

La loi ASAP : une réforme importante pour la commande publique

La loi ASAP d'accélération et de simplification de l'action publique est venue réformer la commande publique.

Le Conseil constitutionnel a validé les dispositions de la loi ASAP grâce à la décision n° 2020-807 DC du 3 décembre 2020, qui a été publiée au Journal Officiel le 8 décembre 2020. Cette loi inclut différentes mesures afin de "soutenir les opérateurs économiques dans le cadre du plan de relance et à pérenniser certaines dispositions de simplification mises en place pendant l'état d'urgence sanitaire"¹.

Face à la crise sanitaire, la loi ASAP s'inscrit dans la volonté globale :

- d'alléger les procédures de passation et
- d'accès de la commande publique rendue nécessaire

1. De nouveaux seuils pour les marchés de travaux (article 142)

L'article 142 de la loi ASAP prévoit un redressement du seuil de dispense de publicité et de mise en concurrence à 100 000 € HT pour les marchés de travaux afin de faciliter la relance des travaux publics, impactés par la crise sanitaire et économique. Cet article s'applique jusqu'au 31 décembre 2022 et permet aux acheteurs de passer des marchés de travaux :

- sans publicité ni mise en concurrence
- dont la valeur estimée est inférieure à 100 000 € HT

Les dispositions de l'article 142 de ladite loi permettra aux acheteurs de contracter rapidement avec les entreprises. Cependant, le Conseil constitutionnel a jugé important de rappeler dans sa décision que les acheteurs publics ne sont pas exonérés de l'application de l'article 3 de la commande publique, c'est-à-dire du bon usage des deniers publics ainsi que du respect d'égalité devant la commande publique².

Il est cependant nécessaire de rappeler que ces dispositions s'appliquent aux marchés pour lesquels :

- une consultation est d'ores et déjà envisagée
- un avis d'appel à la concurrence est envoyée

2. La mise en oeuvre des mesures dérogatoires en cas de circonstances exceptionnelles (article 132)

En cas d'apparition d'une nouvelle crise, l'article 132 de la loi ASAP intègre dans le code de la commande publique afin de permettre aux acheteurs ainsi qu'aux entreprises de surmonter les

1 DAJ, "Fiche technique sur les mesures commande publique de la loi d'accélération et de simplification de l'action publique (ASAP)".

2 Conseil constitutionnel, décision n° 2020-807 DC du 3 décembre 2020, pt. 57

difficultés rencontrées pendant ladite crise.

Il sera donc possible de déroger exceptionnellement aux règles de passation et d'exécution des marchés publics et des contrats de concession par décret afin de faire face à la crise sanitaire. Cependant, la mise en oeuvre ne sera possible que "*lorsqu'il est fait usage de prérogatives prévues par la loi tendant à reconnaître l'existence de circonstances exceptionnelles ou à mettre en oeuvre des mesures temporaires tendant à faire face à de telles circonstances*"³.

Les acheteurs et les autorités concédantes pourront via le décret :

- **aménager les modalités pratiques de la consultation.** Cela concerne les visites de chantier, les délais de remise de plis. Cela ne permet pas de remettre en cause les conditions de la mise en concurrence ainsi que la méconnaissance du principe d'égalité de traitement⁴.
- **prolonger les contrats qui arrivent à échéance pendant la période de circonstances exceptionnelles, par avenant.** Ces contrats ne sont pas concernés par l'organisation d'une procédure de mise en concurrence. Concernant les accords-cadres, il sera possible de prolonger le délai, même au delà de la durée maximale, pour "*des cas exceptionnels dûment justifiés*" (directives 2014/24 et 2014/25) ou "*dans des circonstances exceptionnelles*" (directive 2009/81). Il en est de même pour les contrats de concession dans les domaines de l'eau potable, des ordures ménagères et autres déchets où le délai peut être prolongé au délai fixé de vingt ans sans qu'il y ait nécessairement la sollicitation l'examen du directeur département des finances publiques.
- **proroger, de façon proportionnée, le délai d'exécution des marchés et concessions.** Cette prorogation est possible que lorsque l'exécution des prestations entraînerait pour le titulaire du contrat une charge manifestement excessive. Cette dernière doit être faite à la demande du titulaire du contrat.
- **en cas de difficulté d'exécution dûe aux circonstances exceptionnelles, les entreprises ne pourront être sanctionnées et ceux quelles que soient les clauses du contrat.**

Les mesures édictées par le décret sont utilisables que dans la mesure où cela est nécessaire, c'est-à-dire lors d'une survenance de circonstance exceptionnelle.

