



## Synthèse

### **Consultation ouverte sur le projet de décret portant diverses mesures de simplification du droit de la commande publique**

#### **1. Contexte**

En application de l'article L. 132-1 du code des relations entre le public et l'administration, l'administration peut décider d'organiser une consultation publique sur l'internet afin d'associer le public à la prise d'un texte normatif. Dans les conditions prévues par ce même article, cette consultation se substitue aux consultations obligatoires du Conseil national d'évaluation des normes et du Conseil supérieur de la construction et de l'efficacité énergétique.

La consultation sur le projet de décret portant diverses mesures de simplification du droit de la commande publique a été mise en ligne le 4 novembre 2024 sur le site du Premier ministre [www.vie-publique.fr](http://www.vie-publique.fr) ainsi que sur celui de la direction des affaires juridiques du ministère de l'économie, des finances et de l'industrie, rubrique « commande publique ». Elle était ouverte jusqu'au 19 novembre 2024.

#### **2. Projet de décret portant diverses mesures de simplification du droit de la commande publique**

Le projet de décret portant diverses mesures de simplification du droit de la commande publique s'inscrit dans le cadre du chantier de simplification du droit de la commande publique engagé par le Gouvernement. En offrant un cadre modernisé et rationalisé aux acteurs de la commande publique, ce projet de décret contribue à l'efficacité de notre système juridique. Il facilite ainsi l'accès des petites et moyennes entreprises aux marchés publics en faisant œuvre de clarification et de simplification, favorisant le recours à des mécanismes et outils désormais plus adaptés.

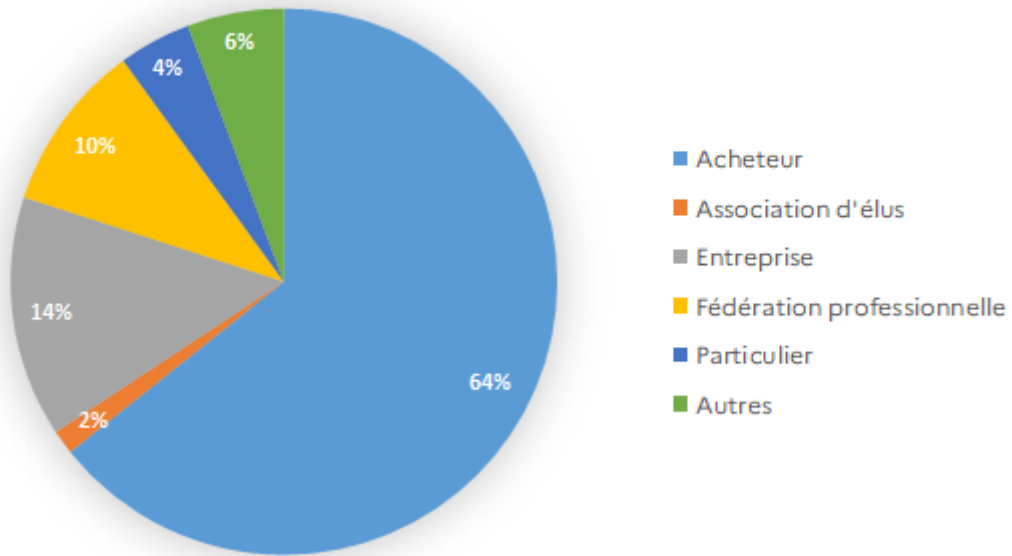
#### **3. Résultats de la consultation ouverte sur l'internet**

##### **3.1. Statistiques**

Nombre de réponses enregistrées : 70 contributions exprimées, soit 305 observations.

