

ÉVALUATION DU MONTANT PRÉVISIONNEL DU MARCHÉ PUBLIC : ENJEUX PRATIQUES

par Thomas Vaseux

Avocat au barreau de Paris, De Gaulle Fleurance & Associés

L'évaluation sincère et raisonnable du montant prévisionnel du marché public par les acheteurs constitue une étape préalable indispensable affectant la bonne conduite de la procédure de passation du marché. La détermination de ce montant va, en effet, guider l'acheteur tout le long de la procédure et revêt une importance particulière pour certains aspects de la procédure de passation, de la publicité à l'analyse des candidatures et des offres.

Il n'est guère besoin de rappeler l'importance de l'exigence de l'évaluation des besoins de l'acheteur préalablement au lancement d'une procédure de passation d'un marché. Ce **principe cardinal** est rappelé à l'article L. 2111-1 du code de la commande publique (CCP) selon lequel « la nature et l'étendue des besoins à satisfaire sont déterminées avec précision avant le lancement de la consultation en prenant en compte des objectifs de développement durable dans leurs dimensions économique, sociale et environnementale ». Au-delà de la régularité de la procédure et de la bonne exécution du marché, le respect de cette exigence conditionne l'efficacité même du processus d'achat.

La **détermination de la nature et de l'étendue du besoin** permet à l'acheteur de procéder à l'estimation du montant prévisionnel du marché à conclure. À l'évidence, seule une définition précise des besoins met en mesure l'acheteur d'élaborer une estimation fiable du montant du marché. Le droit des marchés publics étant fondé sur une logique de seuils, le montant estimé du marché public va déclencher la soumission de la procédure de passation à des contraintes spécifiques, notamment en termes de publicité. Par exemple, une mauvaise estimation du montant prévisionnel du marché peut conduire l'acheteur à lancer la procédure de passation selon une procédure adaptée alors même qu'une estimation fiable de ce montant l'aurait conduit au choix de la procédure formalisée en raison d'un dépassement des seuils européens.

La réglementation prévoit des **règles précises** quant à la détermination de la valeur estimée du marché. Les articles R. 2121-1 et suivants du code de la commande publique présentent ainsi les éléments à prendre en compte pour un tel calcul (notamment la nécessité d'intégrer les options, les reconductions, l'ensemble des lots et les primes). En matière de

travaux, la valeur estimée du marché est calculée en prenant en compte « la valeur totale des travaux se rapportant à une opération ainsi que la valeur totale estimée des fournitures et des services mis à la disposition du titulaire par l'acheteur lorsqu'ils sont nécessaires à l'exécution des travaux »¹. En matière de services et de fournitures, la valeur estimée du marché tient compte 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 »². Outre les problématiques afférentes au calcul du montant prévisionnel, l'exigence de détermination préalable du montant prévisionnel du marché innerve l'ensemble de la procédure de passation du marché et plus particulièrement certains de ses aspects.

■ Caractère sincère et raisonnable de l'estimation du montant prévisionnel du marché

L'impératif premier en la matière est un impératif de fond : l'estimation du montant du marché par l'acheteur doit être **sincère et raisonnable**. À cet égard, les acheteurs n'ayant pas (encore) la qualité d'oracle, le juge administratif retient une approche mesurée quant au contrôle de cette estimation.

La **jurisprudence** considère, de manière constante, que l'acheteur « doit procéder à une estimation sincère et raisonnable compte tenu des éléments alors disponibles, sous peine de vicier la procédure d'attribution du marché si la sous-évaluation a eu pour effet de soustraire l'opération à la publication prescrite »³. Le caractère sincère de l'estimation du montant du marché par l'acheteur doit résulter du respect des règles de calcul de la valeur estimée du marché telles que fixées par les articles R. 2121-1 et suivants du code de la commande publique cités ci-dessus. La détermination du caractère raisonnable d'une telle estimation s'avère plus délicate d'appréciation.

Le choix d'une offre supérieure au montant estimé par l'administration ne suffit naturellement pas à faire regarder l'estimation du marché par l'administration comme déraisonnable⁴. De même, le fait que l'ensemble des offres remises soient supérieures à l'estimation du montant du marché ne suffit pas en soi à caractériser une estimation déraisonnable. Le tribunal administratif de Mayotte a ainsi jugé, dans une affaire où les offres des candidats étaient toutes supérieures au seuil de 90 000 € (dont le dépassement entraîne l'obligation de publicité du marché au bulletin officiel des annonces des marchés publics ou dans un journal d'annonces

(1) CCP, art. R. 2121-5.

