

8 - COMMENT SAVOIR SI ON DÉPASSE UN SEUIL ?

Le code polynésien des marchés publics impose le respect de procédures dont le déclenchement est conditionné par l'appréciation d'un besoin et le fait que le montant de l'achat destiné à la satisfaction de ce besoin excède certains seuils établis par l'article LP 223-2.

Les seuils de déclenchement des procédures prévues au code sont les seuils prévus à l'article LP 223-2 du code.

L'acheteur public doit vérifier si ces seuils, qui déclenchent l'application des obligations de publicité et de mise en concurrence identifiées au code des marchés publics, sont atteints. Il est rappelé qu'aucun besoin ne doit être scindé ou abusivement fractionné, dans le but d'échapper aux règles du code des marchés publics.

Lorsque le montant estimé du besoin est égal ou supérieur à ces seuils, l'acheteur public doit recourir à l'une des procédures définies au livre III. En cas de pluralité de marchés nécessaires à la satisfaction d'un même besoin, l'acheteur devra déterminer la procédure à mettre en œuvre en prenant en compte la valeur cumulée de chacun des marchés.

L'estimation du montant de l'achat nécessaire à la satisfaction du besoin s'opère selon des règles de calcul définies par le code à l'article LP 223-5. Elle impose au préalable de déterminer le niveau organique de computation des seuils.

8.1. REGLES COMMUNES A TOUS LES MARCHES QUELLE QUE SOIT LA NATURE DES ACHATS CONCERNES

Quelle que soit la nature de l'achat, certaines règles communes s'appliquent invariablement pour l'appréciation des seuils.

8.1.1. Le nombre d'opérateurs économiques auquel il est fait appel est sans incidence sur le calcul des seuils

Les règles de détermination du montant estimé du besoin à comparer au seuil s'apprécie quel que soit le nombre d'opérateurs économiques auxquels il est envisagé de faire appel. Autrement dit le fractionnement organique (par fournisseur) ne permet pas de diminuer artificiellement le montant du marché en le saucissonnant. Ce qui compte c'est la nature de la prestation et non pas celui qui la fournit.

- 1. L'acheteur doit évaluer son besoin hors taxes, les seuils étant exprimés hors taxes.**
- 2. L'acheteur doit évaluer son besoin en prenant en compte la forme particulière du marché qu'il envisage de conclure**

Ainsi, pour les marchés à tranches mentionnés à l'article LP 221-3 qui comportent nécessairement une tranche ferme et une ou plusieurs tranches conditionnelles sur lesquelles l'acheteur ne prend pas d'engagement de réalisation, il convient de cumuler le montant total des tranches fermes et conditionnelles pour estimer si le marché envisagé franchit ou non tel ou tel seuil.

S'agissant des marchés à bons de commande mentionnés à l'article LP 221-4, ces derniers peuvent comporter l'indication du minimum et du maximum des prestations. C'est le maximum qui doit être retenu pour être comparé aux seuils. Si le projet de marché, ne comporte pas l'indication de montant maximum, sa valeur estimée est réputée excéder les seuils mentionnés au I de l'article LP 223-2 c'est-à-dire les seuils de procédures formalisées.

Pour les marchés comportant le versement de primes (par exemple dans le cadre de passation d'un marché de maîtrise d'œuvre dans les conditions prévues aux articles LP 326-4 et suivants), le montant de celles-ci doit être pris en compte pour calculer la valeur estimée du besoin.

- 3. L'acheteur doit tenir compte du mode de dévolution de son marché**

Lorsque l'achat est alloti, la procédure de passation de chaque lot est celle qui s'applique au marché pris dans son ensemble, quand bien même chaque lot constitue un marché. Il convient donc de prendre en compte la valeur globale estimée de la totalité des lots.

4. L'acheteur doit prendre en compte la durée totale de son marché

Lorsque le marché prévoit la possibilité d'une reconduction en application de l'article LP 215-1, la mise en concurrence doit être réalisée en en prenant en compte la durée totale du marché, période de reconduction comprise.

Par exemple, un marché passé par le ministre en charge de l'équipement ou une commune dont la valeur estimée de fournitures serait de 30 000 000 FCFP HT sur un an et comportant une clause de reconduction éventuelle sur un an supplémentaire doit faire l'objet d'un appel d'offres, le montant à comparer aux seuils étant de 60 000 000 FCFP HT.