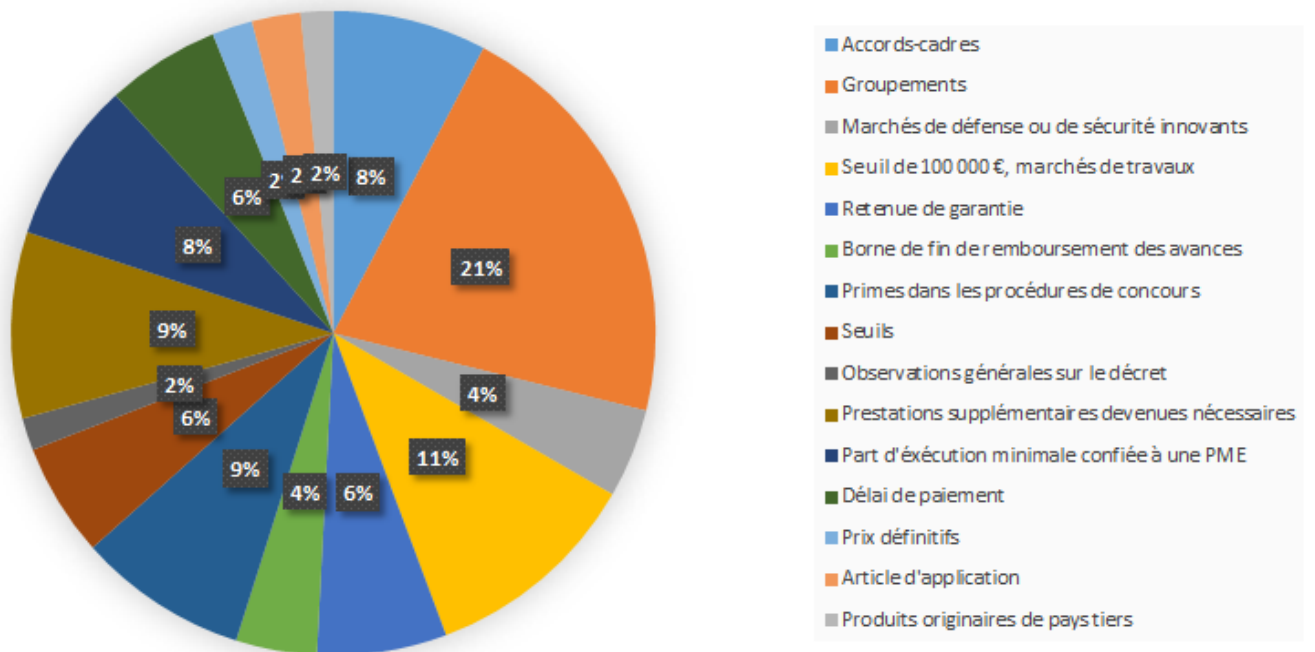
##### **3.1.1. Par catégorie de contributeurs**

## Catégories de contributeurs



### 3.1.2. Par thématique

## Observations par thématiques



## 3.2. Avis exprimés

La DAJ a reçu 52 contributions émanant d'acheteurs et de fédérations professionnelles. Ces derniers ont principalement salué la pérennisation du seuil de dispense de publicité et de mise

en concurrence préalable de 100 000 euros HT pour les marchés de travaux et les dispositions concernant les groupements.

Ils ont exprimé des positions plus nuancées sur l'augmentation de la part d'exécution minimale confiée à des PME, sur la suppression de la borne de fin de remboursement des avances ainsi que sur les primes dans les procédures de concours.

### 3.2.1. Sur les accords-cadres à bons de commande s'exécutant en partie avec remise en concurrence préalable des titulaires

Cette mesure a fait l'objet de nombreuses questions de la part des contributeurs, sollicitant un plus grand éclairage de la DAJ sur cette mesure.

Cette disposition transpose la faculté reconnue à l'acheteur dans les directives « marchés publics » de choisir d'émettre des bons de commande en partie avec remise en concurrence préalable des titulaires. La mesure a ainsi pour objectif de permettre, lorsqu'un accord-cadre est conclu avec plusieurs opérateurs économiques et qu'il définit toutes les conditions régissant la fourniture des travaux, des services et des produits concernés (autrement dit un accord-cadre exécuté par l'émission de bons de commande en droit français), qu'il soit exécuté en partie sans remise en concurrence et en partie avec remise en concurrence entre les opérateurs économiques parties à l'accord-cadre. Dans le respect du droit européen, cette possibilité doit cependant avoir été prévue par les acheteurs dans les documents de marché relatifs à l'accord-cadre. Le choix d'acquiescer les prestations par le biais d'une remise en concurrence ou directement selon les conditions figurant dans l'accord-cadre s'effectue en fonction de circonstances objectives, qui sont énoncées dans les documents de marché relatifs à l'accord-cadre. Ces documents précisent également les conditions qui peuvent faire l'objet d'une remise en concurrence.

Le décret n'entend pas revenir sur la distinction entre les marchés subséquents et les bons de commande. Il prévoit donc qu'un accord-cadre ou un lot d'un accord-cadre exécuté par l'émission de bons de commande conclu avec plusieurs opérateurs économiques puisse prévoir, pour une partie des prestations, qu'à l'émission de bons de commande puisse se substituer la conclusion de marchés subséquents conclus après remise en concurrence des titulaires, à condition 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. À la demande de nombreux acheteurs, le terme de « critères objectifs » a été remplacé par celui de « circonstances objectives » dans un souci de clarté.

