

La détermination préalable des besoins dans l'achat public local : simple exigence juridique ou réel enjeu organisationnel ?

Mémoire pour le DESS Management du secteur public : collectivités et partenaires

Soutenu par

Christian DEBIEVE

Le 10 septembre 2004

JURY : Anne BLANC-BOGE *Maître de Conférences de Sciences de Gestion (IEP de Lyon)*

Présidente du jury Philippe SCHMIDT *Avocat à la Cour (Lyon) Directeur du mémoire* Henri-Pierre

VERGNON *Avocat à la Cour (Lyon) Maître de stage*

Table des matières

Remerciements . .	1
Introduction . .	3
Partie 1. La détermination des besoins, expression d'un projet politique concerté, budgétairement et administrativement traduit, est étroitement liée à l'organisation de la collectivité . .	9
Titre 1. Définition de projet .	10
Chapitre 1. Le projet politique .	10
Chapitre 2. La mise en œuvre du projet politique .	11
Titre 2. Définition d'opération et de programme au sens du droit budgétaire – la pluriannualité. .	18
Chapitre 1. La notion d'opération budgétaire . .	18
Chapitre 2. La difficulté de lisibilité du budget avec la pratique des reports .	19
Chapitre 3. Le vote du budget d'investissement par autorisations de programmes -crédits de paiements .	20
Titre 3. La détermination préalable des besoins conduit à un arbitrage entre l'organisation locale et les procédures d'achat .	22
Chapitre1. Le choix de l'externalisation : la centrale d'achat . .	22
Chapitre 2. La détermination des besoins en lien avec l'organisation de la collectivité .	23
Chapitre3. Le choix d'une conduite interne et transversale de conduite de projet .	38
Chapitre 4. La spécificité du Code des marchés publics du point de vue de l'organisation des acteurs de la commande publique. . .	39
Chapitre 5. La définition « ancienne », pragmatique, claire et pérenne du programme au sens de la Loi MOP, un fil conducteur . .	42
Chapitre 6. L'apport du partenariat public privé dans une démarche d'analyse comparative des processus de réalisation . .	44
Partie 2. La détermination préalable des besoins, espace de liberté de l'acheteur public est encadrée par le Code des marchés publics . .	51
Titre 1. Les outils d'une meilleure détermination préalable des besoins . .	51
Chapitre 1. Les études préalables . .	52
Chapitre 2. Le marché de définition . .	54

Chapitre 3. La validation juridique du processus de réalisation . .	55
Chapitre 4. La formalisation de la procédure, gage de sa traçabilité, intègre la détermination préalable des besoins – Le besoin doit être clairement exprimé, la réponse au besoin cohérente .	56
Titre 2. Les outils de l'adéquation du choix de la procédure à la détermination préalable des besoins . .	59
Chapitre 1. La référence à des normes . .	59
Chapitre 2. Le choix du dialogue compétitif . .	60
Titre 3. L'évaluation des besoins en matière de travaux, de fournitures et de services, définition encadrée mais méthode ouverte . .	61
Chapitre 1. La prise en compte de la notion d'opération en matière de travaux .	63
Chapitre 2. L'évaluation des besoins en matière de fournitures et de services . .	66
Chapitre 3. Le recensement et l'évaluation des besoins en matière de fournitures et de services : les approches de l'homogénéité. .	68
Chapitre 4. Périmètre et forme de la publicité – la définition du besoin de publicité .	78
Titre 4. Risques juridiques et économiques d'une mauvaise détermination de besoins . .	79
Chapitre 1. Les risques juridiques .	80
Chapitre 2. Les risques économiques .	82
Conclusion .	87
Bibliographie . .	89
Annexes . .	91
Résumé .	93

Remerciements

L'écriture de ce mémoire est une réponse concrète à la détermination de mes besoins personnels.

A ce titre, elle restera pour moi, un moment particulier de ma vie professionnelle et familiale.

Mme Anne BLANC-BOGE et Maître Dominique DEPORCQ m'en ont ouvert la possibilité en m'accueillant dans le diplôme. Je les en remercie vivement. La nature de leurs enseignements, conseils, avis et leur écoute m'ont particulièrement aidé, tout au long de l'année. La promotion a constitué, à mon avis, sous leur direction, une unité particulièrement fonctionnelle.

Maître Henri-Pierre VERGNON, m'a accompagné, lors de mon stage, au sein d'un cabinet d'avocats chaleureux et dynamiques dont je remercie également tous les collaborateurs et personnels.

Enfin mon directeur de mémoire, Maître Philippe SCHMIDT m'a aidé et encouragé dans sa conception et sa construction par sa généreuse disponibilité, son souci de partager ses connaissances, d'échanger et par sa confiance. La direction de ce mémoire a pris, avec lui, un sens : celui de l'accompagnement et de l'orientation. Je le remercie de m'avoir guidé.

Il est enfin le dernier travail d'une année universitaire dense, contraignante pour Sylvie, Chloé et Hugo. Merci à eux.

La détermination préalable des besoins dans l'achat public local : simple exigence juridique ou réel enjeu organisationnel ?

Introduction

Le nouveau Code des marchés publics est entré en vigueur le 10 janvier 2004.¹

Il reprend un grand nombre de dispositions du Code de 2001², entré en vigueur le 9 septembre 2001, dont il tend à corriger des « écarts au droit communautaire ». Il ne semble y parvenir qu'imparfaitement à la lecture des dernières observations de la Commission Européenne en date du 4 février 2004. Elles pourraient conduire à de nouvelles corrections. La Commission européenne a en effet décidé de saisir la Cour Européenne de justice contre la France sur le motif que trois des onze griefs précédemment soulevés dans un avis motivé du 23 octobre 2002, subsistaient.³

Dans l'attente, le texte actuel a été abondamment commenté au regard des objectifs assignés.

Monsieur Alain MENEMENIS, Conseiller d'Etat, introduit par exemple, une intéressante chronique juridique parue en avril 2004⁴, dans ces termes : « Le nouveau Code des marchés est animé de la conviction que la meilleure façon de mettre en œuvre

¹ Décret n°2004-15 du 7 janvier 2004, JORF du 8 janvier 2004, annexe au n°6, p 370003 et s.

² Décret n° 2001-210 du 7 mars 2001

³ Le nouveau code soumet à des procédures « allégées » certains marchés publics de service, maintient l'exclusion des contrats d'emprunts des obligations de publicité et de mise en concurrence et fixe un nombre minimum de candidats invités à soumissionner dans une procédure restreinte, inférieur à 5.

les principes de la commande publique et d'atteindre les objectifs d'efficacité et de probité qui leur sont assignés est de responsabiliser les acheteurs publics. Le pari ne sera gagné que si se définissent de véritables politiques de l'achat et si sont développés de véritables savoir-faire chez les responsables opérationnels de l'achat ».

Cette notion de responsabilisation de l'acheteur public avait d'ailleurs été au centre de la concertation menée par le gouvernement, depuis novembre 2002, avec l'ensemble des acteurs de la commande publique.

Les élus, à la recherche de sécurité juridique, s'étaient émus de la grande liberté que le ministre envisageait alors de leur donner, dans le choix de procédures de passation des marchés.

Dans un premier temps, il avait en effet prévu de ne soumettre à aucune procédure, les marchés d'un montant inférieur à 5,9 millions d'euros HT, puis avait choisi une voie moyenne, moins souple, moins « libérale ».

On ne saurait d'ailleurs trop s'étonner de cette apparente « frilosité » dans un contexte d'instabilité de la norme juridique. Une circulaire du garde des Sceaux du 4 mars 1992⁵, adressée aux membres du Parquet et dont la presse spécialisée s'était largement fait l'écho⁶, rappelait notamment que « l'acheteur public devait s'assurer d'une bonne gestion des deniers publics » et que la violation de cette règle de fond, à l'occasion de la passation d'un marché sans formalités préalables, pouvait être poursuivie du chef de favoritisme.

Le nouveau Code des marchés publics, sans doute en raison de la transparence qui a présidé à sa publication, – le projet était mis en ligne sur le site du ministère des finances – et de la communication qui a accompagné sa parution, a donné lieu à des commentaires de deux natures :

- des commentaires juridiques, relatifs aux procédures de passations décrites. Elles le sont en effet essentiellement par analogie à la rédaction précédente ou au texte alors en cours de préparation, de la directive 2004/18/CE du Parlement européen et du Conseil du 31 mars 2004. A ce titre, elle a été anticipée dans une certaine mesure, par le gouvernement français ;
- des commentaires économiques ou organisationnels relevant plutôt d'une dimension d'efficacité de la commande plutôt que de sécurité juridique.

La pratique de la commande publique se situe en effet à la « croisée de deux chemins », celui de la règle juridique et celui de l'organisation de l'achat. Le praticien des collectivités locales, dirigeant ou responsable de l'achat ne peut aujourd'hui ignorer ces deux composantes d'un secteur important de l'activité des communes. 160 000 marchés en

⁴ Chroniques – Droit administratif – Editions du Juris-classeur – Avril 2004 – page 5

⁵ Circulaire Crim. N° 2002-06 (NOR : JUSDO230050C) du 4 mars 2002

⁶ Voir à ce sujet « la Gazette des communes » du 24 juin 2002, page 6, Le billet – « Le délit de favoritisme peut être constitué lors de la passation d'un marché sans formalités préalables ».

moyenne sont passés chaque année par les collectivités territoriales pour un montant moyen de 106 000 euros. Ce recensement ne traduit sans doute d'ailleurs qu'imparfaitement la réalité. Il résulte en pratique de la comptabilisation des fiches de recensement des marchés « formalisés » et n'intègre pas l'ensemble des commandes résultant de la pratique ancienne des « **achats sur simples factures** ». ⁷

L'achat public relève des matières de l'action locale qui font appel à des savoirs et des savoir-faire transversaux à l'organisation. Les « territoriaux » participent et tentent de s'adapter à une réelle mutation des métiers. Ainsi, les trente dernières années ont successivement vu émerger des comptables, des juristes, des psychologues, des sociologues, des organisateurs, des économistes, des stratèges.

Par ailleurs, le droit issu de la révolution française, pour la « société de demander compte à tout agent public de son administration » trouve une application concrète et quotidienne dans la pratique de la commande publique.

La doctrine relève également le pragmatisme du nouveau texte. L'introduction du dialogue compétitif dans les procédures d'achat est, à ce titre intéressante, et suscitera, n'en doutons pas, de nombreux autres commentaires en lien avec son appropriation progressive par les collectivités territoriales. Ses rédacteurs ont également fait œuvre de pédagogie en précisant des notions que la jurisprudence administrative, dans le silence du texte précédent, avait progressivement définies. Les contours de l'opération de travaux sont, à ce titre, plus clairement exprimés.

Exigence juridique et ambition économique, la nécessité de la détermination préalable des besoins a parfois été « affichée » comme un nouvel enjeu de la commande publique, sans doute parce que l'affirmation de cette exigence est renforcée dans la nouvelle rédaction du Code.

Le Code de 2001 se contentait de préciser que : « L'efficacité de la commande publique et la bonne utilisation des deniers publics sont assurées par la définition préalable des besoins, le respect des obligations de publicité et de mise en concurrence ainsi que par le choix de l'offre économiquement la plus avantageuse ». Le nouveau Code énonce : « Quel que soit leur montant, les marchés publics respectent les principes de liberté d'accès à la commande publique, d'égalité de traitement 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. Ils exigent une définition préalable des besoins de l'acheteur public, le respect des obligations de publicité et de mise en concurrence et le choix de l'offre économiquement la plus avantageuse. Ces obligations sont mises en œuvre conformément aux règles fixées par le présent Code. »

Précédemment, l'article 272 du Code des marchés publics énonçait plus sobrement que « **les prestations qui font l'objet des marchés doivent répondre exclusivement à la nature et à l'étendue des besoins à satisfaire. La collectivité ou l'établissement est tenue de déterminer aussi exactement que possible les spécifications et la consistance de ces prestations avant tout appel à la concurrence ou à la**

⁷ Le Code de 2001 a confirmé que ces commandes devaient être considérées comme des marchés au sens du Code des marchés publics.

« négociation »⁸

Le manuel d'application du Code des marchés publics⁹ explique, de manière très pédagogique, voire simpliste, à l'acheteur public « Pourquoi faut-il bien identifier ses besoins ? : une bonne évaluation des besoins n'est pas simplement une exigence juridique mais est d'abord une condition impérative pour que l'achat soit réalisé dans les meilleures conditions économiques ». Notons que pour exprimer cette idée, les termes d'« identification » et d'« évaluation » sont employés.

Sur le même sujet, une instruction ministérielle du 29 décembre 1972 précisait aux services de l'Etat les opérations à effectuer antérieurement à la conclusion d'un marché :

« Ces opérations comprennent la détermination du besoin, l'appréciation de l'opportunité de l'achat pour satisfaire ce besoin, l'évaluation de la dépense, la détermination du degré d'urgence et la définition des spécificités techniques. L'augmentation du volume des commandes publiques et la complexité des prestations peuvent conduire à une spécialisation de la fonction « achat » et à la création de services spécifiquement « acheteurs » distincts des services utilisateurs »

Une nouvelle instruction du 10 novembre 1976 commentant l'article 254 du Code des marchés publics, alors en vigueur, reprenait cette définition en ajoutant :

« L'autorité compétente fait appel le cas échéant au concours des services techniques ou d'hommes de l'art, notamment si le volume des commandes est important et si les prestations à réaliser sont complexes ».

L'idée que la détermination préalable des besoins est une étape essentielle dans le processus¹⁰ d'achat n'est donc pas nouvelle. Le Code des marchés publics n'indique, pas plus qu'antérieurement, les modalités précises de détermination de ces besoins mais la manière de les évaluer par rapport à des seuils, dans une logique de niveau de publicité et de prévention d'un découpage excessif, c'est-à-dire avant tout dans une logique juridique. La redondance de l'avertissement « ce choix ne doit pas avoir pour effet de soustraire des marchés aux règles qui leur sont normalement applicables en vertu du présent Code » inscrit dès l'article 5, alinéa II et repris dans la même formulation au II de l'article 27 en matière de délimitation des catégories homogènes de fournitures et de services est assez révélatrice de cette dimension juridique. Rien de surprenant s'agissant d'un texte de portée réglementaire.

La détermination des besoins, expression d'un projet politique concerté est toutefois étroitement liée à l'organisation de chaque collectivité et de ses choix de traductions budgétaire et administrative. Elle ne saurait être circonscrite à sa dimension juridique. Le Code des marchés publics traite en effet d'une détermination « aval » des besoins, par catégories de marchés, dans une logique de détermination et de comparaison de seuil. Ce niveau de détermination, certes essentiel n'est qu'un niveau de la « **pyramide de**

⁸ Décret n° 67-729 du 17 juillet 1964

⁹ Circulaire du 7 janvier 2004 portant manuel d'application du Code des marchés publics

¹⁰ Un processus est un découpage d'une action en séquences connaissant une interaction entre ses acteurs et son environnement.

l'analyse des besoins ¹¹ » de la collectivité, d'une arborescence dont le projet politique constitue l'expression « amont »

Cette démarche ne saurait enfin être déconnectée de la procédure budgétaire qui constitue un acte essentiel et déterminant du fonctionnement des collectivités locales.

La détermination préalable des besoins revêt dans cette optique, une dimension organisationnelle, dans une démarche qualitative d'organisation interne caractérisée par une réelle transversalité. Son champ peut également être mieux défini voire étendu à des notions nouvelles de coût global introduites par une ordonnance récente relative aux partenariats publics privés (partie I).

La collectivité ne peut plus faire aujourd'hui l'économie d'une doctrine d'achat. La détermination des besoins conditionne la qualification du marché, le spécifie techniquement et permet donc de choisir les critères de sélection des candidatures et de choix de offre en lien avec ces spécifications. Elle permet aux candidats de choisir le mode de réponse à une consultation, elle affectera les conditions d'exécution du marché et notamment le recours à l'avenant ou l'application de la théorie des sujétions techniques imprévues.

Instrument juridique, garde-fou procédural de la commande publique, le Code des marchés publics encadre le processus de la commande publique. A ce titre, il participe à la méthode de définition de besoins, en proposant des outils que chaque collectivité pourra utiliser selon son organisation, ses souhaits et ses besoins. En effet, espace de liberté de l'acheteur public, la détermination des besoins reste fortement encadrée par le Code de marchés publics (partie II).

La référence essentielle à l'échelon local de l'organisation administrative des communes et établissements publics de coopération intercommunale, relève d'une volonté de simplification des développements du présent mémoire. Eclairé, ébloui et peut-être, puisse son rédacteur en être excusé, aveuglé par une pratique de 25 ans du management du secteur public local, ce choix lui a semblé s'imposer. Le stage de support du mémoire a utilement complété l'expérience professionnelle acquise dans la conduite de projets. A ce titre, un travail spécifique a été mené, en lien direct avec le thème du sujet de mémoire, au cours du stage réalisé au sein de la SCP d'avocats Deporcq-Schmidt-Vergnon. La préparation du colloque « Marchés publics » et intitulé « Nouveau Code des marchés publics : détermination des besoins à satisfaire, procédure adaptée et choix de l'offre : derniers espaces de liberté pour l'acheteur public ? » , qui aura lieu le 14 septembre 2004, relève directement de la problématique choisie. Le contenu du mémoire s'appuie sur des recherches jurisprudentielles, des échanges avec les avocats, des lectures doctrinales à l'évidence facilitées par la nature de la structure d'accueil et par ses domaines d'intervention. Les projets conduits au sein de deux structures de coopération intercommunale ¹² , parfois cités dans le mémoire, constituent

¹¹ *Expression empruntée à l'auteur de la « pyramide de Abraham Maslow » Il a en effet défini une pyramide des besoins chez chaque individu comprenant 5 niveaux et dont la progression se fait de bas en haut (survie, sécurité, socialisation, estime, accomplissement). Aucune comparaison ne saurait être recherchée entre les deux notions. En effet la construction pyramidale du projet n'est pas le résultat d'une succession de phases atteintes mais une vision d'ensemble globale dès l'origine.*

bien entendu des matériaux complémentaires. La combinaison de l'expérience pratique et du stage a peut-être permis de ne pas « tomber » dans l'écueil de la simple restitution d'une expérience de praticien local.

Enfin, une présentation graphique complète la structure rédactionnelle. Elle pourra être utilisée comme repère et éventuel fil conducteur dans une démarche méthodologique. Sa déclinaison est toutefois indépendante de la construction du mémoire.

DOCUMENTS CONSULTABLES en version papier au Centre de Documentation Contemporaine de l'Institut d'Etudes Politiques de Lyon

¹² Le syndicat intercommunal à vocation multiple de la région de Cluses (dont le Président est Monsieur Raymond MUDRY et le syndicat omnisports de Cluses Scionzier (dont le Président est Monsieur Jean FAORO) que je remercie de leur confiance.

Partie 1. La détermination des besoins, expression d'un projet politique concerté, budgétairement et administrativement traduit, est étroitement liée à l'organisation de la collectivité

La détermination des besoins est un préalable à tout appel public à la concurrence ou à toute négociation. Elle doit donc avoir lieu de manière anticipée. Le Code fait le lien entre le marché à intervenir et sa définition préalable. Au sens du chapitre 1 de son titre II, la détermination préalable vise un besoin d'achat spécifique, de travaux, de fournitures ou de services – sa nature – dont le périmètre ou l'étendue sera préalablement défini. Il n'est pas strictement demandé à la personne publique d'avoir établi l'intégralité de son projet et de l'avoir décliné en prestations individualisées avant d'engager sa procédure de publicité ou de négociation. Il est demandé que le besoin, objet du futur marché soit défini avant de lancer la mise en concurrence ou la négociation.

Pour autant, la définition des besoins comporte une dimension organisationnelle et

une dimension juridique qui peuvent être schématiquement présentées sous une forme pyramidale :

DOCUMENTS CONSULTABLES en version papier au Centre de Documentation Contemporaine de l'Institut d'Etudes Politiques de Lyon

La particularité de cette pyramide est qu'elle forme un tout et que son sommet est à la fois origine et objectif. Son ouverture vers sa base veut montrer un accroissement des acteurs et de la décomposition des tâches.

La détermination préalable des besoins résulte donc le plus souvent, d'un processus hiérarchisé dont le point de départ est le projet local.

Titre 1. Définition de projet

Chapitre 1. Le projet politique

C'est le projet politique qui exprime le besoin, car même si on ne peut occulter le besoin de satisfaction individuelle, d'une ambition, il répond aujourd'hui, le plus souvent, à l'échelon local, à une demande collective.

Les besoins d'une collectivité couvrent non seulement ses besoins courants mais également les besoins liés à l'exercice de ses missions (un service de transports scolaires par exemple).

Le projet est l'expression puis la programmation d'un ensemble de besoins, dans plusieurs domaines (travaux, fournitures et services) concourant à un même objectif délimité dans l'espace et le temps. Il comporte donc une dimension matérielle (le contenu du programme), une dimension temporelle (sa période de mise en œuvre) et une dimension spatiale (l'endroit où il doit être réalisé).

Les opérations de construction d'ouvrages relèvent logiquement de la notion de projet car elles comportent le plus souvent des prestations de services, des travaux et des dotations en fournitures et en matériels. Pour réaliser une bibliothèque, il faudra ainsi confier à un architecte la conception du projet (marché de service), à des entreprises la réalisation des travaux (marché de travaux) et doter la bibliothèque d'un premier fonds d'ouvrages mis à la disposition du public (marché de fournitures).

En matière de fonctionnement, cette perception de la notion de projet est moins habituelle parce que moins évidente. Pourtant lorsque la décision est prise par une collectivité de moderniser son système informatique, il s'agit bien d'un projet conduisant le plus souvent à acquérir du matériel informatique en une ou plusieurs années (marché de fournitures), à réaliser ou à modifier le câblage informatique de la Mairie en perçant les murs ou à conditionner les locaux (marché de travaux), à assurer la formation du personnel dans le cadre d'un plan de formation adapté (marché de services), à revoir les contrats relatifs à la maintenance du matériel et des logiciels (marchés de services), à

prendre éventuellement toutes dispositions pour assurer les installations (marché de services), à commander des fournitures adaptées au matériel choisi (aux imprimantes par exemple) etc....

De même, l'organisation d'une manifestation exceptionnelle, d'un festival, d'une grande exposition, fait appel à des besoins de natures différentes. Une exposition fera en général appel à des besoins de prestations de menuiserie, d'assurances, de communication, de conception, de nettoyages spéciaux, d'éclairage, de tentures, de sécurité etc.....

La notion de projet recouvre le plus souvent les trois domaines de l'achat public (travaux, fournitures et services), voire des domaines qui échappent à l'application du Code des marchés publics. (Les dépenses de personnel, ou le recours à l'emprunt¹³ par exemple). Elle contribue également à la transparence de la doctrine d'achat de la collectivité en répondant à une volonté de lisibilité politique.

Les besoins ne doivent pas être excessifs. L'acheteur public ne peut logiquement pas exiger des prestations qui excèdent ses besoins et qu'aucune entreprise ne pourrait satisfaire. Le Conseil d'Etat a fait le lien entre les chances d'obtenir un marché par une entreprise, en l'occurrence celui relatif à des transports scolaires et le caractère manifestement excessif de la définition des prestations.¹⁴

Les besoins doivent être réalisables. Ainsi la haute juridiction considère qu'il est illégal de lancer une consultation relative à deux projets alternatifs dont l'un d'entre eux est irréalisable, en l'espèce une variante « aérienne » et une variante « souterraine » d'un même projet routier.¹⁵

Enfin, les besoins doivent être réguliers. Le tribunal administratif de LYON a ainsi annulé la délibération par laquelle le conseil de la communauté urbaine de Lyon avait décidé le réaménagement d'un boulevard et de lancer à cet effet une procédure d'appel d'offres ouvert pour la passation des marchés relatifs aux travaux, car l'aménagement en question était de nature à faire obstacle à un usage normal de la voie publique concernée.

¹⁶

Le projet ainsi défini, régulier, non excessif et réalisable peut entrer dans sa phase de détermination.

Chapitre 2. La mise en œuvre du projet politique

La mise en œuvre d'un projet politique suppose d'être conduite de manière continue et intégrée. Il s'agit en effet d'adopter une démarche réfléchie, structurée et lisible dépassant

¹³ Cette exclusion du champ d'application des contrats d'emprunts fait l'objet des observations de la commission européenne.

¹⁴ CE, 18 novembre 1988, Ministre de l'Intérieur c/SARL « Les voyages Brounais », Lebon, P.964

¹⁵ CE Avis 6 juillet 1993, EDCE Rapport 1993, p.375

¹⁶ TA Lyon 17 septembre 1997, Association pour lutter contre les effets néfastes du périphérique Nord

le stade de l'idée ou de la philosophie d'origine.

Chaque projet possède ses propres spécificités et doit être analysé et étudié au regard de celles-ci. De nombreuses vérifications sont préalablement nécessaires.

(1) La vérification de la compétence à mettre en œuvre

Les compétences classiques de l'assemblée délibérante en matière d'achat public sont :

- Le vote du budget
- La délégation des attributions
- L'élection des membres délibérants de la CAO
- L'autorisation de signature d'un marché

A ce dernier titre, un arrêt du 5 décembre 2002 de la cour administrative de Lyon, « Commune de Montélimar »¹⁷ a modifié la pratique de la plupart des collectivités qui consistait à autoriser la signature du marché sur la base d'une délibération initiale de lancement de la procédure, adoptant dans le même temps le dossier de consultation des entreprises. Cette décision est motivée par le fait qu'à cette date, l'acte d'engagement de l'entreprise n'est pas établi, que l'identité de l'entreprise attributaire n'est pas connue et que le montant des prestations n'est pas arrêté. Dès lors le conseil municipal ne dispose pas des informations suffisantes pour lui permettre d'exercer sa compétence.¹⁸

Une nouvelle attribution lui est désormais assignée, celle de définir le besoin et le niveau auquel ce besoin s'exprime¹⁹. La détermination des besoins doit être préalable et réfléchie. Elle comporte obligatoirement un aspect quantitatif et un aspect qualitatif. Cette nouvelle attribution a été introduite par le second alinéa du nouvel article 5 du Code des marchés publics. « L'autorité compétente détermine le niveau auquel les besoins de fournitures et de services sont évalués. Ce choix ne doit pas avoir pour effet de soustraire les marchés aux règles qui leur sont normalement applicables en vertu du présent Code. »

L'idée que deux délibérations successives sont nécessaires pour autoriser un maire à passer un marché n'est certes pas nouvelle, quoique le juge ait admis la possibilité de n'avoir recours qu'à une seule délibération en fin d'une procédure d'appel d'offres.²⁰ La circulaire du 10 juin 2004 de la direction générale des collectivités locales (DGCL) à laquelle il est renvoyé précédemment, ne retient pas l'obligation d'une délibération autorisant le lancement de la procédure. Cette indication nous semble contraire à l'idée

¹⁷ Cour administrative d'appel de Lyon, 5 décembre 2002, commune de Montélimar, n° 01LY02201

¹⁸ Voir également réponse ministérielle à Jacques Mahéas, JO du Sénat page 2674, 07072, relative notamment à la possibilité d'une modification du Code général des collectivités territoriales.