5. L'acheteur doit effectuer son évaluation sans prendre en compte le coût des frais de transport maritimes ou aériens entre Tahiti et les autres îles de la Polynésie française.

8.2. NIVEAU DE COMPUTATION DES SEUILS

8.2.1. Le principe : l'évaluation au niveau de la personne morale

Hormis la Polynésie française, l'évaluation du montant de la commande nécessaire à la satisfaction des besoins identifiés doit avoir lieu en principe **au niveau de la personne morale soumise à la réglementation des marchés.**

Ainsi, concernant les établissements publics de la Polynésie française, les communes, leurs établissements publics, les EPCI et les syndicats mixtes, le montant du besoin s'apprécie au niveau de la collectivité ou de l'établissement concerné. En d'autres termes, l'échelle d'évaluation du besoin correspond à l'ensemble du besoin se manifestant dans l'ensemble des services de la collectivité ou de l'établissement.

Cette évaluation va ensuite permettre de comparer le montant estimé de la commande nécessaire à la satisfaction du besoin de la collectivité concernée au seuil.

8.2.2. Cas particuliers

8.2.2.1. La Polynésie française

Pour la Polynésie française en raison de sa taille, un même besoin ne peut être évalué à l'échelle de la PF. Il faut donc calculer la valeur estimée du besoin en prenant en compte des échelons inférieurs.

8.2.2.2. Les besoins des institutions

S'agissant de l'Assemblée de la Polynésie française et du Conseil économique et social, la computation des besoins est opérée au niveau de l'ensemble des services relevant de chacune de ces institutions.

8.2.2.3. Les besoins de l'administration de la Polynésie française

L'article A 223-1 a prévu de maintenir la computation des seuils au niveau du ministère. La comparaison du montant estimé des achats à réaliser aux seuils de déclenchement des procédures de marchés est donc en principe réalisée par le ministre en agréant selon les modalités de calcul définies au code **(cf. point 8.3 et 8.4)** l'ensemble des achats effectués par tous les services qui lui sont rattachés.

Par exception la computation des seuils est réalisée à un niveau infra-ministériel pour les subdivisions déconcentrées des services de la direction de l'équipement, de la direction de la santé, de la direction de l'agriculture. Le niveau de computation des seuils retenu est celui de leurs divisions administratives internes telles qu'issues de la délibération n° 2000-132 APF du 9 novembre 2000 fixant les principes de la déconcentration administrative notamment leurs subdivisions déconcentrées.

Pour ces services, le niveau de computation des seuils doit donc être apprécié :

- au niveau de l'échelon central pour les besoins de la direction du service et de leur administration centrale ;



- au niveau de leur échelon déconcentré dans l'archipel des îles du vent ;
- au niveau de leurs subdivisions déconcentrées dans les autres archipels.

8.2.2.4. Les besoins des AAI.

Ne relevant pas de l'administration de la Polynésie française, la computation des besoins est opérée au niveau de l'ensemble des services relevant de l'autorité.

8.3. POUR LES MARCHÉS DE TRAVAUX : LES NOTIONS D'OUVRAGE ET D'OPÉRATION (ART. LP 223-5)

Le marché de travaux défini à l'article LP 122-2 du code se caractérise par le fait que l'acheteur public en est le maître d'ouvrage, c'est-à-dire la personne morale pour laquelle l'ouvrage est construit.

Pour évaluer le montant d'un marché de travaux, la valeur globale des travaux se rapportant à une même opération, qui peut porter sur un ou plusieurs ouvrages doit être prise en compte.

Les acheteurs publics n'ont, en revanche, pas à prendre en compte la valeur des fournitures et/ou services nécessaires à la réalisation des travaux et qu'ils mettent à la disposition de leur cocontractant car cette prise en compte n'est pas rendue obligatoire par le code (article LP 223-5-1°).

Par exemple :

- fourniture par l'acheteur d'un stock de tuiles lui appartenant,
- ou hypothèse d'un établissement public local disposant d'un bureau d'études et qui n'aura pas à intégrer le montant des prestations effectuées par ce bureau pour la réalisation des travaux.

