cas d'incapacité à définir précisément les moyens propres à satisfaire les besoins

Lorsque le pouvoir adjudicateur n'est pas en mesure de définir les spécifications techniques avec une précision suffisante en se référant à une norme, une évaluation technique européenne, une spécification technique commune ou un référentiel technique, le 5° du I de l'article 25 du décret n° 2016-360 prévoit qu'il peut avoir recours à un marché public passé selon la procédure concurrentielle avec négociation ou le dialogue compétitif.

Le dialogue compétitif est une procédure qui permet 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 le cadre du dialogue compétitif, l'acheteur n'est pas tenu de rédiger un cahier des charges complet, ni définitif. La consultation est alors lancée sur la base du projet partiellement défini ou du programme fonctionnel.

Le recours au dialogue compétitif est possible dans toutes les hypothèses pour les entités adjudicatrices et dans le cadre des marchés de défense ou de sécurité.

3.3. La possibilité de demander des prestations supplémentaire éventuelles (PSE)

Même si elles ne sont plus évoquées en tant que telles dans le décret n° 2016-360 ni dans le décret n° 2016-361, l'acheteur peut prévoir des prestations supplémentaires.³⁵

Ces prestations doivent être en rapport direct avec l'objet du marché public et le cahier des charges doit définir leurs spécifications techniques avec précision.

Dans tous les cas, l'acheteur veillera à limiter les prestations supplémentaires qu'il définit ou propose. En effet, une multiplication des PSE pourrait être assimilée à une mauvaise définition du besoin de l'acheteur.

Afin d'obtenir plus de renseignements sur les prestations supplémentaires éventuelles, il convient de se référer à la fiche technique relative à l'analyse des offres.

3.4. L'utilisation des variantes

La possibilité de présenter des variantes peut être un moyen efficace d'intégrer la protection de l'environnement au stade des spécifications techniques, sans que l'acheteur ait nécessairement à spécifier de manière précise ses exigences en la matière. Ainsi, l'acheteur peut préciser qu'il est disposé à accueillir des offres répondant à certaines variantes plus écologiques, par exemple, sur la teneur en substances dangereuses des produits proposés.

Afin d'obtenir plus de renseignements sur les variantes, il convient de se référer à la fiche technique relative à l'analyse des offres.

4. Le niveau de détermination des besoins

Il appartient à chaque acheteur de choisir, dans le cadre de sa politique d'achat, à quel niveau ses besoins doivent être appréciés, pour autant qu'il respecte les principes de la commande publique et qu'il ne saucisonne pas son besoin. Un ministère, une collectivité territoriale ou un établissement public peuvent ainsi décider que leurs besoins seront définis au niveau des directions ou des services.

Ainsi, en principe, lorsque l'acheteur est composé de services distincts, il convient de prendre en compte la valeur totale estimée des marchés publics passés pour les besoins de l'ensemble des services et ce, quand bien même chaque service passerait son propre marché public. Afin de déterminer la procédure applicable, il faudra prendre en compte la valeur estimée du besoin au niveau de l'acheteur, globalement ; on peut fractionner l'acte d'achat mais pas le besoin. En effet, comme le précise l'article 20 du décret n° 2016-360, l'acheteur ne peut se soustraire à l'application des règles du décret en

³⁵ Les prestations supplémentaires éventuelles se distinguent des variantes et des options. Pour plus de détail sur ces notions et sur leur analyse, se reporter à la fiche « l'examen des offres ».

scindant ses achats ou en utilisant des modalités de calcul de la valeur estimée du besoin autres que celles prévues aux articles 20 à 23 du décret.

En revanche, s'il s'avère que le service constitue une unité opérationnelle responsable de manière autonome de ses marchés publics ou de certaines catégories d'entre eux³⁶, ce service pourra constituer le niveau de computation des besoins adéquat.

Afin de déterminer si un service doit être considéré comme une unité opérationnelle distincte, la directive 2014/24/UE sur la passation des marchés publics³⁷ préconise le recours à la méthode du faisceau d'indices. Ainsi, une unité opérationnelle est considérée comme autonome lorsque :

- elle mène de manière autonome la procédure d'achat ;
- elle a la responsabilité d'un budget propre ;
- il existe des lignes budgétaires séparées pour l'achat concerné ;
- la personne est compétente pour signer le contrat d'achat.

