

# La détermination de la valeur estimée du besoin : l'exigence d'un calcul représentatif du coût du marché

Par deux décisions, en date respectivement du 4 mars et du 26 avril 2021, le Conseil d'État puis la cour administrative d'appel de Marseille ont apporté des précisions sur l'exigence pesant sur l'acheteur de procéder au calcul de la valeur estimée du besoin en application des articles R. 2121-1 et suivants du Code de la commande publique.

Le calcul de la valeur estimée du besoin est une question centrale dès lors que l'estimation du montant du marché détermine la procédure de passation qui s'impose à travers les seuils applicables.

Les dispositions du Code de la commande publique et les décisions de justice définissent la manière d'apprécier l'étendue des besoins dont la valeur estimée doit être calculée, en tenant compte notamment des options et des reconductions<sup>(1)</sup>, des différentes unités opérationnelles<sup>(2)</sup>, et pour les marchés de fournitures ou de services, de ceux d'entre eux « qui peuvent être considérés comme homogènes soit en raison de leurs caractéristiques propres, soit parce qu'ils constituent une unité fonctionnelle »<sup>(3)</sup>.

En un mot, la manière de déterminer « l'assiette » des besoins dont la valeur estimée doit être calculée est relativement bien définie et structurée, dans les limites imposées par un raisonnement *in abstracto* face à la diversité des besoins à satisfaire.

Il en va autrement en ce qui concerne le calcul de la valeur estimée du besoin en tant que tel, c'est-à-dire le montant du marché à proprement parler, *a fortiori* dans le cas particulier des marchés de titres de paiement.

La décision du Conseil d'État en date du 4 mars 2021 vient préciser la méthode à retenir.

## Auteurs

**Christophe Cabanes**

Avocat associé

**Grégoire Boissinot**

Avocat

Cabanes Avocats

## Références

CE 4 mars 2021, req. n° 438859

CAA Marseille 26 avril 2021, req. n° 20MA01151

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

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

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

## Le calcul de la valeur estimée du besoin doit se fonder sur une « conception globalisante »

C'est grâce aux circonstances spécifiques de l'espèce que le Conseil d'État a été amené, dans sa décision du 4 mars 2021, à retenir une « conception globalisante » de la valeur estimée du besoin pour reprendre les termes du rapporteur public sur cette affaire, Monsieur Marc Pichon de Vendeuil.

Au cas d'espèce, le département de la Loire avait lancé sans publicité ni mise en concurrence préalable une procédure de passation de plusieurs lots d'un accord-cadre ayant pour objets l'émission et la distribution de chèques emploi-service universels, de titres restaurants et de titres cadeaux.

Malgré l'invitation qui lui a été faite par le département, la société Edenred n'a pas présenté d'offres et a saisi le juge des référés précontractuels du tribunal administratif de Lyon sur le fondement de l'article L. 551-1 du Code de justice administrative.

En premier lieu, les particularités du modèle de rémunération du titulaire qui étaient prévues ont conduit la juridiction à s'interroger sur la qualification du contrat.

Les sommes que devait verser le pouvoir adjudicateur ne représentaient en effet qu'une part marginale de la rémunération du titulaire, laquelle procédait essentiellement d'activités commerciales annexes propres aux marchés d'émission et de distribution de titres de paiement.

Toutefois, le Conseil d'État a réglé cette question en constatant que le cocontractant ne supporterait aucun risque d'exploitation dès lors que « le coût de l'émission des titres et de leur distribution est intégralement payé par le département et le cocontractant bénéficie, à titre de dépôt, des fonds nécessaires pour verser leur contre-valeur aux personnes physiques ou morales auprès desquelles les titres seront utilisés ».

En l'absence de tout risque d'exploitation à la charge de l'opérateur économique, le contrat en question était donc un marché public.

En deuxième lieu, les modalités particulières de rémunération du titulaire ont conduit à s'interroger sur la façon d'appréhender et de définir la valeur estimée du besoin.

Le marché de titres de paiement se caractérise, à tout le moins au cas d'espèce, par une absence d'équivalence et de rapport entre les sommes versées par le pouvoir adjudicateur au titulaire au titre du service rendu (c'est-à-dire les commissions d'émission), la rémunération globale du titulaire (qui inclue des prestations commerciales annexes), et la valeur faciale des titres de paiement, qui correspond au coût que représente l'émission et la distribution des titres de paiement que supporte le pouvoir adjudicateur.

L'absence d'équivalence entre ces trois flux amène à s'interroger sur le point de savoir lequel il fallait privilégier

et lequel était le plus représentatif de la valeur estimée du besoin.

Force est de constater que les dispositions du Code de la commande publique ne permettent pas de répondre à cette interrogation complexe et spécifique.