¹⁹ Voir également sur cette question la circulaire du 10 juin 2004 du Ministre délégué à l'intérieur – DGCL- NOR :LB/B/04/1005/C

²⁰ CE – 4 avril 1997 – Commune d'Orcet – req. 151275

d'une nécessaire formalisation préalable²¹ de la détermination du besoin et du processus de réalisation.²²

Au stade de la décision de lancer le projet, la personne publique devra toutefois vérifier qu'elle en possède la compétence.

(2) La spécialisation des compétences

Dans un contexte de développement de la coopération intercommunale, les communes transfèrent de plus en plus de compétences à

des organismes de coopération intercommunale. Cette situation a deux conséquences. La première est que, dessaisies de leurs compétences, elles ne peuvent plus intervenir dans des domaines délégués. La seconde est que, compétents dans les matières déléguées, les établissements publics de coopération intercommunale ne sauraient intervenir en dehors du champ de leurs compétences et en dehors de leur territoire. Au-delà de ces considérations, la détermination d'un besoin ne semble pouvoir être initiée que par la personne publique qui envisage la passation du marché dans le cadre de ses prérogatives ou de ses compétences. Le Conseil d'Etat a toutefois admis que le conseil d'administration d'un hôpital pouvait légalement reprendre la maîtrise d'ouvrage d'une opération de travaux publics, initialement déléguée à l'Etat.

Toute réponse à un besoin ne relève toutefois pas de l'application du Code des marchés publics. La vérification de celle-ci relève également de la définition du projet. Au sein d'un même projet, des besoins peuvent en effet relever du Code et d'autres en être exclus.

(3) La vérification que le besoin s'inscrit dans le cadre d'un marché public

N'entrent pas dans le programme de la commande publique, les dépenses qui ne relèvent pas de l'achat public (salaires, charges et frais de mission de personnel, subventions et aides non qualifiables de marchés publics, impôts et taxes etc...) ainsi que les dépenses exclues du champ d'application du Code (CMP, art.3). A contrario, le versement d'une subvention en contrepartie de la réalisation d'une prestation pourrait être qualifiée de marché public par le juge administratif. On peut dire schématiquement que l'association qui exécute une prestation pour le compte d'une collectivité, en contrepartie du versement d'une subvention, se trouve dans une situation dans laquelle les règles de la commande publique s'imposent à elle, soit dans ses relations avec la collectivité publique, soit dans ses relations avec les tiers si elle agit dans le cadre d'un mandat formel ou fictif.

La vérification de la compétence à agir permet de déterminer les acteurs du processus à intervenir, d'identifier leur rôle et les règles qu'il seront tenus d'appliquer. Etape suivante ou concomitante des précédentes, la collectivité devra vérifier sa capacité financière à réaliser le projet et à emprunter et définira par conséquent son besoin de financement.

²¹ voir annexe 1 – exemple de délibération relative à la détermination d'un processus de réalisation – pages V à XXIII

²² Voir infra Partie II, Titre 1, Chapitre 4

(4) La vérification de la capacité financière à réaliser et à financer/à emprunter – le programme pluriannuel d'investissements

L'article L. 2311-2 du Code général des collectivités territoriales dispose que « Le budget communal comprend les ressources nécessaires à la couverture des dépenses d'investissement à effectuer au cours de l'exercice pour lequel il a été voté.

Le conseil municipal détermine l'ordre de priorité des travaux à effectuer suivant leur caractère d'urgence et de nécessité.

La délibération intervenue comporte une évaluation de la dépense globale entraînée par l'exécution de ces travaux, ainsi qu'une répartition de cette dépense par exercice si la durée des travaux doit excéder une année, et l'indication des ressources envisagées pour y faire face ».

L'emprunt constitue un mode de financement des projets importants. L'inscription au budget doit respecter le principe de sincérité budgétaire. D'autre part, l'incidence du remboursement des annuités d'emprunts s'inscrit dans un profil de dette qui doit être ajusté aux capacités financières de la collectivité. Dans le cadre d'un projet de réhabilitation d'un équipement, la délibération de l'assemblée délibérante peut par exemple comporter le cadre d'analyse suivant :

« ...Le coût estimé à ce stade, de l'investissement à réaliser (autorisation de programme) est estimé à 2 500 000 euros HT. Cette somme comprend la totalité des dépenses liées au programme c'est à dire le ou les marchés de travaux, le marché de service de la famille homogène 71.01, les marchés de services de la famille 71.03 et les dépenses accessoires à l'exception des frais financiers de portage et de toute dépense dont l'imputation comptable relève de la section de fonctionnement du budget ; Le montant annuel des annuités à porter est estimé à 180 000 euros ; La marge de manœuvre projetée du syndicat est de 45 000 euros ; Les économies induites par l'opération sont estimées à 15 000 euros ; L'estimation prudente de l'évolution des recettes « grand public » à court terme est de 45 000 euros L'évolution des recettes liées à l'enseignement de la natation scolaire dans le cadre intercommunal actuel ou dans un autre cadre est estimée à 45 000 euros Les travaux sont éligibles au fonds de compensation de la TVA au titre des conditions en vigueur Un accord de principe a été obtenu sur un financement au titre du contrat global de développement pour un montant de 183 000 euros soit 30% du montant pouvant être subventionné, plafonné à 610 000 euros. La réalisation de l'opération peut donc être envisagée, à ce stade et sur ces bases sans augmentation significative des contributions des collectivités adhérentes. Il convient toutefois de provisionner en 2003 la perte de recettes résultant de la fermeture durant les travaux et de la perte de clientèle estimée à 100 000 euros. »

La collectivité doit être en effet en capacité financière de mener ses projets.

Dans une lettre d'observations de la Chambre Régionale des Comptes (CRC) de Corse du 12 mai 1998, le Directeur est invité à communiquer au Conseil d'administration de l'Hôpital Local de BONIFACIO cette observation :

« ...des travaux immobiliers importants, évolutifs ont été engagés sans les

moyens financiers correspondants....de fait cette situation résulte d'une mauvaise définition des besoins à l'origine comme en apporte la preuve de l'examen du lot n°2. Celui-ci ne pouvait, en effet, répondre aux impératifs de l'étude technique résultant de l'étude géotechnique qui lui a été postérieure..... ».

La vérification de la capacité à financer peut également se prolonger d'une vérification de la capacité à préfinancer²³ les travaux destinés à remédier aux malfaçons ou dommages qui peuvent apparaître en cours de chantier ou durant le délai de garantie. En dehors du cas où elles font réaliser des travaux de bâtiments à usage d'habitation, les collectivités locales et leurs établissements publics sont en effet tenus de souscrire, avant l'ouverture du chantier, une assurance spéciale pour couvrir ces risques. Une circulaire du ministère de l'équipement²⁴ souligne que « même lorsque l'assurance spéciale n'est pas obligatoire, il peut y avoir intérêt pour les collectivités publiques à souscrire une telle assurance, cet intérêt s'appréciant au cas par cas, et elle indique les critères qui lui semblent devoir être retenus pour exercer cette option ». Au cas où ce choix serait effectué il nécessiterait la passation d'un marché spécifique d'assurances (marché de services).

La détermination du projet doit être menée avec le plus de précision possible afin de répondre à l'objectif fixé. Dans cette optique, l'extension du champ de réflexion et de concertation participe de manière facultative ou obligatoire à la détermination des besoins. Les modes de concertation développés ci-dessous ne relèvent pas d'une démarche d'énumération exhaustive. Ce sont quelques possibilités, souples pour les phases facultatives de concertation, permettant de mieux définir ses besoins.

(5) Les phases de concertation préalables

La détermination des besoins relatifs à un projet n'est jamais une opération simple. Sa précision dépend notamment de la participation des habitants, usagers ou non à son expression.

En effet, indissociable de la libre administration des collectivités locales, le droit des habitants à être consultés sur les décisions qui les concernent est un principe essentiel de la démocratie locale.²⁵

L'association des habitants, électeurs et usagers est un gage de bonne définition des besoins en matière d'équipements (donnant lieu à la conclusion de marché de travaux), mais aussi en matière de services publics (pouvant donner lieu à la conclusion de marchés de services ou de fournitures). Ces consultations sont toutefois le plus souvent facultatives.

(a) Les consultations facultatives participant à la définition précise des

²³ Notamment par l'emprunt

²⁴ Circ. min. Équip. n° 90-51, 11 juill. 1990 : BOI min. Équip., 30 sept. 1990, n° 27

²⁵ CGCT - article L. 2141-1

besoins.

- La consultation des habitants :

Des conseils de quartiers sont obligatoirement constitués dans les communes de 80 000 habitants et plus. Ils le sont facultativement dans les communes de 20 000 à 79 999 habitants.

Dans les communes de taille inférieure, rien n'interdit l'organisation de réunions de quartiers. Cette pratique est d'ailleurs assez répandue. Les conseils de quartier peuvent être consultés par le Maire et peuvent lui faire des propositions sur toute question concernant le quartier ou la ville.²⁶

Autre organe de consultation des habitants, le conseil municipal peut créer des comités consultatifs sur tout problème d'intérêt communal concernant tout ou partie du territoire de la commune. Ces comités comprennent des personnes qui peuvent ne pas appartenir au conseil, notamment des représentants des associations locales.²⁷

- La consultation des électeurs

D'un champ d'application plus réduit, la collectivité peut consulter les électeurs pour régler les affaires de la compétence de la commune.²⁸ Ainsi le projet d'aménagement d'un centre-ville présente le caractère d'affaire communale alors même que sa réalisation implique, pour partie, l'intervention de décisions prises par d'autres autorités que les autorités municipales.²⁹

Cette consultation n'est toutefois qu'une demande d'avis, sans force obligatoire.

- La consultation des usagers

L'amélioration des services publics locaux relève du champ de compétence des commissions consultatives des services publics locaux, obligatoirement créées dans les régions, les départements, les communes de plus de 10 000 habitants, les établissements publics de coopération intercommunale de plus de 50 000 habitants et les syndicats mixtes comprenant au moins une commune de plus de 10 000 habitants, pour l'ensemble des services publics qu'ils confient à un tiers par délégation de service public ou qu'ils exploitent en régie dotée de l'autonomie financière.³⁰

²⁶ CGCT - article L. 2143-1

²⁷ CGCT – article L. 2143-3

²⁸ CGCT - article L. 2142-1

²⁹ CE 1^{er} mars 1996, Association contre l'implantation d'une grande surface en centre-ville de Saint-Michel de Maurienne, req n°161197 : ACL 1997, n°13.

³⁰ CGCT – article L. 1413-1

De création nouvelle, ces commissions consultatives ne connaissent pas un franc succès en dehors de leur champ d'intervention obligatoire. Cette consultation préalable est en effet une formalité substantielle à la création d'une régie dotée de l'autonomie financière ou à tout projet de délégation de service public. Elles participent toutefois à la mise en œuvre des projets.

D'autres procédures de concertation obligatoire répondent, dans un cadre juridique contraignant, au même objectif

(b) Le cadre contraignant de la concertation obligatoire en matière d'opérations d'urbanisme

- L'enquête publique

La Loi du 12 juillet 1983 relative à la « démocratisation des enquêtes publiques » et le décret du 23 avril 1985 prévoient que si les travaux routiers dépassent un montant de 1,83 million d'euros, conduisant la création de nouveaux ouvrages ou la modification d'assiette d'ouvrages existants, leur réalisation doit être précédée d'une enquête publique.

L'appréciation de ce seuil doit tenir compte de l'ensemble de l'opération et inclure tous les travaux concernés en cas de réalisation fractionnée d'une même opération. Ainsi il faut prendre en compte des travaux limitrophes d'amélioration d'une route, réalisés simultanément.

- La concertation avec les services de l'Etat

Enfin, les projets de travaux d'aménagements ou d'ouvrages des collectivités territoriales, des groupements des collectivités territoriales ou d'un des établissements publics en dépendant, dont le coût est supérieur à un seuil ou répondant à des critères physiques ou géographiques définis par décret en Conseil d'Etat, font l'objet d'une concertation entre l'Etat et la collectivité territoriale ou l'établissement public, maître d'ouvrage.

Cette concertation, définie par l'article L. 1331-1 du CGCT a pour objet de s'assurer que le projet ne porte atteinte à aucun des intérêts publics ou militaires dont l'Etat a la charge, et de veiller au respect des dispositions législatives et réglementaires, notamment celles de l'article L. 1111-7 du CGCT, concernant le fonctionnement et l'intégrité des installations ou ouvrages intéressant la défense nationale ou celles relatives aux projets d'intérêt général prévus à l'article L. 121-9 du Code de l'urbanisme.

En pratique, les services de l'Etat seront le plus souvent consultés dans la phase de définition du projet. Ils le seront d'autant que leur autorisation sera nécessaire en cours de procédure.

Le projet politique, né de la volonté de l'élu ou de la demande de sa population, dont les conditions administratives et financières de réalisation ont été préalablement vérifiées, précisé en concertation avec les habitants et les usagers, doit ensuite faire l'objet d'une programmation traduite budgétairement.

Le projet devient alors opération budgétaire ou autorisation de programme

Titre 2. Définition d'opération et de programme au sens du droit budgétaire – la pluriannualité.

L'article L. 2311-2 du Code général des collectivités territoriales déjà cité donne compétence au conseil municipal pour déterminer l'ordre de priorité des travaux à effectuer suivant leur caractère d'urgence et de nécessité.

La délibération intervenue, rappelons-le, comporte une évaluation de la dépense globale et une répartition des dépenses par exercice. Par ailleurs, la Loi « Administration Territoriale de la République » de 1992 a rendu obligatoire la pratique de l'engagement dont la phase comptable doit être antérieure ou concomitante à la phase juridique. La délibération budgétaire est un élément essentiel du processus de la détermination préalable des besoins de la commande publique dont elle concrétise l'évaluation, la programmation et le niveau d'agrégation. Le vote du budget constitue un moment fort de la vie locale, le plus fort sans doute au regard des habitants, dans sa traduction de la réponse de l'action locale à leurs besoins. Au regard de l'appréciation du juge administratif, il traduit également le découpage des besoins de manière annuelle et pluriannuelle.

Programme de la commande publique et budget ne connaissent toutefois ni la même structuration ni la même décomposition. La nomenclature³¹ devenue facultative, ne distingue pas, par exemple, le fonctionnement et l'investissement.

Chapitre 1. La notion d'opération budgétaire

Au sens de l'article D. 2311-7 du Code général des collectivités territoriales « l'opération correspond à un ensemble d'acquisitions, d'immobilisations, de travaux sur immobilisations et de frais d'études y afférents, aboutissant à la réalisation d'un ouvrage ou de plusieurs ouvrages de même nature ».

L'opération constitue un chapitre et permet donc, dans le cas d'un vote du budget par chapitre, cas le plus courant dans les collectivités, de donner la possibilité à l'exécutif d'effectuer des virements entre comptes de l'opération. Si le montant de la prévision portée sur le compte des « frais d'études » est insuffisant, l'exécutif pourra virer, sans autre décision particulière de l'assemblée délibérante » une partie des crédits sur le compte relatif aux travaux.

A défaut de présenter le budget par opération, les crédits sont votés par chapitre, c'est-à-dire, en ce qui concerne la section d'investissement au niveau de chacun des comptes à deux chiffres des classes 1 et 2, ouverts à la nomenclature par nature, à l'exception des comptes 11 « Report à nouveau » et 12 « Résultat de l'exercice ».

³¹ L'article 27 du code de 2001 faisait référence à une nomenclature obligatoire pour l'évaluation des besoins en matière de fournitures courantes et de services.

Le vote par opération n'est pas obligatoire. Il constitue toutefois, un outil de détermination et de présentation des besoins intéressant pour la collectivité qui aura à se poser la question de l'individualisation de l'ensemble des dépenses concourant à la réalisation d'un ouvrage ou de plusieurs ouvrages de même nature.

L'opération ne peut toutefois pas comporter d'inscriptions relatives à la section de fonctionnement. A ce titre elle ne permet pas de présenter l'entièreté du projet défini supra.

Chapitre 2. La difficulté de lisibilité du budget avec la pratique des reports

Cette lisibilité est à mettre en lien avec l'obligation de l'acheteur public de projeter ses besoins et de choisir une durée de contrat adaptée. En effet la durée d'un marché (ou les dates prévisionnelles de début d'exécution et d'achèvement), qui constitue un élément obligatoire des documents constitutifs de celui-ci est fixée, hormis le champ d'application des articles 35, 68 et 71 du Code, en tenant compte de la nature des prestations et de la nécessité d'une remise en concurrence périodique.

Cette durée pourra donc être infra annuelle ou supra annuelle. Quelque soit sa durée, son exécution peut «chevaucher » plusieurs exercices budgétaires. Il ne faudrait toutefois pas en conclure que le choix de la durée du marché doit correspondre à l'exercice budgétaire. Ce serait mettre l'efficacité de la commande publique sous le joug des règles comptables. Si le CGCT ne vise que la pluriannualité des dépenses d'investissement, l'inscription au budget de fonctionnement des crédits nécessaires à l'engagement d'un contrat d'une durée supérieure à un an n'est pas exclue. Cette inscription pourra en effet donner lieu, par la technique des reports de fin d'année, certes peu pratiquée en section de fonctionnement, à un suivi sur les exercices « recouverts » par cet engagement juridique. Cette technique est critiquée pour l'image «en dents de scie » qu'elle peut donner au budget. La présentation du budget doit-elle prévaloir sur l'efficacité de la commande publique ? On objectera également à cette méthode, et cette contrainte est réelle, que le nécessaire équilibre budgétaire conduit à dégager annuellement les ressources nécessaires au financement de ces « pointes » de besoin. Leur anticipation par la technique du suréquilibre budgétaire reporté (s'il y a des années de prévisions budgétaires supérieures, il y a nécessairement des années de moindre prévision) et un certain lissage des effets « des pointes de besoins » peut corriger cette contrainte.

L'introduction, à l'échelon des communes du dispositif prévu au II de l'article L. 3312-4 du Code général des collectivités territoriales spécifiquement pour les départements, constituerait une réponse définitive et complète à ce légitime souci du gestionnaire local. Il prévoit en effet la possibilité de voter des autorisations d'engagements au-delà d'un exercice annuel.

En effet, la technique des autorisations de programme – crédits de paiement AP/CP ne vise, s'agissant des communes et des établissements assimilés, que la section d'investissement du budget et donc essentiellement les opérations de travaux.

Chapitre 3. Le vote du budget d'investissement par autorisations de programmes -crédits de paiements

Le vote du budget en autorisations de programme et crédits de paiement constitue la modalité la plus aboutie de présentation, de vote, de suivi et de contrôle d'un projet préalablement défini.

Ainsi l'article R. 2311-9 du Code général des collectivités territoriales énonce qu' « en application de l'article L. 2311-3, pour les communes de 3 500 habitants et plus, pour leurs établissements publics administratifs ainsi que, quand ils comprennent au moins une commune de 3 500 habitants et plus, pour les établissements publics de coopération intercommunale et les syndicats mixtes à caractère administratifs mentionnés à l'article L. 5711-1, la section d'investissement peut comprendre des autorisations de programme et des crédits de paiement relatifs aux acquisitions de biens meubles et immeubles et aux travaux en cours à caractère pluriannuel ».

Un programme à caractère pluriannuel est une opération prévisionnelle³² et individualisée³³.

Son caractère prévisionnel s'analyse au regard du principe de sincérité budgétaire qui conditionne l'équilibre budgétaire réel défini par l'article L. 1612-4 du CGCT et qui mentionne notamment que les recettes et les dépenses ont été évaluées de façon sincère.

En matière de définition de besoins à caractère pluriannuel, il ne saurait donc y avoir d'autorisation de programme relative aux acquisitions de biens meubles et immeubles et aux travaux en cours, sans détermination préalable des besoins relatifs à une opération déterminée et dont le budget n'est que l'évaluation économique.

Cette évaluation économique doit porter autant sur les dépenses à réaliser que sur les ressources envisagées pour y faire face.

L'intérêt de cette procédure d'autorisation et de suivi budgétaire est multiple :

- Un programme pluriannuel est une opération prévisionnelle ou un ensemble d'opérations de dépenses d'équipement se rapportant à une immobilisation ou à un ensemble d'immobilisations déterminées, acquises ou réalisées par la commune. Son individualisation permet donc de rassembler, d'agréger des dépenses concourant à la réalisation globale d'un projet, à la satisfaction globale d'un besoin en assurant donc une lisibilité complète des différents volets de ce projet. S'agissant par exemple d'un projet de construction d'ouvrage, l'autorisation de programme comportera donc l'ensemble des dépenses d'études, d'acquisitions de terrains, de travaux nécessaires à la réalisation du projet. Elle évite donc un saucissonnage de la prévision budgétaire ;

³² Article R. 2311-9 du CGCT, alinéa 2

³³ Article R. 2311-9 du CGCT, alinéa 5

Partie 1. La détermination des besoins, expression d'un projet politique concerté, budgétairement et administrativement traduit, est étroitement liée à l'organisation de la collectivité

- De caractère pluriannuel, elle concerne par définition des opérations d'une durée supérieure à un an ou dont l'exécution des dépenses et des recettes ne s'inscrit pas strictement dans le cadre de l'annualité budgétaire. Cela est d'ailleurs très souvent le cas pour les recettes de subventions dont les versements sont effectués, pour leur solde, après la fin des travaux ou s'agissant des opérations éligibles au fonds de compensation de la taxe sur la valeur ajoutée, dans des conditions « classiques »³⁴, du reversement de ce fonds (FCTVA) au cours de l'année N+1 suivant l'exécution des dépenses ;
- Individualisée, elle constitue une concrétisation de la définition du projet au stade du projet politique. Elle en est l'affichage budgétaire. A ce titre, les dispositions du Code général des collectivités territoriales énoncent que « les autorisations de programme et leurs révisions éventuelles sont proposées par le maire ou le président » et qu'« elles sont individualisées par le conseil municipal ou l'assemblée délibérante ». Dans un premier temps, le Maire (ou le Président) présente donc, dès le stade du débat d'orientation budgétaire, le besoin pour lequel il entend « bénéficier » d'une autorisation de programme. Dans un second temps, le conseil municipal individualise ce besoin.

Le recours à cette procédure connaît toutefois certaines limites :

- Tout d'abord, elle ne concerne spécifiquement que les communes de plus de 3 500 habitants. La possibilité pour des communes de taille inférieure d'opter pour des modalités de présentation budgétaire prévues pour les communes de la strate supérieure n'est ouverte par l'article R. 2311-1 du CGCT que pour la présentation fonctionnelle du budget ;
- Ensuite, seule la section d'investissement est concernée par cette possibilité.

S'agissant des communes³⁵, il n'est donc pas possible de :

- Présenter et suivre un projet d'achat portant sur des fournitures courantes ou de services qui relèvent de la section de fonctionnement du budget. Un grand nombre de projets d'achats de fournitures et de services ne peuvent donc être présentés de manière pluriannuelle alors même que la durée du marché serait supérieure à un an. Seule la technique de l'inscription au titre d'un exercice de l'intégralité de la dépense donnant lieu à engagement juridique et le report des dépenses engagées non mandatées à la clôture de l'exercice est alors possible. Cette technique, à l'évidence, est de moindre lisibilité budgétaire.

³⁴ Certains États membres publient un projet global qui agrège l'ensemble des dépenses directes de fonctionnement et des dépenses indirectes de fonctionnement, à savoir les dépenses de fonctionnement de la section d'investissement et les dépenses de fonctionnement de la section de fonctionnement, plus le reversement du FCTVA plus fonctionnel.

³⁵ S'agissant des Départements l'article R. 3312-4 du CGCT prévoit « que la section de fonctionnement du budget peut comprendre des autorisations d'engagement et des crédits de paiement relatifs aux seules dépenses résultant de conventions, de délibérations ou de décisions au titre desquelles le département s'engage, au-delà d'un exercice budgétaire, dans le cadre de ses compétences, à verser une subvention, une participation ou une rémunération à un tiers, à l'exclusion des frais de personnel ». S'agissant des Régions les articles R. 4311-1 et suivants du CGCT n'introduisent pas cette même souplesse.

dépenses d'investissement. Cet inconvénient peut être corrigé toutefois, dans une certaine mesure, par la pratique de la comptabilisation des travaux en régie ou « production d'immobilisations » qui permet, par une opération d'ordre budgétaire de « transférer » en section d'investissement des dépenses de fonctionnement concourant à la réalisation d'une immobilisation. Reste qu'au stade de la définition du besoin, donc de la prévision budgétaire cette pratique est peu courante dans les collectivités. Elle conduit certes à une appréciation sincère du coût global d'un projet mais aussi à une augmentation de celui-ci, neutre du point de vue budgétaire mais d'un affichage politique parfois difficile. Elle a une incidence limitée pour la récupération du FCTVA, les dépenses de personnel n'étant pas éligibles à ce fonds mais permet toutefois de financer des dépenses de fonctionnement « transférées en investissement » par l'emprunt.