Concernant la durée de ledit décret, elle ne peut excéder vingt-quatre mois ; sa prorogation, au delà du délai maximal doit être autorisé par la loi.

3. Le motif d'intérêt général permettant la dispense de procédures (article 131)

L'article 131 de la loi ASAP permet aux acheteurs de recourir à la passation d'un marché sans publicité ni mise en concurrence lorsqu'un motif d'intérêt général le justifie. Cet article est venu compléter les articles L. 2122-1 et L. 2322-1 du code de la commande publique. Cette mesure permet de relancer l'économie face à la crise sanitaire causé par la pandémie de la COVID-19. Elle permettra de favoriser l'investissement public, la création d'emplois ainsi que la réparation des dommages immédiats issus de ladite crise⁵. Il n'appartient pas à l'acheteur d'apprécier le critère d'intérêt général mais au pouvoir réglementaire.

3 Articles L. 2711-1 et L. 3411-1 code de la commande publique

4 Articles L. 2711-3 et L. 3411-3 du code de la commande publique

5 Conclusions du Conseil de l'Union européenne du 30 novembre 2020

4. Les services juridiques non soumis aux procédures de publicité et de mise en concurrence (article 140)

L'article 140 est venu modifier l'article L. 2512-5 du code de la commande publique en ajoutant à la liste des services juridiques non soumis aux règles de passation et de passation des marchés publics :

- les marchés ayant pour objet "*la représentation légale d'un client par un avocat dans le cadre d'une procédure juridictionnelle...*". Cette exclusion n'est pas contraire au principe d'égalité de traitement. En ce sens, la relation intuitu personae entre l'avocat et son client qui est "caractérisée par le libre choix de son défenseur et le rapport de confiance qui unit le client à son avocat, rend difficile la description objective de la qualité attendue des services à fournir"⁶.
- les services de consultations juridiques se rapportant à un contentieux existant ou à venir⁷.

5. Les autres mesures de simplification

Enfin, il convient de noter que la loi ASAP comporte diverses dispositions concernant :

- la protection des entreprises en redressement judiciaire (article 131). Ces dernières ont la possibilité de candidater aux contrats de la commande publique dès lors :
 - ◆ qu'elles bénéficient d'un plan de redressement⁸ et
 - ◆ interdisent aux autorités contractantes de résilier un marché ou une concession au seul motif que l'opérateur économique est placé en redressement judiciaire⁹.
- l'accès aux PME aux marchés globaux (article 131). Les titulaires des marchés globaux devront prévoir une part minimale confiée aux PME ou artisans¹⁰.
- l'assouplissement des avenants aux marchés conclus avant l'entrée en vigueur des textes de transposition des directives marchés de 2014 (article 133). Il sera possible de modifier des contrats en cours pour les marchés publics et les contrats de partenariat conclus avant le 1^{er} avril 2016. Ces modifications de contrats en cours sont possibles lorsque des travaux, fournitures ou services supplémentaires sont devenus nécessaires ou lorsque des modifications sont rendues nécessaires par des circonstances imprévues.
- l'assouplissement du dispositif de réservation des marchés publics (article 141). Les acheteurs auront la possibilité de réserver un même marché ou un même lot à la fois aux entreprises adaptées, aux établissements et services d'aide par le travail et aux structures d'insertion par l'activité économique.
- l'extension des marchés globaux (articles 143 et 144). Ces articles permettent l'accès aux marchés globaux pour la conception, la construction, l'aménagement, l'exploitation, la

6 CJUE, 6 juin 2019, P.M., aff. C-264/18, pt. 36.

7 Directive 2014/24/UE : article 10, alinéa 1, (d) ; directive 2014/25/UE : article 21, alinéa 1, (c) ; directive 2014/23/UE : article 10, paragraphe 8, (d).

8 Articles L. 2141-3 et L. 3123-3 code de la commande publique.

9 Articles L. 2195-4 et L. 3136-4 code de la commande publique.

10 Article L. 2171-8 code de la commande publique.

maintenance ou l'entretien des infrastructures linéaires de transport de l'Etat¹¹. Cette loi autorise également la société du Grand Paris à prévoir que les titulaires des contrats des marchés globaux puissent participer aux possibilités de construction et de valorisation des immeubles connexes aux gares¹².

11 Article L. 2171-4 code de la commande publique, 5ème.

12 Article L. 2171-6 code de la commande publique.