

# Les marchés exonérés de mise en concurrence à raison de leurs montants

Parmi les marchés passés sans publicité ni mise en concurrence figurent ceux dont la valeur estimée est inférieure à certains seuils. Quelles sont précisément ces différentes hypothèses recensées dans le Code de la commande publique ? Quelles recommandations ont été formulées par le pouvoir réglementaire et quelles précautions supplémentaires doivent être prises par les acheteurs ?

Si la conclusion des marchés publics est, en principe, subordonnée au respect de règles de publicité et de mise en concurrence, les cas de dispense de procédure, même s'ils doivent s'interpréter strictement<sup>(1)</sup>, ne sont toutefois pas rares. Ainsi que le rappelle l'article L. 2122-1 du Code de la commande publique<sup>(2)</sup>, disposition précisée par les articles R. 2122-1 à R. 2122-11 dudit code, les acheteurs sont ainsi autorisés à conclure des marchés de gré à gré – parce que, dans ces hypothèses, la mise en concurrence est supposée dépourvue d'utilité – soit à raison des circonstances particulières de l'achat (procédure préalable infructueuse, urgence particulière...), soit à raison de l'objet du contrat (attribution à un opérateur déterminé, marchés complémentaires, prestations similaires, marchés d'expérimentation ...) soit, plus simplement encore, à raison du montant du marché. En effet, pour se focaliser sur cette dernière hypothèse, si les procédures de publicité et de mise en concurrence sont supposées rendre l'achat public efficient, encore faut-il, puisque ce processus est lui-même contraignant, déterminer un seuil en deçà duquel les inconvénients d'une procédure l'emporteraient sur ses avantages. Tel est l'objectif, désormais, des articles R. 2122-8 et R. 2122-9 du Code de la commande publique recensant les cas dans lequel un marché pourra être considéré de si « faible » montant qu'une exclusion de mise en concurrence sera juridiquement possible. L'occasion nous est ici donnée de recenser ces différentes hypothèses, ainsi que les réserves

## Auteur

### Hervé Letellier

Avocat Associé  
SELARL Symchowicz-Weissberg et associés

## Mots clés

Offre pertinente • Saucissonnage • Seuils • Sourcing

(1) CJCE 14 septembre 2004, Commission c/République Italienne, aff. C-385/02.

(2) « l'acheteur peut passer un marché sans publicité ni mise en concurrence préalables (...) lorsque en raison notamment de l'existence d'une première procédure infructueuse, d'une urgence particulière, de son objet ou de sa valeur estimée, le respect d'une telle procédure est inutile, impossible ou manifestement contraire aux intérêts de l'acheteur »

et précautions les accompagnant.

## Les hypothèses d'exonération de mise en concurrence à raison du montant du contrat

Aux termes de l'article R. 2122-8 précité, « l'acheteur peut passer un marché sans publicité ni mise en concurrence préalables pour répondre à un besoin dont la valeur estimée est inférieure à 25 000 euros hors taxes ou pour les lots dont le montant est inférieur à 25 000 euros hors taxes et qui remplissent la condition prévue au b du 2° de l'article R. 2123-1 ». Deux hypothèses de marché de gré à gré en fonction du montant sont ainsi identifiées, l'article R. 2122-9 y ajoutant une troisième, plus spécifique.

### Les marchés inférieurs à 25 000 euros HT

D'abord, pour s'attarder d'emblée sur la principale dérogation, sont dispensés de mise en concurrence les marchés dont la valeur estimée est inférieure à 25 000 euros HT. L'acheteur qui envisage la conclusion de tels contrats est donc exonéré, non pas de toutes obligations (nous y reviendrons), mais de toute procédure de publicité et de mise en concurrence et pourra ainsi se rapprocher directement d'un opérateur économique déterminé pour négocier, en tant que de besoin, les termes du futur achat. Rien ne lui interdira certes, s'il l'estime utile et/ou nécessaire, de procéder à une mise en concurrence et de soumettre ces marchés à une procédure adaptée dont il déterminera alors librement le contenu – procédure qui sera alors soumise aux principes fondamentaux de la commande publique –, mais rien ne l'imposera donc. L'idée ici mise en avant est on ne peut plus simple : éviter de faire peser sur les acheteurs, mais aussi sur les opérateurs économiques qui seraient alors tenus de respecter le cadre applicable, des contraintes procédurales, coûteuses en temps et en moyens, inadaptées aux supposés faibles montants et enjeux des marchés considérés<sup>[3]</sup>.