Ce faisceau d'indice implique pour le pouvoir adjudicateur de procéder à une évaluation au cas par cas.

A titre d'exemple, un service qui disposerait de son budget propre et passerait un marché public pour la satisfaction de son besoin peut être considéré, pour cet achat, comme une unité opérationnelle distincte et ce, y compris si le marché public ne peut être légalement signé que par le directeur général de la structure en raison de règles internes de délégation de pouvoir ou de délégation de signature. Dans cette hypothèse, c'est la personne qui prend la décision d'acheter qui importe, pas celle qui a le pouvoir de signer le contrat.

De même, l'existence de règles de contrôle sur les décisions du service n'exclut pas qu'il puisse être considéré, pour l'achat en cause, comme une unité opérationnelle distincte.

En revanche, si le directeur général de la structure conserve un plein pouvoir de décision sur la procédure, alors même que celle-ci est menée en totalité par le service dédié qui paiera les achats sur son propre budget, le service en question ne pourra pas être considéré comme une unité opérationnelle distincte.

³⁶ Au sens de l'article 20 du décret n° 2016-360.

³⁷ Considérant 20 et point 2 et 5 de la directive 2014/24/UE sur la passation des marchés publics.

5. Calcul de la valeur estimée du besoin

Une fois le besoin défini, l'acheteur doit procéder au calcul de sa valeur estimée afin notamment de pouvoir identifier la procédure à mettre en œuvre pour son marché public.

Le montant estimé du besoin est déterminé conformément [aux articles 20 à 23 du décret n° 2016-360](#). A cet égard, l'acheteur ne saurait se soustraire à la réglementation relative à la commande publique en scindant de manière artificielle ses achats ou en utilisant des modalités de calcul de la valeur estimée du besoin autres.

La valeur estimée du besoin est calculée sur la base du montant total hors taxe du ou des marchés publics envisagés. A cet égard, les périodes de reconductions, les options ainsi que les éventuelles primes prévues au profit des candidats doivent être prise en compte pour le calcul. Elle s'apprécie au moment de l'envoi de l'avis d'appel à la concurrence ou, en l'absence d'un tel avis, au moment où l'acheteur engage la procédure de passation du marché public.

La méthode de calcul de la valeur estimée du besoin diffère selon qu'il s'agit d'un marché public de travaux ou d'un marché public de services et de fournitures.

Pour évaluer la valeur estimée d'un **marché public de travaux**, doit être prise en compte la valeur globale des travaux se rapportant à une même opération³⁸ qui peut porter sur plusieurs ouvrages, à laquelle on ajoute la valeur estimée des fournitures et des services nécessaires à leur réalisation que l'acheteur met à la disposition des titulaires (par exemple, une consommation d'électricité, un stock de briques).

L'opération de travaux ne peut être scindée en fonction de l'objet des travaux, des procédés techniques utilisés ou de leur financement, lorsqu'ils sont exécutés dans une même période de temps et sur une zone géographique donnée.

Constitue ainsi une opération de travaux unique l'ensemble des marchés publics de travaux conclus presque simultanément entre les mêmes parties et ayant le même objet³⁹ ainsi que des marchés publics conclus simultanément pour la réalisation de trottoirs en divers endroits d'une même commune⁴⁰ ou des travaux d'étanchéité de peinture effectués par un même acheteur pour la réfection et le fonctionnement de deux châteaux d'eau à des dates rapprochées⁴¹.

En matière de **marchés publics de services et de fournitures**, l'acheteur, pour déterminer la valeur estimée de son besoin, doit prendre en compte la valeur totale des services susceptibles d'être regardés comme homogènes soit en raison de leurs caractéristiques propres soit parce qu'ils constituent une unité fonctionnelle⁴². En tout état de cause, le choix entre ces deux formules ne doit en aucun cas être effectué pour permettre de soustraire les marchés publics aux règles de procédures fixées par le droit des marchés publics.