Au plan du droit communautaire, on peut remarquer que, s'agissant des marchés publics de travaux, le calcul de la valeur estimée prend en compte « le montant des travaux ainsi que la valeur estimée des fournitures nécessaires à l'exécution des travaux et mises à la disposition de l'entrepreneur par les pouvoirs adjudicateurs. »

Ces limites étant posées, on peut toutefois objectivement avancer que l'utilisation de la technique des AP/CP constitue un prolongement efficace d'un point de vue comptable de la définition préalable des besoins.

La présentation comptable relève certes de la détermination des besoins et plus particulièrement de leur évaluation mais n'est finalement que la face visible d'un iceberg dont la partie immergée relève de l'organisation locale et des choix de procédures possibles.

Titre 3. La détermination préalable des besoins conduit à un arbitrage entre l'organisation locale et les procédures d'achat

La détermination des besoins ne peut pas faire l'économie de l'examen des moyens dont dispose la collectivité pour mener à bien son projet. En effet en fonction de ses effectifs, de la compétence des agents, l'externalisation de besoins de service pourra éventuellement s'avérer nécessaire.

Le recours à une centrale d'achat peut ainsi correspondre à la volonté de la collectivité de « simplifier » l'organisation de sa commande.

Chapitre 1. Le choix de l'externalisation : la centrale d'achat

L'article 9 du Code des marchés publics définit la centrale d'achat comme : « une personne publique ou un organisme de droit privé remplissant les conditions fixées au c)

de l'article 9 de la loi n° 91-3 du 3 janvier 1991 relative à la transparence et à la régularité des procédures de marchés et soumettant la passation de certains contrats à des règles de publicité et de mise en concurrence, qui peut notamment :

- a) Acquérir des fournitures ou des services en vue de les céder à des personnes publiques ou des personnes privées remplissant les conditions mentionnées ci-dessus ;
- b) Mettre en œuvre des procédures de passation de leurs marchés et veiller à la bonne exécution de ceux-ci. »

La centrale d'achat n'intervient pas à proprement dit au niveau de la définition des besoins. Toutefois, l'achat « sur catalogue » contribue à déterminer son besoin en « ouvrant un choix limité ». Si je souhaite acheter un téléviseur, la comparaison de modèles sur catalogue m'aide, par la comparaison, non pas de tous les produits, mais des produits « catalogues », à me déterminer. Cette consultation m'aide également à découvrir des produits qui m'étaient inconnus. Cette méthode me permet de consacrer moins de temps à la détermination de mon achat.

L'article 5 du décret portant Code des marchés publics précise que : « L'union des groupements d'achats publics (UGAP) est une centrale d'achat au sens de l'article 9 du code des marchés publics. » Il est souvent objecté que le recours à l'UGAP est facteur de surcoût. Effectivement, le coût facial du produit intègre des frais de gestion. La collectivité doit toutefois se poser la question des coûts directs, indirects voire cachés³⁶ de son processus d'achat.

Le recours à une centrale d'achat résulte d'une première analyse des moyens – ou de l'absence de moyens- dont dispose la collectivité pour procéder à ses achats. Elle en simplifie significativement le contenu en supprimant toute procédure de mise en concurrence directe par la collectivité.

La question se posera peut-être de la mise en concurrence des centrales d'achat entre elles lorsque l'UGAP ne sera plus en situation de quasi-monopole. En dehors de cette possibilité d'autres choix doivent être opérés par la personne publique.

Chapitre 2. La détermination des besoins en lien avec l'organisation de la collectivité

En matière de services, la collectivité pourra ainsi recourir à des prestataires extérieurs dont la nature ou la dénomination est variable (consultant, conseil, assistant, programmiste, avocat..). La qualification du contrat au sens du Code des marchés publics

³⁶ Sur le sujet des coûts cachés liés à des dysfonctionnements de l'organisation : Selon Henri. SAVALL, « *Le coût financier de ces dysfonctionnements n'est pas identifié par les systèmes d'information de management, et, moins encore, dans les documents comptables. Ainsi, si le dysfonctionnement est généralement repéré et connu, l'impact financier de celui-ci ne l'est pas. C'est la raison pour laquelle le coût des actes de régulation de ces dysfonctionnements est appelé « coût caché ». Au contraire, lorsque l'organisation parvient à réduire des dysfonctionnements, des améliorations de résultats financiers se produisent, sans apparaître toutefois dans la comptabilité : c'est une performance cachée* ». Méthode socio-économique d'analyse des entreprises et des organisations - 1973

ne souffre pourtant aucune ambiguïté, il s'agit de marchés de services relevant, le plus souvent, de l'article 29 du Code des marchés publics³⁷ et à défaut de l'article 30.

S'agissant de projets de travaux, la personne publique doit en effet réfléchir sur sa capacité à « mener » seule, ces différentes phases.

(1) Maîtrise d'œuvre interne, mandat et conduite d'opération

En matière de travaux, la collectivité doit s'interroger, si elle a recours :

- à un maître d'œuvre

En effet l'article 7 de la loi n°85-704 du 12 juillet 1985, relative à la maîtrise d'ouvrage publique et à ses rapports avec la maîtrise d'œuvre privée définit la mission de maîtrise d'œuvre comme celle qui permet une réponse architecturale, technique et économique à l'expression d'un besoin (le programme) et qui peut être confiée par le maître d'ouvrage à une personne de droit privé ou à un groupement de personnes de droit privé.

La personne publique doit également déterminer si le recours à un architecte sera nécessaire. Ce choix déterminera le besoin de composition de la future équipe de maîtrise d'œuvre.

En effet, il résulte des dispositions de l'article L. 421-1 du Code de l'urbanisme³⁸ que « quiconque désire entreprendre ou implanter une construction à usage d'habitation ou non, même ne comportant pas de fondations, doit, au préalable, obtenir un permis de construire, sous réserve des dispositions des articles L. 422-1 à L. 422-5. Cette obligation s'impose aux services publics et concessionnaires de services publics de l'État, des régions, des départements et des communes, comme aux personnes privées ».

Cette obligation doit être satisfaite par un architecte En effet, il résulte des dispositions de la loi n° 77-2 du 3 janvier 1977 que, « quiconque désire entreprendre des travaux soumis à une autorisation de construire doit faire appel à un architecte pour établir le projet architectural faisant l'objet de la demande de permis de construire, sans préjudice du recours à d'autres personnes participant soit individuellement, soit en équipe, à la conception. Cette obligation n'exclut pas le recours à un architecte pour des missions

³⁷ Les marchés publics de services qui ont pour objet des prestations de : 1. Services d'entretien et de réparation ; 2. Services de transports terrestres, y compris les services de véhicules blindés et les services de courrier ; 3. Services de transport aériens : transports de voyageurs et de marchandises ; 4. Services de transports de courrier par transport terrestre et par air ; 5. Services de télécommunications ; 6. Services financiers : services d'assurances, services bancaires et d'investissement, sous réserve des dispositions du 5° de l'article 3 du présent Code ; 7. Services informatiques et services connexes ; 8. Services de recherche-développement, sous réserve des dispositions du 6° de l'article 3 du présent Code ; 9. Services comptables et d'audit ; 10. Services d'études de marché et de sondages ; 11. Services de conseil en gestion et services connexes ; 12. Services d'architecture ; services d'ingénierie et services intégrés d'ingénierie ; services d'aménagement urbain et d'architecture paysagère ; services connexes de consultations scientifiques et techniques ; services d'essais et d'analyses techniques ; 13. Services de publicité ; 14. Services de nettoyage de bâtiments et services de gestion de propriétés ; 15. Services de publication et d'impression ; 16. Services de voirie et d'enlèvement des ordures, services d'assainissement et services analogues, sont soumis, en ce qui concerne leur passation, aux règles prévues par le présent titre.

³⁸ Loi n° 86-13 du 6 janv. 1986, art. 2-I

plus étendues. Le projet architectural mentionné ci-dessus définit par des plans et documents écrits l'implantation des bâtiments, leur composition, leur organisation et l'expression de leur volume ainsi que le choix des matériaux et des couleurs. Même si l'architecte n'assure pas la direction des travaux, le maître d'ouvrage doit le mettre en mesure, dans des conditions fixées par le contrat, de s'assurer que les documents d'exécution et les ouvrages en cours de réalisation respectent les dispositions du projet architectural élaboré par ses soins. Si ces dispositions ne sont pas respectées, l'architecte en avertit le maître d'ouvrage ».

L'architecte est donc titulaire d'un droit réservé en matière de permis de construire. Ce droit limite le monopole de l'architecte à l'établissement du projet architectural faisant l'objet du permis

- La personne publique peut également avoir recours à un mandataire

L'article 3 de la loi MOP précitée, indique que « dans la limite du programme et de l'enveloppe financière qu'il a arrêtés, le maître d'ouvrage peut confier à un mandataire.....l'exercice en son nom et pour son compte, de tout ou partie des attributions suivantes de maîtrise d'œuvre ». La définition des conditions administratives et techniques selon lesquelles l'ouvrage sera étudié et exécuté et l'approbation des avant-projets, figurent notamment dans la liste des attributions qui peuvent être confiées au mandataire.

- Il peut également s'assurer les services d'un conducteur d'opération

Le maître d'ouvrage peut également recourir à un conducteur d'opération pour une assistance à caractère administratif, financier et technique.

Une récente ordonnance ³⁹ a notamment supprimé la référence à une liste de personnes morales pouvant assurer la conduite d'opération. La seule incompatibilité vise désormais l'exercice direct ou indirect d'une mission de maîtrise d'œuvre, de travaux ou de contrôle technique portant sur les mêmes ouvrages.

On peut penser que les conditions sont remplies pour que le recours à la conduite d'opération se développe.

- Le maître d'ouvrage devra également faire un choix en matière de coordination de sécurité et de protection de la santé

Les maîtres d'ouvrages sont responsables des accidents du travail pouvant survenir sur leurs chantiers. A ce titre, ils doivent s'organiser pour gérer au mieux leurs opérations et limiter les risques d'accidents et de contentieux. La loi du 31 décembre 1993 fixe le cadre de l'organisation de la coordination de la sécurité et de protection de la santé.

Certaines collectivités ont fait le choix de créer une cellule interne de coordination SPS dans la volonté par exemple de gagner du temps. ⁴⁰

³⁹ Ordonnance n°2004-566 du 17 juin 2004, portant modification de la loi n°85-704 du 12 juillet 1985 relative à la maîtrise d'ouvrage publique et à ses rapports avec la maîtrise d'œuvre privée – JO n°141 du 19 juin 2004 page 11020

⁴⁰ « Une cellule interne de coordination SPS à Rennes – Bruno Morin, technicien territorial chef a piloté la mise en place du dispositif – La Gazette des Communes du 2 juillet 2001

Du choix fait par la collectivité résultera la détermination de deux besoins :

- celui du recours à un prestataire extérieur pour une mission, de catégorie 1, 2 ou 3 ;
- celui qui suppose une anticipation supérieure, du recours à une formation des agents soit par le CNFPT⁴¹ (aucune incidence en termes de marché s'il s'agit d'une formation dite « catalogue ») ou par un organisme privé (marché de service), en vue d'un agrément.

Certains maîtres d'ouvrages considèrent qu'il « n'est pas forcément bon d'avoir les deux casquettes, maître d'ouvrage et coordonnateur SPS. Le technicien peut, en effet subir la pression des élus, plus préoccupés par l'économie que par la sécurité »⁴²

- On peut également citer les missions qui relèvent d'un ou de plusieurs contrôleurs techniques

En matière de travaux, le contrôle technique n'est pas obligatoire dans tous les cas. Une circulaire du 22 décembre 1982⁴³ a diffusé un "Document type de marché public de contrôle technique", qui peut être conclu, notamment par les collectivités locales, avec des contrôleurs techniques dans les conditions prévues par l'article L. 111-23 du Code de la construction et de l'habitation. Le contrôle technique a pour but de vérifier, outre l'application des dispositions contractuelles et des règles de l'art, que les travaux sont exécutés sans adjonction, transformation, ni suppression.

Le service du contrôle participe à la réception de l'ouvrage.

En matière de définition de besoins, l'acheteur public local ne saurait donc minimiser l'analyse organisationnelle de sa collectivité. Elle comporte un volet « compétence » des agents et un arbitrage bilanciel « avantages/inconvénients » des choix opérés en termes d'internalisation ou d'externalisation des différents contrats de services précités. Dans une démarche de mesure du coût global du projet (cf infra : la définition des besoins en matière de partenariats publics privés), cette analyse trouvera tout son intérêt.

L'analyse de l'organisation interne peut également avoir une incidence sur les choix de procédures lancées par la personne responsable du marché. Elle doit en effet prendre en compte la capacité à suivre plusieurs contrats dans le cadre d'une opération déterminée.

(2) La capacité à gérer en interne plusieurs contrats

Des travaux, des fournitures ou des prestations de services peuvent donner lieu à un marché unique ou à un marché alloti. La personne responsable du marché choisit entre ces deux modalités en fonction des avantages économiques, financiers ou techniques qu'elles procurent. L'article 10 du Code des marchés publics organise ainsi le

⁴¹ Centre National de la Fonction Publique Territoriale

⁴² Pascal TEULIER – Directeur des services techniques d'Arnage en Pays de Loire – La Gazette des communes du 2 juillet 2001, dans un article intitulé « Les techniciens territoriaux se forment à la coordination SPS – Ils sont de plus en plus nombreux à partir en formation sur ce thème ».

⁴³ (JONC 3 févr. 1983)

« découpage juridique » d'une opération en plusieurs lots. Ainsi le maître d'ouvrage pourra choisir de regrouper l'ensemble des lots techniques de son projet au sein d'un marché unique ou de « découper » cette opération en plusieurs lots techniques donnant lieu à plusieurs marchés. Une simple opération de réhabilitation d'un centre nautique⁴⁴ peut par exemple donner lieu à la décomposition suivante :

⁴⁴ Opération de travaux d'un montant de 3 millions d'euros – SIO de Cluses-Scionzier – Réhabilitation du centre nautique intercommunal – Année 2003

La détermination préalable des besoins dans l'achat public local : simple exigence juridique ou réel enjeu organisationnel ?

Caractéristiques
principales
Détermination
intérieures
second
réhabilitation
des
locaux
vestiaires
-
accueil
(600
mètres
carrés)
Détermination
béton,
structure
B.A.
Terrassements
restructuration
Maçonnerie
locaux
Extérieurs
(600
mètres
carrés),
réhabilitation
des
bassins,
structure
B.A.
en
extension
(460
mètres
carrés)
Reprises
de
traverse
pour
création
Céramique
et
Bardage
bénéfice

de
~~Zinguerie~~
(250
mètres
carrés)
et
de
zinguerie
en
façades
~~Raccordé~~
d'étanchéité
en
toiture
après
création
d'édicules
et
sorties
de
toiture,
étanchéité
multicouche
sur
terrasse
inaccessible
en
extension
(160
mètres
carrés)
~~Remplacés~~
extérieures
~~de~~
~~de~~
extérieures
Façades
des
façades
vitrées
(800
mètres
carrés)
et
façades
neuves

de
l'extension
(350
mètres
carrés)
~~Serrurerie~~
des
~~Menuiserie~~
mètres
carrés
de
locaux
réhabilités
et
des
300
mètres
carrés
de
locaux
en
extension
(garde-corps,
rideaux,
auvent)
~~Plomberie~~
intérieures
communication
et
ouvrages
de
menuiserie
intérieure
des
locaux
réhabilités
(600
mètres
carrés)
et
des
locaux
en
extension
(300

mètres carrés)
Cloisons
carreaux
~~Carrelages~~
suite
~~Carrelages~~
dimensions,
~~Sol~~ faux-plafonds
suspendus
des
locaux
réhabilités
(600 mètres carrés)
et
locaux
en
extension
(300 mètres carrés)
Boffestions
deoustiques
correction
acoustique
dans
le
grand
hall
des
bassins
(sous
toiture)
~~Réfection~~
de
~~Carrelage~~
(800 mètres carrés),
reprise
de
goulottes

de
bassins
(160
ml),
carrelage
et
faïence
des
locaux
créés
en
extension
(300
mètres
carrés)
~~Révisée~~
en
peinture
intérieure
des
locaux
réhabilités
(600
mètres
carrés),
peinture
intérieure
des
locaux
en
extension
(300
mètres
carrés),
ravalement
des
façades
(800
mètres
carrés)
~~A~~scenseur
accessible
aux
PM. sur
3

niveaux
et
élève-PM. dans
bassin
Équipement
~~cabines~~
en
~~cabines~~,
easiers,
agencements
divers
et
cloisons
de
la
zone
vestiaires
–
accueil
réhabilitée
(600mètres
carrés)
~~de toboggan~~
d'un
toboggan
extérieur
/
intérieur
de
70
ml
de
longueur
environ
Équipements
~~ludiques~~
pataugeoire
ludique
et
interactive,
équipements
divers
(plongoir
et
plots

La détermination préalable des besoins dans l'achat public local : simple exigence juridique ou réel enjeu organisationnel ?

de
départ
amovibles),
jeux
d'eau
en
option
~~Equipement~~
de
de
de
traitement
d'eau
pour
un
grand
bassin
25
x
15
m,
un
petit
bassin
15x15,
une
pataugeoire
et
un
toboggan.
~~Equipements~~
centrais
chauffage
avec
production
de
chaleur
(PAC
400
kW
+
chaufferie
gaz
1000
kW),
traitement

d'air,
plancher
chauffant
(600
mètres
carrés)
et
radiateurs.
~~Plancher~~
~~chauffant~~,
~~sanitaires~~
sanitaires,
distribution
eau
chaude
eau
froide
et
évacuation
pour
600
mètres
carrés
de
vestiaires
et
300
mètres
carrés
de
bureaux.
~~Plancher~~
~~chauffant~~
forts
Courants
~~Faibles~~
Faiblement
complet
des
zones
réaménagées
700
mètres
carrés
et
zones
nouvelles
300

mètres
carrés.
Courants
faibles
:
distribution
horaire,
alarme
incendie,
sonorisation,
affichage
numérique,
contrôle
d'accès,
vidéo
surveillance.

On analyse souvent la notion « d'avantage économique », comme le constat que le découpage par lots permet une meilleure concurrence entre des entreprises de spécialités différentes. C'est effectivement un aspect de la dimension économique de l'allotissement.

Toutefois cet avantage économique peut être dans certains cas, complètement annihilé par le coût de gestion des marchés. Rappelons également que si « aucune disposition du Code n'interdit à la commission d'appel d'offres, pour un marché décomposé en lots, d'attribuer plusieurs lots à une même entreprise, elle ne peut, dans la mesure où le règlement de l'appel d'offres ne le prévoit pas, attribuer à une même entreprise les marchés relatifs à ces lots qu'elle estime complémentaires, sans procéder à une comparaison lot par lot des propositions présentées par les différentes entreprises. »

⁴⁵ Une organisation locale doit, par exemple dans le cas précité, être en mesure d'assurer la gestion de 19 contrats au lieu d'un seul. De plus la mission de maîtrise d'oeuvre dite « OPC » (ordonnancement, pilotage et coordination du chantier) n'a pas le même contenu, donc le même prix si un marché unique est signé ou si plusieurs marchés sont signés. La définition de la coordination d'un projet est « d'harmoniser dans le temps et dans l'espace les actions des différents intervenants au stade de travaux ». ⁴⁶ Cette prestation, élément de mission facultative de maîtrise d'oeuvre, doit être valorisée (de 5 à 10 % du montant du coût de la maîtrise d'oeuvre). Son estimation ne peut s'opérer qu'en lien avec une définition des besoins de la collectivité.

Le même raisonnement peut être tenu en matière de marchés négociés et de dialogue compétitif. Ces procédures entraînent en effet un allongement des procédures et

⁴⁵ Hors série – Droit administratif – Editions du Juris-classeur – Décembre 1998 – 216 pages – page 69. Commentaire de l'arrêt du CE, 9 déc. 1994, Préfet Vosges : Dr.adm, 1995, comm. n°137

⁴⁶ Décret n°93-1268 du 29 novembre 1993, relatif aux missions de maîtrise d'oeuvre confiées par des maîtres d'ouvrage publics à des prestataires de droit privé – article 10.

nécessitent une mobilisation de la maîtrise d'ouvrage pour conduire la négociation ou le dialogue de manière transparente et efficace. L'organisation doit donc être en capacité de mener la négociation et le dialogue compétitif.

(3) Capacité à négocier ou à dialoguer

Au sens de l'article 34 du Code, une procédure négociée est une procédure par laquelle la personne publique choisit le titulaire du marché après consultation de candidats et négociation des conditions du marché avec un ou plusieurs d'entre eux.

Les marchés négociés sont passés avec ou sans publicité préalable permettant la présentation d'offres concurrentes. En l'absence de publicité préalable, ils sont généralement passés après mise en concurrence et dans des cas limités, sans mise en concurrence.

Cette procédure se décompose donc le plus souvent en deux phases essentielles et obligatoires : la consultation et la négociation. Une des innovations du nouveau Code a été de donner la possibilité d'utiliser cette procédure pour les marchés de travaux compris entre 230 000 euros et 5 900 000 euros. C'est la personne responsable du marché qui mène la négociation, procédure nécessairement formalisée, reposant sur des échanges écrits ou des réunions donnant lieu à établissement d'un procès-verbal. S'agissant d'une procédure laissant une grande part d'autonomie à la personne publique, sa traçabilité doit en effet être assurée. Elle pourra se faire assister dans cette tâche soit par les services de la collectivité soit par le service de la maîtrise d'œuvre. Quelque soit la formule retenue, cette négociation a un coût. L'avantage « facial » escompté du choix de cette procédure peut dans certains cas être annulé par le coût de négociation. Négocier ne s'improvise pas. Cela suppose un investissement « amont » de connaissance de marché et de veille technique. Il est également important de définir les éléments sur lesquels portera la négociation.

Une procédure de dialogue compétitif est une procédure dans laquelle la personne publique ne définit ses besoins qu'en termes d'objectifs, de résultats à atteindre. La description, dans un cahier des charges du contenu exact des besoins n'est donc pas obligatoire. Un programme fonctionnel⁴⁷ comporte par exemple, les exigences de niveaux de rejet dans le milieu naturel que doit atteindre un équipement de traitement d'un produit relevant de l'activité humaine (station d'épuration, usine d'incinération par exemple). La collectivité attend une performance mais ne souhaite pas ou ne peut pas dans un premier temps décrire les moyens de l'atteindre. Le cahier des charges de l'opération sera donc construit au fur et à mesure de la négociation. Le droit communautaire associe cette procédure à une réponse à la complexité, idée reprise par le manuel d'application du Code. La rédaction du Code ne fixe pourtant aucune contrainte particulière pour recourir à cette procédure « pour les marchés de travaux dont le montant est compris entre 230 000 € HT et 5900 000 € HT. » Cette procédure requiert également un « lourd investissement » en temps de la personne responsable du marché qui a en charge la conduite du dialogue. Il lui revient notamment de poursuivre « les discussions avec les candidats jusqu'à ce qu'elle soit en mesure d'identifier la ou les solutions, au besoin après les avoir comparées,

⁴⁷ Annexe 2- page XXIV – exemple de délibération relative à une autorisation de programme.

qui sont susceptibles de répondre aux besoins définis dans le marché. ».

Quel qu'il soit, le choix d'une procédure ne peut être opéré qu'après avoir déterminé non seulement les objectifs à atteindre mais également les contraintes organisationnelles engendrées. Il relève donc également, à notre sens, de la définition préalable des besoins. Le Code des marchés publics, la Loi relative à la maîtrise d'ouvrage publique, et une récente ordonnance relative aux « partenariats publics privés » nous conduisent à une dimension plus juridique. Ces textes permettent de déterminer les acteurs de la définition des besoins (Code des marchés publics), de lui donner un contenu plus précis (le programme de la loi MOP), et d'ouvrir le champ de réflexion à l'acheteur public vers une dimension globale.

A ce stade, l'acheteur public est entré dans la phase de détermination de son processus de réalisation, troisième niveau d'analyse.

Chapitre3. Le choix d'une conduite interne et transversale de conduite de projet

L'instruction pour l'application du Code des marchés publics déjà citée invite « la personne responsable du marché à se faire assister dans sa tâche » par un véritable service acheteur. La nécessité de professionnaliser l'achat public a effectivement conduit les collectivités locales à recruter des « acheteurs publics » dont le rôle est, le plus souvent, de prendre en compte les besoins exprimés par les services acheteurs, à les évaluer et à les traduire dans les documents relatifs aux marchés à passer.

L'acheteur peut être investi de nombreuses missions : élaborer les budgets, tenir la documentation des fournisseurs, spécifier les besoins, étudier le marché, élaborer les prévisions, assurer une veille réglementaire, négocier, choisir les entreprises ou aider à leur choix, examiner les échantillons, effectuer des contrôles de conformité des produits aux échantillons, passer ou assister à la passation des commandes, les suivre, les réceptionner, gérer ou organiser la gestion des stocks, participer à la liquidation de factures, tenir des tableaux de bord.⁴⁸

Cette méthode, notamment adoptée par la Ville de Lyon, nous semble répondre plus à une logique d'achat en matière de fournitures et de services et pose plusieurs questions en termes de recrutement. Le profil d'un acheteur public doit-il être juridique eu égard aux procédures à mettre en œuvre ? L'acheteur public doit-il posséder des compétences de négociation auprès de fournisseurs et dans quels domaines ? A quel service doit-il être rattaché ? Peut-il être compétent dans tous les domaines de l'achat public ? Comment son rôle s'articule-t-il avec le service juridique de la collectivité ou la comptabilité ?

Chaque collectivité répondra à cette question en fonction de son organisation et de ses objectifs, au regard de sa taille et surtout du degré de déconcentration de son organisation.

Pour conduire son projet et atteindre les objectifs fixés, il s'agit donc pour elle d'établir une stratégie pouvant être déclinée annuellement de rationalisation, d'optimisation et de

⁴⁸ Didier le Cornec « Le pilotage de Gestion », management du secteur public local – 27 février 2004.

contrôle de gestion, selon nous associée à la préparation budgétaire pouvant s'appliquer de manière pragmatique à la collectivité, à son organisation et au niveau de délégation de ses acteurs.

