

Publié le 20 janvier 2023

Les conséquences pour la commande publique du décret du 28 décembre 2022

Comme à chaque fin d'année, quelques modifications ont été apportées par décret au code de la commande publique. Parmi les diverses dispositions du décret n° 2022-1683 du 28 décembre 2022, deux intéresseront les Epl au premier chef, à savoir la restriction des pouvoirs de sanction du maître d'ouvrage public vis-à-vis du maître d'œuvre et la prolongation de la dispense de publicité et de mise en concurrence pour les marchés de travaux d'un montant inférieur à 100 000 € HT. Les autres ajustements contenus dans ce décret concernent les contrats réservés, les copies de sauvegarde et les avances.



Ce que dit l'article 3 du décret concernant...

... l'encadrement de la possibilité, pour le maître d'ouvrage public, de sanctionner le maître d'œuvre privé pour dépassement des seuils de tolérance prévus à son marché :

L'article 3 du décret prévoit deux modifications des dispositions relatives aux dépassements, par le maître d'œuvre, des seuils de tolérance prévus dans son marché, avant et après les travaux.

D'une part, à l'issue de la consultation en vue de l'attribution des marchés de travaux, la possibilité, pour le maître d'ouvrage, de demander au maître d'œuvre d'adapter ses études sans rémunération supplémentaire, prévue à l'article R. 2432-3 du code de la commande publique, est restreinte aux cas de dépassements « ne résultant pas de circonstances que le maître d'œuvre ne pouvait prévoir ».

Faut-il y voir une conséquence de l'inflation ambiante ?

Et dans quelle mesure la hausse des prix entre l'estimation et l'issue de la consultation sera-t-elle considérée comme résultant de circonstances (im)prévisibles ?

D'autre part, après exécution et solde financier des marchés de travaux, la possibilité, pour le maître d'ouvrage, de réduire la rémunération du maître d'œuvre est limitée aux cas de dépassements « résultant d'un manquement du maître d'œuvre dans ses missions de direction de l'exécution des marchés publics de travaux et d'assistance au maître d'ouvrage lors des opérations de réception ».

Cette modification rappelle **la nécessité d'identifier rigoureusement les manquements du maître d'œuvre à ses missions DET et AOR** mais n'évoque pas, en revanche, les erreurs ou omissions que le maître d'œuvre pourrait avoir commises dans les pièces techniques du marché et qui nécessiteraient, pour y remédier, des travaux supplémentaires, pour lesquels il convient de ne pas calculer de rémunération au maître d'œuvre.

Sur les marchés de travaux d'un montant inférieur à 100 000 € HT

Prorogation de la possibilité de conclure sans publicité ni mise en concurrence les marchés de travaux d'un montant inférieur à 100 000 € HT :

Initialement prévue jusqu'au 31 décembre 2022 par l'article 142 de la loi n° 2020-1525 du 7 décembre 2020 d'accélération et de simplification de l'action publique (ASAP), la possibilité de 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 euros hors taxes est prorogée jusqu'au 31 décembre 2024.

Comme dans le texte de loi de 2020, cette possibilité concerne également les lots qui portent sur des travaux dont le montant est inférieur à 100 000 euros hors taxes, à la condition que le montant cumulé de ces lots n'excède pas 20 % de la valeur totale estimée de tous les lots.

Il est bien entendu rappelé que « 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. ».

Remaniement des dispositions spécifiques aux marchés et concessions réservés

L'article premier du décret réécrit l'article R. 2113-7 du code de la commande publique qui prévoit la possibilité de réserver des marchés à des entreprises adaptées, des ESAT, des SIAE ou des opérateurs intervenant en milieu pénitentiaire lorsque la part respective de personnes en situation de handicap, de personnes en insertion, ou de détenus employés par ces structures est d'au moins 50 %.

La précédente rédaction ne mentionnait pas les structures intervenant en milieu pénitentiaire, et employant des détenus, visées à l'article L. 2113-13-1 du code précité, cet article ayant été créée très récemment par l'ordonnance n° 2022-1336 du 19 octobre 2022 relative aux droits sociaux des personnes détenues.

De même, l'article L. 2113-13-1 est désormais mentionné à l'article R. 3113-1 du même code, relatif quant à lui à la réservation des contrats de concession. La décision de réserver les marchés à ces opérateurs est mentionnée dans l'avis d'appel à la concurrence ou, en l'absence d'un tel avis, dans les documents du marché, ou dans l'avis de concession.

Modification de la rédaction des dispositions relatives aux copies de sauvegarde

À l'article R. 2132-11 du code de la commande publique, relatif à la copie de sauvegarde, la référence aux candidats et soumissionnaires « qui transmettent leurs documents par voie électronique » est supprimée, prenant acte de la généralisation des procédures dématérialisées.

La copie de sauvegarde peut toutefois toujours être déposée sous format papier, comme le prévoit l'arrêté du 22 mars 2019 fixant les modalités de mise à disposition des documents de la consultation et de la copie de sauvegarde, annexe n° 6 au code.

Ce même article R. 2132-11 mentionne désormais que la copie de sauvegarde « ne peut être prise en considération que si elle est parvenue à l'acheteur dans le délai prescrit pour le dépôt, selon le cas, des candidatures ou des offres. », ce qui ne figurait pas dans la rédaction initiale.

Evolutions relatives au régime des avances

Lorsque le bénéficiaire de l'avance, qu'il s'agisse du titulaire ou d'un sous-traitant, est une PME, le taux minimal de l'avance prévu par l'article R. 2191-7 du code de la commande publique pour les marchés passés par l'Etat est porté de 20 à 30 %.

L'article 2 du décret prévoit ce même taux minimal de 30 % pour les marchés de défense et de sécurité. La rédaction des dispositions relatives au remboursement de l'avance dans le silence du marché, prévues à l'article R. 2191-11 du code de la commande publique, est remaniée mais le principe demeure, à savoir celui d'un début de remboursement lorsque le montant des prestations exécutées atteint 65 % du montant TTC du marché pour les avances inférieures ou égales à 30 % de ce même montant et, pour les autres avances, d'un début de remboursement à la première demande de paiement.

Enfin, la rédaction de l'alinéa 2 de l'article R. 2193-21 du même code est précisée et prévoit désormais que le remboursement par le titulaire de la part de l'avance correspondant au montant des prestations sous-traitées débute à compter de la notification de l'acte spécial, formulation vue comme plus explicite que la précédente.

Les dispositions de ce décret sont applicables aux marchés et concessions pour lesquels une consultation est engagée ou un avis d'appel à la concurrence est envoyé à la publication à compter du 1^{er} janvier 2023.