Le Conseil d'État a néanmoins jugé que « l'acheteur doit prendre en compte, outre les frais de gestion versés par le pouvoir adjudicateur, la valeur faciale des titres susceptibles d'être émis pour son exécution, somme que le pouvoir adjudicateur doit payer à son cocontractant en contrepartie des titres mis à sa disposition. Dès lors, en jugeant qu'il appartenait à l'acheteur public d'établir le montant d'un marché de titres de paiement en prenant en compte la valeur faciale totale des titres susceptibles d'être émis pour son exécution, augmentée d'une évaluation sincère des frais de gestion prévisibles, le juge du référé précontractuel du tribunal administratif de Lyon n'a pas commis d'erreur de droit ».

Le choix ainsi opéré par le Conseil d'État est éclairé par les conclusions du rapporteur public qui identifie trois approches susceptibles d'être retenues au regard de la spécificité du marché en cause.

Une première approche, défendue par le département, consistait à prendre en compte dans le calcul de la valeur estimée du besoin les seules commissions d'émission, c'est-à-dire les frais de gestion.

Dans le cadre de cette appréciation de la valeur estimée du besoin on ne prend donc en considération que ce que le pouvoir adjudicateur aurait été amené à verser à son cocontractant en rémunération de l'exécution du marché.

Le département invoquant à ce titre la circonstance que la valeur faciale des titres en cause ne pouvait pas être retenue dans le calcul de la valeur estimée des besoins dès lors qu'elle ne constituait pas un élément de la rémunération du titulaire.

Derrière son apparente cohérence, une telle approche présente un défaut majeur au regard des spécificités de la rémunération du titulaire d'un marché de titres de paiement. Elle suppose en effet que la valeur estimée du besoin ne soit définie que par la part de la rémunération du titulaire qui est versée par le pouvoir adjudicateur alors qu'une part non négligeable de sa rémunération est constituée par des recettes annexes.

Ces dernières échapperaient en totalité au calcul de la valeur estimée du besoin alors qu'elles sont susceptibles de représenter une part très significative de la rémunération du cocontractant.

Le mode de rémunération spécifique des marchés d'émission et de distribution des titres de paiement permettrait alors aisément de contourner l'obligation de calcul de la valeur estimée du besoin sur la base du montant total du marché.

Il en résulterait une valeur artificiellement basse dont on rencontrerait des difficultés à croire qu'elle ne viserait pas à se soustraire aux règles de procédure fixées par le Code de la commande publique.

Une deuxième approche prend le parti radicalement inverse en proposant de retenir pour l'estimation du montant du marché l'ensemble des différentes rémunérations du titulaire.

Cette solution implique nécessairement de prendre en considération des activités commerciales annexes qui ne correspondent pas au besoin de l'acheteur, dont la valeur est donc indépendante de celle du besoin à satisfaire pour l'acheteur, et dont la rémunération correspondante n'est, en outre, pas versée par le pouvoir adjudicateur.

En ne retenant pas cette solution, le Conseil d'État écarte également une définition de la valeur estimée du besoin sur la base du montant total du marché placée d'un point de vue de l'opérateur économique et des éventuels bénéfices accessoires au marché qu'il pourra tirer grâce à celui-ci.

Outre la difficulté pratique de la mise en œuvre d'une telle méthodologie, cette approche est donc écartée car le besoin dont la valeur doit être estimée est celui de l'acheteur public et non celui d'un opérateur économique. L'un des critères d'identification d'un contrat de la commande publique n'est-il pas celui du besoin de l'acheteur ?

## Une approche rationnelle privilégiée par le Conseil d'État

La Haute juridiction a donc opté pour une troisième approche qui consiste à prendre en compte les frais de gestion versés par le pouvoir adjudicateur à son cocontractant ainsi que la valeur faciale de l'ensemble des titres susceptibles d'être émis au cours du marché.

Elle prend donc pour référence le coût que représente le marché pour l'acheteur, en intégrant d'une part les commissions d'émission qu'il verse au titulaire et d'autre part la valeur faciale des titres puisque l'acheteur supporte intégralement le coût de l'émission et de la distribution des titres.

Le Conseil d'État confirme ici la position de la DAJ du ministère de l'Économie qui indiquait en 2011 que « dans le cas d'un marché de titres-restaurant, le montant payé par le pouvoir adjudicateur correspond à une somme égale au nombre de titres émis multiplié par leur valeur faciale, augmentée des frais de gestion et moyens de rémunération appliqués par l'émetteur ou diminuée de rabais ou autres ristournes consenties grâce aux commissions perçues par l'émetteur sur les enseignes »<sup>(4)</sup>.

Le Conseil d'État privilégie résolument une application de l'obligation de détermination de la valeur estimée du besoin placée du point de vue de l'acheteur et en retenant le coût que l'ensemble du marché d'émission et de distribution est susceptible, *in fine*, de lui coûter nonobstant

la circonstance qu'une part seulement de ces coûts a vocation à rémunérer le titulaire.

Cette solution, comme ne manque pas de le rappeler le Rapporteur public est également celle qui se rapproche le plus de la finalité de cette exigence de déterminer la valeur estimée du besoin qui est de « proportionner les exigences de la procédure de passation à l'importance de l'achat envisagé ».