C'est d'ailleurs pour cette raison, et parce que l'État français<sup>[4]</sup> a considéré qu'il s'agissait d'un levier fort de simplification de l'achat public, que ce seuil de dispense de procédure a connu de nombreuses vicissitudes ces dernières années. Ce montant a ainsi été rehaussé de 4 000 euros HT à 20 000 euros HT par le décret n° 2008-1356 du 19 décembre 2008, puis ramené à son seuil initial du fait de l'annulation de cette mesure par le Conseil

d'État<sup>[5]</sup>, pour être successivement porté à 15 000 euros HT puis à 25 000 euros HT ainsi que prévu par le Code de la commande publique. Cette évolution n'est d'ailleurs pas totalement achevée puisqu'un projet de décret est actuellement en discussion – pour, selon sa fiche d'impact « faciliter l'accès des PME à la commande publique et simplifier la conclusion des marchés publics » – afin de porter ce montant à 40 000 euros HT au 1<sup>er</sup> janvier 2020. Cette nouvelle augmentation (si elle se concrétisait et n'était pas censurée au contentieux par les juridictions administratives) s'expliquerait, selon le pouvoir réglementaire, par une harmonisation des pratiques européennes (puisque le seuil actuel de 25 000 euros HT est plus bas que la moyenne européenne)<sup>[6]</sup> et par le fait que les acheteurs auraient, en pratique, démontré que leurs processus d'achat étaient avant tout guidés par le souci de retenir l'offre la plus adaptée à leurs besoins, aux meilleures conditions techniques et financières. Le temps de la défiance des pouvoirs publics envers les acheteurs et de la lecture stricte du Conseil d'État considérant qu'une dispense totale de procédure en dessous de 20 000 euros HT était trop étendue semblent donc désormais bien loin<sup>[7]</sup>.

### Les autres cas de dispense de procédure à raison du montant

Ensuite, pour ce qui est des autres dispenses, elles sont au nombre de deux.

Premièrement, peut-on évoquer la dérogation liée à l'existence de « petits lots ». Rappelons, sur ce point, que l'article R. 2123-1 du Code de la commande publique permet à un acheteur lançant une procédure formalisée, sous certaines conditions<sup>[8]</sup>, d'isoler certains lots qui seront alors conclus selon une procédure adaptée. Reprenant et étendant quelque peu cette logique, l'article R. 2122-8 susvisé permet désormais, de manière encore plus souple, de sortir du champ concurrentiel le ou les lots considérés et de le (ou les) conclure sans mise en concurrence lorsque celui-ci (ou ceux-ci) n'excède pas 25 000 euros HT et 20 % de la valeur estimée de tous les

[3] Cf. sur ce point fiche de la DAJ sur les marchés publics à procédure adaptée et autres marchés publics de faible montant.

[4] Le conseil constitutionnel considère que la détermination des éléments quantitatifs, tel que le montant des marchés exonérés de mise en concurrence, relève du pouvoir réglementaire (Cons. const. 13 août 2015, n° 2015-257-L).

[5] CE 10 février 2010, M. Franck Perez, req. n° 329100 considérant que le montant fixé, de manière générale à 20 000 euros HT, méconnaissait les principes d'égalité d'accès à la commande publique, d'égalité de traitement des candidats et de transparence des procédures (sur la question. Cf. R. Lauret, « Seuils de publicité et de mise en concurrence : entre actualisation nécessaire et légalité douteuse », *Contrats publics – Le Moniteur*, n° 118, février 2012).

[6] La moyenne des exonérations de mise en concurrence pour les pays membre de l'Union est de 36 650 euros pour les marchés de services et fournitures et de 73 470 euros pour les marchés de travaux.

[7] Pour une perception des impacts de cette mesure : R. Cayrey avec S. d'Auzon, « Marchés publics sans formalités jusqu'à 40 000 euros : ce qu'en pensent les professionnels », *Le Moniteur*, 19 septembre 2019.

