

Loi ASAP : mesures relatives à la commande publique

La loi n° 2020-1525 du 7 décembre 2020 d'accélération et de simplification de l'action publique (ASAP) a été publiée le 8 décembre 2020. Elle inclut plusieurs mesures relatives au droit de la commande publique destinées à 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.

Saisi par plus de soixante députés, le Conseil constitutionnel a examiné la constitutionnalité de la loi d'accélération et de simplification de l'action publique adoptée par le parlement le 28 octobre 2020. S'il a déclaré d'office contraires à la Constitution vingt-six articles de celle-ci au motif qu'ils constituaient des « cavaliers législatifs », le Conseil, dans sa décision n°2020-807 DC du 3 décembre 2020 sur la loi d'accélération et de simplification de l'action publique (ASAP), a déclaré conforme à la Constitution les trois dispositions relatives à la commande publique dont il avait été saisi.

La présente fiche traitera successivement (les articles suivants sont issus de la loi ASAP du 7 décembre 2020) :

- du relèvement temporaire du seuil de dispense de procédure pour les marchés de travaux (article 142) ;
- du motif d'intérêt général autorisant la conclusion de marchés sans publicité ni mise en concurrence (article 131) ;
- de la création d'un dispositif de circonstances exceptionnelles (article 132) ;
- des autres mesures de simplification.



La loi ASAP comporte un important volet réservé à la commande publique. Introduit par un amendement gouvernemental, elle répond à la volonté de libéraliser la réglementation pour faciliter la reprise de l'activité économique fortement réduite par la crise sanitaire. Jugeant ses dispositions insuffisamment encadrées, des parlementaires ont saisi le Conseil constitutionnel qui les a finalement validées.

Le relèvement temporaire du seuil de dispense de procédure pour les marchés de travaux (article 142)

L'article 142 de la loi ASAP a pour objet de faciliter la relance par les chantiers publics en relevant à 100 000 € HT le seuil en dessous duquel les marchés publics de travaux sont dispensés de publicité et de mise en concurrence. Il s'agit :

- de répondre à un besoin dont la valeur estimée est inférieure à 100 000 € HT ;
- pour les lots portant sur des travaux dont le montant est inférieur à 100 000 € HT, à la condition que le montant cumulé de ces lots n'excède pas 20% de la valeur totale estimée de tous les lots.

Avec cette mesure temporaire applicable jusqu'au 31 décembre 2022 inclus, les acheteurs pourront contracter plus rapidement avec des entreprises et notamment des PME.

Le Conseil constitutionnel a toutefois rappelé, dans sa décision n°2020-807 DC du 3 décembre 2020, qu'il « *appartient au législateur, lorsqu'il définit les règles applicables à la commande publique, de respecter les principes d'égalité devant la commande publique et de bon usage des deniers publics qui découlent des articles 6, 14 et 15 de la déclaration de 1789* » (considérant 54).

À savoir : Cette dérogation est applicable aux marchés publics dont la consultation a été engagée ou pour lesquels un avis d'appel public à la concurrence a été envoyé à compter du 8 décembre 2020, date de publication de la présente loi.

Un motif d'intérêt général autorisation la conclusion de marchés sans publicité ni mise en concurrence (article 131)

L'article 131 de la loi complète, au sein des articles L. 2122-1 et L. 2322-1 du Code de la commande publique CCP, la liste des hypothèses justifiant que certains marchés puissent être conclus sans publicité ni mise en concurrence préalables.

Les communes et les EPCI peuvent passer un marché sans publicité ni mise en concurrence préalables lorsqu'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 la commune ou de l'EPCI ou à un motif d'intérêt général. Un décret en Conseil d'État viendra préciser « *les motifs d'intérêt général susceptibles de justifier de déroger aux règles de publicité et de mise en concurrence préalables* ».

À savoir : les communes ou EPCI devront respecter les exigences constitutionnelles définies à l'article L.3 du CCP : égalité de traitement et bon usage des deniers publics.

La création d'un dispositif de circonstances exceptionnelles (article 132)

L'article 132 de la loi ASAP a ajouté au CCP des dispositions applicables « *en cas de circonstances exceptionnelles* » qui reprennent très largement celles qui avaient été introduites, à titre temporaire, par l'ordonnance n° 2020-319 du 25 mars 2020 portant diverses mesures d'adaptation des règles de passation, de procédure et d'exécution des contrats soumis au CMP et des contrats publics qui n'en relèvent pas pendant la crise sanitaire née de l'épidémie de Covid-19. Elles concernent l'ensemble des marchés publics (articles L. 2711-1 et suivants du CCP) et des concessions (articles L. 3411-1 et suivants du CCP).

