



FICHE TECHNIQUE

Les mesures commande publique de la loi d'accélération et de simplification de l'action publique (ASAP)

La loi d'accélération et de simplification de l'action publique (ASAP) a été publiée le 8 décembre 2020¹. 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. Ces mesures ont été déclarées conformes à la Constitution par la décision du Conseil constitutionnel du 3 décembre 2020².

1. 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 euros HT le seuil en dessous duquel les marchés publics de travaux sont dispensés de publicité et de mise en concurrence. Il vise, en facilitant la passation de tels marchés, à encourager la reprise rapide dans le secteur du bâtiment et des travaux publics particulièrement exposé et affecté par la crise économique et sanitaire liée à la pandémie de COVID-19. Cet article fait ainsi écho aux conclusions du Conseil de l'Union européenne du 30 novembre 2020 sur les investissements publics par l'intermédiaire de marchés publics³.

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 que cette dispense n'exonère pas les acheteurs publics du respect des exigences constitutionnelles d'égalité devant

¹ [Loi n° 2020-1525 du 7 décembre 2020](#) d'accélération et de simplification de l'action publique, ECOX1935404L.

² [Cons. const., déc. n° 2020-807 DC du 3 décembre 2020](#), *Loi d'accélération et de simplification de l'action publique*.

³ [Conclusions du Conseil du 30 novembre 2020](#), *Investissements publics par l'intermédiaire de marchés publics: reprise durable et nouvelle impulsion en faveur d'une économie de l'Union européenne résiliente*, pt. 7, JOUE C.412.I du 30 nov. 2020.

la commande publique et de bon usage des deniers publics rappelées à l'article L.3 du code de la commande publique⁴.

2. Hypothèses de dispense de procédures justifiées par un motif d'intérêt général (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, la liste des hypothèses justifiant que certains marchés puissent être conclus sans publicité ni mise en concurrence préalables. Jusqu'alors, ces hypothèses étaient limitées aux situations dans lesquelles, notamment en raison de l'infructuosité d'une première procédure, d'une urgence particulière, de l'objet ou de la valeur estimée du marché, le respect d'une procédure avec publicité et mise en concurrence est inutile, impossible ou manifestement contraire aux intérêts de l'acheteur. Cette liste est désormais complétée par la situation dans laquelle le respect d'une telle procédure serait manifestement contraire à un motif d'intérêt général.

Ce nouveau cadre législatif n'a pas pour objet de permettre aux acheteurs de décider eux-mêmes de déroger aux procédures en fonction de leur propre appréciation de l'intérêt général à un moment donné mais d'offrir au pouvoir réglementaire la possibilité d'autoriser les acheteurs à le faire dans des cas et pour des marchés expressément définis par décret. Ainsi, l'objectif d'intérêt général poursuivi et le champ d'un éventuel nouveau cas de dispense ne sont en aucun cas laissés à l'appréciation des acheteurs mais confiés au seul pouvoir réglementaire. De plus, ces mesures d'application devront être suffisamment précises et proportionnées afin de respecter les exigences constitutionnelles et ne pourront, en tout état de cause, concerner que les marchés non couverts, en raison de leur objet ou de leur montant, par les directives européennes.

Cette mesure s'inscrit pleinement dans les conclusions du Conseil de l'Union européenne du 30 novembre 2020 qui fait des marchés publics un instrument essentiel en faveur des investissements publics nécessaires à la relance de l'économie européenne, à la création d'emplois et à la réparation des dommages immédiats causés par la pandémie de COVID-19. A cette occasion, le Conseil de l'Union européenne a explicitement demandé à la Commission européenne et aux Etats membres de « définir des mesures supplémentaires afin de réduire la charge bureaucratique » et les « contraintes procédurales qui pèsent sur les acheteurs publics, dans le but de simplifier et de renforcer les investissements publics »⁵.

3. Création d'un dispositif de circonstances exceptionnelles (article 132)

Afin de pouvoir réagir plus rapidement et plus efficacement à la survenance de circonstances exceptionnelles nouvelles, l'article 132 de la loi ASAP insère dans le code de la commande publique deux nouveaux livres, l'un pour les marchés, l'autre pour les concessions, s'inspirant du dispositif mis en place pendant l'état d'urgence sanitaire par l'ordonnance n° 2020-319 du 25 mars 2020⁶, dans le but de permettre aux

⁴ Cons. const., déc. n° 2020-807 DC du 3 décembre 2020, pt. 57.

⁵ Conclusions du Conseil du 30 novembre 2020, *op. cit.*, pt. 8.

⁶ [Ordonnance n° 2020-319 du 25 mars 2020](#) portant diverses mesures d'adaptation des règles de passation, de procédure ou d'exécution des contrats soumis au code de la commande publique et des contrats publics qui n'en relèvent pas pendant la crise sanitaire née de l'épidémie de covid-19, JO 26 mars 2020, texte 43.

acheteurs et aux entreprises de surmonter les difficultés liées à une nouvelle crise majeure.

Ce dispositif 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* »⁷. Ces circonstances exceptionnelles ne peuvent donc être que celles définies comme telles par les lois sur le fondement desquelles les prérogatives précitées sont mises en œuvre.

Le décret pourra notamment permettre aux acheteurs et autorités concédantes :

- **d'aménager les modalités pratiques de la consultation** telles que la visites de chantier, ou encore les délais de remise des plis, sans toutefois modifier les conditions de la mise en concurrence initiale et méconnaître le principe d'égalité de traitement (art. L. 2711-3 et L. 3411-3 du code) ;
- **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 (art. L. 2711-5 et L. 3411-5 du code). Pour les accords-cadres, cette prolongation peut s'étendre au-delà de la durée maximale mentionnée au 1^o de l'article L. 2125-1 du code sans que cette prolongation soit contraire aux directives européennes, dès lors que celles-ci permettent d'aller au-delà des durées maximales « dans des cas exceptionnels dûment justifiés » (directives 2014/24 et 2014/25) ou « dans des circonstances exceptionnelles » (directive 2009/81).