Cette stratégie s'appuiera utilement sur un diagnostic organisationnel préalable.

L'expérience de déclinaison de la formation lors de la mise en œuvre de la comptabilité M14 dans les communes nous semble intéressante pour conduire la démarche. Le Centre National de la Fonction Publique territoriale avait en effet organisé une méthode de formation de tuteurs, qui avaient ensuite en charge, au sein de la collectivité de décliner la « culture M14 » avec plus ou moins de succès. Cette démarche était intéressante car participant d'une logique de « culture transversale ». En effet la comptabilité communale n'est pas que l'application d'un plan comptable, c'est aussi l'apprentissage de méthodes communes à l'ensemble des services. En ce sens, elle participe de la même démarche que l'achat public.

Il nous semble donc que l'acheteur public doit remplir ce rôle de tuteur au sein de sa collectivité, chargé de créer une synergie autour d'une démarche d'achat sécurisée, être plus un accompagnateur qu'un centralisateur. Il dispose pour cela d'un savoir-faire, d'une culture et d'une pratique juridique, d'un réel sens de l'écoute. Il nous semble se trouver naturellement au centre de l'organisation, au sein de la direction générale.

La Gazette des communes du 1^{er} décembre 2003, rend compte de l'expérience de certification, « nouvelle culture de gestion » que la région « Ile de France » a menée à partir de 1998, afin de « rendre plus transparents les marchés de la région et de maîtriser les délais ». La certification n'a été, pour cette collectivité, que « la partie visible » d'une nouvelle gestion de la commande. La région a en effet procédé à « la remise à plat de ses méthodes et de son organisation », sous la conduite de Frédéric Scanvic, directeur général des services, afin de « mieux répondre aux attentes de ses clients ». Cette collectivité a nommé Xavier Libert, le directeur des affaires juridiques, en tant que chef de projet. La collectivité s'est appuyée sur des cabinets extérieurs et a ensuite recruté un responsable « du management de la qualité ».

Le recours à la certification ISO est abordé par le manuel d'application du Code de 2001. Ce conseil est toujours d'actualité. Appliquées aux marchés publics, les « démarches qualité » peuvent en effet viser à prendre en compte trois exigences : « régularité juridique, efficacité organisationnelle et économique en vue de la satisfaction de l'ensemble des acteurs concernés ».

Reste que l'action d'acheteur public s'inscrira plus aisément dans une démarche d'achat de fournitures et de services que dans celle relative à la réalisation d'une opération de travaux pour laquelle de nombreux autres acteurs interviennent.

Chapitre 4. La spécificité du Code des marchés publics du point de vue de l'organisation des acteurs de la commande publique.

Le Code donne un rôle important à la commission d'appel d'offres, organe collégial qui a la responsabilité de l'attribution des marchés passés par appels d'offres.

La commission d'appel d'offres n'intervient pourtant pas au stade de la détermination des besoins. Son rôle est essentiellement de sélectionner des candidatures et de classer des offres. De manière marginale, elle intervient dans le processus de vérification des conditions de la discussion qui a conduit, dans le cadre d'une procédure de dialogue compétitif à la définition des besoins concrétisée par l'arrêt du cahier des charges.⁴⁹ Elle ne peut toutefois être considérée comme un acteur de la détermination des besoins mais plutôt comme un organe de la passation des marchés.

En matière de détermination des besoins, il convient de différencier la personne publique et la personne responsable du marché.

On distingue la personne publique « acheteuse » et la personne « responsable du marché ».

L'article 5 du Code des marchés publics énonce que la nature et l'étendue des besoins à satisfaire sont déterminées avec précision par la personne publique avant tout appel à la concurrence ou toute négociation non précédée d'un appel à la concurrence.

En application de l'article L. 2121-29 du Code général des collectivités territoriales : « le conseil municipal règle par ses délibérations les affaires de la commune ». La détermination préalable des besoins lui appartient donc, en tant qu'organe délibérant de la personne publique. Cette notion correspond à celle de « pouvoir adjudicateur ». L'article 1 de la directive 2004/18/CE du Parlement européen et du conseil du 31 mars 2004 précise cette notion. « Sont considérés comme « pouvoirs adjudicateurs » : l'Etat, les collectivités territoriales, les organismes de droit public et les associations formées par une ou plusieurs de ces collectivités ou un ou plusieurs de ces organismes de droit public ».

L'assemblée délibérante doit également définir le niveau auquel les besoins de fournitures et de services sont évalués.

Cela nous conduit aux considérations suivantes :

En matière de travaux, les besoins sont toujours définis par l'assemblée délibérante ou pour les marchés passés selon la procédure adaptée, par délégation, par le Maire. Cette délégation ne saurait être subdéléguée ;

En matière de fournitures et de services, si le besoin se justifie et sans que cela puisse conduire à un découpage excessif des besoins qui aurait pour effet de se soustraire aux obligations de mises en concurrence prescrites par ces textes, l'évaluation des besoins est opérée par la personne responsable du marché;

Le niveau de prise en compte inférieur des besoins, en matière de fournitures et de services, ne semble toutefois être qu'un niveau d'évaluation et non un niveau de définition ou de détermination. Cela conduit à admettre que c'est à l'assemblée délibérante, notamment par le vote du budget, de déterminer les besoins généraux de la collectivité et à la personne responsable des marchés de les évaluer.

La notion de personne acheteuse, ne doit pas être confondue avec la notion de personne responsable du marché. Organe de l'achat public, la personne responsable du

⁴⁹ Article 67, II, alinéas 1 et 4

marché est « chargée de mettre en œuvre les procédures de passation et d'exécution des marchés. Elle signe les marchés. »

L'autorité compétente pour conclure les marchés désigne, le cas échéant, d'autres personnes responsables des marchés en tenant compte du choix opéré en application du II de l'article 5. Les délégations de compétence ou de signature qu'elle donne à cette fin précisent les catégories et les montants des marchés pour lesquels elles sont attribuées.

L'article 20 opère donc une distinction entre la personne responsable du marché et l'autorité compétente pour conclure le marché.

Le manuel d'application du Code des marchés publics nous précise que « la qualité de personne responsable du marché est exclusivement administrative et fonctionnelle » Le rôle de la personne responsable du marché est de choisir, dans le respect des règles de droit en vigueur, la procédure d'achat appropriée et de la mener à bien sous sa responsabilité.

L'article 20 du Code de 2001 disposait que la personne responsable du marché était la personne habilitée à signer le marché au nom de la personne publique. Cette rédaction avait conduit nombre de collectivités à considérer qu'une délibération d'habilitation⁵⁰ était nécessaire en début de procédure pour habilitier la personne publique à lancer la procédure de marché.

La jurisprudence viendra préciser que la personne responsable du marché devait être autorisée, en fin de procédure à signer le marché.⁵¹

Au titre de l'article L. 2122-21 du Code général des collectivités territoriales, le Maire est chargé de souscrire les marchés. Aucune ambiguïté n'existe donc sur le fait qu'il est la personne responsable du marché originelle.

La nouveauté apportée dans la suite de la rédaction de l'article 20 par la possibilité de désigner d'autres personnes responsables du marché est intéressante même si l'introduction de la notion d' « autorité compétente pour conclure le marché » peut créer un doute sur l'organisation de cette désignation.

Le manuel d'application nous donne peu de précisions à ce sujet en se contentant de renvoyer aux règles du Code général des collectivités territoriales pour procéder à la désignation des personnes responsables du marché.

Si l'on considère que « l'autorité compétente pour conclure la marché » est l'assemblée délibérante, le dispositif ne présente que peu d'intérêt en effet le Code ne prévoit pas de délégation du conseil municipal à une autre personne que le Maire. A contrario on pourrait considérer que toute personne de la collectivité, y compris un fonctionnaire pourrait être investi du rôle de personne responsable du marché. Cette conception ne semble pas satisfaisante.

⁵⁰ « Contrat et marchés publics : leur signature obéit au régime de l'habilitation » Une analyse en deux parties de Jean-Paul Wauquier, directeur territorial, responsable des affaires juridiques au conseil général des Deux-Sèvres – La Gazette des Communes, des Départements et de Régions – mai 2003.

⁵¹ CE 4 avril 1997, Préfet du Puy-de-Dôme c/Commune d'Orset – req. n°151275

L'esprit du Code, même si sa rédaction pourrait conduire le juge administratif à une autre interprétation, nous semble être de mettre en place, dans une logique organisationnelle, une construction verticale. Elle peut être décrite de la manière suivante :

- L'assemblée délibérante détermine l'ensemble de besoins à satisfaire en termes de travaux, de fournitures et de services de la collectivité ;
- En matière de fournitures et de services, elle détermine le niveau auquel les besoins de fournitures et de services sont évalués. Elle peut créer un ou plusieurs niveaux d'évaluation des besoins ; Elle opère les choix en application du II de l'article 5.
- Le Maire, personne responsable du marché « originelle » met en œuvre les procédures de passation et signe les marchés relatifs aux besoins déterminés en matière de travaux, de fournitures ou de services ;
- Par délégation de fonctions à un ou plusieurs adjoints, ou par délégation de signature au directeur général des services, au directeur général adjoint des services, au directeur général et au directeur des services techniques, le Maire a la possibilité de déléguer la qualité de personne responsable du marché en fonction des niveaux d'évaluation des besoins précédemment définis. Si le niveau d'évaluation des besoins se fait par fonctions par exemple, le Maire pourra désigner un adjoint en tant que personne responsable des marchés qui seront passés pour répondre aux besoins de cette fonction. Si le niveau d'évaluation des besoins est le service, le Maire pourra désigner son secrétaire général en tant que personne responsable des marchés relatifs aux services généraux de la collectivité par exemple.⁵²

S'agissant des marchés pour lesquels le Maire agit par délégation du conseil municipal, c'est-à-dire les marchés passés selon la procédure adaptée, il ne pourra subdéléguer cette compétence. Le conseil municipal dispose toutefois de la possibilité d'autoriser l'exercice de la délégation, par un autre élu, en cas d'empêchement du Maire. Les décisions seront personnellement signées par le Maire sauf disposition contraire prise dans la délibération du conseil municipal.

Chapitre 5. La définition « ancienne », pragmatique, claire et pérenne du programme au sens de la Loi MOP, un fil conducteur

L'article 5 du Code des marchés publics définit et clarifie la place de la définition des besoins dans la procédure d'achat public. Il serait toutefois abusif de considérer que cette notion était absente des procédures jusqu'alors mises en œuvre.

L'article 2 de la Loi n° 85-704 du 12 juillet 1985, modifiée par l'ordonnance n° 2004-566 du 17 juin 2004, définit de manière précise le rôle du maître d'ouvrage dans la définition du besoin de service, en l'occurrence de maîtrise d'œuvre qu'il souhaite confier à un tiers.

Cette définition vise à répartir clairement les rôles respectifs de la maîtrise d'ouvrage et de la maîtrise d'œuvre, dans une approche privilégiant la maîtrise d'œuvre et des

⁵² Voir infra en partie II : Le recensement des besoins en matière de fournitures et de services : les approches de l'homogénéité

architectes en particulier diront certains.

Reste que près de vingt ans avant la rédaction actuelle du Code et l'ordonnance relative aux contrats de partenariats⁵³, cet article 2 est remarquable de simplicité de rédaction et donc de lisibilité. Il affirme le rôle de la personne publique, explicite le contenu d'une définition des besoins appelée « programme » et donne une place importante à l'enveloppe prévisionnelle et donc au financement du projet.

(1) L'affirmation du rôle du maître d'ouvrage

Le maître d'ouvrage est la personne morale pour laquelle l'ouvrage est construit. Responsable principal de l'ouvrage, il remplit dans ce rôle une fonction d'intérêt général dont il ne peut se démettre.

Son premier rôle – et il est évidemment essentiel- est de s'assurer de la faisabilité et de l'opportunité de l'opération envisagée.

Il doit ensuite en déterminer la localisation, en assurer le financement et choisir le processus de sa réalisation. Enfin il conclura les marchés ayant pour objet l'étude et l'exécution des travaux.

L'expression de ce besoin est définie dans le programme qui fixe les objectifs de l'opération et les besoins qu'elle doit satisfaire.

La mission de maîtrise d'ouvrage est une mission qui ne peut être confiée à une association.⁵⁴

La maîtrise d'ouvrage n'est pas un simple état. Elle suppose et nécessite une capacité de maîtrise du « processus de réalisation » d'un ouvrage et de l'élaboration d'un programme.

(2) Le contenu précis du programme de l'opération

Tout projet comporte des contraintes et des exigences qui seront exprimées dans le programme. La Loi MOP, déjà citée, en donne la liste exhaustive. « Elles relèvent de la qualité sociale, urbanistique, architecturale, fonctionnelle, technique et économique, d'insertion dans le paysage et de protection de l'environnement du projet. »

Ces contraintes sont exprimées non seulement au regard de la réalisation de l'ouvrage mais également de son utilisation.

Le programme n'est donc pas la réponse à l'expression d'un besoin qui relève de la maîtrise d'œuvre mais bien l'expression, simple parce que logique et chronologique, de ce besoin.

(3) L'ajustement de la détermination des besoins au stade de l'avant-projet définitif

⁵³ Voir infra

⁵⁴ CE, 4 mars 1996, Centre hospitalier de Moutiers : Rec. CE, p.69.

L'article 2 de la loi précitée dite Loi MOP donne également une place essentielle à l'enveloppe financière prévisionnelle qui doit être définie avant tout commencement des avant-projets et qui peut être précisée avant tout commencement des études de projet.

Le maître de l'ouvrage peut ainsi confier les études nécessaires à l'élaboration du programme et à la détermination de l'enveloppe financière prévisionnelle à une personne publique ou privée.

Certes les dispositions de la loi ne sont applicables ni aux ouvrages de bâtiment ou d'infrastructure destinés à une activité industrielle dont la conception est déterminée par le processus de réalisation⁵⁵, ni aux ouvrages d'infrastructure réalisés dans le cadre d'une zone d'aménagement concerté par exemple.

Toutefois, son intérêt réside dans l'essai méthodologique qu'elle introduit avec clarté, pour aider un maître d'ouvrage à définir ses besoins.

Le Code des marchés publics et la loi MOP décrivent des procédures indépendantes conduisant à la réalisation d'un projet dans une vision « classique » de décomposition des rôles de la maîtrise d'ouvrage et de la maîtrise d'œuvre. La récente ordonnance relative aux partenariats publics privés ouvre de nouveaux champs de réflexion.

Chapitre 6. L'apport du partenariat public privé dans une démarche d'analyse comparative des processus de réalisation

Le contrat de partenariat intervient dans un contexte plus général de simplification du droit. L'article 6 de la loi n° 2003-591 du 2 juillet 2003 a en effet autorisé, dans ce but, le gouvernement à créer par ordonnance « **de nouvelles formules de contrat conclus par des personnes publiques ou des personnes privées chargées d'une mission de service public pour la conception, la réalisation, la transformation, l'exploitation et le financement d'équipements publics, ou la gestion et le financement de services, ou une combinaison de ces différentes missions** »⁵⁶.

Le contrat de partenariat est défini par l'ordonnance n° 2004-559 du 17 juin 2004, comme un contrat global par lequel l'Etat, une collectivité territoriale ou leurs démembrements confient « **à un tiers pour une période déterminée en fonction de la durée d'amortissement des investissements ou des modalités de financement retenues, une mission globale relative au financement d'investissements immatériels, d'ouvrages ou d'équipements nécessaires au service public, à la construction ou transformation des ouvrages ou équipements, ainsi qu'à leur entretien, leur maintenance, leur exploitation ou leur gestion, et, le cas échéant, à d'autres prestations de services concourant à l'exercice, par la personne publique, de la mission de service public dont elle est chargée** »

Les limites du recours à ce type de contrat relèvent spécifiquement de l'importance

⁵⁵ Les ouvrages destinés à l'élimination des déchets ménagers par exemple

⁵⁶ Loi. n° 2003-591, 2 juill. 2003 habilitant le gouvernement à simplifier le droit, art. 6 : JO 3 juill. 2003, p. 11192)

donnée à la définition préalable des besoins. En effet, le choix du contrat de partenariat doit être justifié par la complexité du projet dans le cadre d'une évaluation préalable. L'ordonnance dispose ainsi que le recours à ce type de contrat doit faire l'objet, en amont, d'une évaluation exposant « avec précision les motifs de caractère économique, financier, juridique et administratif » ayant conduit la personne publique à opter pour un contrat de partenariat.

Pour les collectivités territoriales, cette évaluation est réalisée par l'autorité exécutive mais doit être validée par l'assemblée délibérante lors de sa décision de recourir à un contrat de partenariat.⁵⁷

En matière de contrat de partenariat, la détermination des besoins à satisfaire relève donc de plusieurs niveaux :

Dans un premier temps, il convient de déterminer l'ensemble des besoins liés par exemple à la construction d'un ouvrage soit :

La nature de l'ouvrage lui-même dont l'incidence sera la durée de son amortissement (le type de construction choisi par exemple, la nature des matériaux...) Ce choix déterminera également les besoins d'entretien et de maintenance. Ainsi, si une collectivité territoriale fait le choix d'un équipement répondant à la qualification de « haute qualité environnementale », le surcoût éventuel lié au choix des matériaux et des équipements assurant l'isolation, le chauffage, la production d'eau chaude, l'assainissement... sera à comparer aux économies attendues en termes d'exploitation ;

Les équipements nécessaires au service public, liés à cet ouvrage et permettant de concourir à la mission de service public (un bloc opératoire au sein d'un équipement hospitalier par exemple) ;

Les services nécessaires à l'entretien de l'ouvrage (le nettoyage des sols ou des vitres par exemple) ;

Les services nécessaires à sa maintenance (maintenance du standard téléphonique, de l'informatique, des équipements de climatisation par exemple...)

Les services nécessaires à son exploitation (services de surveillance, services techniques assurant le fonctionnement des équipements....) ;

Les services nécessaires à sa gestion (services généraux d'administration, de paye, de facturation.....);

Les autres prestations de services concourant à la mission de service public (par nature, tout ce qui ne relève pas des rubriques précédentes) ;

Les services financiers attendus, c'est-à-dire principalement le coût du portage financier par un tiers du financement partiel ou total de l'opération.

Il appartient donc à la personne publique de dresser la liste de l'ensemble des besoins liés à son projet. C'est le premier niveau de détermination de besoins.

Le deuxième niveau consiste à déterminer au sein de cette liste de besoins nécessaires, ceux que la collectivité souhaite confier à un tiers et ceux pour lesquels elle

⁵⁷ CGCT, art L. 1414-2, al.2

souhaite apporter sa propre réponse ;

Le troisième niveau vise à exprimer parmi les services confiés à un tiers, ceux pour lesquels un objectif de performance est assigné. En effet l'ordonnance précise que « la rémunération du cocontractant fait l'objet d'un paiement par la personne publique pendant toute la durée du contrat. Elle peut être liée à des objectifs de performance assignés au cocontractant » ;

Enfin, à un quatrième niveau, la personne publique évalue, avec précision, les motifs de caractère économique, financier, juridique et administratif qui l'ont conduite à opter pour un contrat de partenariat.

Ces 4 phases de détermination et d'évaluation du besoin permettent également et parallèlement à la personne publique de vérifier si elle a la possibilité, eu égard à la complexité du projet, de définir seule et à l'avance les moyens techniques répondant à ses besoins et qu'elle peut établir définitivement le montage juridique retenu pour le projet.

En effet, si elle répond négativement à cette question après évaluation, elle engagera, sur la base d'un programme fonctionnel préalablement établi par elle, un dialogue avec chacun des candidats « dont l'objet est de définir les moyens techniques et le montage juridique et financier les mieux à même de répondre à ses besoins ».

Si l'évaluation du projet conduit à répondre positivement à la question posée, seule l'urgence pourra alors justifier la conclusion d'un contrat de partenariat sur la base d'une procédure d'appel d'offres.

Le recours à un contrat de partenariat suppose donc une détermination précise des besoins préalablement évalués qui permettra après « analyse comparative » de « retenir le projet envisagé ».

Cette notion d'analyse comparative est nouvelle en matière d'achat public, au stade de la détermination des besoins.

Le Code des marchés publics, dans son article 5 n'envisage que la détermination précise des besoins et non une justification des ces besoins et du projet envisagé.

De même, la Loi n° 85-704 du 12 juillet 1985, relative à la maîtrise d'ouvrage publique et à ses rapports avec la maîtrise d'œuvre privée ne fait référence, dans son article 2 qu'à une notion « d'opportunité de l'opération envisagée ».

Cette obligation d'analyse comparative participe à l'élaboration d'une véritable procédure de détermination des besoins en en complétant un aspect essentiel, l'aspect économique.

En effet, l'ordonnance introduit une notion de « coût global » non définie mais dont on peut penser qu'elle recouvre notamment :

- Le coût des études et des contrôles ;
- Le coût des travaux ;
- Le coût des effets incidents de ces travaux (la perte de recettes d'exploitation d'un équipement accueillant du public durant la durée des travaux par exemple) ;

- Les dépenses d'administration liées à la conduite du projet en fonction de l'implication de la collectivité (Quels services seront mobilisés en interne pour mener à bien le projet ? A quel coût ?)

- Les frais accessoires liés aux publicités et reproduction de dossiers ;

- Le coût du portage financier et le lien durée d'opération et coût de portage financier;

- Le coût des emprunts ;

- Les incidences économiques du choix de l'investissement et leur lien avec le financement global du projet ; (l'augmentation attendue de fréquentation d'un équipement par exemple ou les économies attendues de fonctionnement en termes de fluides ou de frais de personnel) ;

L'ordonnance sur les PPP ⁵⁸ précise également que l'analyse comparative doit porter sur la « performance ».

Cette notion n'est pas nouvelle pour les personnes publiques.

En effet le décret du 7 mars 2001, portant Code des marchés publics, notre « ancien Code », prévoyait dans son article 36, la possibilité du recours à l'appel d'offres sur performances dans les conditions suivantes :

« La procédure d'appel d'offres sur performances est une procédure par laquelle la personne responsable du marché définit un programme fonctionnel détaillé, sous la forme de résultats vérifiables à atteindre ou de besoins à satisfaire. Les moyens de parvenir à ces résultats ou de répondre à ces besoins sont proposés par chaque candidat dans son offre. Cet appel d'offres est toujours restreint.

L'appel d'offres sur performances peut porter à la fois sur la définition d'un projet et son exécution, ou sur l'exécution d'un projet préalablement défini en tout ou partie.

La personne responsable du marché ne peut recourir à la procédure de l'appel d'offres sur performances que lorsqu'elle n'est pas en mesure :

- « - soit de définir les moyens permettant de satisfaire ses besoins;

- soit d'évaluer les solutions techniques ou financières disponibles. »

Le décret du 7 janvier 2004 a remplacé cette notion de performance, par celle de dialogue compétitif prévue par le droit communautaire. Toutefois, la mise en œuvre de cette nouvelle procédure suppose également la définition préalable d'un programme fonctionnel qui comporte notamment des « résultats vérifiables à atteindre ».

Il peut donc être relevé que cette notion de performance ou de résultats vérifiables n'était utilisée dans le cas de l'appel d'offres sur performances et ne l'est et ne le sera, dans le cas de la procédure de dialogue compétitif que dans le cas du recours spécifique à cette procédure. Tel est souvent le cas lorsque que la réalisation d'un ouvrage est liée à un processus industriel ou technique. De nombreuses stations d'épuration et fours d'incinération ont été construits sur la base de ces procédures. Les autres procédures n'y font pas référence.

⁵⁸ Partenariats Public Privé

La notion de performance d'un projet associée à celle du risque financier concerne pourtant les autres procédures d'achat. Elle mérite d'être définie quelle que soit la procédure choisie et pas seulement lorsque l'acheteur public « n'est pas en mesure de définir les moyens techniques pouvant répondre à ses besoins ». Elle ne saurait uniquement constituer un critère de choix en matière de protection de l'environnement.⁵⁹

Pour prendre un exemple simple, si je décide d'acheter une automobile répondant à mes besoins de déplacement, je sais définir le moyen technique qui répond à mon besoin. Pour autant, la performance de mon véhicule en termes de consommation de carburant, de coût d'entretien, de frais accessoires d'assurances, de valeur de reprise etc... ne m'est pas inutile si je souhaite estimer mon coût global et mon engagement financier relatif à ce projet d'achat.

En définitive, la rédaction de l'article L. 1414-2 du Code général des collectivités territoriales relatif aux conditions de conclusion des contrats de partenariat, complète, en termes de méthodologie, le champ d'investigation et de réflexion de la personne publique au stade de la détermination des besoins. La loi MOP, constitue le «fil conducteur» que le Code des marchés publics ne contribue que peu à définir.

La détermination préalable des besoins, quelques lignes dans le Code des marchés publics, s'inscrit donc dans une démarche organisée, hiérarchisée, continue. Elle ne saurait toutefois être que difficilement modélisée. Chaque projet d'achat est unique, possède ses propres spécificités, ses propres contraintes. C'est sans doute le privilège du praticien du secteur public local, confronté à l'évolution de ses méthodes d'en prendre conscience avec, le temps aidant, une certaine philosophie.

La réussite de la conduite d'un projet à son terme, dans une contrainte de temps et de moyens reste une alchimie complexe entre les moyens mis en œuvre, la compétence des acteurs, les réactions de l'environnement administratif, le choix de procédures, l'implication des élus, la communication, la météo, la prise de risques, la chance....

Le facteur « temps » en est une composante essentielle. Il faut du temps pour définir un besoin, du temps pour conduire un projet, du temps pour réfléchir, du temps pour gérer l'imprévu. Déterminer un besoin, c'est d'abord se donner le temps de la réflexion, de la concertation, de l'évaluation. C'est un temps « caché », en tâche de fond dont l'évaluation et donc le coût est rarement pris en compte par les organisations locales. « L'efficacité de la commande publique et la bonne utilisation des deniers publics » doivent être assurées par les marchés publics quelque soit leur montant.

