

Contrats / Commande publique - Une histoire de seuils, l'ombre d'un doute pour les achats publics Proj. de loi AN modifié n° 0016, d'accélération et de simplification de l'action publique, CMP, 7 oct. 2020 - Aperçu rapide par Pierre Villeneuve

Document: La Semaine Juridique Administrations et Collectivités territoriales n° 41, 12 Octobre 2020, act. 548

La Semaine Juridique Administrations et Collectivités territoriales n° 41, 12 Octobre 2020, act. 548

Une histoire de seuils, l'ombre d'un doute pour les achats publics - . - Proj. de loi AN modifié n° 0016, d'accélération et de simplification de l'action publique, CMP, 7 oct. 2020

Aperçu rapide par Pierre Villeneuve directeur régional des achats, préfecture de région professeur associé à l'EHESP Dans un contexte épidémique encore très incertain et face à une crise économique aux multiples effets, le groupe LREM et, dans une certaine mesure le Gouvernement viennent d'adopter un amendement exonérant de toute publicité et formalités préalables de mise en concurrence, les marchés publics de travaux jusqu'à 100 000 euros. - Adopté en procédure accélérée dans le cadre de l'examen du projet de loi n° 2750 (modifié) d'accélération et de simplification de l'action publique dit projet de loi ASAP, cet amendement (amendement n° 1106 (rect), AN, 24 sept 2020) est censé contribuer au plan de relance dit France Relance que le Gouvernement annonça début septembre. - Le seuil des marchés publics de travaux sans publicité et sans formalités préalables serait ainsi fixé à 100 000 euros jusqu'au 31 décembre 2022

[Accès au sommaire](#)

Décidément, le droit de la commande publique et donc celui des achats publics est un droit très instable pour les entreprises mais aussi pour les acheteurs publics. La question des seuils des achats publics est en effet celui d'un éternel recommencement (*P. Villeneuve, Projet de décret modifiant le Code de la commande publique, les mots pour le dire : JCP A, 2019, act. 588 ; F. Jourdan, Marchés publics : comment le covid-19 pourrait faire remonter les seuils : JCP A 2020, act. 309 ; F. Jourdan, Relèvement des seuils : une bouffée d'air pour les marchés publics : JCP A, 2019, act. 577*). À tour de rôle, Gouvernement et législateur voient dans les seuils, outre un outil de simplification du droit de la commande publique, le moyen privilégié si ce n'est unique d'améliorer l'accès des PME à la commande publique. Le présent amendement ne déroge pas à « cette histoire de seuils » dont les effets ne sont pas totalement maîtrisés en la présente espèce.

1. 100 000 euros ou l'histoire d'un seuil

Sous l'empire des marchés publics, le seuil de dispense des formalités avait été relevé dès 2012 (*D. n° 2011-1853, 9 déc. 2011*) de 4 000 à 15 000 euros HT. Ce seuil fut ensuite porté à 25 000 euros dès 2015 (*D. n° 2015-11633, 17 sept 2015*) pour être à nouveau fixé à 40 000 euros depuis le 1er janvier 2020 (*D. n° 2019-1344, 12 déc. 2019*). Plus proche encore, le décret du 22 juillet 2020 (*D. n° 2020-893, 22 juill. 2020*) relève temporairement le seuil de dispenses de procédure pour les marchés publics et de fourniture de denrées alimentaires.

Deux types d'achats sont donc concernés.

- 70 000 euros HT pour les marchés de travaux. Jusqu'au 10 juillet 2021 inclus, les acheteurs peuvent conclure un marché de travaux sans publicité ni mise en concurrence préalables pour répondre à un besoin dont la valeur estimée est inférieure à 70 000 euros HT. Ces dispositions sont applicables aux lots qui portent sur des travaux et dont le montant est inférieur à 70 000 € HT, à condition que le montant cumulé de ces lots n'excède pas 20 % de la valeur totale estimées de tous les lots.
- 100 000 euros HT pour les marchés de denrées alimentaires. Les acheteurs publics peuvent conclure sans publicité ni mise en concurrence préalables et pour des produits livrés avant le 10 décembre 2020, un marché répondant à un besoin dont la valeur estimée est inférieure à 100 000 € HT portant sur la fourniture de denrées alimentaires produites, transformées et stockées avant la date de cessation de l'état d'urgence sanitaire.

Maniant assouplissement et prévention à l'adresse spécifique des acheteurs, le décret use une fois encore d'un rappel superfétatoire au terme duquel « *les acheteurs veillent 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* » (D. n° 2020-893, 22 juill. 2020, art. 1er al 3). Subtil oxymore réglementaire invitant l'acheteur public à la fois à une dispense de procédures formalisées mais à être en même temps attentif à de possibles pluralités d'offres.

Dans le cadre de l'examen du projet de loi ASAP, l'Assemblée nationale a examiné et adopté, avec la bienveillance active du Gouvernement, un nouvel amendement permettant de conclure jusqu'au 31 décembre 2022, un marché public de travaux sans publicité ni mise en concurrence préalables pour répondre à un besoin dont la valeur estimée est inférieure à 100 000 euros € HT.

2. 100 000 euros, un seuil sans histoire ?

In limine litis, la gravité de la crise économique est la justification première de ce relèvement de seuil. On observera donc que l'achat public est présenté comme une politique publique contributive au développement de l'économie et, ici particulièrement au plan de relance.

