TEXTES



Guylain CLAMOUR,
professeur à l'université de Montpellier,
doyen de la faculté de droit et science politique

COMMANDE PUBLIQUE

▲ 31 Dans l'antichambre de la simplification

Loin de constituer une vaste entreprise de simplification, le décret n° 2024-1251 du 30 décembre 2024 apporte des corrections et pose plusieurs séries de nouvelles règles notamment en :
- relevant à 300 000 € hors taxes le seuil de dispense de publicité et de mise en concurrence pour les marchés innovants de défense ou de sécurité ;
- instaurant les accords-cadres à bons de commande multi-attributaires ;
- portant à 20 % la part minimale à confier à des PME et artisans ;
- modifiant les règles de remboursement des avances et de retenue de garantie.

D. n° 2024-1251, 30 déc. 2024, portant diverses mesures de simplification du droit de la commande publique : JO 31 déc. 2024, texte n° 67

NOTE : De dissolution en censure, l'expédition des affaires courantes a largement mis en sommeil la présente rubrique depuis six mois. Le projet de loi de simplification de la vie économique stagnant devant l'Assemblée nationale, ce n'est qu'à la toute fin de l'année 2024 que le nouveau Gouvernement a adopté un décret portant diverses mesures de simplification du droit de la commande publique, réformant *« à la marge les règles de la commande publique » (Le Monde, 31 déc. 2024)* sur fond de loi de finances spéciale et dans le contexte d'augmentation du nombre de procédures collectives.

Marchés de défense ou de sécurité passés sans publicité ni mise en concurrence préalables. – Aux hypothèses dans lesquelles un acheteur peut passer sans publicité ni mise en concurrence préalables un marché de défense ou de sécurité, le décret n° 2024-1251 du 30 décembre 2024 en ajoute une nouvelle concernant les travaux, fournitures ou services *« innovants »* répondant à un besoin dont la valeur estimée est inférieure à 300 000 € hors taxes *(CCP, art. R. 2322-16)*. Ces dispositions sont également applicables aux lots dont le montant est inférieur à 80 000 € hors taxes pour des fournitures ou des services innovants ou à 100 000 € hors taxes pour des travaux innovants à la condition que le montant cumulé de ces lots n'excède pas 20 % de la valeur totale estimée de tous les lots. Comme pour la dispense générale de publicité et de mise en concurrence préalables pour les marchés de travaux de moins de 100 000 € hors taxes *(CCP, art. R. 2322-14)*, l'acheteur doit toutefois veiller *« à choisir une offre pertinente, à faire une bonne utilisation des deniers publics et à ne pas contracter systématiquement avec un même opérateur économique lorsqu'il existe une pluralité d'offres susceptibles de répondre au besoin » (CCP, art. R. 2322-16)*.

EPIC de l'État. – Plusieurs dispositions mettent fin à certaines règles spécifiques qui régissaient les établissements publics de l'État à caractère industriel et commercial. C'est ainsi que, s'agissant des marchés à prix définitifs, ces EPIC relèvent désormais pleinement des articles R. 2112-7 et suivants du Code de la commande publique (CCP) notamment pour ce qui concerne les clauses d'actualisation. De même, s'agissant du déclenchement du délai de paiement du solde des marchés de travaux ou de maîtrise d'œuvre, comme du délai de paiement du sous-traitant, les articles R. 2192-16 et R. 2192-23 du CCP n'écartant plus les EPIC de l'État, y compris pour les marchés conclus dans les îles Wallis et Futuna, en Polynésie française, en Nouvelle-Calédonie et dans les Terres australes et antarctiques françaises.

Groupements d'opérateurs économiques. – Au titre des conditions générales de participation, l'on sait qu'un opérateur économique peut avoir recours aux capacités d'autres opérateurs économiques, quelle que soit la nature juridique des liens qui l'unissent à ces opérateurs *(CCP, art. R. 2142-3)*. Le décret n° 2024-1251 du 30 décembre 2024 ajoute que *« l'acheteur peut autoriser le candidat qui en fait la demande à se constituer en groupement entre la date de remise des candidatures et la date de signature du marché, avec un ou plusieurs des candidats invités à négocier ou à participer au dialogue ou un ou plusieurs des opérateurs économiques aux capacités desquels il a eu recours » (CCP, art. R. 2142-3)*, mais uniquement dans le cadre de procédures, quelles qu'elles soient, incluant une ou plusieurs phases de négociation ou de dialogue et lorsque deux séries de conditions sont remplies : le groupement doit disposer des garanties économiques, financières, techniques et professionnelles exigées par l'acheteur pour participer à la procédure ; la constitution d'un groupement ne saurait porter atteinte au principe d'égalité de traitement des candidats ni à une concurrence effective entre ceux-ci. Le décret permet également, toujours dans le cadre de procédures incluant une ou plusieurs phases de négociation ou de dialogue, d'autoriser, sous condition, une modification de la composition du groupement en cours de procédure négociée ou de dialogue compétitif *(CCP, art. R. 2142-26)*.