[8] Valeur estimée des lots concernés inférieure à 80 000 euros HT pour des fournitures ou services ou à 1 million d'euros HT pour des travaux / le montant cumulé de ces lots n'excède pas 20 % de la valeur totale estimée de tous les lots.

lots (les conditions sont cumulatives). Un lot se rattachant à un besoin global et à une procédure déterminée pourra donc, dans ces conditions, conduire à la conclusion d'un marché de gré à gré et une discussion directe avec un opérateur économique.

Deuxièmement, cas bien plus spécifique encore, l'article R. 2122-9 du CCP dispose que les acheteurs soumis aux 1° et 2° de l'article 3 de la loi n° 81-766 du 10 août 1981 relative au prix du livre (l'État, les collectivités territoriales, les établissements d'enseignement, de formation professionnelle ou de recherche, les syndicats représentatifs ou les comités d'entreprise, ou encore les gestionnaires de bibliothèques) peuvent conclure, sans publicité ni mise en concurrence préalables, des marchés de fournitures de livres non scolaires pour leurs besoins propres ou pour l'enrichissement des collections des bibliothèques accueillant du public dès lors que leur valeur estimée est inférieure à 90 000 euros hors taxes (ce seuil était antérieurement fixé à 25 000 euros HT). Cette mesure découle du constat que le critère du prix, habituellement déterminant pour l'attribution des marchés, est quasiment inopérant pour l'acquisition de livres non scolaires (notamment en raison du plafonnement légal des rabais) et que, de manière générale, les procédures de mise en concurrence sont assez peu efficaces en la matière<sup>[9]</sup>.

## Les recommandations et précautions

Si la conclusion des différents types de marchés précédemment recensés est donc exonérée de toute procédure de publicité et de mise en concurrence, le pouvoir réglementaire a toutefois pris soin de formuler quelques recommandations, auxquelles doivent s'ajouter certaines précautions.

### Les recommandations réglementaires

Tout d'abord, l'article R. 2122-8 en son alinéa 2 (auquel renvoie l'article R. 2122-9), prend le soin de rappeler que si l'acheteur est exonéré de toute mise en concurrence, il doit en revanche 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 ». Trois recommandations, renvoyant à notre sens le plus souvent à une logique d'achat responsable plus qu'à des obligations juridiquement contraignantes (ou en tout cas, sauf exception, véritablement contrôlables), se trouvent donc énoncées.

[9] Cf. sur ce point Fiche de la DAJ sur l'acquisition des livres non scolaires ([https://www.economie.gouv.fr/files/files/directions\\_services/daj/marches\\_publics/conseil\\_acheteurs/fiches-techniques/mise-en-oeuvre-procedure/livres-non-scolaires-2017.pdf](https://www.economie.gouv.fr/files/files/directions_services/daj/marches_publics/conseil_acheteurs/fiches-techniques/mise-en-oeuvre-procedure/livres-non-scolaires-2017.pdf)).

Premièrement, l'acheteur doit veiller à retenir une « offre pertinente », ce qui suppose que celui-ci non seulement détermine en amont, comme pour n'importe quel marché, son besoin avec précision mais aussi qu'il retienne une proposition qui sera en mesure d'y répondre de manière adaptée et efficace. En d'autres termes, il s'agira pour l'acheteur d'acquiescer ce dont il a besoin, et juste cela, en évitant d'acheter des prestations superflues qui auraient pour effet de peser inopportunistement sur le coût final. Acheter sans mise en concurrence n'exclut pas de bien acheter et la dispense de procédure ne se confond pas avec une exonération de (juste) définition du besoin.

Deuxièmement, dans le prolongement de ce qui précède, l'acheteur devra veiller à faire une bonne utilisation des deniers publics et donc, concrètement, à retenir une offre financièrement raisonnable et cohérente avec la nature des prestations exécutées. Là aussi les acheteurs, afin de déterminer un « juste » prix au regard de l'état du marché, devront donc avoir une connaissance suffisante du secteur économique concerné pour pouvoir effectuer sereinement leurs achats (ce qui leur imposera le cas échéant, si ce n'est pas le cas, de prospecter et de se renseigner sur le marché en question via un sourcing adapté).