On notera que cette solution est d'autant plus cohérente que si le montant correspondant à la valeur faciale n'est destiné qu'à transiter entre les mains du titulaire, il constitue néanmoins pour lui une source potentielle de revenus *via* le placement de ces sommes.

Et s'agissant d'un accord-cadre, le Conseil d'État précise bien que c'est la valeur faciale totale des titres susceptibles d'être émis dans le cadre de l'accord-cadre qui doit être prise en compte, conformément à l'article R. 2121-8 du Code de la commande publique.

Cette décision devra naturellement servir de fondement aux pouvoirs adjudicateurs dans le cadre du calcul de la valeur estimée de leurs prochains marchés d'émission et de distribution de titres de paiement.

Reste à savoir ce qui, dans l'apport que représente cet arrêt, peut-être détaché des circonstances de l'espèce de ce qui ne peut pas l'être, et l'impact qu'il aura sur les acheteurs publics leurs calculs de la valeur estimée des besoins de leurs futurs marchés.

## L'obligation d'indiquer sur l'avis de marché d'un accord-cadre la valeur totale estimée du marché et la valeur estimée de chaque lot

Environ un mois et demi après le Conseil d'État, la cour administrative d'appel de Marseille a, elle aussi, eu à se prononcer sur l'exigence du calcul de la valeur estimée du besoin, de surcroît dans le cas là encore d'un accord-cadre.

La cour n'a toutefois pas eu à se prononcer sur la méthode à retenir précisément parce qu'était en cause l'absence de toute estimation de la valeur du marché.

En revanche, la cour administrative d'appel de Marseille a jugé que constituait un manquement aux obligations de publicité et de mise en concurrence l'absence d'indication sur l'avis de marché d'un accord-cadre conclu sans minimum ni maximum de la valeur totale estimée du marché et de la valeur estimée de chaque lot.

Au cas d'espèce était en cause une consultation lancée par un syndicat intercommunal pour l'attribution d'un accord-cadre à bons sans maximum ni minimum portant sur des prestations de fourniture et de mise en œuvre d'autocommutateurs privés de téléphonie conclus par un syndicat intercommunal.

Le préfet des Alpes-Maritimes a considéré que la procédure de passation des deux lots composant le marché

(4) DAJ du ministère de l'économie, Marchés de titres-restaurant, 7 juin 2011.

public était entachée d'irrégularité car l'avis d'appel public à la concurrence ne mentionnait aucune valeur estimative des lots et ne précisait pas, même de manière succincte, les quantités de fournitures à livrer ou les éléments permettant d'apprécier l'étendue du marché.

Pour constater l'irrégularité de la procédure, la cour s'est fondée d'une part sur la rubrique 10.a de la partie C de l'annexe V de la directive 2014/24/UE du 26 février 2014 qui précise que l'avis de marché, en cas d'accord-cadre, doit « dans la mesure du possible, indiquer la valeur ou l'ordre de grandeur et la fréquence des marchés à attribuer », d'autre part sur la rubrique 8 de la même partie C de la même annexe qui prévoit que l'ordre de grandeur total estimé est précisé le cas échéant pour chaque lot, et enfin sur le formulaire standard établi par l'annexe II du règlement 2015/1986 du 11 novembre 2015 qui prévoit un encart pour la valeur estimée hors TVA du marché et précise que « dans le cas d'accords-cadres ou de systèmes d'acquisition dynamiques – estimation de la valeur totale maximale pour la durée totale du présent lot ».

La cour en a déduit que « si un accord-cadre peut être conclu sans minimum ni maximum, comme le prévoit le II de l'article 78 du décret n° 2016-360 du 25 mars 2016, l'avis de marché doit obligatoirement faire figurer des informations, à titre indicatif et prévisionnel, permettant d'apprécier son étendue ».

Après avoir constaté au cas d'espèce que les cadres « valeur totale estimée » du marché et « valeur estimée » de chaque lot n'avaient pas été remplis, la cour a alors jugé que « le préfet des Alpes-Maritimes est fondé à invoquer l'insuffisance de l'avis de l'appel à concurrence et, par suite, un manquement aux obligations de publicité et de mise en concurrence ».

Toutefois, après une analyse circonstanciée, la cour estime que l'irrégularité constatée n'a pas eu d'incidences significatives sur la présentation des offres, le choix des candidats et la validité des contrats et ne procède pas à leur annulation.

Par cet arrêt, la cour vient rappeler la valeur obligatoire des indications contenues dans les annexes précitées par-delà leur caractère apparent seulement indicatif.

Cette interprétation rigoureuse se cumule aujourd'hui avec l'obligation de prévoir un montant maximum de prestations pouvant être fournies dans un accord-cadre<sup>(5)</sup>.

(5) CJUE 17 juin 2021, Simonsen & Weel A/S c/ Region Nordjylland og Region Syddanmark, aff. C-23/20 et par suite décret n° 2021-1111 du 23 août 2021 modifiant les dispositions du Code de la commande publique relatives aux accords-cadres et aux marchés publics de défense ou de sécurité.