### 3.2.2. Sur la constitution et la modification des groupements

Les dispositions concernant les groupements d'opérateurs (3° et 5° de l'article 1 du projet de décret soumis à la consultation) ont fait l'objet de nombreuses observations. Si les observations sont plutôt favorables, elles soulèvent également de nombreuses interrogations.

Plusieurs répondants se sont interrogés sur la pertinence de limiter le périmètre de ces dispositions à la « procédure négociée et au dialogue compétitif ». Des répondants remarquent que l'emploi du terme « procédure négociée » plutôt que de « procédure avec négociation » peut porter à confusion.

Afin de répondre à ces observations légitimes, la DAJ a reformulé le texte du projet de décret, afin de préciser que les dispositions s'appliquent dans le cadre de procédures incluant une ou plusieurs phases de négociation – ce qui inclut par exemple les marchés en procédure adaptée avec négociation- ou de dialogue, clarifiant ainsi son champ d'application.

Conformément à la jurisprudence de la Cour de justice de l'Union européenne, la constitution et la modification de groupements en cours de procédure ne peut être étendue aux appels d'offres.

### 3.2.3. Sur les marchés de défense ou de sécurité innovants

Cette mesure est accueillie favorablement par les acheteurs.

### 3.2.4. Sur la pérennisation du seuil de dispense de publication et de mise en concurrence à 100 000 euros HT pour les marchés de travaux, ainsi que sur les seuils en général

Les communes, et notamment les plus petites, sont dans l'ensemble très favorables à la pérennisation du seuil de 100 000 euros HT pour les marchés de travaux. En effet, les petites communes ont d'importants besoins en matière de travaux de faible montant. Or, elles reçoivent parfois peu de réponses à leurs appels d'offre, car les PME ne sont pas toujours bien préparées pour répondre aux procédures et les grands groupes peuvent se détourner des marchés de faible montant.

Un petit nombre de répondants s'inquiète néanmoins du risque de favoritisme et d'insécurité juridique. A ce sujet, la direction des affaires juridiques rappelle que les principes généraux de la commande publique s'appliquent également en-dessous des seuils.

Initialement prévue jusqu'au 31 décembre 2022 par la loi 2020-1525 du 7 décembre 2020 d'accélération et de simplification de l'action publique et prolongée jusqu'au 31 décembre 2024, cette mesure est désormais bien identifiée par les acheteurs, et plébiscitée. Elle a fait l'objet de retours positifs de la part des contributeurs, des fédérations professionnelles comme des acheteurs.

Il ressort de la consultation un besoin de lisibilité des seuils de la part des acheteurs, qui souhaiteraient dans l'ensemble une plus grande unification de ceux-ci.

### 3.2.5. Sur la retenue de garantie

Les PME saluent l'abaissement de la retenue de garantie de 5 à 3 % lorsque le titulaire est une PME. Plusieurs acheteurs s'y disent favorables, la disposition étant de nature à éviter la fragilisation financière de leurs partenaires contractuels. Les fédérations professionnelles s'expriment également en faveur de la disposition. Quelques contributeurs s'inquiètent de la lisibilité du taux de la retenue de garantie pour les PME, compte tenu de ses variations selon les acheteurs. A ce sujet, la DAJ rappelle qu'il doit être mentionné dans les documents du contrat.

Par ailleurs, la DAJ précise que cette disposition s'applique déjà pour les marchés passés par l'État, dans le but d'augmenter la part des PME titulaires d'un marché public. Cependant, les collectivités territoriales représentent une part très importante de l'achat public, et sont généralement plus proches des PME. Ainsi, étendre cette mesure à cette cible d'acheteurs est

pertinent pour simplifier l'accès des PME à la commande publique. En ciblant les collectivités territoriales, leurs établissements publics et leurs groupements ainsi que les établissements publics administratifs de l'État, autres que les établissements publics de santé, dont les dépenses de fonctionnement sont supérieures à 60 millions d'euros, la mesure est par ailleurs circonscrite aux acheteurs qui disposent de moyens financiers suffisants leur permettant de supporter les contraintes et risques inhérents à la diminution du montant la retenue de garantie.

### 3.2.6. Sur la suppression de la borne de fin de remboursement des avances

Les acheteurs observent que la mesure apporte de la souplesse.