(2) CCP, art. R. 2121-6.

(3) CE 14 mars 1997, n° 170319, *Préfet des Pyrénées-Orientales c/ D^{pt} des Pyrénées-Orientales*, Lebon ; D. 1998. 229, obs. P. Terneyre ; RDI 1997. 435, obs. F. Llorens et P. Terneyre ; CAA Bordeaux, 30 sept. 2010, n° 10BX00118.

(4) CE 14 mars 1997, n° 170319, préc.

légales), que l'estimation du marché par l'acheteur à moins de 90 000 € était régulière⁵.

L'appréciation de ce caractère raisonnable demeure toutefois une question d'espèce. Le juge des référés du tribunal administratif de Lille a ainsi sanctionné, concernant la décision d'un acheteur de recourir à la procédure négociée à la suite d'une déclaration d'infirmité résultant d'offres remises considérées comme trop élevées, le caractère irréaliste de l'estimation du montant du marché par l'administration en prenant en compte plusieurs indices. Le juge a retenu le profil des candidats qui étaient de grandes entreprises spécialistes du secteur, la faiblesse de la baisse des prix proposés par les candidats à l'issue des négociations et l'erreur commise par l'acheteur dans l'estimation transmise qui n'avait pas intégré l'ensemble des éléments nécessaires, notamment la charge liée à la reprise du personnel⁶.

Indice substantiel – Une divergence significative entre le montant du marché estimé par l'administration et la moyenne des offres remises constitue ainsi un indice substantiel du caractère insincère ou déraisonnable de l'estimation opérée par l'acheteur, à condition cependant que l'erreur commise par l'administration soit dûment justifiée, au regard notamment des éléments pris en considération pour le calcul du montant.

■ Publicité donnée au montant prévisionnel du marché

La question de la nécessité de porter à l'attention des opérateurs économiques candidats à l'attribution d'un marché le montant prévisionnel du marché a fait l'objet de nombreuses discussions.

Absence d'obligation de publicité sous l'empire de l'ancienne réglementation – Une série de jurisprudences rendues sous l'empire de l'ancien code des marchés publics relevaient « qu'aucune disposition du code des marchés publics ni aucune autre règle ne met à la charge de la personne responsable du marché une obligation de publicité quant au montant prévisionnel du marché qu'elle entend attribuer »⁷. Cette position a également été retenue par le Conseil d'État pour les marchés publics passés au regard des seuils communautaires issus des directives relatives à la passation des marchés publics du 18 juin 1992 et du 14 juin 1993⁸.

Synthétisant la jurisprudence, une réponse ministérielle publiée le 6 décembre 2012⁹ indiquait également que, quel que soit le montant du marché, les pouvoirs adjudicateurs n'étaient pas tenus d'indiquer dans leurs avis de publicité le montant prévisionnel du marché. La doctrine administrative se référait ainsi, pour les marchés passés selon une procédure adaptée, sur le modèle d'avis de marché fixé par l'arrêté du 27 août 2011 qui ne prévoyait pas de rubrique particulière imposant le renseignement du montant estimé du marché. S'agissant des marchés au-dessus des seuils européens, la réponse ministérielle relevait que les formulaires obligatoires établis par le règlement communautaire n° 842/2011 de la Commission européenne du 19 août 2011 prévoyaient le renseignement de la rubrique relative à la valeur estimée du marché de manière simplement facultative¹⁰ en vertu de la mention « le cas échéant » figurant au sein de cette rubrique.

Obligation de publicité pour les marchés passés selon une procédure formalisée – Cette position ne nous paraît pas pouvoir être retenue aujourd'hui pour les marchés dont le montant estimé est supérieur aux seuils européens. En effet, l'article 49 de la directive 2014/24/UE du 26 février 2014 sur la passation des marchés publics prévoit que les avis de marché doivent contenir certaines informations parmi lesquelles figurent « l'ordre de grandeur total

estimé du/des marché(s) »¹¹, étant précisé que « lorsque le marché est divisé en lots, cette information est fournie pour chaque lot ».