L'exposé des motifs est un « véritable réquisitoire » des procédures formalisées de la commande publique. Le formalisme de la procédure est présenté comme « une contrainte disproportionnée par rapport aux enjeux de l'achat envisagé ». Les achats publics n'ont-ils pas aussi pour enjeu de respecter le principe d'égalité de traitement des candidats, de garantir les principes de liberté d'accès et de transparence des procédures, tel que reconnu comme principes généraux de la commande publique (CCP, art. L. 3) ?

Le présent amendement a donc pour objet de « *faire l'économie de délais contraints et de formalités coûteuses inhérentes aux procédures pour les acheteurs et les entreprises* ». Plus encore, l'amendement contribue à éviter une aggravation des finances publiques et de la dette sociale. Chacun, acheteur public comme entreprise appréciera la juste mesure de cet assouplissement législatif.

L'interprétation susceptible d'en être faite invite d'ores et déjà à quelques observations ou réserves.

Quel que soit le seuil et disons-le clairement dès le seuil du 1er €, l'acheteur public doit respecter les principes généraux de la commande publique et, dont l'atteinte est susceptible de constituer un manquement à l'obligation

d'impartialité de l'acheteur public, de nature à engager sa responsabilité. Rappelons que ces principes concourent par nature à l'efficacité de la commande publique et à la bonne utilisation des deniers publics.

Signe de la rapidité avec laquelle cet amendement a été rédigé, il reprend, en leur donnant désormais une portée législative, les mêmes erreurs formelles que le décret du 22 juillet 2020 sus-mentionné.

Comment en effet ne pas s'étonner que la volonté de donner à cet amendement un large champ matériel (TOUS les marchés publics de travaux, c'est nous qui soulignons) soit *a priori* limitée territorialement ? Le dernier alinéa de l'amendement précise confusément « *que le présent article est applicable 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* ». Cette curieuse rédaction (pour reprendre les termes de Fleur Jourdan : *F. Jourdan, Marchés publics : Comment le covid-19 pourrait faire remonter les seuils, JCP A 2020, act. 309*) déjà présente à l'article 3 du décret du 22 juillet 2020 est de nouveau reprise sans mesurer visiblement les effets d'un assouplissement de la commande publique à l'application territoriale limitée. Il faut, une fois encore s'en référer aux débats devant la commission des lois à l'Assemblée nationale pour en déduire, plus que pour en lire donc, que sont concernés tous les marchés publics de travaux et non ceux, seuls visés en l'espèce.

En même temps, deux règles subsistent néanmoins pour les acheteurs publics. En premier lieu, les acheteurs publics qui estiment *in concreto* qu'une mise en concurrence reste nécessaire pour assurer l'efficacité de leur stratégie achat, pourront toujours mettre en œuvre une procédure adaptée. En second lieu, les acheteurs demeurent soumis à l'obligation de publier, les informations sur les données essentielles sur les marchés conclus dès 25 000 euros.

La marge de simplification et d'harmonisation de l'achat public est encore substantielle. Oui, le droit de l'achat public peut encore être simplifié et harmonisé pour les acheteurs publics comme pour les entreprises sans se départir du cadre juridico-économique et des principes généraux de la commande publique.

Faisons enfin pleinement confiance aux acheteurs publics pour rappeler aussi aux services prescripteurs que le relèvement de seuil ne s'interprète pas uniquement sur la simple remise de devis. En la matière, un élargissement des fournisseurs au moment de la passation est une garantie de bonne exécution du marché et d'impartialité de l'acheteur public. En outre, l'évaluation des tiers fournisseurs est une démarche nécessaire et contribuant à leur renouvellement et à la nécessaire prévention de la corruption dans le cycle achats.

Enfin, une dernière interrogation effleure. Le relèvement des seuils relève-t-il du pouvoir législatif ou du pouvoir réglementaire ?

Par principe, du pouvoir réglementaire, ce qui ne semble heurter ni les députés ni le Gouvernement. Si le respect de la hiérarchie des normes n'en sort pas grandi, la commande publique en est aussi affaiblie. En la matière, l'histoire bégaye de nouveau sur le relèvement du seuil des marchés publics, à 100 000 euros. Lors de l'examen du projet de loi portant dispositions urgentes face à l'épidémie de Covid-19 (*Proj. de loi Sénat n° 91 relatif à diverses dispositions liées à la crise sanitaire, à d'autres mesures urgentes ainsi qu'au retrait du Royaume-uni de l'Union européenne, 28 mai 2020*) devant le Sénat, un amendement avait déjà été déposé (amendement n° 98 présenté par le groupe LREM) pour relever le seuil de dispense de procédure et de mise en concurrence pour les marchés publics jusqu'à 100 000 euros. Après discussion et, plus encore intervention du rapporteur et du Gouvernement, cet

amendement avait été retiré au motif principal qu'il ne pouvait relever du champ de la loi. Faute d'accord entre le Sénat et l'Assemblée nationale sur le projet de loi ASAP, une commission mixte paritaire a été constituée le 7 octobre dernier. Gageons qu'elle examinera aussi les conditions dudit assouplissement des procédures de marchés publics

Voyons donc dans cet amendement relevant les seuils à 100 000 euros pour les marchés publics de travaux, un appel à une certaine maturité des acheteurs publics ainsi qu'une étape importante mais une étape seulement à destination des PME. Proj. de loi n° 2750 modifié, AN, 6 oct. 2020

© LexisNexis SA