L'acheteur public ne saurait donc être formaté en un juriste mettant en œuvre des procédures. Il est significatif d'observer par exemple que, selon un des ses cadres,⁶⁰ la Ville de Lyon a orienté sa nouvelle politique d'achat et de recrutement d'acheteurs. Les objectifs d'économie seront poursuivis par :

⁵⁹ Article 53 du CMP I. - Les offres non conformes à l'objet du marché sont éliminées. II. – Pour attribuer le marché au candidat qui a présenté l'offre économiquement la plus avantageuse, la personne publique se fonde sur divers critères variables selon l'objet du marché, notamment le coût d'utilisation, la valeur technique de l'offre, son caractère innovant, ses **performances en matière de protection de l'environnement**, le délai d'exécution, les qualités esthétiques et fonctionnelles, le service après-vente et l'assistance technique, la date et le délai de livraison, le prix des prestations.

- l'analyse de l'opportunité de l'achat
- la planification de l'achat
- la définition de l'intervention de la fonction achat
- la spécialisation dans la fonction de négociation

Cet objectif a notamment donné lieu à la définition d'un plan d'actions à 5 ans.

Déterminer préalablement ses besoins, les définir, les évaluer, relève donc de l'organisation et de la réflexion. Elle s'exerce, à ce titre, dans un espace de liberté et d'imagination. Pour autant cette liberté n'est pas totale. Le Code des marchés publics donne certes des outils à l'acheteur public mais le contraint, notamment en matière d'évaluation de ses besoins, par rapport aux seuils de passation, spécifiquement pour les marchés de fournitures et de services, à des arbitrages.

⁶⁰ Didier Le Cornec – contrôleur de gestion – Intervenant au sein du DESS MSCP – achat public- le pilotage de gestion – cours du 27 février 2004 Voir également « Anne Contamin - Le contrôle et l'exécution des marchés publics à propos de 5 acheteurs spécialisés par la Ville de LYON – cours du 6 février 2004. »

La détermination préalable des besoins dans l'achat public local : simple exigence juridique ou réel enjeu organisationnel ?

Partie 2. La détermination préalable des besoins, espace de liberté de l'acheteur public est encadrée par le Code des marchés publics

Titre 1. Les outils d'une meilleure détermination préalable des besoins

A titre liminaire, il n'est pas inutile de rappeler que le recours « amiable » à l'assistance d'une entreprise pour la définition de ses besoins fait courir à la collectivité de sérieux risques de « **cahier des charges sur mesures** »⁶¹. Cette pratique est encore assez répandue et doit être absolument proscrite.

De même, la production d'échantillons, si elle constitue une modalité possible d'examen des offres dès lors qu'elle a été prévue par le règlement de la consultation, ne

⁶¹ *Éditions du Juris-classeur 2002 – Pratique des marchés publics dans les collectivités locales – fascicule 10 – p 9. 2002*

doit pas, au stade de la définition des besoins, conduire à les définir « sur mesure », pour une entreprise. La production d'échantillons ne vise qu'à satisfaire trois préoccupations essentielles : examiner concrètement le rapport qualité-prix de chacune des offres reçues, utiliser l'échantillon comme témoin lors de la livraison du produit et conserver plusieurs exemplaires de l'échantillon si les essais comparatifs effectués lors de la livraison sont de nature à altérer ou détruire le témoin. Ils sont donc une réponse à l'expression du besoin.

Dans son 8^{ème} considérant, la directive 2004/18/CE du Parlement européen et du Conseil du 31 mars 2004, précise : « avant le lancement de la procédure de passation d'un marché, les pouvoirs adjudicateurs peuvent en recourant à « un dialogue technique », solliciter ou accepter un avis pouvant être utilisé pour l'établissement du cahier des charges, à condition que cet avis n'ait pas pour effet d'empêcher la concurrence.

Les entreprises associées à la définition d'un besoin ne peuvent en retirer des informations administratives ou financières privilégiées au moment de leur participation à la consultation. »⁶²

La nécessaire connaissance des produits des marchés ne doit pas aboutir à définir un besoin sur mesure pour une entreprise. Le cas est toutefois prévu de l'attribution d'un marché à un prestataire déterminé pour des raisons techniques, artistiques ou tenant à la protection de droits d'exclusivité (dernier alinéa du 2 du III de l'article 35).

Les collectivités locales ne possèdent toutefois pas toujours en interne, les compétences d'ingénierie et de bureau d'études ou d'expertise associées à la définition d'un projet. Le Code des marchés publics encadre les possibilités de faire appel à des tiers pour permettre une définition précise des besoins.

Chapitre 1. Les études préalables

Le décret n° 93-1268 du 29 novembre 1993 relatif aux missions de maîtrise d'œuvre confiées par des maîtres d'ouvrages publics à des prestataires de droit privé définit les éléments de mission de maîtrise d'œuvre pour les ouvrages de bâtiments et les ouvrages d'infrastructure.

Tous les éléments de missions d'études relèvent de la définition précise des besoins, préalable à la réalisation d'un ouvrage de bâtiment ou d'infrastructure.

Ainsi les études d'esquisse ont notamment pour objet, en matière de travaux, de bâtiments de vérifier la faisabilité de l'opération au regard des différentes contraintes du programme et du site. Elles permettent donc à la personne publique de s'assurer que le marché envisagé pourra répondre à son besoin comme l'exige l'article 5 du Code des marchés publics.

De la même manière, s'agissant des ouvrages d'infrastructure, les études préliminaires ont notamment pour objet, dans le cadre d'une opération de construction neuve de préciser les contraintes physiques, économiques et d'environnement

⁶² Pour la participation à l'élaboration d'un programme de concours CE. 8 septembre 1995, Cne Evreux, req. n° 118010

conditionnant le projet et de vérifier la faisabilité de l'opération. Là encore, la prestation vise à définir avec précision le besoin de la collectivité.

S'agissant des opérations de réhabilitation ou de réutilisation d'ouvrages existants, les études de diagnostic ont notamment pour objet d'établir un état des lieux et d'établir une estimation provisoire du coût prévisionnel des travaux

Le « **guide à l'intention des maîtres d'ouvrages publics** »⁶³ nous indique qu'elles sont « indispensables à toute décision du maître d'ouvrage et qu'elle permettent la mise au point définitive du programme ».

Les études d'avant-projet participent également à la définition précise des besoins puisqu'elles permettent notamment d'arrêter provisoirement puis définitivement le coût prévisionnel des travaux, élément déterminant dans la mise en œuvre de la procédure de passation du ou des marchés de travaux. Toutefois en matière de construction neuve de bâtiment, ces éléments d'études sont indissociables de la mission de base et traduisent donc un engagement plus fort du maître d'ouvrage à l'égard de son maître d'œuvre.

Enfin, l'article 26 du décret précité prévoit la possibilité de consulter de manière anticipée un ou plusieurs lots de technicité particulière qui permettront ensuite de définir un autre élément de l'opération envisagée. Cette possibilité est prévue lorsque les méthodes ou techniques de réalisation ou les produits industriels à mettre en œuvre ont une incidence dans la conception de l'ouvrage par exemple.

C'est le cas notamment lorsqu'une personne publique décide la construction d'une station d'épuration couverte, confinée. Le choix du process de traitement des eaux usées est une contrainte dans la conception de l'ouvrage de bâtiment. Il est donc envisageable de consulter dans un premier temps le lot « process » dont le titulaire sera ensuite associé à l'équipe de maîtrise d'œuvre pour concevoir les bâtiments techniques.

En conclusion, la personne publique dispose d'outils contractuels pour préciser ses besoins. Ils prennent la forme de marchés d'études, donc de services qu'il convient évidemment de prévoir dès le début de la procédure. En effet ces marchés n'échappent pas à l'obligation de détermination préalable des besoins et ne sauraient, s'agissant d'une opération unique, faire l'objet d'un découpage, soit d'une mission de base de bâtiment, soit de tranches...⁶⁴ Marchés de services, les marchés de maîtrise d'œuvre sont toutefois organisés par une procédure particulière décrite à l'article 74 du Code des marchés publics, dont le principe est le concours et l'exception, l'appel d'offres. Le recours au concours implique par ailleurs une évaluation du besoin de prestations demandées aux candidats dans la mesure où le montant de la prime versée à ceux ayant remis une prestation est égal à un minimum de 80% du montant estimé du coût des études à effectuer.

La difficulté réside là, non pas dans la mise en œuvre des outils contribuant à une réponse à la nécessité comprise et mise en œuvre d'une définition précise des besoins en

⁶³ *Édition du journal officiel – Ministère de l'Équipement, des Transports et du Tourisme – Mission interministérielle pour la qualité des constructions publiques.*

⁶⁴ Voir à ce sujet les risques juridiques résultant d'une mauvaise appréciation des besoins – Partie II, Titre 4, chapitre 1

matière de marchés de travaux, mais dans l'anticipation des marchés d'études nécessaires à cette définition. On le verra, un des choix de computation des seuils en matière de services liés à la réalisation d'ouvrages de construction peut être celui de l'application de la nomenclature de fournitures et de prestations de services homogènes en application de l'article 27 de « l'ancien Code des marchés publics ».

La famille homogène 71.03 comporte toutes les « études, analyses et contrôles nécessaires à la réalisation d'un ouvrage (y compris diagnostic, études économiques, topographiques et de sol) et à la gestion de l'opération ainsi que l'ensemble des contrôles techniques, essais et missions de sécurité liées à la construction.

Reconnaissons la difficulté de prévision à ce stade du coût de prestations diverses qu'il convient toutefois d'agréger pour apprécier les seuils et modalités de passation des marchés s'y rapportant.

Par ailleurs, chaque élément de mission de maîtrise d'œuvre cité relève de la maîtrise d'œuvre au sens de la loi MOP et de la famille homogène 71.01.

Les études préalables constituent un moyen habituel de définition des besoins. Elles s'accompagnent de deux obligations préalables : celle de définir la nature et l'étendue des besoins d'études, tâche difficile lorsque l'idée de départ est floue. On constate alors un glissement de l'étude de départ qui s'adapte à l'évolution de la réflexion de la personne publique. Elles posent également la question de la connaissance préalable du projet par une entreprise et de la possibilité pour elle d'assurer la maîtrise d'œuvre de l'opération. En effet, la personne publique devra, notamment dans le cas d'une contestation d'entreprise, démontrer qu'il ne peut être établi que les entreprises associées à la définition du besoin en ont retiré des informations administratives ou financières privilégiées au moment de leur participation à la consultation.⁶⁵

Le recours au marché de définition permet d'apporter une réponse à ces difficultés.

Chapitre 2. Le marché de définition

L'article 73 du Code des marchés publics définit le marché de définition comme celui auquel peut recourir une personne publique lorsqu'elle « n'est pas en mesure de préciser les buts et performances à atteindre par le marché, les techniques de base à utiliser, les moyens en matériel à mettre en œuvre ».

Un marché de définition a pour objet d'explorer « les possibilités et les conditions d'établissement d'un marché ultérieur ». Au besoin une maquette ou un démonstrateur pourra l'y aider.

A ce titre, le marché de définition permet de mieux définir un besoin avant de procéder à la mise en concurrence des prestations nécessaires à sa satisfaction.

Cette démarche doit pouvoir s'analyser comme suit :

La constatation voire la justification de l'impossibilité de préciser les buts, performances, techniques de base, moyens à mettre en œuvre suppose que l'on se soit

⁶⁵ Participation à l'élaboration d'un programme de concours – CE 8 septembre 1995 – Commune d'EVREUX – req. N° 118010

posé au préalable la question de la définition des besoins ; ce n'est que dans la mesure où cette constatation est effective que le marché de définition peut être mis en œuvre ;

La mise en œuvre d'un marché de définition suppose l'application et la mise en œuvre des procédures relatives aux marchés et dans ce cas particulier aux marchés de services. La nature et l'étendue du besoin à satisfaire doivent donc avoir été définis préalablement. Ce besoin « amont » résulte de la constatation du besoin de mieux définir un autre besoin « aval ».

Le recours à un marché de définition nécessite donc que l'on se soit posé la question de la définition du besoin relatif à un marché, que l'on ait constaté les limites, c'est-à-dire les contours, de l'imprécision de cette définition, et que l'on ait défini les domaines de précision attendus par le marché.

Ainsi « l'instruction pour l'application du Code des marchés publics issu du décret n° 2001-210 du 7 mars 2001 » énonçait, s'agissant de cet article dont la rédaction a été intégralement reprise dans le nouveau texte : « Le marché de définition aidera l'administration à lever les incertitudes relatives aux buts et performances à atteindre, aux techniques de base à utiliser et aux moyens en personnel et en matériel à mettre en œuvre ».

Particularité des marchés de définition, « les prestations faisant suite à plusieurs marchés de définition ayant le même objet, conclus à l'issue d'une seule procédure et exécutés simultanément, peuvent être attribuées, sans nouvelle mise en compétition, à l'auteur de la solution retenue. Dans ce cas, le montant des prestations à comparer aux seuils tient compte du montant des études de définition et du montant estimé du marché d'exécution. »

Chapitre 3. La validation juridique du processus de réalisation

Le processus de réalisation d'un projet peut se définir comme la détermination de l'ensemble des tâches et de leur enchaînement permettant de le mener à son terme à une échéance déterminée. Il se détermine à rebours, en remontant le temps.

La date d'ouverture d'un équipement constitue l'objectif et les tâches qui contribueront à sa réalisation sont listées puis quantifiées. Elles peuvent être successives ou se chevaucher partiellement ou en totalité. Elles sont ordonnancées, pilotées et coordonnées non pas uniquement d'un point de vue technique mais également financier.

Ce processus de réalisation, formalisé, constituera le fil conducteur de la réalisation de l'opération. Il permettra de constater les dérapages de calendrier et guidera le chef de projet dans le déclenchement des phases souvent nombreuses (demandes de subventions, dépôt du permis de construire, ordres de service des différents marchés, saisie de la commission de sécurité, mobilisation des fonds d'un emprunt, déclaration aux assurances).

Il peut être décliné en « feuilles de conduite de projet » spécialisées par métier (technique, financier)

Compte tenu de l'importance de ce processus de réalisation, la personne publique

aura tout intérêt à le valider au besoin en se faisant assister par un conseil externe avant de lancer l'opération. Cette validation sera précédée d'une formalisation, sous forme calendaire notamment, dans une logique de traçabilité des opérations successives et que retracera en particulier le rapport prévu à l'article 75⁶⁶ du Code des marchés publics.

Chapitre 4. La formalisation de la procédure, gage de sa traçabilité, intègre la détermination préalable des besoins – Le besoin doit être clairement exprimé, la réponse au besoin cohérente

Le Code des marchés publics prévoit, pour les marchés passés selon des procédures autres que la procédure adaptée, et pour les marchés autres que ceux prévus à l'article 30 et à l'article 31, la communication d'un rapport de présentation aux instances chargées du contrôle du marché.

La communication de ce rapport suppose qu'il soit écrit. Le texte ne précise toutefois si le rapport doit être présenté à l'assemblée délibérante et à quel stade il doit l'être.

L'instruction pour l'application du Code des marchés publics issue du décret n° 2001-210 du 7 mars 2001 précise s'agissant de l'article 75 dont la rédaction est inchangée, que l'article ne fixe pas de modèle de rapport de présentation mais qu'il donne la liste des indications qui doivent être portées dans ce document. Il précise également que ces indications doivent être claires, complètes et détaillées afin que les autorités de contrôle puissent apprécier de façon la plus précise possible les caractéristiques du marché et de sa procédure de passation.

Il nous semble que sa rédaction doit être envisagée non seulement dans une logique de contrôle de légalité du marché mais également dans une logique d'information préalable de l'assemblée délibérante.

En effet, c'est bien le « projet de marché ou d'avenant » qui doit faire l'objet d'un rapport de présentation.

On remarquera d'ailleurs, à ce sujet, que l'article 312 ter du Code des marchés publics applicable avant 2001 ne visait pas la notion de « projet de marché » mais de marché. Sa rédaction était la suivante : « Tout marché ou avenant fait l'objet d'un rapport du représentant légal de la collectivité ou de l'établissement public, qui :.....Ce rapport est transmis en même temps que le marché au représentant de l'Etat ».

Dans le cas des marchés supérieurs à 230 000 euros et de marchés d'un montant inférieur n'ayant pas fait l'objet d'une délégation de compétences à l'exécutif, c'est bien à l'assemblée délibérante que revient la décision d'autoriser l'exécutif à signer le marché. A ce stade, le marché, attribué par la commission d'appel d'offres, mais non signé par l'exécutif peut être qualifié de projet de marché. Seule la délibération du conseil municipal, autorisant le maire à passer un marché avec une entreprise est créatrice de droits au profit de cette dernière avant même sa notification.⁶⁷

Sous le contrôle du conseil municipal, le maire est chargé de souscrire les marchés.

⁶⁶ voir annexe, pages XXVI à XXIX

⁶⁸ Le conseil municipal peut d'ailleurs indiquer à l'exécutif quelles solutions lui paraissent souhaitables pour exercer ce contrôle. ⁶⁹ Ces modalités peuvent être prévues dans le règlement intérieur du conseil municipal. ⁷⁰

En outre, dans les communes de 3 500 habitants et plus, une note explicative de synthèse sur les affaires soumises à délibération doit être adressée avec la convocation aux membres du conseil municipal. ⁷¹ L'envoi de cette note explicative de synthèse constitue une formalité essentielle qui ne peut être remplacée par la possibilité de consulter en mairie les documents relatifs à l'ordre du jour. ⁷²

La transmission au conseil municipal du rapport prévu à l'article 75 du Code des marchés publics semble répondre à l'obligation d'information de l'assemblée délibérante appelée à autoriser l'exécutif à signer le marché. Elle doit en effet se prononcer notamment sur l'économie du marché et sur la réponse apportée au besoin qu'elle a exprimé, sur la procédure de passation suivie et sur la disponibilité des crédits permettant la signature du marché.

La formulation suivante d'une délibération d'autorisation de l'exécutif peut être proposée :

Après présentation du rapport prévu à l'article 75 du Code des marchés publics, l'assemblée délibérante est ensuite invitée à :

- prendre acte de la décision d'attribution de la commission d'appel d'offres;*
- se prononcer favorablement sur l'économie générale du projet de marché présenté en confirmant qu'elle répond aux besoins à satisfaire;*
- se prononcer favorablement sur la procédure mise en œuvre en confirmant qu'elle répond aux objectifs à atteindre en termes techniques, économiques et calendaires et qu'elle respecte les principes énoncés à l'article 1 du Code des marchés publics;*
- confirmer qu'elle s'inscrit dans les limites de l'autorisation de programme n° , votée le , modifiée le ;*
- autoriser l'exécutif de la collectivité à signer le marché présenté, dans les formes et délais imposés par le Code général des collectivités territoriales et le Code des marchés publics;*
- autoriser le Président à accepter et agréer par acte spécial, les éventuels*

⁶⁷ CAA Nantes, 7 mai 1991, Cne de Mauves-sur-Loire c/SA Gauthier, Req. n° 89NT0048

⁶⁸ Art. L. 2122-21 du CGCT, alinéa 6

⁶⁹ CE 29 mars 1933, Bonifacy : Rec. CE 365

⁷⁰ CGCT – art. L. 2121-8

⁷¹ CGCT – art. L. 2121-12

⁷² CCA Nancy, 30 septembre 1999, Cne de Longeville-lès-Metz req n° 96NCOO687

sous-traitants proposés par l'entreprise en cours d'exécution du marché pour l'exécution d'une partie de celui-ci.

En application de l'article L. 2122-22 du Code général des collectivités territoriales, le maire peut, en outre, par délégation du conseil municipal, être chargé, en tout ou partie, et pour la durée de son mandat de « prendre toute décision concernant la préparation, la passation, l'exécution et le règlement des marchés de travaux, de fournitures et de services qui peuvent être passés, sans formalités préalables en raison de leur montant, lorsque les crédits sont inscrits au budget ».

L'article 28 du Code des marchés publics, issu de la rédaction du décret du 7 janvier 2004, précise que les marchés passés selon la procédure adaptée sont « les marchés sans formalités préalables » mentionnés aux articles 9, 10 et 11 de la loi n° 2001-1168 du 11 décembre 2001.

L'idée que, en dessous d'un certain montant, le formalisme des procédures devait être allégé n'est pas nouvelle. Selon Me Philippe SCHMIDT, avocat : **« elle trouve sa justification dans le fait que, pour les achats de faible montant, il paraît opportun d'éviter un formalisme inadapté en permettant, particulièrement aux petites collectivités, d'effectuer des achats de manière à la fois simple et rapide. ⁷³ »**

Le Code des marchés publics de 1964 autorisait l'achat de prestations inférieures à la somme de 300 000 francs TTC sur la base de simples mémoires ou de factures.

L'article 28 du Code des marchés publics de 2001 a ensuite autorisé les acheteurs publics à passer des marchés sans formalités préalables en dessous du seuil de 90 000 euros HT. La délégation du conseil municipal au maire visée par l'article L. 2122-22 du CGCT, vise cette catégorie de marchés.

Ces marchés, « allégés », sont soumis à l'obligation de détermination, préalable des besoins, sans obligation de les définir par rapport à des normes et à l'envoi, en fin de procédure, d'un avis d'attribution. L'article 75 du Code des marchés publics précité, exclut expressément les marchés passés selon la procédure adaptée de l'obligation de produire un rapport de présentation d'un projet de marché.

Par ailleurs, le Code général des collectivités territoriales organise la transparence des décisions prises par le Maire dans le cadre de ses décisions prises par délégation du conseil municipal.

La rédaction de l'alinéa 1 de l'article L. 2122-23 est en effet la suivante : « Les décisions prises par le maire en vertu de l'article L. 2122-22 sont soumises aux mêmes règles que celles qui sont applicables aux délibérations des conseils municipaux portant sur les mêmes objets ». L'article L. 2131-2 soumet les décisions prises par délégation du conseil municipal en application de l'article L. 2122-22 à une obligation de publication et de transmission au contrôle de légalité.

Les décisions du Maire sont donc soumises à une obligation de publication et de transmission au contrôle de légalité. L'exécutif, titulaire de la délégation, doit également « rendre compte à chacune des réunions obligatoires du conseil municipal ».

⁷³ « Les marchés à procédure adaptée » – Philippe SCHMIDT – avocat – à paraître

La rédaction d'un rapport de présentation, publié, transmis au contrôle de légalité et présenté au conseil municipal semble répondre à l'objectif de transparence énoncé par l'article 1 du Code.

Il est vrai que seuls les actes énumérés à l'article L. 2131-2 du CGCT, sont effectivement soumis à l'obligation de transmission, au rang desquels figurent « 4° Les conventions relatives aux marchés à l'exception des marchés passés sans formalité préalable en raison de leur montant, et aux emprunts ainsi que les conventions de concession ou d'affermage de services publics locaux ».

Les marchés à procédure adaptée constituent des marchés sans formalités préalables au sens de la loi n° 2001-1168 du 11 décembre 2001 portant « mesures urgentes à caractère économique et financier ». L'article 28 de la Loi précitée les exclut de la transmission au contrôle de légalité.

La délibération doit par ailleurs, être accompagnée des pièces annexes nécessaires à l'appréciation du contrôle de légalité de la portée et la légalité de l'acte.

L'exécutif doit donc rendre compte des conditions dans lesquelles il a préparé, passé, exécuté et assuré le règlement du marché. La notion de préparation du marché, non définie par le Code général des collectivités territoriales et absente du Code des marchés publics recouvre, nous semble-t-il, la détermination des besoins qui constitue une formalité obligatoire préalable à tout appel à la concurrence ou à toute négociation qui sont définies par le Code des marchés publics comme des règles de passation du marché.

Le rapport prévu à l'article 75 du Code des marchés publics « définit la nature et l'étendue des besoins à satisfaire ainsi que le montant prévu de l'opération ». Une réponse adéquate à cette première question à laquelle l'exécutif doit répondre permet de justifier l'action de l'exécutif dans la limite des crédits votés au budget et en réponse à l'objet de cette inscription budgétaire.

Annexé à une décision écrite du Maire, publiée et transmise au contrôle de légalité, il pourra constituer pour le service chargé du contrôle, le support de l'exercice de celui-ci.

Procédure formalisée et lisible, la détermination préalable des besoins dispose d'outils permettant sa précision.

Titre 2. Les outils de l'adéquation du choix de la procédure à la détermination préalable des besoins

Chapitre 1. La référence à des normes

Le décret n° 84-74 du 26 janvier 1984 modifié a fixé le statut de la normalisation afin de mieux l'intégrer dans le contexte industriel et économique, en fournissant des documents de référence comportant des solutions à des problèmes techniques et commerciaux

concernant les produits, biens et services qui se posent de façon répétée. Ainsi, par exemple, l'acheteur public souhaitant passer un marché de fourniture de panneaux de signalisation routière verticale permanente et temporaire destiné à toutes les voies ouvertes à la circulation fera référence à la nouvelle norme XP P98-542-3.

Si la référence à des normes ne doit pas avoir pour effet de créer des obstacles injustifiés à l'ouverture des marchés publics à la concurrence, elle n'en constitue pas moins un moyen privilégié de définir avec précision un besoin.

Dans certains cas, celui des équipements routiers par exemple, une réglementation applicable à tous impose des prescriptions minimales (c'est également le cas des normes électriques ou de sécurité incendie). Mais sous réserve, s'il y a lieu, de respecter ces exigences réglementaires, l'acheteur a la responsabilité totale du choix des objectifs et donc des performances requises, en relation avec la définition qu'il donne à son besoin.

L'article 6 du Code rend obligatoire la définition des prestations qui font l'objet du marché, par référence aux normes homologuées ou à d'autres normes applicables en France en vertu d'accords internationaux, dans les conditions prévues par le décret n° 84-74 du 26 janvier 1984 fixant le statut de la normalisation, pour tous les marchés supérieurs à 230 000 euros en ce qui concerne les collectivités territoriales n'agissant pas en tant qu'opérateurs de réseaux, et pour tous les marchés de services non énumérés à l'article 29 déjà cité.