De même, les contrats de concession dans le domaine de l'eau potable, des ordures ménagères et autres déchets peuvent être prolongés au-delà de la durée de vingt ans fixée à l'article L. 3114-8 du code de la commande publique sans qu'il soit nécessaire de solliciter l'examen préalable du directeur départemental des finances publiques ;

- **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. Sa durée est équivalente à la période de non-respect du délai d'exécution résultant directement des circonstances exceptionnelles (art. L. 2711-7 et L. 3411-7 du code) ;
- surtout, quelles que soient les clauses du contrat, **les entreprises ne pourront être sanctionnées en cas de difficulté d'exécution liées aux circonstances exceptionnelles**, que ce soit sur la base de pénalités prévues par le contrat ou de leur responsabilité contractuelle y compris lorsque l'acheteur conclut un marché de substitution avec un tiers afin de répondre à ses besoins qui ne peuvent souffrir d'aucun retard (art. L. 2711-8 du code).

⁷ Art. L. 2711-1 et L. 3411-1 CCP.

Les mesures édictées par décret ne pourront être utilisées par les acheteurs et autorités concédantes que dans la mesure où elles seraient nécessaires pour répondre à des difficultés directement liées à la survenance de circonstances exceptionnelles.

Enfin, la durée maximale du décret ne peut excéder vingt-quatre mois. La prorogation du dispositif au-delà de cette durée doit être autorisée par la loi.

4. Exclusion de certains marchés de services juridiques des procédures de publicité et de mise en concurrence (article 140)

L'article 140 de la loi ASAP revient sur le choix fait en 2015 de ne pas transposer les dispositions des directives européennes permettant d'exclure des procédures de passation les services juridiques de représentation légale d'un client par un avocat et les services de consultation juridique qui se rapportent à un contentieux existant ou à venir⁸.

La Cour de justice a récemment jugé que cette exclusion n'était contraire ni au principe d'égalité de traitement ni aux articles 49 et 56 TFUE relatifs à la liberté d'établissement et à la libre prestation de service. Elle souligne notamment que 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 »⁹.

Désormais, ces marchés figurent au Livre V de la deuxième partie du code, parmi les « autres marchés », aux côtés des services de certification et d'authentification de documents qui doivent être assurés par des notaires, des services fournis par des administrateurs, tuteurs ou prestataires de services désignés par une juridiction ou par la loi pour réaliser des tâches spécifiques sous le contrôle d'une juridiction et des services liés, même occasionnellement, à l'exercice de la puissance publique. Ils peuvent donc être conclus sans publicité préalable ni mise en concurrence.

Les autres services juridiques, tels que les services de consultation qui ne sont pas liés à un contentieux ou l'assistance juridique à maîtrise d'ouvrage, demeurent soumis à la procédure allégée applicable aux marchés de services sociaux et autres services spécifiques¹⁰.

5. Autres mesures de simplification

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

- **la protection des entreprises en redressement judiciaire (article 131)**. La loi ASAP pérennise les mesures de l'ordonnance n° 2020-738 du 17 juin 2020¹¹ qui, d'une part, permettent aux entreprises en redressement judiciaire de candidater aux contrats de la commande publique dès lors qu'elles bénéficient d'un plan de redressement¹² et, d'autre part, interdisent aux autorités contractantes de résilier un marché ou

⁸ 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).

⁹ [CJUE, 6 juin 2019, P. M., aff. C-264/18, pt. 36.](#)

¹⁰ Art. R. 2123-1 et annexe 3 du CCP.

¹¹ [Ordonnance n° 2020-738 du 17 juin 2020](#) portant diverses mesures en matière de commande publique, JO 18 juin 2020, texte 14.

¹² Art. L. 2141-3 et L.3123-3 CCP.

une concession au seul motif que l'opérateur économique est placé en redressement judiciaire¹³ ;

- **l'accès des PME aux marchés globaux (article 131).** A 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 artisans¹⁴. Le taux de sous-traitance aux PME constitue par ailleurs un critère de sélection afin d'inciter les entreprises à aller au-delà de la part minimale qui sera fixée par décret¹⁵ ;
- **l'assouplissement des avenants aux marchés conclus avant l'entrée en vigueur des textes de transposition des directives marchés de 2014 (art. 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 des travaux, fournitures ou services supplémentaires sont devenus nécessaires ou lorsque des modifications sont rendues nécessaires par des circonstances imprévues (art. L. 2194-1) ;
- **l'assouplissement du dispositif de réservation des marchés publics (article 141).** Désormais, afin de favoriser les synergies et les collaborations sur les territoires entre les différents acteurs de l'insertion et du handicap, 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) ;
- **l'extension des marchés globaux (art. 143 et 144).** La loi ASAP permet de recourir à ce type de marché pour la conception, la construction, l'aménagement, l'exploitation, la maintenance ou l'entretien des infrastructures linéaires de transport de l'Etat¹⁶ et autorise la Société du Grand Paris à prévoir que les titulaires de ces contrats puissent participer aux possibilités de construction et de valorisation des immeubles connexes aux gares¹⁷.

¹³ Art. L. 2195-4 et L. 3136-4 CCP.

¹⁴ Art. L. 2171-8 CCP.

¹⁵ Art. L. 2152-9 CCP.

¹⁶ Art. L. 2171-4 CCP, 5°.

¹⁷ Art. L. 2171-6 CCP.