En outre, le règlement d'exécution (UE) 2015/1986 de la Commission du 11 novembre 2015 établissant les formulaires standard pour la publication des avis de marché¹² tend également à faire regarder la communication du montant prévisionnel du marché comme obligatoire. D'une part, si la rubrique II.1.5 relative à la « valeur totale estimée » est indiquée à être renseignée « le cas échéant », cette mention ne doit pas être lue comme à renseigner de manière facultative. C'est ce qu'a considéré implicitement le Conseil d'État dans un arrêt du 12 juin 2019¹³ concernant les accords-cadres conclus en matière de défense et de sécurité¹⁴, suivant les conclusions de son rapporteur public s'appuyant notamment sur la jurisprudence de la Cour de justice¹⁵. D'autre part et en tout état de cause, la rubrique II.2.6 du formulaire d'avis de marché oblige bien les acheteurs à renseigner la « valeur estimée de chaque lot », ce qui astreint incidemment les acheteurs à communiquer la valeur estimée du montant du marché (étant précisé que, en cas de marché global, cette rubrique ne doit tout de même être renseignée qu'une seule fois).

Pas d'obligation de publicité pour les marchés passés selon une procédure adaptée – Aucune disposition actuellement en vigueur du code de la commande publique ne fixe un modèle d'avis de publicité pour les marchés dont le montant estimé est inférieur aux seuils européens. En effet, l'arrêté du 12 février 2020, fixant un tel modèle d'avis pour la passation des marchés publics répondant à un besoin d'une valeur estimée entre 90 000 € hors taxes et les seuils de procédure formalisée¹⁶, n'entrera en vigueur qu'à compter du 1^{er} janvier 2022 et, s'il prévoit une rubrique spécifique relative à l'estimation de la valeur du besoin, le renseignement de cette rubrique est explicitement indiqué comme facultatif.

(5) TA Mayotte, 20 avr. 2012, n° 1200186.

(6) TA Lille, 19 mai 2011, n° 1102497.

(7) CE 1^{er} juin 2005, n° 274053, *D^{pt} de la Loire c/ S^{te} Demars, Lebon*; AJDA 2005. 1629, note N. Dourlens; CAA Bordeaux, 30 sept. 2010, n° 10BX00118.

(8) Dir. n° 92/50/CEE du 18 juin 1992 modifiée portant coordination des procédures de passation des marchés publics de services et directive 93/36/CEE du 14 juin 1993 modifiée portant coordination des procédures de passation des marchés publics de fournitures (art 9, paragraphe 4), précisant que les avis de marché sont établis conformément à des modèles qui figurent aux annexes de ces directives telles que modifiées par la directive 2001/78/CE.

(9) Rép. min. n° 02397 du 6 déc. 2012.

(10) Rubrique II.2.1 du formulaire d'avis de marché annexé à ce règlement du 19 août 2011.

(11) Cet art. vise les informations prévues à la partie C de l'annexe V de la directive.

(12) Auquel renvoie l'art. R. 2131-17 du CCP.

(13) CE 12 juin 2019, n° 427397. Le Conseil d'État y fait référence au modèle d'avis de marché établi pour les marchés de défense et de sécurité par l'annexe XIV du règlement (UE) 2015/1986 selon lequel l'avis de marché doit indiquer « estimation de la valeur totale des acquisitions pour l'ensemble de la durée de l'accord-cadre ».

(14) Pour lesquels le modèle d'avis de marché est établi par l'annexe XIV du règlement (UE) 2015/1986.

(15) CJUE 19 déc. 2018, aff. C-216/17, RTD eur. 2019. 500, obs. A. L. Durvieux.

(16) Auquel fait référence le 2^e de l'art. R. 2131-12 du CCP.

■ Montant prévisionnel du marché et analyse des candidatures et des offres

Par principe, l'estimation du montant du marché par l'acheteur sert de **grille d'appréciation des candidatures et des offres**. L'acheteur va ainsi nécessairement évaluer les capacités financières des candidats à l'aune du montant estimé du marché et va comparer le prix des offres remises à l'estimation réalisée. La détermination de ce montant prévisionnel prend toutefois une importance particulière à plusieurs niveaux de l'analyse des candidatures et des offres, témoignant de l'importance donnée à l'exigence d'estimation sincère et raisonnable de ce montant.

