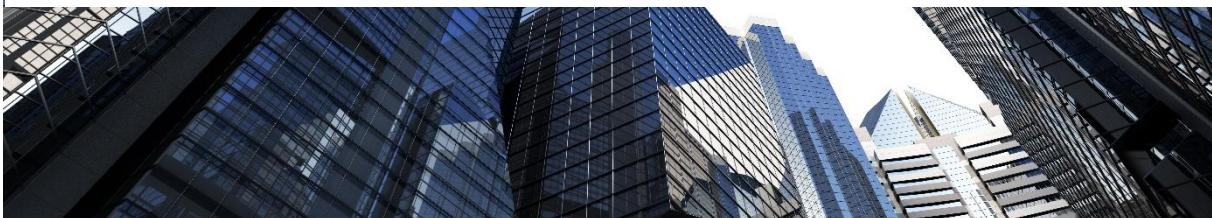


28 janvier 2021



## Les apports de la loi ASAP au droit de la commande publique



Issue d'une volonté politique de transformer le modèle d'action de l'administration aux fins de le rendre à la fois plus efficace et plus proche des citoyens, la loi n° 2020-1525 du 7 décembre 2020 d'accélération et de simplification de l'action publique (loi « ASAP ») ne devait pas, à l'origine, impacter le droit de la commande publique. Les difficultés rencontrées par les acteurs de la commande publique en conséquence de la crise sanitaire née de l'épidémie de Covid-19 n'ont toutefois pas laissé d'autre choix aux pouvoirs publics que d'accorder une nouvelle fois leur soutien aux opérateurs économiques. C'est ainsi que **la loi ASAP consacre des mesures, validées par le Conseil Constitutionnel<sup>1</sup>, ayant pour objet de pérenniser certaines des dispositions de simplifications mises en place pendant l'état d'urgence sanitaire.**

En ce qu'elle participe à l'assouplissement du droit de la commande publique, la loi ASAP s'inscrit dans la continuité des mesures déjà prises à l'occasion de :

- **L'ordonnance modifiée 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 née de l'épidémie de Covid-19 ;
- **L'ordonnance n° 2020-738 du 17 juin 2020** portant diverses mesures en matière de commande publique.

Si la loi ASAP modifie le Code de la commande publique (ci-après « CCP ») en conservant certains des mécanismes déjà mis en place, force est de constater que plusieurs dispositions n'ont pas été reprises, à l'instar de celles relatives à l'indemnisation des cocontractants ainsi qu'aux possibilités de suspension des concessions ou des redevances domaniales.

<sup>1</sup> Cons. Const., décision n° 2020-807 DC du 3 décembre 2020, Loi d'accélération et de simplification de l'action publique.

C'est dans ce contexte qu'il nous apparaît nécessaire de faire le point s'agissant des principaux apports de la loi ASAP au droit de la commande publique.

**La loi ASAP doit être saluée en ceci qu'elle procède à :**

- **Une extension du champ des marchés globaux ;**
- **Un assouplissement des règles de passation ;**
- **Une adaptation des principes régissant l'exécution ;**
- **Une protection des entreprises en difficulté ainsi que des PME et artisans**

**1. Extension du champ des marchés globaux**

Le recours au marché global est une exception au principe de l'allotissement. La loi ASAP étend toutefois les cas de recours à un marché global.

C'est ainsi que l'article L. 2171-4 du CCP permet de recourir à un marché pour la conception, la construction, l'aménagement, l'exploitation, la maintenance ou l'entretien des infrastructures linéaires de transport de l'Etat. L'article L. 2171-6 du CCP autorise par ailleurs la Société du Grand Paris à prévoir que les titulaires de ces contrats peuvent participer à la construction et à la valorisation des immeubles connexes aux gares.

**2. Assouplissement des règles de passation**

Deux séries de mesures visant à assouplir les règles de passation sont à relever.

- **En premier lieu, la loi ASAP complète la liste des hypothèses justifiant la conclusion de certains marchés sans publicité ni mise en concurrence préalable (art. L. 2122-1 et L. 2322-1 du CCP).**

Jusqu'alors, un marché pouvait être dispensé d'une procédure formalisée en cas d'infructuosité d'une première procédure, d'urgence particulière, ou encore en raison de l'objet et de la valeur estimée du marché ainsi que de la situation dans laquelle la mise en place d'une procédure de publicité et de mise en concurrence apparaît inutile, impossible ou manifestement contraire aux intérêts de l'acheteur.

La loi ASAP ajoute à cette liste l'hypothèse dans laquelle le respect d'une procédure de publicité et de mise en concurrence est manifestement contraire à un motif d'intérêt général.

Ainsi que le rappelle toutefois la Direction des affaires juridiques du ministère de l'Économie, des finances et de la relance, « *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* »<sup>2</sup>.