Troisièmement, le procédé des marchés exonérés de mise en concurrence à raison du montant ne doit pas être utilisé aux seules fins de contracter toujours avec le même opérateur si d'autres concurrents sont susceptibles, également, de répondre aux besoins exprimés. Même si cette réserve est, dans l'absolue, discutable juridiquement (car, en effet, ou bien le contrat est exonéré de mise en concurrence et la conclusion peut intervenir avec n'importe quel opérateur ou bien il ne l'est pas et une compétition doit de facto exister), elle a le mérite de rappeler que l'acheteur doit s'efforcer de diversifier son processus d'achat auprès de différents opérateurs économiques (ce qui suppose toutefois qu'ils puissent répondre aux besoins dans les mêmes conditions), le conduisant ainsi à procéder à une veille économique épisodique (et à son actualisation) pour identifier un panel d'entreprises susceptibles de répondre aux éventuelles demandes.

### Les précautions supplémentaires

Ensuite, au-delà des précisions apportées par le pouvoir réglementaire, les acheteurs, dans le cadre de la conclusion de marchés exonérés de mise en concurrence, doivent prendre deux précautions supplémentaires.

Tout d'abord, il convient naturellement, dès lors qu'est en cause un seuil de procédure (ou plutôt un seuil de non procédure), d'éviter tout saucissonnage irrégulier du besoin aux seules fins de descendre sous le montant de 25 000 euros HT (ou de 90 000 euros HT pour l'hypothèse de l'achat de livres non scolaires) et d'artificiallement bénéficier d'une dispense de procédure. L'acheteur devra donc garder à l'esprit, pour calculer ces montants, les règles de computation telles que définies par les articles R. 2121-1 à R. 2121-4 du Code de la commande publique. À cet égard, l'acheteur prendra un soin tout particulier

à intégrer dans son évaluation toutes les options (y compris tout avenant éventuel) ou reconductions envisageables et à déterminer la valeur estimée du besoin au regard des notions d'opération (pour les travaux) et de prestations homogènes (pour les fournitures et services). À défaut, les achats opérés qui, au mieux aurait été soustraits à une procédure adaptée, au pire à une procédure formalisée, seraient affectés d'irrégularités et exposerait l'acheteur à d'éventuelles poursuites.

Ensuite, il est conseillé d'assurer une certaine traçabilité de l'achat. Ainsi, si l'article R. 2112-1 du Code de la commande publique permet qu'un marché inférieur à 25 000 euros HT<sup>(10)</sup> soit conclu verbalement (ce qui lui permet donc d'être exonéré à la fois de procédure et d'écrit), il est naturellement recommandé, pour éviter toute difficulté d'exécution et d'interprétation, de rédi-

ger, même sommairement, un acte contractuel recensant la nature des missions dévolues, leurs conditions de réalisation et le prix convenu (ou, à défaut ; la demande de devis et son acceptation). Quant à la formalisation de la procédure en tant que telle, si la Direction des affaires juridiques préconise de conserver une trace des éléments ayant motivé la décision (la fiche de la DAJ sur les marchés inférieurs à 25 000 euros HT évoquant notamment les résultats des comparaisons de prix, conditions d'exécution, copies de courriels ou fax échangés ou des devis éventuellement sollicités) encore faut-il être prudent sur la nature des démarches initiées. Certes, l'acheteur serait inspiré, pour les raisons précédemment évoquées, d'avoir une connaissance assez précise du secteur d'activité concerné par l'acte d'achat, mais cette connaissance et son éventuelle formalisation ne doivent pas traduire l'existence, en réalité, d'une mise en concurrence (via une procédure adaptée) qui s'imposerait alors à lui et qui pourrait, paradoxalement, fragiliser le processus d'achat (par exemple, s'il s'agit pour ce dernier de solliciter des devis à divers opérateurs pour la réalisation d'une prestation déterminée en laissant à penser qu'une mise en concurrence est initiée).

(10) Par cohérence avec l'augmentation du seuil de dispense de procédure, le projet de décret précité envisage également de relever à 40 000 euros HT le déclenchement de certaines obligations prévues par le Code de la commande publique et notamment celles liées à la conclusion des marchés publics par écrit et à l'obligation de dématérialiser la procédure de passation.