Fixation des niveaux minimum de capacités des candidats – La détermination du montant prévisionnel du marché est susceptible de servir de critère de mesure de la capacité financière des candidats. À ce titre, l'article R. 2142-6 du code de la commande publique prévoit la possibilité pour l'acheteur d'exiger qu'ils réalisent un chiffre d'affaires annuel minimal notamment dans le domaine du marché. Ce chiffre d'affaires minimal exigé ne doit pas en principe être supérieur à deux fois le montant estimé du marché ou du lot, sauf justifications liées à son objet ou à ses conditions d'exécution¹⁷. Dans une telle hypothèse, le rejet d'une candidature au motif du non-respect de ce chiffre d'affaires minimal pourrait être remis en cause devant le juge s'il était démontré que les niveaux de capacités fixés par l'acheteur étaient irréguliers en ce qu'ils étaient fondés sur une estimation insincère ou déraisonnable du montant du marché.

Dans une affaire ayant donné lieu à un arrêt du Conseil d'État du 13 juin 2016¹⁸, l'acheteur avait fixé un chiffre d'affaires moyen au cours des trois dernières années d'exercice supérieur ou égal à 400 000 € TTC (à l'aune d'une estimation du montant du marché à hauteur de 200 000 € TTC) et la candidature d'un opérateur économique avait été rejetée pour méconnaissance de cette condition. Le rejet de cette candidature a été regardé comme irrégulier en raison de l'erreur manifeste d'appréciation de l'acheteur quant à l'estimation du montant prévisionnel du marché, le marché ayant été attribué pour un montant de 84 504 €...

Absence d'impact sur le caractère inacceptable d'une offre – L'offre inacceptable constitue une offre « dont le prix excède les crédits budgétaires alloués au marché, déterminés et établis avant le lancement de la procédure »¹⁹ et doit, au même titre que l'offre irrégulière ou inappropriée, être éliminée par l'acheteur²⁰. Or, il est constant qu'une offre ne peut être déclarée inacceptable au seul motif que son prix semble excessif ou est supérieur au montant estimé du marché²¹. Une offre ne peut être déclarée inacceptable que si l'acheteur démontre l'impossibilité objective de la financer selon des crédits budgétaires alloués au marché, même si ceux-ci sont en principe le reflet de l'estimation du montant prévisionnel du marché.

Indice de détection des offres anormalement basses – Enfin, l'estimation du montant du marché est un référentiel permettant à l'acheteur de détecter le caractère éventuellement anormalement bas d'une offre. L'offre anormalement basse est définie comme « une offre dont le prix est manifestement sous-évalué et de nature à compromettre la bonne exécution du marché »²². Or, une différence significative entre le prix de l'offre d'un soumissionnaire et l'estimation de l'acheteur peut constituer un élément d'identification d'une offre anormalement basse et peut permettre le déclenchement de la procédure contradictoire permettant la détection du caractère anormalement bas de l'offre. La Cour de justice de l'Union européenne admet ainsi que l'acheteur peut comparer les offres au budget prévisionnel du cahier des charges et identifier une offre comme potentiellement anormalement basse dès lors que le montant de cette offre est considérablement inférieur audit budget prévisionnel (sous réserve que le montant prévisionnel du marché ait été déterminé façon réaliste)²³. Toutefois, cette comparaison constitue uniquement un indice parmi d'autres éléments (à l'instar notamment de la comparaison avec le montant des autres offres, etc.) et la différence doit être suffisamment substantielle. Par exemple, une différence de seulement 8,20 % a été regardée comme ne permettant pas d'établir l'existence d'une offre anormalement basse²⁴.

(17) CCP, art. R. 2142-7.

(18) CE 13 juin 2016, n° 396403, *S^e Latitudes*, AJCT 2016. 512, obs. S. Hul.

(19) CCP, art. L. 2152-3.

(20) CCP, art. L. 2152-1.

(21) CE 24 juin 2011, n° 346665, *Office public de l'habitat interdépartemental de l'Essonne, du Val d'Oise et des Yvelines*, *S^e Seni, Lebon*; AJDA 2011. 1296; AJCT 2012. 152, obs. S. Hul.

(22) CCP, art. L. 2152-5.

(23) CJUE 19 oct. 2017, aff. C-198/16.

(24) CAA Bordeaux, 9 oct. 2018, n° 16BX04004.