- **En second lieu, l'article 142 de la loi ASAP prévoit que, « jusqu'au 31 décembre 2022 inclus, les acheteurs peuvent conclure un marché de travaux sans publicité ni mise en concurrence**

---

<sup>2</sup> DAJ, Fiche technique, *Les mesures commande publique de la loi ASAP*, janvier 2021, p. 2.

*préalables pour répondre à un besoin dont la valeur estimée est inférieure à 100 000 € hors taxes »<sup>3</sup>.*

Cette faculté est toutefois encadrée : seuls sont concernés les lots qui « *portent sur des travaux et dont le montant est inférieur à 100 000 € 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* ».

En outre, les acheteurs doivent 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* ».

Mérite également d'être relevé l'article 140 de la loi ASAP venu dispenser des règles de publicité et de mise en concurrence les marchés de services juridiques de représentation légale d'un client par un avocat ainsi que les marchés de consultation juridique se rapportant à un contentieux existant ou à venir.

En procédant ainsi, la loi ASAP revient sur le choix jusqu'alors fait par les pouvoirs publics d'excéder les exigences européennes, lesquelles n'imposent de procédure de publicité et de mise en concurrence que pour les seuls marchés de service de consultation juridique sans lien avec un contentieux.

### **3. Adaptation des principes régissant l'exécution**

L'article 132 de la loi ASAP insère dans le CCP deux nouveaux Livres, l'un pour les marchés publics (articles L. 2711-1 et suivants), l'autre pour les concessions (art. L. 3411-1 et suivants), dans le but de permettre aux acteurs de la commande publique de surmonter les difficultés nées d'une nouvelle crise. Le dispositif nouvellement institué pourra ainsi être mis en œuvre par décret afin de faire « *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 et que ces circonstances affectent les modalités de passation ou les conditions d'exécution d'un contrat de concession* ».

Dans ce cadre, un décret pourra prévoir la mise en œuvre temporaire de l'une ou des mesures suivantes :

- **L'aménagement des modalités pratiques de la consultation**

Les nouveaux articles L. 2711-3 et L. 3411-3 du CCP prévoient que lorsque les modalités de la mise en concurrence ne peuvent être respectées par la collectivité, celle-ci peut apporter en cours de procédure les adaptations nécessaires à la poursuite de la procédure, dans le respect du principe d'égalité de traitement des candidats.

Sont ainsi visés les modalités de visite des chantiers ou les délais de remise des plis<sup>4</sup>.

En ce sens, les articles L. 2711-4 et L. 3411-4 du CCP prévoient que, sauf lorsque les prestations qui font l'objet du marché public ou du contrat de concession ne peuvent souffrir aucun retard, l'acheteur ou l'autorité concédante « *peut prolonger les délais de réception des candidatures* ».

---

<sup>3</sup> Ces dispositions s'appliquent aux marchés publics pour lesquels une consultation est engagée ou un avis d'appel à la concurrence est envoyé à la publication à compter du 8 décembre 2020.

<sup>4</sup> DAJ, Fiche technique, *Les mesures commande publique de la loi ASAP*, janvier 2021, p. 3.

*et des offres pour les procédures en cours d'une durée suffisante pour permettre aux opérateurs économiques de présenter leur candidature ou de soumissionner ».*

- **La prolongation par avenant des contrats arrivant 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 CCP)

Pour les marchés comme pour les concessions, la durée de cette prolongation ne peut excéder la durée de la période de circonstances exceptionnelles, augmentée de la durée nécessaire à la remise en concurrence à l'issue de l'expiration de cette période.

S'agissant en particulier des accords-cadres, la DAJ précise que « *cette prolongation peut s'étendre au-delà de la durée maximale mentionnée au 1<sup>o</sup> 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)* ».

Enfin, pour les concessions conclues dans les secteurs de l'eau potable et des ordures ménagères et autres déchets, l'article L. 3411-5 *in fine* du CCP dispense ces contrats conclus pour une durée excédant celle prévue au 1<sup>o</sup> de l'article L. 3144-8 du même Code de l'examen préalable du Directeur départemental des finances publiques.

- **La dérogation aux délais d'exécution**

Les articles L. 2711-7 et L. 3411-7 du CCP autorisent à prolonger les délais d'exécution des marchés et des concessions lorsque le titulaire – ou le concessionnaire – ne peut pas « *respecter le délai d'exécution d'une ou de plusieurs obligations du contrat ou que cette exécution en temps et en heure nécessiterait des moyens dont la mobilisation ferait peser sur [lui] une charge manifestement excessive* ».

Dans un tel cas, le délai d'exécution est prolongé d'une durée équivalente à « *la période de non-respect du délai d'exécution résultant directement des circonstances exceptionnelles* ».