La référence à des normes, outil de définition précise du besoin, ne doit pas avoir pour effet de créer d'obstacles injustifiés à l'ouverture des marchés publics à la concurrence. Elle répond à une logique de rédaction d'un cahier des charges précis dès le lancement de la procédure. Le cahier des charges peut toutefois être progressivement construit dans le cadre d'un dialogue.

Chapitre 2. Le choix du dialogue compétitif

Il peut arriver que l'acheteur public rencontre des difficultés pour déterminer son besoin avec précision au regard de la nature du projet. Le recours à une procédure de dialogue compétitif est une possibilité qui s'offre à lui. L'article 29 de la directive 2004/18/CE du Parlement européen et du Conseil du 31 mars 2004 précise que les Etats membres peuvent recourir à cette procédure lorsqu'un marché est particulièrement complexe. La circulaire du 7 janvier 2004 portant manuel d'application du Code des marchés publics reprend cette notion de complexité en précisant que cette procédure est un élément d'amélioration de la définition des besoins.

Elle ouvre en effet la possibilité du dialogue avec l'entreprise c'est-à-dire d'une certaine manière la reconnaissance de leur savoir-faire.

Les procédures ouvertes et restreintes sont en effet, a contrario, organisées sur la base d'un cahier des charges intangible établi par la personne publique. L'introduction de la possibilité de présenter une ou plusieurs variantes ne se conçoit que limitativement. Si un acheteur public souhaite acheter un voilier, il doit avoir préalablement exprimé un besoin avec suffisamment de précision. Ainsi l'offre de réaliser un catamaran en aluminium au lieu d'un navire monocoque ne pourra être retenue par une personne publique en tant

que variante d'un besoin défini comme un navire monocoque.⁷⁴

Le dialogue compétitif constitue une procédure souple qui sauvegarde à la fois la concurrence entre opérateurs économiques et le besoin des personnes publiques de discuter avec chaque candidat sur tous les aspects du marché.

Définie par l'article 36 du Code des marchés publics, la procédure de dialogue compétitif est une procédure à laquelle la personne publique peut recourir :

a) Lorsqu'elle n'est pas en mesure de définir les moyens techniques pouvant répondre à ses besoins ou,

b) Lorsqu'elle n'est pas en mesure d'établir le montage juridique ou financier d'un projet.

Ces conditions de recours ne sont pas exigées pour les marchés de travaux dont le montant est compris entre 230 000 euros HT et 5 900 000 euros HT.

La personne publique n'est pourtant pas exonérée d'une réflexion sur ses besoins.

Toutefois leur expression se limite, lors de la mise en œuvre de la procédure, à la définition d'un programme fonctionnel qui comporte « les résultats vérifiables à atteindre ou qui précise les besoins à satisfaire ». Il lui est donc demandé de définir des objectifs et non des moyens.

Le cahier des charges sera arrêté, à l'issue du dialogue compétitif, au cours duquel la personne publique aura identifié avec précision la ou les solutions répondant le mieux à son besoin.

Le Code des marchés publics contribue à la détermination des besoins en définissant l'opération de travaux et en fixant le cadre de l'évaluation des marchés de fournitures et de services.

Titre 3. L'évaluation des besoins en matière de travaux, de fournitures et de services, définition encadrée mais méthode ouverte

La phase préalable de définition des besoins est essentielle. Leur évaluation qualitative et quantitative conditionnera le choix de la procédure et sa réussite.

Il convient de prendre le temps nécessaire pour une bonne appréciation de ces besoins et de définir une méthode pour conduire cette définition de besoin.

Cela constituera une condition essentielle pour que l'achat soit réalisé dans les meilleures conditions économiques. Rappelons en effet que le marché ne peut avoir pour objet que de répondre exactement aux besoins de la personne publique.

L'étendue des besoins d'une collectivité varie en fonction de sa taille, de son budget,

⁷⁴ CA Paris, 30 déc. 1996, SA Chantiers Piriou : Dr. Adm. 1997, comm. N°86 ; Juris-data n°051302.

de son niveau d'équipement, de ses compétences. Il n'est donc pas possible de modéliser la procédure de définition de besoin mais des pistes de travail peuvent être indiquées en fonction de la nature du besoin.

En revanche, le Code des marchés publics donne une définition précise de l'opération de travaux et ouvre un choix d'évaluation des besoins en matière de fournitures et de services.

A ce stade, nous avons utilisé les notions de définition, de détermination et d'évaluation des besoins.

L'article 1 du Code des marchés publics utilise la notion de « définition préalable des besoins », l'article 5 utilise celle de détermination des besoins, l'article 27, celle d'évaluation des besoins. Une tentative d'analyse sémantique des raisons de cette distinction conduit une impasse. Elle relève, à notre sens plus d'une « maladresse » rédactionnelle que d'une volonté de différencier les notions.

Définir, au sens du Larousse c'est « énoncer les caractéristiques propres d'une chose », mais c'est aussi : « préciser, fixer, cerner ». Déterminer c'est « préciser, établir, définir ».

En l'absence de distinction voulue, dans une optique plus pédagogique que juridique, il pourrait avec grande prudence être fait, sous réserve de l'appréciation souveraine des juges, la distinction suivante en lien avec les acteurs de la commande publique⁷⁵ :

DOCUMENTS CONSULTABLES en version papier au Centre de Documentation Contemporaine de l'Institut d'Etudes Politiques de Lyon

Légende figure 3 : Définir, déterminer, évaluer.

Le Code définit les catégories de marchés mais ne définit pas la détermination des besoins. Cette définition, qui conduit à leur distinction, est elle très importante pour déterminer les règles applicables. En ce qui concerne les marchés mixtes, le Code précise : « Un marché public relevant d'une des trois catégories mentionnées ci-dessus peut comporter, à titre accessoire, des éléments relevant d'une autre catégorie. Lorsqu'un marché public a pour objet à la fois des services et des fournitures, il est un marché de services si la valeur de ceux-ci dépasse celle des produits à fournir. ».

Il est parfois difficile de distinguer l'essentiel de l'accessoire. C'est ainsi que le tribunal administratif de Melun⁷⁶ a eu à se prononcer sur la définition d'un marché relatif aux illuminations de fin d'année de la Ville de Melun. Ce marché comportait à titre principal, des prestations de fournitures de services et à titre accessoire, des prestations de travaux de raccordement et électrique et d'ancrage à des consoles. Le tribunal a qualifié ce marché de marché de services, la valeur des prestations de services dépassant celle de fournitures utilisées, ledit marché ne pouvant être qualifié de marché de travaux au sens de la définition de l'article 1.

⁷⁵ Ce sujet fera utilement l'objet d'une débat lors de la table ronde consacrée à « la détermination préalable des besoins » au cours du colloque annoncé en introduction.

⁷⁶ TA Melun 26 février 2002, Préfet de Seine-et-Marne c/Commune de Melun, req. 00-4202.

De même, le juge administratif a eu à se prononcer sur la qualification d'un marché d'entretien des espaces verts. Le tribunal administratif de Lille a qualifié de marché public de service, au sens de l'article 378 du Code des marchés publics –issu de sa rédaction antérieure à 2001 -, le contrat ayant pour objet l'entretien des espaces verts et a annulé le marché passé par la commune de Gravelines. En effet, celle-ci n'avait pas répondu à l'obligation de publicité au Journal officiel des communautés européennes de ce marché. La qualification est en effet importante à ce niveau puisque les seuils de publication sont différents en ce qui concerne les marchés de fournitures et de services (alors de 1 300 00 F) et celui relatif aux marchés de travaux (alors de 32 700 000 F).⁷⁷ Les marchés d'entretien des espaces verts sont qualifiés de marchés de services. Ils ne comportent en effet aucune opération affectant la consistance ou l'architecture des jardins mais uniquement des interventions ponctuelles d'entretien régulier.

Ont toutefois été qualifiées de travaux publics des opérations de débroussaillage⁷⁸, de suppression d'une haie.⁷⁹

De la même manière le Conseil d'Etat a qualifié de marché public de services, un contrat ayant pour objet l'entretien de l'éclairage public d'une commune.⁸⁰

Les notions d'opération de travaux, de caractéristiques propres des fournitures et des services sont des notions essentielles. Leur appréciation relève du rôle de la personne responsable du marché.

Les méthodes de computation sont toutefois différentes en matière de travaux et en matière de fournitures et de services.

Chapitre 1. La prise en compte de la notion d'opération en matière de travaux

Pour les marchés des travaux, il convient de prendre en compte « la valeur globale des travaux se rapportant à une même opération, portant sur un ou plusieurs ouvrages ».

Le Code de 2004 définit l'opération de travaux comme la résultante d'une décision : celle de prendre, dans une période de temps et un périmètre limités, un ensemble de travaux, caractérisés par son unité fonctionnelle, technique ou économique.

En matière budgétaire, au sens de l'article D. 2311-7 du Code général des collectivités territoriales « l'opération correspond à un ensemble d'acquisitions, d'immobilisations, de travaux sur immobilisations et de frais d'études y afférents, aboutissant à la réalisation d'un ouvrage ou de plusieurs ouvrages de même nature »

⁷⁷ TA- 11 juillet 2000 – Préfet du Nord c/commune de Gravelines – Req. 982330

⁷⁸ CE 7 janvier 1957, Trottier

⁷⁹ CE 8 février 1956, Préfet d'Eure et Loir

⁸⁰ TA de Lille – 28 mars 2000, Préfet du Nord c/commune de Marquette-lez-Lille

L'opération de travaux au sens du Code des marchés publics se situe donc à un niveau d'agrégation inférieur à l'opération budgétaire. En effet, son évaluation ne comprend pas les dépenses relatives aux acquisitions d'immeubles exclues du champ d'application du Code des marchés publics et aux frais d'études qui constituent des marchés de services.

DOCUMENTS CONSULTABLES en version papier au Centre de Documentation Contemporaine de l'Institut d'Etudes Politiques de Lyon

Légende figure 4 : Relation opération budgétaire/opération de travaux

La définition communautaire de l' « ouvrage » est qu'il est le résultat d'un ensemble de travaux de bâtiment ou de génie civil destiné à remplir par lui-même une fonction économique et technique. Un marché de travaux vise à la réalisation par quelque moyen que ce soit de cet ouvrage.

En l'absence de définition de l'opération, avant la publication de la dernière version du Code, la jurisprudence a construit une définition de l'opération de travaux sur la base de critères participant à un faisceau d'indices. Ainsi la concomitance de travaux (unité temporelle), dans un périmètre déterminé (unité spatiale), avec des techniques identiques et répondant à la satisfaction d'un même besoin (unité fonctionnelle) caractérise l'opération. C'est le cas par exemple de la réalisation programmée, à des dates identiques (unité temporelle) de trottoirs en quatre endroits d'un même quartier de la commune (unité spatiale), par l'utilisation de procédés technique identiques (unité technique).⁸¹ De même des travaux approuvés le même jour portant sur des travaux devant être exécutés à des dates rapprochées (unité temporelle), relatifs à la réfection de châteaux d'eau et à leur fonctionnement (unité fonctionnelle) constitue une même opération.

Ces définitions et positions du juge, quoique contraignantes pour l'action locale, lorsqu'elle ne raisonne pas en termes de projets et qu'elle n'anticipe pas son besoin, ne sont toutefois pas étonnantes. La décision de la Cour administrative d'appel de Bordeaux d'infirmier un jugement reprenant ces principes a fait émerger une nouvelle conception de la notion d'opération de travaux. Elle ne serait matérialisée qu'en présence d'un seul établissement concerné et à des travaux réalisés selon des combinaisons et des techniques identiques.⁸² Le Code de 2004 prévoit qu'une opération puisse porter sur un ou plusieurs ouvrages et semble donc écarter le raisonnement précédent. La notion de périmètre limité pourrait être interprétée comme allant dans le sens du jugement dans la mesure où un ouvrage est obligatoirement construit sur un périmètre limité. A ce titre, les circonstances de cet arrêt visaient 14 établissements distincts situés, au sein d'un département, dans 14 communes différentes. La commune peut être considérée comme un périmètre limité au sein d'un département. Le même raisonnement peut-il être mené au sein du territoire communal (le quartier, le secteur de commune, la section de commune...)?

⁸¹ CE 26 septembre 1994, n°122759 – Préfet d'Eure et Loir

⁸² CAA de Bordeaux – 2 octobre 2002 – Département des Hautes-Pyrénées c/Préfet des Hautes-Pyrénées – Requête n° 02BX01841

A l'exception de cette dernière décision, les arrêts précédents participent d'une logique de lutte contre le découpage « artificiel » des projets dans le but d'attribuer les marchés en s'affranchissant de contraintes, considérées - à tort selon nous - comme lourdes et d'une logique économique d'efficacité de l'achat public. Les éléments constitutifs du prix d'une prestation d'entreprise intègrent en effet des coûts de location de matériel, de déplacements, d'achats de produits.... qui varient en fonction des durées de chantier, du nombre de déplacements, des volumes.... Tout cela est bien connu.

La programmation d'un projet d'investissement, d'une opération est là encore une déclinaison que l'on peut présenter comme suit :

DOCUMENTS CONSULTABLES en version papier au Centre de Documentation Contemporaine de l'Institut d'Etudes Politiques de Lyon

Prenons un exemple :

Si je décide en 2004 de démolir puis de reconstruire un pont urbain, dont la durée des travaux est estimée à 4 ans, études comprises, nécessitant des acquisitions de terrains et la démolition d'un bâtiment annexe, j'ai individualisé une opération comptable, de travaux visant à la réalisation d'un ouvrage. L'évaluation de mon autorisation de programme⁸³ prend en compte toutes les dépenses, l'évaluation du marché de travaux agrège l'ensemble des travaux de démolition et de reconstruction relatifs au pont et au bâtiment devant être démoli. Par ailleurs, l'ensemble des services d'études, de maîtrise d'œuvre et de contrôle technique, visant à la réalisation de cet ouvrage, sont agrégés et évalués en vue de la passation des marchés de services.

Autre exemple, si j'identifie la nécessité de construire, sur une durée de 2 ans, suivant des techniques proches, deux terrains de tennis au sein de l'enceinte d'un stade. L'identification des besoins, de même nature, programmés, conduit à l'évaluer comme celui correspondant à la réalisation des deux terrains.

On comprend donc tout l'intérêt pour une collectivité, de programmer ses investissements sur une durée raisonnable (en général 3 ans) afin d'éviter tout découpage artificiel de ses projets.

A l'inverse, le raisonnement qui conduirait, dans le but de s'affranchir des contraintes du Code des marchés publics, à découper artificiellement ses projets par tranches annuelles ne serait pas sans risques juridiques et économiques pour la collectivité.

L'application de l'article 27 du Code des marchés publics s'inscrit donc dans une logique de programmation budgétaire des projets pour lesquels l'agrégation répond à une logique technique, fonctionnelle ou économique. C'est l'analyse des projets et leur agrégation qui crée l'opération comptable puis l'opération d'achat (le projet d'achat).

Cette logique d'agrégation n'est pas absente de l'évaluation des besoins en matière de fournitures et de services. Elle ouvre à notre avis plusieurs possibilités.

Chapitre 2. L'évaluation des besoins en matière de fournitures et de

⁸³ voir annexe – pages XXX à XXXVII

services

S'il revient à l'autorité compétente de déterminer le niveau auquel les besoins de fournitures et de services sont évalués, il appartient à la personne responsable du marché de les évaluer.

En effet le choix de la procédure applicable en fonction des seuils relève de la personne chargée de mettre en œuvre les procédures de passation au sens de l'article 20, alinéa 1 du Code des marchés publics.

Le II de l'article 27 du Code des marchés publics précise en effet :

« En ce qui concerne les fournitures et les services, pour évaluer le montant des besoins à comparer aux seuils, il est procédé à une estimation de 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. La délimitation d'une catégorie homogène de fournitures ou de services ne doit pas avoir pour effet de soustraire des marchés aux règles qui leur sont normalement applicables en vertu du présent Code. Pour les marchés d'une durée inférieure ou égale à un an, la valeur totale mentionnée ci-dessus est celle qui correspond aux besoins d'une année. »

Dans un même article venant immédiatement après le titre relatif au champ d'application et aux principes fondamentaux du Code, il est donc rappelé à l'acheteur public qu'il doit bien définir ce qu'il achète, acheter ce qu'il a défini et ne pas saucissonner ce qu'il a défini pour se simplifier la tâche.

Ces rappels ont sans doute des vertus pédagogiques mais témoignent également d'une certaine mise en cause de la capacité à « bien acheter » du secteur public. Il est vrai que, d'une part, bien acheter ne se résume pas à appliquer des procédures et d'autre part, qu'une définition des besoins insuffisante conduira probablement à un achat ne répondant pas aux besoins dans le cadre d'une procédure aléatoire.

Pour autant, le Code ne précise pas la méthode pour définir les besoins. Il ne détermine, et c'est l'objet de son article 27, que la méthode pour les homogénéiser et les évaluer. Il s'agit donc exclusivement d'une préoccupation relative à la détermination des seuils applicables et du choix de la procédure. Or, si l'évaluation contribue à la définition elle ne se résume pas à cette dernière.

En ce qui concerne les fournitures et les services, outre la redondance du rappel de l'interdiction du saucissonnage lié à la détermination d'une catégorie homogène de fournitures ou de services, traduisant encore plus clairement, s'il le fallait, l'objectif de la règle en la matière, la nouvelle rédaction du Code introduit une notion nouvelle et d'une lecture difficile, d'homogénéité en « raison de leurs caractéristiques propres ou parce qu'ils constituent une unité fonctionnelle. »

Le jurisqueleur 2004 « Pratique des marchés publics des collectivités » fait correspondre à l'ancienne notion de besoins récurrents (prévisibles), la nouvelle notion de « besoins de fournitures et de services homogènes en raison de leurs caractéristiques propres ». Dans la même logique, le rédacteur comprend la notion d'unité fonctionnelle

comme « regroupant toutes les exceptions à la règle de l'homogénéité par nature des besoins ». Un besoin nouveau se computerait ainsi en raison de ses caractéristiques propres, un besoin exceptionnel constituerait une unité fonctionnelle.

Cette lecture du Code conduira le plus souvent à regrouper les besoins en fonction de leurs caractéristiques propres et non dans une logique de projet d'achat. En effet, la justification du besoin exceptionnel reste difficile.

Elle est intéressante si la démarche de la collectivité est d'amener ses services à identifier, dans un premier temps ses projets de services, véritables unités fonctionnelles ; puis à identifier quels éléments de ce projet de service participent du fonctionnement général de la collectivité – ils seront dans ce cas agrégés en fonction de leurs caractéristiques propres – ; enfin à retenir tous les besoins – les lots – spécifiques au projet et pour lesquels, l'efficacité économique de l'achat futur nécessite qu'ils fassent l'objet d'une consultation unique.

Elle a également le mérite de définir l'expression « unité fonctionnelle » sans uniquement l'illustrer par un exemple. A la question posée par un internaute sur le site de achat.public.com, un haut fonctionnaire de Bercy illustre : « Quand un hôpital décide de constituer un nouveau bloc opératoire, l'ensemble des matériels nécessaires peut constituer une unité fonctionnelle alors même qu'ils appartiennent à des catégories différentes. » Cela donne une indication mais ne permet pas vraiment de définir une méthode.

Un service « espaces verts » souhaite par exemple réaliser en régie, un espace vert qui nécessite l'achat de bancs, de mobilier urbain (poubelles, éclairage public), de fournitures diverses (graines, fleurs), la location d'une mini pelle, des heures d'agent. Si le service faisait réaliser ces travaux par une entreprise, le montant du marché de travaux cumulerait l'ensemble de ces prestations. S'agissant de travaux réalisés en régie, les fournitures et services répondent à une même unité fonctionnelle. Le choix d'évaluation peut donc être effectué de la même manière que le marché de travaux précité. Le service procédera ensuite à ses achats, par lots correspondant à chaque besoin (les bancs, les fleurs...). Pour autant, d'un point de vue économique, est-il efficient de commander une petite quantité, de graines, de fleurs, ou un mat d'éclairage de manière isolée ? Ne vaut-il pas mieux rassembler le besoin au sein d'un achat groupé avec l'ensemble des services de la Mairie ? Ce niveau supérieur de commande ne conduira-t-il pas à un meilleur achat ? Le niveau de prise en compte de mon besoin est-il le meilleur d'un point de vue de l'efficacité de la commande ? Ce sont les questions auxquelles doit notamment répondre l'acheteur.

En conséquence, la définition des besoins apparaît comme une construction complexe répondant d'une part, à un objectif économique relatif à sa définition et d'autre part, à une préoccupation de sécurité juridique au regard de son évaluation. Cette construction doit, il nous semble, intégrer, en particulier, des éléments calendaires également liés aux choix des procédures dans un cadre budgétaire contraignant.

De plus elle doit également pouvoir s'appliquer de manière pragmatique, selon les collectivités, leur organisation, le niveau de délégation de ses acteurs.

La « mort » de la nomenclature des familles homogènes de fournitures et de services

pourrait ainsi conduire avec bonheur des collectivités à organiser leurs procédures d'achat en fonction de leurs souhaits et besoins et non pas à se fondre dans un moule contraignant. A cet égard, on pourrait comparer cette démarche à celle initiée par la Loi d'orientation n°92-125 du 6 février 1992 relative à l'administration territoriale de la République⁸⁴ en matière de comptabilité d'engagement. Elle a donné lieu à une réorganisation des procédures internes. Dès lors, l'occasion lui serait donnée de réfléchir à ses procédures, ses circuits de décision et d'exécution.

Dans cette optique, 8 approches nous semblent envisageables en matière d'homogénéisation des fournitures et des services. L'appréciation de l'homogénéité relève d'un espace de « liberté encadrée » de la personne publique.

Chapitre 3. Le recensement et l'évaluation des besoins en matière de fournitures et de services : les approches de l'homogénéité.

a) Une approche désormais classique par « familles homogènes », privilégiant une capitalisation du travail déjà effectué dans la collectivité sur la base de la nomenclature « familles homogènes », dans une organisation plutôt centralisée, de culture juridiquement affirmée ;

En vue de rendre plus objectif le regroupement des achats de famille de produits ou de services, une nomenclature obligatoire avait été publiée au journal officiel du 26 décembre 2001. La notion d'homogénéité est en effet, déjà présente dans la rédaction antérieure du Code qui précise dans son article 27 II « si les besoins de la personne publique donnent lieu à une ensemble unique de livraisons de fournitures homogènes , il convient de prendre en compte la valeur de l'ensemble des ces fournitures ». De même en matière de marchés de services « est prise en compte, quel que soit le nombre de prestataires auxquels la personne responsable du marché fait appel : a) Si les besoins de la personne publique donnent lieu à un ensemble unique de prestations homogènes et concourant à une même opération, la valeur de l'ensemble de ces prestations ; »

Dans les deux cas, le caractère homogène des fournitures ou des prestations de services est apprécié par rapport à la nomenclature.

Des fournitures et des services sont ainsi considérés comme étant homogènes lorsqu'ils appartiennent à la même famille de produits ou de services. La nomenclature est de ce point de vue particulièrement détaillée.

De nombreuses collectivités, ont engagé un travail de centralisation physique, de toute l'information sur l'achat de la collectivité, par un service spécialisé.

« Eclairante par sa précision et sa rationalité »⁸⁵, la nomenclature « obligatoire »

⁸⁴ Parue au JO n°33 du 8 février 1992

⁸⁵ *La nomenclature « fournitures et services », ombres et lumières sur la fonction achat des collectivités locales – Une analyse de Stéphanie Braconnier, professeur à la faculté de droit de l'université de Poitiers, directeur du DESS Marchés publics et délégations de service public et de Brigitte Sequense, directrice des marchés au conseil général du Var – La Gazette des Communes, des Départements et des Régions – 18 février 2002.*

à l'origine, a fait l'objet de nombreuses critiques pour les mêmes raisons. Il n'est toutefois exclu de continuer à y faire référence. Elle répond en effet à la notion d' « homogénéité et raison des caractéristiques propres des fournitures et des services ».

Cette méthode présente en effet les avantages suivants :

- Elle a le mérite d'exister et donc d'éviter aux collectivités de se poser la question de l'homogénéité des fournitures et prestations de services ;

- Elle est particulièrement détaillée, ce qui permet finalement à l'acheteur public d'opérer un découpage assez fin de ses besoins en familles de produits et de services. La rubrique « denrées alimentaires » comporte ainsi quinze rubriques numérotées 10.11 à 10.15. Rien n'empêche d'ailleurs la collectivité d'agrèger des familles entre elles et de « contracter » le découpage proposé à un niveau supérieur ou de supprimer certaines familles inutiles ;

- A la différence de la nomenclature fonctionnelle (voir infra), à vocation statistique, incomplète du point de vue des champs d'intervention des collectivités, elle couvre la totalité des secteurs d'activité; rien ne s'oppose d'ailleurs à ce qu'elle soit complétée;

Ses inconvénients majeurs sont toutefois les suivants :

- Elle répond moins à une logique de projet d'achat dans une démarche transversale qu'à une certaine centralisation de l'achat public autour d'un service achat. A ce titre elle répond à une logique centralisatrice et administrative de l'achat public ;

- Il semble difficile, en application de l'article 20, pour l'autorité compétente de désigner des personnes responsables des marchés en fonction du choix opéré du niveau d'évaluation des besoins. En effet, chaque famille de produits et de services recouvre nécessairement le champ de délégation de plusieurs adjoints. Quelle personne responsable du marché procède à l'évaluation des besoins et porte donc la responsabilité de cette évaluation ?

- Elle semble ne pas répondre, dans tous les cas, à la logique du projet d'achat visant à obtenir une certaine quantité de fournitures et/ou de services. Dans la logique communautaire, un même projet d'achat peut contenir à la fois des fournitures et des services. Ces fournitures et ces services peuvent relever de familles différentes. Prenons l'exemple d'un projet de communication visant à lancer et à accompagner la mise en place de la collecte sélective des déchets sur un territoire : Il s'agit d'un projet d'achat dans la mesure où il est clairement identifié, délimité dans le temps. Ce projet comporte à l'évidence des prestations relevant de la famille 72.02 « campagne de communication (information, publicité, relations publiques) », 72.08 « Services photographiques et audiovisuels de communication », 72.09 : « Travaux graphiques de communication » ; nécessite l'achat d'appareils de production audiovisuelle. Une logique « familles homogènes » nous semble conduite à un découpage excessif des fournitures et prestations du même projet d'achat.