Cette disposition pourra être mis en œuvre par décret afin de déroger exceptionnellement aux règles de passation et d'exécution des marchés publics et des contrats de concession pour faire face à des difficultés liées à la survenance de circonstances exceptionnelles. Toutefois, il ne pourra être mis en œuvre que « *lorsqu'il est fait usage de prérogatives prévues par la loi tendant à reconnaître l'existence de circonstances exceptionnelles ou à mettre en œuvre des mesures temporaires tendant à faire face à de telles circonstances* ».

Le décret pourra notamment permettre aux acheteurs et autorités concédantes :

- d'aménager les modalités pratiques de la consultation : visite de chantier, délai de remise des plis (article L. 2711-3 et L. 3411-3 du CCP) ;
- de prolonger par avenant les contrats qui arrivent à échéance pendant la période de circonstances exceptionnelles et pour lesquels l'organisation d'une procédure de mise en concurrence ne peut être mise en œuvre (articles L. 2711-5 et L. 3411-5 du CCP) ;
- de proroger de façon proportionnée le délai d'exécution des marchés et concessions lorsque l'exécution des prestations en temps et en heure occasionnerait pour le titulaire du contrat une charge manifestement excessive. Une telle prorogation doit être réalisée sur la demande du titulaire du contrat (articles L. 2711-7 et L. 3411-7 du CCP) ;
- quelles que soient les clauses du contrat, les entreprises ne pourront être sanctionnées en cas de difficultés d'exécution liées aux circonstances exceptionnelles (article L. 2711-8 du CCP).

À savoir : la durée maximale du décret ne peut excéder vingt-quatre mois et la prorogation du dispositif au-delà de cette durée devra être autorisée par la loi.



Les autres mesures de simplification

Parmi les mesures « *commande publique* » de la loi ASAP figurent également :

- la protection des entreprises en redressement judiciaire (article 131) : dorénavant, une entreprise en redressement judiciaire, mais qui bénéficie d'un plan de redressement, est autorisée à candidater à un marché public sans conditions. L'accès à la commande publique reste interdit aux entreprises placées en liquidation judiciaire ainsi qu'aux personnes qui font l'objet d'une mesure de faillite personnelle ou d'une interdiction de gérer. De plus, l'acheteur ne pourra plus résilier le marché « *au seul motif* » que l'entreprise fait l'objet d'une procédure de redressement judiciaire (articles L. 2195-4 et L. 2395-2 du CCP) ;
- l'accès des PME aux marchés globaux (article 131) : à l'instar des marchés de partenariat, les marchés globaux visés à l'article L. 2171-1 du CCP devront prévoir une part minimale d'exécution que le titulaire devra confier à des PME ou des artisans (article L. 2171-8 du CCP). L'acheteur doit tenir compte, parmi les critères d'attribution, de la part d'exécution du marché que le soumissionnaire s'engage à confier à des PME ou des artisans (article L. 2152-9 du CCP) ;
- l'assouplissement des avenants aux marchés conclus avant l'entrée en vigueur des textes de transposition des directives marchés de 2014 (article 133) : la loi ASAP étend aux marchés publics et aux contrats de partenariat qui ont été conclus avant le 1^{er} avril 2016 les règles fixées par le Code de la commande publique relatives aux modifications des contrats en cours, notamment lorsque les travaux, fournitures ou services supplémentaires sont devenus nécessaires ou lorsque des modifications sont rendues nécessaires par des circonstances imprévues (article L. 2194-1 du CCP) ;
- l'assouplissement du dispositif de réservation des marchés publics (article 141) : les acheteurs pourront réserver un même marché ou un même lot à la fois aux entreprises adaptées (EA), aux établissements et services d'aide par le travail (ESAT) et aux structures d'insertion par l'activité économique (SIAE).

À savoir : les marchés de services ayant pour objet la représentation légale d'un client par un avocat et les services de consultation juridique sont exclus du champ du droit des marchés publics (article L. 2512-5 du CCP).

Sources : La vie communale et départementale – Revue n°1106 ; Journal des maires n°1 – Janvier 2021 ; Ministère de l'économie, des finances et de la relance – Direction des affaires juridiques – Fiche technique : les mesures commande publique de la loi d'accélération et de simplification de l'action publique (ASAP) ; Lexis360 Collectivités territoriales – Contrats et marchés publics n°1 Janvier 2021 – Loi ASAP- Constitutionnalité des dispositions de la « loi « ASAP » relatives à la commande publique

Rédaction : MIRAUCOURT Timothée, juriste