Enfin, les opérateurs économiques peuvent plus librement déterminer la forme juridique de leur groupement puisque, désormais, ni l'acheteur ni l'autorité concédante ne peuvent *« exiger que les groupements d'opérateurs économiques adoptent une forme juridique déterminée après l'attribution »* du marché ou du contrat de concession sauf *« lorsque cela est nécessaire à sa bonne exécution » (CCP, art. R. 2142-22 et R. 3123-10)*.

PME. – Pour les marchés publics globaux, l'acheteur doit, depuis la loi ASAP *(L. n° 2020-1525, 7 déc. 2020, de simplification et d'accélération de l'action publique, art. 142 : JO 8 déc. 2020, texte n° 1 ; Contrats-Marchés publ. 2021, comm. 1, note G. Clamour)* tenir compte, parmi les critères d'attribution, de la *« part d'exécution du marché que le soumissionnaire s'engage à confier à des petites et moyennes entreprises ou à des artisans » (CCP, art. L. 2152-9)*. Tout marché public global doit en effet prévoir *« la part minimale de l'exécution du contrat que le titulaire s'engage à confier à des petites et moyennes entreprises ou à des artisans »*, étant précisé que cette part minimale, *« établie dans des conditions prévues par voie réglementaire » (CCP, art. L. 2171-8)*, a originellement été fixée à 10 % par le décret n° 2021-357 du 30 mars 2021 portant diverses dispositions en matière de commande publique *(JO 1er avr. 2021, texte n° 17 ; Contrats-Marchés publ. 2023, comm 134, note G. Clamour)*. Le décret commenté modifie l'article R. 2171-23 du CCP pour porter cette part minimale à 20 %. Il fait de même avec les articles R. 2213-5 et R. 2373-1 du CCP pour ce qui concerne, d'une part, les marchés de partenariat et, d'autre part, les marchés de partenariat de défense ou de sécurité, ainsi qu'avec l'article R. 3114-5 du CCP s'agissant des contrats de concession.

Accord-cadre. – Lorsque l'accord-cadre ne fixe pas toutes les stipulations contractuelles, il donne lieu à la conclusion de

Propriété exclusive de LexisNexis SA. Diffusion strictement réservée.

marchés subséquents alors, qu'à l'inverse, il est exécuté au fur et à mesure de l'émission de bons de commande. Ajoutant un alinéa à l'article R. 2162-2 du CCP, le décret n° 2024-1251 du 30 décembre 2024 consacre une pratique pour les accords-cadres conclus avec plusieurs opérateurs économiques : ils peuvent donner lieu, pour une partie des prestations, à la conclusion de marchés subséquents après remise en concurrence des titulaires, à condition toutefois que les documents de la consultation indiquent expressément la possibilité de recourir à cette faculté, définissent les circonstances objectives déterminant le choix de recourir à un marché subséquent et précisent les termes de l'accord-cadre pouvant faire l'objet d'une remise en concurrence.

Offres comportant des produits provenant d'États tiers. – L'article 29 de loi relative à l'industrie verte *(L. n° 2023-973, 23 oct. 2023, art. 29, relative à l'industrie verte : JO 24 oct. 2023, texte n° 1 ; Contrats-Marchés publ. 2023, étude 10, G. Clamour)* a prévu que *« lorsqu'une offre présentée dans le cadre de la passation par une entité adjudicatrice d'un marché de fournitures ou d'un marché de travaux de pose et d'installation de ces fournitures contient des produits originaires de pays tiers avec lesquels l'Union européenne n'a pas conclu, dans un cadre multilatéral ou bilatéral, d'accord assurant un accès comparable et effectif des entreprises de l'Union européenne aux marchés de ces pays ou auxquels le bénéfice d'un tel accord n'a pas été étendu par une décision du Conseil de l'Union européenne, cette offre peut être rejetée lorsque les produits originaires des pays tiers (...) représentent la part majoritaire de la valeur totale des produits qu'elle contient, dans des conditions fixées par voie réglementaire »*. Le décret n° 2024-1251 du 30 décembre 2024 précise que pareil rejet s'opère dans les conditions, déjà existantes, des articles R. 2153-3 à R. 2153-5 du CCP.