Une décision très récente de la Cour administrative d'appel de Marseille, admet d'ailleurs le découpage de prestations « eu égard à la diversité de natures de services et d'opérateurs ». ⁸⁶ Elle a annulé une décision du Tribunal administratif de Nice conforme au raisonnement précédent.

Reste que d'un point de vue économique et de sécurité juridique, la méthode « prudente » préconisée est d'agrèger l'ensemble des dépenses relevant du même projet d'achat, de l'évaluer au regard de cette agrégation ce qui déterminera le niveau de publicité et d'analyser ensuite si un découpage en lots est susceptible de procurer des avantages économiques, techniques et financiers.

b) Une approche budgétaire par nature, simple et claire dans sa conception ; conduisant le plus souvent à un allotissement, de mise en œuvre aisée dans des petites collectivités ;

L'approche budgétaire par nature répondra spécifiquement aux besoins des petites collectivités. Elle constitue un niveau d'agrégation des dépenses de fournitures et de services en fonction de leurs caractéristiques propres. En effet de classement « par nature » établi par le plan comptable général de 1982 et adapté aux spécificités des communes dans la comptabilité M14, regroupe les dépenses par nature au sein des articles budgétaires. Le mobilier sera ainsi comptabilisé au compte 21784, le matériel de transports au compte 21782, les produits d'entretien au compte 60221, les vêtements de travail au compte 60226.

Cette méthode d'agrégation des dépenses répond à une logique comptable. Le niveau d'évaluation des besoins se fait par nature, par article budgétaire. Des lots peuvent être constitués au sein de chaque « famille » de produits ou de services – essentiellement les différents articles budgétaires des chapitres de regroupement 011 et 21.

Les chapitres 61 « services extérieurs » et 62 « autres services extérieurs » concernent essentiellement des services.

Pour les collectivités –elles sont peu nombreuses- pratiquant une comptabilité de stock (utilisation des comptes de la classe 3), aucune distinction ne devra être opérée entre ce qui est stocké et ce qui ne l'est pas. En effet le fait qu'un produit soit stocké ne relève pas de la caractéristique des produits mais des conditions de son utilisation.

En résumé, cette méthode concernant essentiellement les collectivités de moins de 3 500 habitants ou les établissements publics pouvant leur être assimilés, consiste à simplifier et donc à sécuriser l'évaluation des besoins en la calquant sur la nomenclature comptable par nature et à procéder ensuite à un découpage par lots juridiques distincts (un allotissement) qui donneront lieu à la signature de plusieurs marchés.

Comme le précise « le Courrier des maires » de juin/juillet 2004, page 92, à propos des « marchés des collectivités passés selon la procédure adaptée, « les marchés donnant lieu à la mise en œuvre de la procédure adaptée, ont, pour une bonne part, pour objet de répondre à des besoins récurrents de collectivités locales (fournitures de bureau, prestations de nettoyages, consommables informatiques etc.) notamment celles de taille moyenne. De fait, un recensement exhaustif des contrats habituellement passés par la collectivité devrait permettre d'anticiper la plupart des besoins futurs, en nature et en montant.

Il sera alors beaucoup plus aisé de définir les procédures de consultation qui seront

⁸⁶ CAA de Marseille – 27 avril 2004 n° 01MA01393

mises en œuvre en vue d'y répondre.

Cette méthode nécessite un travail d'analyse des besoins en lien avec la nouvelle obligation de l'article 138 du Code des marchés publics : « La personne publique publie au cours du premier trimestre de chaque année une liste des marchés conclus l'année précédente ainsi que le nom des attributaires. Cette liste est établie dans les conditions définies par un arrêté du ministre chargé de l'économie. ».

L'approche par fonction répond à une même logique comptable quoique plus intéressante.

c) Une approche budgétaire par fonctions, logique au regard de la notion d'unité fonctionnelle, spécifiquement utilisable par les collectivités – certes peu nombreuses- qui votent leur budget par fonctions ;

Depuis 1997, en application de l'article L. 2312-3 du Code général des collectivités territoriales, le budget des communes est voté soit par nature, soit par fonction. S'il est voté par nature, il comporte une présentation par fonction ; s'il est voté par fonction, il comporte une présentation par nature.

Le budget des communes de plus de 10 000 habitants est voté par nature. Il comporte pour les communes de plus de 3 500 habitants une présentation fonctionnelle.

L'article R. 2311-1 du Code général des collectivités territoriales introduit dans les deux cas – celui d'un vote par nature ou celui d'un vote par fonction – une obligation de présentation croisée des comptes.

Toutes les communes de plus de 3 500 habitants disposent ainsi de documents budgétaires faisant apparaître une prévision et une exécution de leurs dépenses et recettes, en fonction de leurs caractéristiques propres – comptes par nature – ou de leurs fonctions – comptes par fonction-.

Découpage à vocation essentiellement statistique, critiqué pour un recouvrement incomplet de tous les secteurs économiques des communes, la comptabilité fonctionnelle n'en demeure pas moins un outil de présentation différente de l'activité de la commune. L'ensemble des dépenses et des fonctions sont regroupées au regard de la fonction remplie.

On peut citer par exemple un extrait de la nomenclature fonctionnelle ⁸⁷ relative à l' « administration générale de la collectivité » :

02 : Administration générale

020 : Administration générale de la collectivité

021 : Assemblée locale

022 : Administration générale de l'Etat

023 : Information, communication, publicité

024 : Fêtes et cérémonies

025 : Aides aux associations (non classées ailleurs)

⁸⁷ voir annexe – nomenclature fonctionnelle – XXIII à XXVXIX

026 : Cimetières et pompes funèbres

L'unité fonctionnelle des dépenses, résultant d'une nomenclature établie par décret, constitue un cadre imposé, tout comme la nomenclature « fournitures et services » précitée.

Toute collectivité de plus de 3 500 habitants peut adopter le raisonnement suivant :

- En ce qui concerne les fournitures et les services, pour évaluer le montant des besoins à comparer aux seuils, il est procédé à une estimation de la valeur totale des fournitures ou des services répartis au sein des fonctions comptables ;

- Le niveau de prise en compte est le niveau le plus fin de la nomenclature fonctionnelle ;

- Au sein de chaque sous-fonction, un découpage par lots donnant lieu à la passation d'un marché unique (lots techniques) ou de marchés distincts (lots juridiques) est opéré.

La sous-fonction 023 « Information, communication, publicité », constituera, par exemple, le niveau d'évaluation du montant des besoins à comparer aux seuils. Cette sous-fonction pourra être découpée ensuite en lots : 01 - bulletin municipal, 02 - actions de publicité, 03- réunions d'information, 04 -fournitures spécifiques à la communication....

Cette formule présente l'avantage, pour le gestionnaire, d'une certaine sécurité juridique pour deux raisons essentielles : il se situe d'abord à un niveau élevé d'agrégation. Ce dernier lui est de plus imposé par un texte qui le préserve de l'arbitraire.

Cette méthode est certes contraignante du point de vue des seuils,⁸⁸ mais peut être adoucie par la possibilité donnée au III de l'article 27 du Code des marchés publics, pour des lots inférieurs à 80 000 euros HT et dans la limite de 20% de la valeur de l'ensemble du marché. Des dépenses de traiteur relatives aux actions de communication de la collectivité (sous-fonction 023) pourront, dans la plupart des collectivités faire l'objet de l'application de cette possibilité. De plus, une pré-information adaptée permet de réduire sensiblement les délais.

L'efficacité économique est également contestable lorsque des achats sont identifiés, au sein d'une sous-fonction, comme correspondant à des besoins transversaux de la collectivité. Cette situation trouvera sa correction dans une révision de l'affectation comptable des dépenses par nature à chaque sous-fonction (au profit de la fonction « administration générale », par exemple). Elle constituera dans ce sens un facteur d'amélioration de la pertinence de la comptabilité fonctionnelle.

En deux ou trois exercices, la prévision, l'exécution budgétaire et l'évaluation des besoins de fournitures et de services pourront être effectuées de manière parallèle au niveau de chaque sous-fonction.

On pourra toutefois objecter que cette méthode ne tient pas compte de la réalité de l'organisation « par services » des collectivités locales. C'est également le cas de l'approche « famille » communautaire.

⁸⁸ Le seuil de 230 000 euros est en effet rapidement atteint et en matière de fournitures et de services, le délai de l'appel d'offres ouvert est de 52 jours.

d) Une approche « famille » communautaire résultant de la classification CPV, de philosophie proche de la précédente mais homogène d'un point de vue de la codification ;

La classification « vocabulaire commun pour les marchés publics », est un système de classification unique applicable aux marchés publics, dans le but d'unifier les références, utilisées par les entités et pouvoirs adjudicateurs pour la description de l'objet de leur marché.⁸⁹

L'annexe I au règlement CE précise que le CPV comprend un vocabulaire principal et un vocabulaire supplémentaire. Le vocabulaire principal repose sur une structure arborescente de codes comptant jusqu'à neuf chiffres auxquels correspond un intitulé qui décrit les fournitures, travaux ou services, objet du marché.

Le code numérique comporte 8 chiffres et se subdivise en :

- divisions, identifiées par les deux premiers chiffres du code (XX000000-Y);
- groupes, identifiés par les trois premiers chiffres du code (XXX00000-Y);
- classes, identifiées par les quatre premiers chiffres du code (XXXX0000-Y);
- catégories, identifiées par les cinq premiers chiffres du code (XXXXX000-Y).

Chacun des trois derniers chiffres apporte un degré de précision supplémentaire à l'intérieur de chaque catégorie.

Un neuvième chiffre sert à la vérification des chiffres précédents.

Le vocabulaire supplémentaire peut être utilisé pour compléter la description de l'objet des marchés. Il est constitué par un code alphanumérique, auquel correspond un intitulé qui permet d'apporter des précisions additionnelles sur la nature ou la destination spécifiques du bien à acheter.

Le code alphanumérique comprend :

- un premier niveau constitué par une lettre correspondant à une section;
- un deuxième niveau constitué par quatre chiffres dont les trois premiers forment une subdivision, et le dernier, un chiffre de contrôle.

Cette codification permet donc, dans les avis de marchés communautaires de codifier l'objet des marchés, de les caractériser. Cette référence à la codification a d'ailleurs été introduite dans les formulaires de publicité au journal officiel de la république française :

⁸⁹ Premier considérant du règlement (CE) No 2151/2003 de la commission du 16 décembre 2003 portant modification du règlement (CE) no 2195/2002 du Parlement européen et du Conseil relatif au vocabulaire commun pour les marchés publics (CPV)

La détermination préalable des besoins dans l'achat public local : simple exigence juridique ou réel enjeu organisationnel ?

Nomenclatures

Classification CPV* (Vocabulaire Commun des Marchés) * Champ non indispensable pour la publication

	classification principale	classification supplémentaire (si applicable)
Objet principal :	_____	_____
Objets	_____	_____
complémentaires :	_____	_____
	_____	_____
	_____	_____

Ainsi les vêtements de toute nature sont classifiés pour partie comme suit :

18000000-9 Vêtements et accessoires

18100000-0 Vêtements professionnels, vêtements de travail spéciaux et accessoires

18110000-3 Vêtements professionnels

18111000-0 Vêtements pour personnel médical

Code CPV Description

18112000-7 Vêtements militaires

18113000-4 Vêtements à usage industriel

18114000-1 Combinaisons de travail

18115000-8 Uniformes

18115100-9 Uniformes de pompiers

18115200-0 Uniformes de police

On le voit, le niveau de classification à 4 chiffres puis à 5 chiffres peut permettre de caractériser les fournitures précitées, pour permettre leur évaluation.

L'agrégation des besoins, à ce niveau de classification revêt plusieurs avantages pour la personne publique qui souhaite faire référence au vocabulaire CPV pour organiser l'évaluation de ses achats :

- Elle permet l'utilisation d'un vocabulaire unique pour les formalités de publicité et pour l'évaluation des besoins ;
- Elle évite à la personne publique de procéder à l'écriture d'une nomenclature propre à sa collectivité ;
- Elle permet de raisonner en termes de produits et non en termes d'articles comptables. Quel que soit le niveau de description des besoins, l'agent concerné est donc en mesure de décrire un besoin ;
- Elle organise logiquement l'arborescence de fournitures et des services et permet donc, au-delà d'une agrégation à 5 chiffres de décomposer les achats par lots (uniformes de pompiers, uniformes de police par exemple).

Cet exemple nous permet d'introduire l'idée que le découpage doit être également organisé en fonction des « métiers » des entreprises c'est-à-dire de la réponse que peuvent apporter les entreprises à un besoin. Une entreprise de confection de vêtements

professionnels réalise par exemple de manière « classique », des uniformes de police et des uniformes de pompiers. Si mon besoin est de faire fabriquer des costumes pour les deux catégories de personnels, une consultation séparée n'a aucune efficacité économique dans la mesure où la réponse peut être apportée par une seule entreprise. Un découpage en 2 lots juridiques n'aurait d'ailleurs pas plus d'efficacité, une entreprise ne pouvant faire une proposition plus avantageuse pour un lot à la condition de l'obtention du second. La description de deux « lots techniques » au sein d'un même marché est la solution proposée dans ce cas.

- Elle est compatible avec une codification par nature ou par fonction au regard des opérations d'engagement et de mandatement ;

- Construite sur une arborescence, elle facilite l'agrégation des besoins en utilisant un tableur du type Excel ou Lotus qui raisonne de cette manière dans ses fonctions « tri » ;

- Elle sera utilisée de manière identique, à la demande de la personne publique, chez le fournisseur, pour faciliter l'identification des produits et formaliser les échanges.

Les quatre approches précédentes s'appuient sur des nomenclatures ou un vocabulaire, les trois approches suivantes s'appuient sur une réelle organisation volontaire de l'achat. L'approche AP/CP nécessite en effet une réflexion préalable par projets.

e) Une approche budgétaire par autorisations de programmes et par opérations conciliant l'effort de programmation et de consolidation budgétaire et la globalisation des besoins ;

Cette approche relève d'un découpage budgétaire par projets puis par programmes et enfin par opérations. Elle résulte de la déclinaison du programme pluriannuel d'investissements qui détaille l'ensemble des opérations programmées par la collectivité en général à 3 ans, parfois à 5 ans. Ainsi le programme pluriannuel d'investissements peut comporter :

Une opération de modernisation de l'informatique qui comportera en général, nous l'avons vu précédemment, des achats de services et des achats de fournitures, programmés pour mener à bien le projet sur une durée de 3 ans. Il pourra par exemple être décidé que les « postes clients » seront achetés au cours des années n et n+1 mais que le basculement sur un nouveau serveur ne sera opéré qu'au cours de l'année n+2. La durée des marchés passés à l'issue de cette évaluation est en général supérieure à un an et leur niveau d'agrégation, donc d'évaluation, élevé. Elle répond à une évaluation fonctionnelle des besoins par autorisation de programme et par opérations budgétaires. Elle s'applique en particulier à des projets clairement identifiés dans leur contenu et leur programmation et suppose donc un niveau d'évaluation plus élevé. Elle conduit à fractionner le marché (et non à le saucissonner) ou à utiliser la méthode des marchés complémentaires.

Un budget peut être décliné de manière fonctionnelle en de nombreuses autorisations de programmes (projets d'achats de fournitures et de services). Citons par exemple :

Remplacement du mobilier urbain sur plusieurs années

Rénovation de l'éclairage public à 3 ans

Sécurisation des arrêts de transports scolaires sur deux ans

Mise en place d'un plan de circulation à trois ans

Généralisation de l'arrosage intégré des espaces verts à 5 ans

Modernisation du parc de véhicules deux roues etc.

Ainsi dans le cas d'un projet d'achat de fournitures et de services plusieurs solutions sont possibles pour répondre à un besoin à 3 ans :

La signature d'un marché d'une durée de 3 ans (article 15, alinéa 1 du Code)

Un marché de 1 an avec deux reconductions de 1 an (article 15, alinéa 2 du Code)

Une combinaison de durées différentes (1+2, 2+1....) (article 15, alinéa 2 du Code)

Un marché fractionné à bons de commandes ou à tranches conditionnelles si pour des raisons économiques, techniques ou financières, le rythme ou l'étendue des besoins à satisfaire ne peut être entièrement arrêté dans le marché.

L'intérêt de cette méthode réside également dans le niveau élevé d'agrégation. Des marchés importants sont en effet susceptibles d'intéresser un plus grand nombre d'entreprises et de générer une concurrence plus importante. Elle permet également de préserver la cohérence d'un projet sur plusieurs années notamment en cas de chevauchement de deux mandats municipaux. (que serait la modernisation de l'informatique municipale si le serveur , n'était pas finalement acquis l'année n+2 ?). Elle conduit toutefois à une généralisation des procédures d'appel d'offres eu égard aux montants d'agrégation des projets. Cette méthode répond efficacement aux objectifs poursuivis par le code d'éviter tout découpage excessif.

Ses contraintes principales sont les suivantes :

- Le travail de définition des besoins doit être mené très en amont et couvrir une durée supérieure à une année ;

- Toute l'action communale ne peut être déclinée en projets, ce qui suppose de faire « cohabiter » cette méthode avec une autre méthode d'évaluation pour des besoins non identifiés comme des projets d'achats à moins d'un an ;

- Les cahiers des charges doivent intégrer des clauses relatives à l'évolution des produits afin que la personne publique bénéficie de l'évolution technologique.

On l'aura compris, l'unité fonctionnelle réside dans l'individualisation des autorisations de programmes qui traduisent l'action communale et qui sont généralement la déclinaison du programme politique. Si l'évaluation s'opère au niveau de l'unité fonctionnelle rien ne s'oppose à un découpage par lots des différents besoins. Le marché de fournitures pourra comporter, à titre accessoire, des éléments relevant de la catégorie des travaux ou des fournitures. Il pourra également avoir pour objet des fournitures et des services. Ainsi en reprenant l'exemple de l'informatique, tous les besoins liés à « la modernisation de l'informatique de la Mairie » pourront être définis, déterminés et évalués à 3 ans et faire l'objet d'une unique consultation comportant un ou plusieurs lots.

La réalité du fonctionnement de la personne publique peut également être prise en compte.

f) Une approche organisationnelle qui tient compte de la réalité du fonctionnement de la collectivité reposant sur une correspondance partielle entre le service fonctionnel et l'unité fonctionnelle et éventuellement assise sur un service centralisateur ;

L'organigramme de la collectivité constitue l'image de l'organisation ou de ce que l'on voudrait qu'elle soit. De construction verticale, horizontale ou concentrique, il relève d'un découpage de l'organisation locale en services, unités fonctionnelles de la collectivité. En effet, chaque service, consommateur de fournitures et de services, conduit des projets possédant une unité et répondant à une fonction. Le service des espaces verts constitue une unité fonctionnelle au sein duquel les fournitures et les services constituent une unité fonctionnelle.

Cette approche peut être admise en raison du niveau d'agrégation de fournitures et des services, au niveau du service, puis découpés en lots donnant lieu à la signature d'un ou de plusieurs marchés. En ce sens, elle relève de la même logique que l'approche budgétaire pas fonction⁹⁰. Elle « colle » à l'organisation de la collectivité et il appartient aux services d'évaluer leurs besoins, puis de les communiquer à la personne responsable des marchés (unique), ou à une personne responsable du marché spécifiquement désignée. En pratique, les délégations des adjoints recouvrent un ou plusieurs services. Il peut également y avoir correspondance entre la présentation fonctionnelle du budget et l'organisation fonctionnelle de la collectivité. Ainsi la fonction 83 « environnement » peut correspondre à une délégation politique « environnement » et à un service « environnement ».

A l'évidence, la contrainte est à nouveau forte en matière de détermination préalable des besoins. En effet, chaque service doit d'abord évaluer, lors de la préparation budgétaire, essentiellement en fonction de la consommation des crédits des exercices précédents, le montant de ses achats en fournitures et en services nécessaires au fonctionnement spécifique du service (étape 1). Le montant total des besoins de fournitures et de services est ensuite comparé aux seuils (étape 2). La procédure de passation sera choisie en fonction de ce montant. Ce montant total constitue le projet d'achat. Ces besoins sont ensuite décomposés en lots en fonction des caractéristiques propres de fournitures et des services (étape 3). La procédure de passation de chaque lot est celle qui s'applique au marché pris dans son ensemble. Pour un service d'espaces verts, ces lots pourront par exemple être : achats de fleurs, services extérieurs de tontes, achats de tondeuses....

A ce stade, la personne responsable du marché pourra déterminer le nombre de lots inférieurs à 80 000 euros, qui cumulés n'excèdent pas 20% de la valeur de l'ensemble du marché (soit le montant total du projet d'achat de service - étape 4).

Elle déterminera également les besoins accessoires de travaux associés à chaque lot (étape 5) et caractérisera son marché (fournitures ou services) en appliquant la règle fixée à l'article 1 du code des marchés publics.

Elle établira enfin et en particulier les lots pouvant faire l'objet d'un droit de préférence au sens de l'article 54 du code des marchés publics⁹¹, ceux pour lesquels la production

⁹⁰ Voir supra c)

d'échantillons sera nécessaire, la liste des références aux normes disponibles, si certaines commandes peuvent être passées directement à une centrale d'achat, d'un éventuel groupement de commandes.

Les personnes responsables des marchés tiennent un rôle particulier dans le processus d'achat. En lien avec les délégations de fonctions, une approche politique peut être conduite.

g) Une approche politique découlant de la désignation des personnes responsables des marchés prenant en compte la réalité du circuit de prise de décisions et la place de l'élu dans l'organisation

La désignation, facultative de plusieurs personnes responsables du marché est organisée en fonction du niveau d'évaluation des besoins de fournitures et de services déterminé par l'assemblée délibérante. C'est donc le niveau d'évaluation des besoins qui détermine le champ d'intervention de la personne responsable du marché. Une collectivité peut faire le choix d'une stricte correspondance, du niveau d'évaluation des besoins, du champ d'intervention de la personne responsable du marché et de la délégation de fonction donnée. Chaque délégation constitue alors une unité fonctionnelle. Le raisonnement mené au f) peut alors être décliné de la même manière.

Enfin une approche mixte résultant de la combinaison d'une ou plusieurs des 7 approches précédentes peut être imaginée par chaque collectivité, formalisée et appliquée.

Chapitre 4. Périmètre et forme de la publicité – la définition du besoin de publicité

Le niveau de publicité d'un marché et sa proportionnalité au projet d'achat relèvent également de la détermination préalable des besoins.

En effet, en application de l'article 28 du Code des marchés publics, « les marchés passés selon la procédure adaptée sont des marchés passés selon des modalités de publicité et de mise en concurrence déterminées par la personne responsable du marché en fonction de leur objet et de leurs caractéristiques. » De plus, que ce soit en matière de fournitures et de services compris entre 90 000 euros HT et 230 000 euros HT (III de

⁹¹ Article 54 I. - Lors de la passation d'un marché, **un droit de préférence** est attribué, à égalité de prix ou à équivalence d'offres, à l'offre présentée par une société coopérative ouvrière de production, par un groupement de producteurs agricoles, par un artisan, une société coopérative d'artisans ou par une société coopérative d'artistes ou par un atelier protégé. II. - Lorsque les marchés portent, en tout ou partie, sur des prestations susceptibles d'être exécutées par des artisans ou des sociétés d'artisans ou des sociétés coopératives d'artisans ou des sociétés coopératives ouvrières de production ou des ateliers protégés, les personnes publiques contractantes doivent, préalablement à la mise en concurrence, définir les travaux, fournitures ou services qui, à ce titre, et dans la limite du quart du montant de ces prestations, à équivalence d'offres, seront attribués de préférence à tous autres soumissionnaires, aux artisans ou aux sociétés coopératives d'artisans ou aux sociétés coopératives ouvrières de production ou à des ateliers protégés. III. - Lorsque les marchés portent, en tout ou partie, sur des travaux à caractère artistique, la préférence, à égalité de prix ou à équivalence d'offres prévue au II, s'exerce jusqu'à concurrence de la moitié du montant de ces travaux, au profit des artisans d'art ou des sociétés coopératives d'artistes.

l'article 40), ou en matière de travaux compris entre 90 000 euros HT et 5 900 000 euros HT (IV du 40), il appartient à la personne publique d'apprécier si, compte tenu de la nature ou du montant des prestations en cause, une publication dans un journal spécialisé correspondant au secteur économique concerné est « utile ». Curieusement cette publicité « appréciée utile » n'est pas prévue pour les marchés d'un montant supérieur, qui ne sont soumis qu'à la double obligation d'une publication au JOUE⁹² et au BOAMP⁹³. L'utilité de la publicité s'apprécie au regard notamment de l'efficacité économique attendue par son champ de diffusion, par « le public ciblé ».

Enfin, en cas d'appel d'offres restreint, de concours restreint ou de marché négocié avec publicité préalable, la personne responsable du marché peut faire paraître un seul avis pour un ensemble de marchés qu'elle prévoit de lancer, pour des prestations de même nature, au cours d'une période maximale de douze mois (dernier alinéa de l'article 40).

Cette détermination du niveau et du besoin de publicité « appréciée » couvre tout le champ d'application de la procédure adaptée, celui du niveau intermédiaire de publicité (entre 90 000 et le niveau de publication obligatoire au JOUE) et au besoin, le niveau supérieur.

Son domaine d'application intègre des choix d'anticipation (publicité préalable, délai entre la date de publication et la date de réponse des entreprises, regroupement des lots en projets d'achats), de nature de supports (sites Internet, presse spécialisée, affichage), d'évaluation de l'efficacité du support au regard des réponses des entreprises. Il revêt donc une dimension économique faciale (le coût des insertions⁹⁴ – de 0,5% à 1% du coût global d'une opération de travaux, d'un montant variable et pouvant atteindre 10% pour un projet d'achat de fournitures et de services non agrégés), une dimension économique indirecte (le coût de production de l'information : saisie, contrôle..) et une dimension économique incidente (l'efficacité de la publicité qui peut notamment se mesurer par le nombre d'entreprises intéressées par le marché et par le niveau de leurs offres comparé à l'évaluation initiale).