Cette condition introduit ainsi une exigence de proportionnalité de la prolongation dont l'appréciation pourrait être à l'origine de contentieux.

En tout état de cause, la prolongation des délais d'exécution n'est possible qu'à la demande du titulaire présentée avant l'expiration du délai contractuel et avant l'expiration de la période de circonstances exceptionnelles.

- **L'atténuation des sanctions contractuelles**

Le nouvel article L. 2711-8 du CCP vise à protéger le titulaire qui se trouve « *dans l'impossibilité d'exécuter tout ou partie d'un bon de commande ou d'un contrat, notamment lorsqu'il démontre qu'il ne dispose pas des moyens suffisants ou que leur mobilisation ferait peser sur lui une charge manifestement excessive* ».

Dans un tel cas en effet, le titulaire ne peut être sanctionné, ni se voir appliquer les pénalités contractuelles, ni voir sa responsabilité contractuelle engagée pour ce motif.

De son côté, l'acheteur peut conclure un marché de substitution avec un tiers pour satisfaire

ceux de ses besoins qui ne peuvent souffrir aucun retard, « *nonobstant toute clause d'exclusivité et sans que le titulaire du marché initial puisse engager, pour ce motif, la responsabilité contractuelle de l'acheteur* », étant précisé que « *l'exécution du marché de substitution ne peut être effectuée aux frais et risques du titulaire initial* ».

En revanche, l'**article L. 2711-8 du CCP** ne trouve pas d'équivalent applicable aux contrats de concession, ce qui est regrettable dans la mesure où la plupart des concessions emportent de lourdes charges d'investissement pour les concessionnaires tenus de réunir les fonds – le plus souvent bancaires – nécessaires au financement de l'opération.

Au-delà des mesures précitées, l'article 133 de la loi ASAP prévoit que « *les contrats de la commande publique pour lesquels une consultation a été engagée ou un avis d'appel à la concurrence a été envoyé à la publication avant le 1<sup>er</sup> avril 2016 peuvent être modifiés sans nouvelle procédure de mise en concurrence dans les conditions définies par le code de la commande publique* ».

Les règles fixées par le CCP sont ainsi étendues notamment aux marchés et contrats de partenariat conclus antérieurement à son entrée en vigueur, en particulier celles « *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* »<sup>5</sup>.

#### 4. Protection des entreprises en difficulté ainsi que des PME et artisans

Deux séries de mesures ont pour objet de protéger à la fois les entreprises en redressement judiciaire et les plus petites entreprises.

- **De première part, la loi ASAP pérennise le dispositif issu de l'ordonnance n° 2020-738 du 17 juin 2020** en intégrant dans le CCP deux dispositifs :
  - Le premier permettant aux entreprises en redressement judiciaire de candidater aux contrats de la commande publique dès lors qu'elles bénéficient d'un plan de redressement (art. L. 2195-4 du CCP) ;
  - Le second interdisant aux collectivités de résilier un marché ou un contrat de concession au seul motif que l'opérateur économique est placé en redressement judiciaire (art. L. 3136-4 du CCP)
- **De seconde part, la loi ASAP renforce l'accès des PME et artisans aux marchés globaux.**

Si la loi ASAP facilite le recours aux marchés globaux, elle permet corrélativement aux PME d'accéder à l'exécution de ces contrats.

C'est ainsi que, à l'instar des marchés de partenariat, les contrats globaux prévus à l'article L. 2171-1 du CCP doivent prévoir une part minimale d'exécution que le titulaire devra confier à des PME ou artisans.

Pour inciter les entreprises à aller au-delà de la part minimale fixée par l'acheteur, le nouvel article L. 2152-9 du CCP prévoit que « *l'acheteur tient compte parmi les critères d'attribution*

---

<sup>5</sup> DAJ, Fiche technique, *Les mesures commande publique de la loi ASAP*, janvier 2021, p. 5.

*des marchés globaux mentionnés à l'article L. 2171-1 de la part d'exécution du marché que le soumissionnaire s'engage à confier à des petites et moyennes entreprises ou à des artisans ».*

Si la loi ASAP se présente comme une opportunité pour les acteurs de la commande publique, la mise en œuvre des mécanismes juridiques qu'elle institue peut être source de difficultés pratiques génératrices d'insécurité juridique. C'est la raison pour laquelle l'équipe droit public du cabinet Racine – Strasbourg se tient à votre disposition pour vous accompagner dans la réalisation de vos projets.

## Auteurs

---



**Nicolas fady**  
Associé  
[nfady@racine.eu](mailto:nfady@racine.eu)



**Anne-Claire Muller-Pistré**  
Associée  
[acmullerpistre@racine.eu](mailto:acmullerpistre@racine.eu)



**Steeve Batot**  
Avocat, Docteur  
en droit public  
[sbatot@racine.eu](mailto:sbatot@racine.eu)