8.3.1. La notion d'opération de travaux

La notion d'opération de travaux revêt une importance particulière pour le calcul des seuils.

Un marché de travaux, au sens du code, est un marché conclu avec des entrepreneurs qui a pour objet soit l'exécution, soit conjointement la conception et l'exécution d'un ouvrage ou de travaux de bâtiment ou de génie civil répondant à des besoins précisés par l'acheteur public, qui en exerce la maîtrise d'ouvrage (article LP 122-2).

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

Les travaux suivants constituent ainsi une seule et même opération : des marchés conclus presque simultanément entre les mêmes parties et ayant le même objet⁶⁵, des marchés conclus simultanément pour la réalisation de trottoirs en quatre endroits différents d'une même commune⁶⁶ ; des travaux d'étanchéité de peinture effectués par le même syndicat pour la réfection et le fonctionnement de deux châteaux d'eau à des dates rapprochées⁶⁷.

8.3.2. La notion d'ouvrage

Le code des marchés publics définit la notion d'ouvrage comme désignant le résultat d'un ensemble de travaux de bâtiment ou de génie civil destiné à remplir, par lui-même, une fonction économique ou technique (art. LP 122-3).

Ainsi, l'ouvrage est le résultat obtenu à l'achèvement des travaux de construction, de restructuration ou de réhabilitation d'un immeuble ou encore de travaux de génie civil.

8.4. POUR LES MARCHÉS DE FOURNITURES ET DE SERVICES : LE CARACTÈRE HOMOGENÈ (ART. LP 223-5)

⁶⁵ CE, 26 juillet 1991, *Commune de Sainte-Marie*, n° 117717.

⁶⁶ CE, 26 septembre 1994, *Préfet d'Eure-et-Loir*, n° 122759.

⁶⁷ CE, 8 février 1999, *Syndicat intercommunal des eaux de la Gâtine*, n° 156333.



Afin de l'estimer de manière sincère et raisonnable, la valeur totale des fournitures ou des services prise en compte est celle des fournitures ou des services homogènes :

- en raison de leurs caractéristiques propres ;

ou

- parce qu'ils constituent une unité fonctionnelle.

Le choix entre ces deux formules ne doit, en aucun cas, être effectué pour permettre de soustraire les marchés aux règles de procédure fixées par le code. Il est recommandé aux acheteurs d'effectuer ce choix au moment où ils déterminent la nature et l'étendue de leurs besoins de services et de fournitures.

8.4.1. Homogénéité en fonction des caractéristiques propres

8.4.1.1. Une notion variable

L'homogénéité des besoins est une notion qui peut varier d'un acheteur à l'autre et qu'il lui appartient d'apprécier, en fonction des caractéristiques des activités qui lui sont propres et de la cohérence de son action.

A titre d'exemple, une paire de ciseaux constitue pour une administration une fourniture de bureau, mais du matériel chirurgical pour des établissements hospitaliers. Elle ne sera dès lors pas comptabilisée dans la même catégorie selon l'acheteur concerné.

Pour apprécier l'homogénéité de leurs besoins en fonction des caractéristiques propres de la prestation, les acheteurs peuvent élaborer une classification propre de leurs achats, selon une typologie cohérente avec leur activité, et qui leur permettra d'identifier leurs « familles », aussi appelés « segments », d'achats.

8.4.1.2. Un calcul sur quelle durée ?

Cette classification leur permettra, en fin d'exercice budgétaire N-1, de déterminer, par rapport au montant total des dépenses récurrentes enregistrées, la procédure à utiliser pour conclure les marchés correspondants à ce besoin récurrent, au cours de l'année budgétaire N.

Pour un marché d'une durée inférieure à un an, à conclure au cours de l'année budgétaire N, le montant à prendre en compte pour déterminer la procédure applicable est alors celui du montant des dépenses récurrentes enregistrées au cours de l'exercice N-1, et non la valeur estimée du marché envisagé. En effet, l'article LP 223-5 du code précise que « pour les marchés d'une durée inférieure ou égale à un an, conclus pour répondre à un besoin régulier, la valeur totale mentionnée ci-dessus est celle qui correspond aux besoins d'une année ».