L'homogénéité des besoins est une notion qui peut varier d'un acheteur à un 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.

A titre d'exemple, une paire de ciseaux constitue une fourniture de bureau pour une administration centrale mais peut relever de la catégorie de matériel chirurgical pour un établissement public hospitalier.

Lorsqu'il s'agit pour l'acheteur d'acquies des services ou des fournitures répondant à des besoins ponctuels, il doit procéder à l'estimation de la totalité des prestations concernées sur toute la durée du marché public.

En revanche, lorsqu'il s'agit de répondre à des besoins récurrents, le II de l'article 21 prévoit deux méthodes de calcul de la valeur estimée du besoin. Ainsi, l'acheteur peut tout d'abord se référer au montant hors taxe des prestations exécutées au cours des douze mois précédents ou en fin d'exercice budgétaire, tout en tenant compte des évolutions du besoin susceptibles d'intervenir au cours des douze mois qui suivent la conclusion du marché public.

³⁸ Pour une définition de la notion d'opération de travaux, voir CJCE, 5 octobre 2000, *Commission c/République française*, aff. C-16/98.

³⁹ CE, 26 juillet 1991, *Commune de Sainte Marie*, n° 117717.

⁴⁰ CE, 26 septembre 1994, *Préfet d'Eure-et-Loire*, n° 122759.

⁴¹ CE, 8 février 1999, *Syndicat Intercommunal des eaux de la Gâtine*, n° 156333.

⁴² 2° du I de l'article 21 du décret n° 2016-360.

Ces deux méthodes mentionnées au II de l'article 21 permettent à l'acheteur de calculer la base de la valeur estimée du besoin. Dès lors qu'il s'agit d'achat récurrent, cette base ne peut être divisée par la durée du marché public si celle-ci est inférieure à un an sauf à caractériser un saucissonnage du marché public.

Lorsqu'il s'agit de satisfaire un besoin concourant à la réalisation d'un même projet, l'acheteur peut prendre en compte, comme référence, la notion d'unité fonctionnelle. Cette notion, qui doit s'apprécier au cas par cas et en fonction des prestations attendues, suppose une pluralité de service ou de fournitures concourant à un même objet. Dans cette hypothèse, l'ensemble des prestations nécessaires à la réalisation du projet et faisant partie d'un ensemble cohérent est à prendre en compte de manière globale⁴³.

S'agissant des accords-cadres et des systèmes d'acquisition dynamique, le calcul de la valeur estimée du besoin s'effectue par référence à la valeur maximale estimée de la totalité des marchés subséquents ou spécifiques à passer ou des bons de commande à émettre au cours de la durée totale de l'accord-cadre ou du système d'acquisition dynamique.

En ce qui concerne les partenariats d'innovation, l'acheteur doit prendre en compte la valeur totale estimée des activités de recherche et de développement⁴⁴, que le financement soit pris en charge par l'opérateur économique ou par l'acheteur, ainsi que la valeur totale estimée des fournitures, services ou travaux innovants qui en sont le résultat et donc l'acquisition est envisagée⁴⁵.

La survenance de besoins nouveaux, alors même que les besoins ont été évalués de manière sincère et raisonnable, peut donner lieu, lorsqu'une modification du marché public en cours d'exécution n'est juridiquement pas envisageable, à la conclusion d'un nouveau marché public. La procédure de passation de ce nouveau marché sera à déterminer en application des règles précitées.

Dans l'hypothèse où l'acheteur allote son marché public, il doit, afin de déterminer la valeur estimée de celui-ci, prendre en compte la valeur globale de l'ensemble des lots⁴⁶.

⁴³ Voir par exemple CAA Lyon, 2 juin 2004, *Société Michel Charmettan Construction*, n° 98LY01271.

⁴⁴ La notion de « recherche et développement » est à interpréter au sens du 3° de l'article 14 de l'ordonnance n° 2015-899 du 23 juillet 2015 relative aux marchés publics.

⁴⁵ Afin d'obtenir davantage d'élément sur la question, il convient de se reporter à la fiche technique relative au partenariat d'innovation.

⁴⁶ Article 22 du décret n° 2016-360.