Avance. – Le décret n° 2024-1251 du 30 décembre 2024 abroge l'article R. 2191-12 du CCP qui disposait notamment que le remboursement de l'avance doit être terminé, pour avance d'un montant inférieur à 80 %, lorsque le montant des prestations exécutées par le titulaire atteint 80 % du montant toutes taxes comprises du marché. Sous réserve de précisions contractuelles complémentaires, la question des modalités de remboursement de l'avance est donc désormais uniquement régie par les dispositions de l'article R. 2191-11 du CCP. La même abrogation est opérée pour les marchés à tranches *(CCP, art. R. 2191-14, abrogé)* et pour les accords-cadres à bons de commande *(CCP, art. R. 2191-19, abrogé)*. Elle concerne également les marchés de défense ou de sécurité.

Quant aux modalités de calcul du montant de l'avance, l'on notera que le terme *« charge »* a remplacé celui de *« dépenses »* au sein de l'article R. 2191-7 du CCP concernant les avances aux titulaires PME.

Retenue de garantie. – Si, en principe, le montant de la retenue de garantie ne peut être supérieur à 5 % du montant initial du marché augmenté, le cas échéant, du montant des modifications en cours d'exécution, ce taux est ramené à 3 % dans trois séries d'hypothèses introduites par le décret commenté : pour les marchés publics passés par l'État (sans référence désormais aux PME) ; pour ceux passés par *« les établissements publics administratifs de l'État, autres que les établissements publics de santé, dont les charges de fonctionnement constatées dans le compte financier au titre de l'avant-dernier exercice clos sont supérieures à 60 millions d' euros »* et enfin pour ceux passés par *« les collectivités territoriales, leurs établissements publics et leurs groupements, dont les dépenses réelles de fonctionnement constatées dans le compte de gestion du budget principal au titre de l'avant-dernier exercice clos sont supérieures à 60 millions d'euros » (CCP, art. R. 2191-33)*.

JurisClasseur : Contrats et Marchés Publics, fasc. 65-15, 70 et 645-3

À noter également

32 Prolongation du seuil de dispense de publicité et de mise en concurrence préalables pour les marchés de travaux

D. n° 2024-1217, 28 déc. 2024, relatif au seuil de dispense de publicité et de mise en concurrence préalables pour les marchés de travaux : JO 29 déc. 2024, texte n° 26

Observations : *Originellement, la loi ASAP avait temporairement rehaussé à 100 000 € hors taxes le seuil de dispense pour les marchés de travaux (L. n° 2020-1525, 7 déc. 2020, art. 142, de simplification et d'accélération de l'action publique : JO 8 déc. 2020, texte n° 1 ; Contrats-Marchés publ. 2021, comm. 1, note G. Clamour) : afin de faciliter la passation de ces marchés en allégeant le formalisme des procédures applicables et de contribuer à la reprise de l'activité dans le secteur des chantiers publics, les acheteurs pouvaient, jusqu'au 31 décembre 2022 inclus, conclure des marchés de travaux sans publicité ni mise en concurrence préalables pour répondre à un besoin dont la valeur estimée est inférieure à 100 000 € hors taxes. Le décret n° 2022-1683 du 28 décembre 2022 a ensuite prolongé cette dispense jusqu'au 31 décembre 2024 inclus (D. n° 2022-1683, 28 déc. 2022, portant diverses modifications du Code de la commande publique : JO 29 déc. 2022, texte n° 3 ; Contrats-Marchés publ. 2023, comm. 31, note G. Clamour). Le projet de loi de simplification de la vie économique devait aboutir à une pérennisation de la mesure à compter du 1er janvier 2025. Le texte étant toujours en discussion à l'Assemblée nationale, le décret n° 2024-1217 du 28 décembre 2024 prolonge pour un an ce seuil de dispense de publicité et de mise en concurrence préalables pour les marchés de travaux. Il s'applique également aux marchés publics conclus par l'État et ses établissements publics dans les îles Wallis et Futuna, en Polynésie française, en Nouvelle-Calédonie et dans les Terres australes et antarctiques françaises.* **G. C.**

JurisClasseur : Contrats et Marchés Publics, fasc. 60-30

Propriété exclusive de LexisNexis SA. Diffusion strictement réservée.