8.4.1.3. Et face à l'incertitude ?

En cas de doute, il convient de souligner qu'il ne sera a priori jamais reproché à un acheteur public d'avoir aggloméré des fournitures « par erreur », dès lors que cela l'aura davantage conduit à organiser une procédure d'achat adaptée ou formalisée plutôt que permis de se soustraire à la réglementation comme un découpage artificiel l'aurait permis.

Par exemple, comptabiliser des petits ventilateurs de table, mis à la disposition des agents en cas de pics de chaleur, au titre des « fournitures et petits matériels de bureau » pourrait surprendre. Mais cela n'aura pour effet que d'ajouter un montant spécifique à un ensemble de montants qui pourraient chacun déjà être qualifiés de spécifiques dans le domaine des fournitures (papèterie (qui elle-même pourrait être décomposée : courrier, reprographie etc.), produits d'écriture et de correction, solutions de classement et d'organisation, produits permettant l'expédition, façonnés, fixations, et tous les petits matériels de bureau...) à juste titre considérées comme appartenant à la même famille.

En substance, on s'aperçoit alors que les notions de fournitures ou prestations homogènes et d'unités fonctionnelles sont tout à fait convergentes.

Quant à savoir si un fournisseur de matériels de bureau est en mesure d'approvisionner l'acheteur en petits ventilateurs de table, bien qu'homogènes, des fournitures n'en peuvent pas moins être distinctes et, de ce fait, donner lieu à des marchés distincts au terme d'une consultation allotie⁶⁸.

8.4.2. Unités fonctionnelles

Lorsqu'il s'agit de satisfaire un besoin concourant à la réalisation d'un même projet ou d'une même finalité, l'acheteur peut prendre comme référence l'unité fonctionnelle.

Cette notion, qui doit s'apprécier au cas par cas, en fonction des prestations attendues, suppose une pluralité de services ou de fournitures concourant à un même objet. Dans cette hypothèse, l'ensemble des prestations nécessaires à l'élaboration d'un projet ou concourant à un même objet, et faisant partie d'un ensemble cohérent, sont prises en compte de manière globale⁶⁹.

Si le montant total de cette évaluation est supérieur aux seuils de procédures formalisées, l'acheteur devra s'y conformer. Dans le cas contraire, il pourra recourir à une procédure adaptée.

8.4.3. Survenance de besoins nouveaux

La survenance de besoins nouveaux, alors même que les besoins ont été évalués de manière sincère et raisonnable, peut donner lieu, sauf dans le cas où un avenant est suffisant, à la conclusion d'un nouveau marché. La procédure de passation de ce nouveau marché sera déterminée en fonction du montant des nouveaux besoins.

Lorsque ces besoins font l'objet d'un marché dont le montant est apprécié séparément, l'imprévisibilité, c'est-à-dire le caractère nouveau du besoin, doit être réelle : elle ne saurait autoriser un fractionnement factice du marché.

8.5. LA DÉTERMINATION DU MONTANT DU MARCHÉ EN L'ABSENCE DE PRIX VERSÉ PAR L'ACHETEUR PUBLIC

Certains marchés peuvent être des contrats à titre onéreux, alors même qu'ils ne donneraient pas lieu au versement d'un prix par l'acheteur public. C'est en particulier le cas lorsque la rémunération du titulaire est constituée par le droit qui lui est accordé de percevoir une partie des recettes nées de l'exécution du contrat (voir pt. 2.2). Dans ce cas, le montant estimé du marché est évalué à partir du montant des recettes concédées⁷⁰.

Il faut donc réintégrer les recettes éventuellement perçues par le titulaire du contrat et, le cas échéant, les ajouter au prix versé par l'acheteur public pour apprécier le montant du marché.

⁶⁸ Ce qui peut également permettre de tirer profit des spécialités des fournisseurs présents sur le marché concurrentiel (l'un pouvant être plus compétitif sur le papier que l'autre qui le sera sur les stylos).

⁶⁹ CJUE, 15 mars 2012, *Commission/République fédérale d'Allemagne*, aff. C-574/10.

⁷⁰ Par exemple, CAA Lyon, 2 juin 2004, *Sté Michel Charmettan Construction*, n° 98LY01271.