### 3.2.7. Sur les primes dans les procédures de concours

Certains contributeurs estiment que la disposition apporte une protection économique utile envers les opérateurs économiques, mais ne fait pas pleinement consensus auprès des acheteurs, qui s'interrogent sur sa mise en œuvre pratique. Par exemple, des répondants s'interrogent sur les cas dans lesquels le jury se réunirait après les 3 mois impartis dans le projet de décret. Certains considèrent que le délai de 3 mois est insuffisant.

Compte tenu de ces observations, la DAJ a décidé de retirer la mesure du projet de décret portant diverses mesures de simplification du droit de la commande publique.

3.2.8. Sur les modifications lorsque des prestations supplémentaires sont devenues nécessaires.

Les contributeurs notent que la double condition cumulative introduite par le projet de décret n'apporte pas de souplesse supplémentaire au cadre actuel, tout en étant effectivement plus proche de la lettre des directives. Au regard des retours des acheteurs, il semble peu cohérent d'intégrer cette mesure dans le projet de décret portant diverses mesures de simplification du droit de la commande publique. Ainsi, la DAJ a décidé de retirer la disposition, afin de conserver l'esprit de simplification du décret.

### 3.2.9. Sur l'augmentation de la part d'exécution minimale confiée à une PME

Cette disposition reçoit un accueil nuancé. Les acheteurs locaux y sont favorables, certains souhaitant recourir davantage au tissu économique des PME pour le dynamiser par l'effet levier que représente la commande publique. Plusieurs autres acheteurs indiquent au contraire que le taux de 20 % semble trop élevé dans certains secteurs d'activité. A cet effet, la DAJ rappelle que l'article R. 2171-23 du code de la commande publique fixant la part minimale que le titulaire d'un marché global s'engage à confier à des PME prévoit une exception « lorsque la structure économique du secteur concerné ne le permet pas ». Ainsi, un candidat qui n'aurait trouvé suffisamment de PME dans son secteur pour répondre à cette obligation peut en être dispensé s'il fournit les preuves nécessaires.

### 3.2.10. Sur les délais de paiement

Des contributeurs observent que la disposition crée une égalité de traitement pour tous les acheteurs. Les acheteurs n'utilisant pas le cahier des clauses administratives générales applicable aux marchés de travaux et aux marchés de maîtrise d'œuvre s'interrogent sur la mise

en œuvre pour eux de l'article R. 2192-16 du code de la commande publique. En l'état, si le CCAG susmentionné n'est pas visé, ils ne peuvent bénéficier du délai de paiement du solde des marchés publics de travaux prévu par l'article R. 2192-16 du code, à moins de répliquer les stipulations des CCAG y afférentes dans leurs stipulations contractuelles. Pour ces acheteurs, les règles relatives au déclenchement du délai de paiement sont alors celles du secteur.

3.2.15. Sur les observations en dehors du périmètre des mesures proposées dans le décret

La direction des affaires juridiques a reçu 59 contributions en dehors du champ des mesures du projet de décret. Si cela démontre d'une réelle implication de tous les acteurs pour un plus grand mouvement de simplification du droit de la commande publique, ces mesures n'ayant pas encore été expertisées par la direction des affaires juridiques, elles ne peuvent être incorporées en temps utile au projet de décret. En revanche, la DAJ conserve toutes ces propositions et examinera leur impact ainsi que, le cas échéant, l'opportunité de leur mise en œuvre.

### **3.3. Observations retenues**

A la suite des différentes observations formulées, plusieurs d'entre elles ont été retenues. Ce faisant :

- Les dispositions prévoyant les conditions dans lesquelles un groupement peut modifier sa composition entre la date de remise des candidatures et la date de signature du marché ont été clarifiées ; elles précisent désormais que cela concerne les « procédures incluant une ou plusieurs phases de négociation ou de dialogue ».
- Les dispositions prévoyant les modalités et délais de déclenchement du paiement des primes aux candidats évincés dans les procédures de concours ont été retirées.
- Les dispositions portant sur les accords-cadres ont été clarifiées. Ainsi, à la demande de nombreux acheteurs, le terme de « circonstances objectives » a par exemple remplacé celui de « critères objectifs » pour éviter toute confusion.
- Les dispositions clarifiant les conditions dans lesquelles les marchés publics et les contrats de concession peuvent être modifiés lorsque des travaux, fournitures ou services supplémentaires sont devenus nécessaires et ne figuraient pas dans le contrat initial ont également été retirées car considérées comme n'étant pas des mesures de simplification par un certain nombre d'acheteurs publics.