La définition, la détermination et l'évaluation des besoins doivent être abordées avec méthode et précision. A défaut, des risques juridiques et économiques existent pour la personne publique.

Titre 4. Risques juridiques et économiques d'une mauvaise détermination de besoins

⁹² Journal officiel de l'Union Européenne

⁹³ Bulletin officiel d'annonce des marchés publics

⁹⁴ Voir à ce sujet : Décret n° 2002-1193 du 20 septembre 2002, fixant le tarif des insertions au Bulletin des annonces légales obligatoires et le Décret n° 2002-1194 du 20 septembre 2002 fixant le tarif des annonces et insertions au Journal officiel.

Lorsque le projet d'achat est lancé, son arrêt peut avoir des conséquences dommageables pour la personne publique. Le déféré préfectoral ou le recours d'une entreprise peuvent conduire à ce qu'il soit sursis à son exécution. Une mauvaise détermination des besoins peut être à l'origine de difficultés ultérieures juridiques et économiques. Nous avons choisi d'attirer l'attention du lecteur sur les plus significatives.

Chapitre 1. Les risques juridiques

a) Les risques administratifs

(1) Le contentieux administratif

La non anticipation des besoins peut conduire l'acheteur public à invoquer l'urgence impérieuse alors que « l'urgence est due non à des circonstances imprévisibles mais à la seule carence de la collectivité à définir un nouveau cahier des charges et à organiser un nouvel appel d'offres » (CCA Lyon 18 mai 1989 Ste Royat Automobiles, Lebon, Tables p 777).

Une définition trop imprécise de l'objet du marché dans l'avis d'appel à la concurrence, en tant qu'il risque de fausser les conditions de la compétition, est également de nature à entraîner la nullité du marché.

Ainsi, dans une affaire relative à un projet de modernisation d'une école, le Conseil d'Etat a considéré que l'imprécision d'un avis constituait un manquement aux obligations de publicité. Cet avis énonçait « modernisation et restructuration du Collège » alors que le besoin avait été défini comme étant « les études et réalisations d'opérations de restructuration, d'extension ou de construction de divers équipements scolaires, sociaux, sportifs, culturels ou bâtiments administratifs, susceptibles d'être engagées au cours du quatrième semestre 1991 ».

L'obligation de transmission permet l'exercice par le représentant de l'Etat du contrôle de légalité. Cette transmission précède la notification du marché à son titulaire.

En outre, aux termes de l'article L. 2131-6 du Code général des collectivités territoriales, s'agissant des marchés conclus par les communes, le préfet peut assortir son déféré d'une demande de suspension. Il est fait droit par le tribunal à cette demande si l'un des moyens invoqués paraît, en l'état de l'instruction, propre à créer un doute sérieux quant à la légalité de l'acte attaqué. Il est statué dans un délai d'un mois à compter de la saisine par le préfet.

Une saisine du juge administratif par le représentant de l'Etat visant à demander la suspension d'un marché, dans un délai de dix jours à compter de la réception par lui de l'acte, entraîne la suspension de celui-ci.

Au terme d'un délai d'un mois à compter de la réception par le tribunal du déféré, si le juge des référés n'a pas statué, l'acte devient exécutoire.

Il ne suffit donc pas seulement de bien définir son besoin, il faut également bien l'exprimer.

(2) Le risque de déséquilibre budgétaire

Aux termes de l'article L. 1612 -14 du Code général des collectivités territoriales « lorsque l'arrêté des comptes des collectivités territoriales fait apparaître dans l'exécution du budget, après vérification de la sincérité des inscriptions de recettes et de dépenses, un déficit égal ou supérieur à 10 p. 100 des recettes de la section de fonctionnement s'il s'agit d'une commune de moins de 20. 000 habitants et de 5 p.100 dans les autres cas, la chambre régionale des comptes, saisie par le représentant de l'Etat, propose à la collectivité territoriale les mesures nécessaires au rétablissement de l'équilibre budgétaire, dans le délai d'un mois à compter de cette saisine »

Dans le cadre des procédures prévues aux articles L. 1612-2, L. 1612-5, L. 1612-9, L. 1612-14, L. 1612-15, L. 1612-16 et L. 1612-18 du Code général des collectivités territoriales, les services chargés du contrôle de légalité peuvent demander aux collectivités territoriales la production des dépenses engagées en cours d'exercice.

L'engagement juridique est l'acte par lequel la collectivité ou l'établissement public crée ou constate à son encontre une obligation de laquelle résultera une charge. Le contrôle de la disponibilité des crédits est opéré lors de l'engagement comptable qui est préalable ou concomitant à l'engagement juridique.⁹⁵

Un budget primitif dont l'équilibre a été atteint par l'inscription, en face des programmes de dépenses prévus, d'une part de subventions dont l'attribution n'était pas certaine, d'autre part d'emprunts dont la conclusion était aléatoire compte tenu du niveau très élevé de l'endettement de la commune au regard de ses capacités de remboursement et qui d'ailleurs n'avait fait l'objet à la date de la délibération en cause d'aucun avis favorable exprès de la part d'un organisme prêteur, doit être regardé comme n'ayant pas été voté en équilibre réel, en raison du caractère non sincère de ces inscriptions budgétaires.⁹⁶

(3) Les observations des Chambres Régionales des Comptes

Nous n'y reviendrons pas pour avoir donné un exemple à ce sujet en début de mémoire.

(4) La cour de discipline budgétaire

Le fractionnement de prestations dans le seul but de permettre le recours aux commandes hors marchés justifie leur annulation par le juge administratif et le prononcé de sanctions par la juridiction financière.⁹⁷

⁹⁵ Arrêté du 26 avril 1996, relatif à la comptabilité de l'engagement des dépenses des communes, des départements, des régions et de leurs établissements publics, pris pour application des articles L. 2342-2, L. 3341-1 et L. 4341-1 du Code général des collectivités territoriales.

⁹⁶ CE 16 mars 2001, Cne de Rennes-les-bains, req. N°s 160257 et 157128 : Rev. Trésor 2001.648 ; Coll. Terr. 2001, n°166, RFD adm. 2001.759.

⁹⁷ CE 29 janvier 1982 « Martin » et Cour de discipline budgétaire et financière « 6 novembre 1992.

b) Le risque pénal

(1) Le délit de favoritisme⁹⁸

« Est puni de deux ans d'emprisonnement et de 30 000 euros d'amende le fait par une personne dépositaire de l'autorité publique ou chargée d'une mission de service public ou investie d'un mandat électif public ou exerçant les fonctions de représentant, administrateur ou agent de l'Etat, des collectivités territoriales, des établissements publics, des sociétés d'économie mixte d'intérêt national chargées d'une mission de service public et des sociétés d'économie mixte locales ou par toute personne agissant pour le compte de l'une de celles susmentionnées de procurer ou de tenter de procurer à autrui un avantage injustifié par un acte contraire aux dispositions législatives ou réglementaires ayant pour objet de garantir la liberté d'accès et l'égalité des candidats dans les marchés publics et les délégations de service public. »

S'agissant du régime de la prescription de l'action publique, dans deux arrêts du 27 octobre 1999, la Cour a jugé que **« si le délit d'atteinte à la liberté et à l'égalité des candidats dans les marchés publics est une infraction instantanée, qui se prescrit à compter du jour où les faits le consommant ont été commis, le délai de prescription de l'action publique ne commence à courir, lorsque les actes irréguliers ont été dissimulés ou accomplis de manière occulte, qu'à partir du jour où ils sont apparus et ont pu être constatés dans les conditions permettant l'exercice des poursuites »**.

Un grand nombre d'agissements constatés, susceptibles de constituer des délits d'octroi d'avantage injustifié ont pour point de départ une mauvaise définition des besoins qui entraîne l'acheteur public vers des choix « aléatoires ». Selon Catherine Prebissy-Schnall, Maître de conférences en droit public à l'Université de Paris X Nanterre « plus le décideur exprimera de façon rigoureuse son besoin, moins il y a aura de risque de constitution du délit de favoritisme. La précision et l'exhaustivité des exigences contribuent, en effet, à s'assurer ultérieurement de la bonne exécution du marché ».

Nous partageons cet avis, une bonne définition des besoins est nécessaire pour réduire le risque d'octroi d'un avantage injustifié à une entreprise.

Chapitre 2. Les risques économiques

a) Le surcoût du marché

- lié à une augmentation du prix

La programmation de la période d'exécution d'un marché a une influence sur son coût. En effet le décret n°2001-738 du 23 août 2001 pris en application de l'article 17 du Code des marchés publics et relatif aux règles selon lesquelles les marchés publics

⁹⁸ Article 432-14- (Loi n° 95-127 du 8 février 1995 art. 10 Journal Officiel du 9 février 1995) - (Ordonnance n° 2000-916 du 19 septembre 2000 art. 3 Journal Officiel du 22 septembre 2000 en vigueur le 1er janvier 2002)

peuvent tenir compte des variations économiques prévoit l'obligation pour un marché conclu à prix ferme pour des fournitures ou services autres que courants ou pour des travaux que « le prix sera actualisé si un délai supérieur à trois mois s'écoule entre la date d'établissement des prix figurant dans le marché et la date d'effet de l'acte portant commencement d'exécution des prestations et que l'actualisation se fera aux conditions économiques correspondant à une date antérieure de trois mois à la date d'effet de l'acte portant commencement d'exécution des prestations.

- lié au versement d'intérêts moratoires.

Une mauvaise estimation des besoins peut conduire à une insuffisance de prévision budgétaire.

S'il est une constante dans les propos des entrepreneurs, c'est la dénonciation des retards des collectivités publiques dans le paiement des sommes qui leur sont dues pour l'exécution des marchés publics.

En 1998, le délai global de règlement était de 37 jours et s'inscrivait dans une tendance régulièrement décroissante. Le délai global de paiement par le comptable est quant à lui, toutes collectivités locales confondues, de 9 jours environ.

Les délais observés dans le secteur public local supportent désormais assez bien la comparaison avec ceux pratiqués dans des opérations semblables dans le secteur privé. La comptabilité d'engagement rendue obligatoire en 1992, a largement contribué à cette évolution. Au début des années 90, la lettre de change relevé avait tenté d'introduire un élément d'accélération du paiement des marchés publics et de rendre transparente la distinction entre l'ordonnateur et le comptable public. Mais à la différence des marchés privés, cette technique n'a pas prospéré. Désormais le principe de la séparation des ordonnateurs et des comptables publics, qui organisent en France le paiement des dépenses publiques, doit être ignoré par les cocontractants de l'administration, qui ne devront subir aucun de ses effets.

Le délai global de paiement est réel à partir du moment où des sanctions sont prévues en cas de dépassement. Jusqu'à présent, elles existaient mais étaient faibles. L'apport des textes adoptés, depuis 2001, est de mettre en place un mécanisme de paiement public plus rigoureux.

Le délai de mandatement relevant de l'ordonnateur et le délai de paiement au comptable public, ces deux délais forment le délai global de paiement auquel fait référence la loi. Le délai global de paiement n'est pas forcément un délai de règlement effectif. En aval du règlement de la dépense publique s'ajoute, pour constituer le délai de règlement effectif, le délai bancaire, courant entre la date de virement par le comptable

L'article 96 du CMP énonce : « Le délai global de paiement d'un marché public ne peut excéder 45 jours. Toutefois, pour les établissements publics de santé et les établissements du service de santé des armées, cette limite est de 50 jours. Le dépassement du délai de paiement ouvre de plein droit et sans autre formalité, pour le titulaire du marché ou le sous-traitant, le bénéfice d'intérêts moratoires, à compter du jour suivant l'expiration du délai.

Un décret précise les modalités d'application du présent article. »

Pour le cocontractant de l'administration locale, tout dépassement du délai global de paiement ouvre de plein droit le bénéficiaire d'intérêts moratoires. Ils n'ont pas à être réclamés par l'entreprise, il s'agit d'un droit intangible et l'entreprise ne peut y renoncer. Les intérêts moratoires sont calculés en multipliant la somme due au cocontractant par le taux d'intérêt légal prévu par l'article 1153 du Code civil⁹⁹ majoré de deux points. Ce taux d'intérêt est contractuel si il est visé par le marché. Dans le silence du marché le taux d'intérêt que le débiteur devra acquitter doit correspondre au taux directeur défini par la Banque centrale européenne (BCE) et majoré de 7 points.¹⁰⁰

b) Le mauvais ajustement de l'emprunt aux besoins

Un emprunt contracté pour un montant inférieur aux besoins ou à l'inverse pour un montant supérieur entraîne un coût¹⁰¹ de couverture de trésorerie ou de mobilisation de trésorerie.

c) La négociation d'un avenant dans des conditions économiques aléatoires

Dans le cadre d'un marché à prix forfaitaire, des travaux réalisés sans ordre de service, c'est-à-dire réalisés à l'initiative du titulaire du marché, peuvent être indemnisés. La jurisprudence a admis qu'un supplément de prix est envisageable pour des prestations rendues plus onéreuses en raison de sujétions imprévues et en cas de prestations supplémentaires imposées par l'administration sur la base de l'article 15.3 du CCAG Travaux.

La jurisprudence a également admis que certaines prestations exécutées spontanément par le cocontractant peuvent faire l'objet de prix supplémentaires dès lors qu'elles présentent un caractère d'absolue nécessité pour la bonne réalisation d'un projet « dans les règles de l'art »¹⁰²

En revanche, aucun paiement n'est dû, lorsque le maître d'ouvrage, confronté à cette situation, s'est opposé de manière expresse à la réalisation des travaux.¹⁰³

d) L'exécution anticipée d'un marché

L'exécution du marché est le plus souvent conditionnée par sa notification à son titulaire.
¹⁰⁴ Les conséquences engendrées par l'exécution du contrat antérieure à son caractère

⁹⁹ en 2004, ce taux est de : 2,27% - JO du 15 février 2004

¹⁰⁰ Directive n° 2000/35/CE du 29 juin 2002, relative à la lutte contre le retard de paiement dans les transactions commerciales, JO CE n° L 200, 8 août 2000.

¹⁰¹ Lire à ce sujet « Le guide de la gestion financière des collectivités locales », par Michel Klopfer, éditions Le Moniteur, novembre 2001, à propos du coût actuariel.

¹⁰² CE Section 17 octobre 1975, Commune de Canari

¹⁰³ CE 2 juillet 1982, Société routière Colas

exécutoire sont aux risques de l'entrepreneur. En effet les dépenses antérieures à la notification du marché ne peuvent être liquidées par le comptable. De plus, une collectivité peut engager sa responsabilité extracontractuelle si il s'avère que, pour respecter un délai de réalisation du marché que la procédure n'autorise pas, elle incite l'entreprise à engager la prestation relative au contrat. Ainsi une collectivité invitant son cocontractant à entreprendre des travaux avant la conclusion d'un contrat commet une faute, de même que l'entrepreneur commet une imprudence en acceptant de les exécuter, ce qui justifie un partage des responsabilités.¹⁰⁵

En matière de travaux , comme en matière de fournitures et de services, l'organisation de l'achat public relève d'une problématique d'évaluation du montant du projet d'achat, encadrée par le Code des marchés publics.

Les opérations de travaux, clairement identifiées, font appel à une démarche d'organisation essentiellement verticale. En effet, il s'agit, pour le chef de projet, d'identifier, en termes de programmation, puis de déclinaison, les différentes composantes puis les différentes phases d'un projet. Les arbitrages rendus visent à déterminer, dans le temps et dans l'espace la réalité d'une unité fonctionnelle, technique et économique. L'aspect organisationnel existe mais relève plus d'une méthode de travail individuelle que d'une réelle démarche visant à créer une synergie entre tous les acteurs d'un projet. On peut d'ailleurs imaginer qu'une opération de travaux soit conduite par une seule personne. Son enjeu organisationnel résidera essentiellement dans l'identification des tâches et dans leur enchaînement logique.

En matière d'achat de fournitures et de services, la démarche est beaucoup plus horizontale et met en jeu un plus grand nombre d'acteurs.

L'enjeu n'est pas seulement de formaliser une procédure mais de coordonner l'action de multiples intervenants, de réagir à des indicateurs, d'apporter les corrections nécessaires. Elle s'apparente plus à un pilotage qu'à une simple conduite.

A ce titre, les risques juridiques semblent plus importants en matière de fournitures et de services, domaine dans lequel la part de liberté reste la plus importante, les risques économiques semblant, à l'inverse, caractériser la conduite des opérations de travaux. La traçabilité des procédures en matière de travaux semble en effet acquise dans les collectivités locales alors que les pratiques de l'achat courant ont longtemps été empreintes de simplification et de « raccourcis ». L'achat « sur simples factures » en était le symbole.

Cette réalité est appelée à évoluer dans le sens d'une plus grande formalisation des procédures d'achat de fournitures et de services, à l'instar de la pratique en matière de

¹⁰⁴ Le CE par une décision du 27 mai 1998 « SA Nicoletti » req. p 216 a admis toutefois admis que le début d'exécution des travaux pouvait être fixé avant la notification en cas d'accord expresse entre les parties au contrat. Cette situation reste toutefois exceptionnelle.

¹⁰⁵ CE 25 novembre 1988, « SA Bergeron-Geoffroy et Sté TNEE », RDP 1986, p.1798, obs. F Llorens. La gazette des commune du 12 juillet 2004 – « le point sur la notification et l'exécution des marchés publics » - analyse de Samuel Delaincourt, assistant de justice à la cour administrative d'appel de Marseille, Université Paul-Cézanne Aix-Marseille III

La détermination préalable des besoins dans l'achat public local : simple exigence juridique ou réel enjeu organisationnel ?

travaux.

L'enjeu organisationnel n'est pas tant celui de la centralisation que celui de l'anticipation et de la programmation.

Conclusion

Au moment de conclure ce mémoire, il me revient une phrase d'un sous-préfet de l'arrondissement de BONNEVILLE, Monsieur Georges AMBROISE, à l'occasion d'une visite à SAINT-GERVAIS-LES-BAINS, en 1999. Le maire de cette commune était à l'époque Georges HOTTEGINDRE, j'étais son secrétaire général et la discussion, à table et face au Mont-Blanc portait sur l'action communale.

« Il faut de la philosophie dans l'action ».

C'est sans doute donner beaucoup d'importance à la détermination préalable des besoins, que de lui conférer une dimension philosophique, mais ce serait la restreindre à une dimension insuffisante que de la réduire à une simple contrainte juridique.

Certes la règle existe et son non-respect conduit, le plus souvent, le juge à l'annulation des actes pris par les collectivités locales. Le contentieux administratif ne fait que peu de cas de la philosophie. La règle a d'ailleurs un intérêt non négligeable : elle conduit, encadre et, clairement établie, conforte les choix. En ce sens elle permet de donner plus de temps à la réflexion. Les procédures de certification ont ainsi l'immense mérite de guider, par des procédures formalisées, l'action individuelle et collective. « Je dis ce que je fais, je fais ce que je dis et je le démontre », cette « accroche » des démarches qualifiées suppose, pour qu'elle soit appliquée d'avoir un projet et de savoir comment le réaliser. C'est déjà beaucoup.

La difficulté est que la règle n'est aujourd'hui pas stabilisée. Le Code des marchés publics a évolué rapidement en trois années et évoluera sans doute encore à court terme. L'interprétation du juge administratif traduit parfois la difficulté de concilier l'esprit du code

et son formalisme.

La détermination préalable des besoins est donc contraignante, juridiquement obligatoire, organisée à défaut d'être rigoureusement encadrée par les textes. Le Code des marchés publics n'adopte d'ailleurs pas la même démarche pédagogique que la Loi MOP et n'introduit pas le même degré d'innovation que l'ordonnance sur les partenariats publics privés. Il est vrai que les velléités d'innovation en matière de seuils n'ont pas reçu un accueil encourageant.

Elle n'est pas propre à l'achat public. « Le marché des vêtements de ski n'exprime qu'imparfaitement le besoin des skieurs, le besoin réel c'est ce qui reste à définir, à imaginer, à anticiper », me confiait récemment un cadre d'une entreprise, chargé de la définition des besoins sur ce segment. L'entreprise a également des contraintes de produits, de normes, de logistiques, de couleurs, de méthodes.... Les méthodes de la définition d'un produit, celles de la négociation pourront être utilement observées et analysées par l'acheteur public.

Définir un besoin, dans l'achat public local répond à des contraintes et des enjeux spécifiques.

L'intuition y a sa place, tout comme Henry MINTZBERG lui donne une place dans le management.¹⁰⁶

On ne saurait toutefois sans danger faire reposer l'organisation locale sur cette unique qualité même si elle a pu conduire, historiquement à la conduite de projets ambitieux. D'ailleurs, ce grand théoricien des organisations la prend en compte en lien avec l'analyse.

La détermination préalable des besoins nécessite donc de mettre en place une organisation, de l'animer, de la piloter et de l'évaluer.

L'évaluation constituera, on peut le penser, un nouvel enjeu de la détermination préalable des besoins au regard de la réponse qui lui est apportée.

On peut, en ce sens parler, d'un véritable management de l'achat public à laquelle prépare notamment le cycle d'études qui a conduit à la présentation de ce travail.

Faut-il y voir une simple coïncidence ou la réponse à la détermination préalable d'un besoin ?

Si le fait de dépasser la contrainte juridique pour créer les conditions d'une organisation dans laquelle chacun puisse trouver sa place et contribuer à la satisfaction des besoins collectifs, relève de la philosophie de l'action locale, alors effectivement, Monsieur le sous-préfet, « il faut de la philosophie dans l'action ».

¹⁰⁶ Henry MINTZBERG – Le management – *voyage au centre des organisations*- Editions d'organisation- 570 pages – sixième tirage 2003 – Voir notamment chapitre 4 « coupler analyse et intuition dans le management ».

Bibliographie

107

Vade-mecum de l'acheteur public – Groupe Moniteur – février 2004 – 104 pages.

Droit administratif – Le droit des marchés publics – « 10 ans de jurisprudence » – 1988-1998 – Une sélection exclusive de 600 arrêts commentés – Un recueil pratique : index et tables chronologiques – Editions du jurisclasser – Par Stéphane Braconnier, agrégé de droit public, professeur à la faculté de droit des sciences économiques de l'Université du Maine – Décembre 1998- 216 pages.

« La Gazette des communes » du 24 juin 2002, page 6, Le billet – « Le délit de favoritisme peut être constitué lors de la passation d'un marché sans formalités préalables ».

Circulaire du 7 janvier 2004 portant manuel d'application du Code des marchés publics.

Cahier pratique TISSOT – « La dévolution des marchés publics » – Patrice COSSALTER- avocat au barreau de Lyon – 29 pages.

La Gazette des communes du 2 juillet 2001, dans un article intitulé « Les techniciens territoriaux se forment à la coordination SPS – Ils sont de plus en plus nombreux à partir en formation sur ce thème ».

Hors série – Droit administratif – Editions du Juris-classeur – Décembre 1998 – 216

¹⁰⁷ Par ordre de référence dans le mémoire

pages – page 69. Commentaire de l'arrêt du CE, 9 déc.1994, Préfet Vosges : Dr.adm, 1995, comm. n°137.

« Contrat et marchés publics : leur signature obéit au régime de l'habilitation » Une analyse en deux parties de Jean-Paul Wauquier, directeur territorial, responsable des affaires juridiques au conseil général des Deux-Sèvres – La Gazette des Communes, des Départements et de Régions – mai 2003.

Editions du Juris-classeur 2002 – Pratique des marchés publics dans les collectivités locales – fascicule 10 – p 9. 2002.

« Les marchés à procédure adaptée » – Philippe SCHMIDT – avocat au barreau de Lyon– à paraître.

La nomenclature « fournitures et services », ombres et lumières sur la fonction achat des collectivités locales – Une analyse de Stéphanie Braconnier, professeur à la faculté de droit de l'université de Poitiers, directeur du DESS Marchés publics et délégations de service public et de Brigitte Sequense, directrice des marchés au conseil général du Var – La Gazette des Communes, des Départements et des Régions – 18 février 2002.

« Le guide de la gestion financière des collectivités locales », par Michel Klopfer, éditions Le Moniteur, novembre 2001.

Henry MINTZBERG – Le management – *voyage au centre des organisations*- Editions d'organisation- 570 pages – sixième tirage 2003 – Voir notamment chapitre 4 « coupler analyse et intuition dans le management ».

La définition du besoin : quelles contraintes pour les personnes publiques ? Mémoire de DESS, présenté et soutenu par Bénédicte Martin le 20 septembre 2002 – DESS Management du secteur public : Collectivités et partenaires – Année universitaire 2001-2002 – 69 pages

Jeanjean Nicolas, « le préalable à la passation d'un marché public : la définition des besoins », dans l'actualité de la commande et des contrats publics , n°2, P.52

CD ROM « Le Secrétaire de Mairie » -Editions LITEC

Annexes

DOCUMENTS NON COMMUNIQUES, voir version papier au Centre de Documentation Contemporaine de l'Institut d'Etudes Politiques de Lyon

La détermination préalable des besoins dans l'achat public local : simple exigence juridique ou réel enjeu organisationnel ?

Résumé

La pratique de la commande publique se situe à la « croisée de deux chemins », celui de la règle juridique et celui de l'organisation. Le praticien des collectivités locales, dirigeant ou responsable de l'achat, ne peut aujourd'hui ignorer ces deux composantes. Il doit se préparer, se former et s'exercer à ces deux matières. La détermination préalable des besoins, exigence juridique, comporte en effet, un réel enjeu organisationnel. Elle se construit. Entre cadre juridique contraignant et « philosophie de l'achat », l'acheteur public doit ainsi réfléchir à la régularité, la transparence et l'efficacité de son action.

« Nous ne tenons jamais au présent ; nous anticipons l'avenir comme trop lent, et comme pour le hâter ; ou nous rappelons le passé, pour l'arrêter comme trop prompt. » Pascal. Pensées div.14