



## Le volet « commande publique » de la loi ASAP

C'est donc le 7 décembre 2020 qu'a été promulguée la loi d'Accélération et de Simplification de l'Action Publique, que l'on connaît mieux par son surnom de loi « ASAP », en référence à la célèbre expression anglophone « *as soon as possible* ».

En dépit de ses 10 mois de gestation, le texte en lui-même contient de nombreuses mesures de simplification de la commande publique qu'il importe de connaître. Le présent dossier juridique évoque ainsi les dispositions les plus essentielles du **volet commande publique** de cette loi, dispositions qui pour la plupart ont été pensées durant la crise sanitaire que nous continuons de traverser.

D'autres mesures annexes (par exemple, les mesures prévoyant une meilleure information des maires sur les projets d'installation des éoliennes) concernent également les collectivités mais impératif de synthèse et de clarté obligeant, nous avons fait le choix de ne pas les inclure dans ce dossier juridique. Ces mesures annexes seront donc intégrées aux prochaines alertes juridiques que l'UME publiera.

### • **Adaptation des délais et des procédures en cas de « circonstances exceptionnelles »**

L'article 132 de la loi ASAP transcrit dans le code l'essentiel des dispositions temporaires concernant la passation et l'exécution des marchés publics. Ces dispositions vous sembleront sans doute familières, puisqu'elles avaient été adoptées lors du premier état d'urgence sanitaire.

En cas de **circonstances exceptionnelles** donc, les dérogations suivantes s'appliquent de manière quasi-automatique pour les marchés publics et les concessions :

- Sauf lorsque les prestations ne peuvent souffrir d'aucun retard, l'acheteur public peut prolonger **les délais de réception des candidatures pour les procédures en cours**, afin de permettre aux opérateurs économiques de présenter leur candidature ou de soumissionner.

- Les marchés publics dont le terme intervient pendant la période de circonstances exceptionnelles peuvent être **prolongés** par avenant au-delà de la durée prévue par le contrat lorsque l'organisation d'une procédure de mise en concurrence ne peut être mise en œuvre.

- Lorsque le titulaire 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 le titulaire une charge manifestement excessive, ce délai peut également être prolongé.

- Lorsque le titulaire d'un marché ne peut 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, alors (1) le titulaire ne peut pas être sanctionné et (2) l'acheteur public a le droit de conclure un marché de substitution avec un tiers pour satisfaire l'urgence de ses besoins, et ce malgré toute clause d'exclusivité avec le premier titulaire.

⇒ L'objectif poursuivi est d'établir des mécanismes pérennes, permettant de **réagir plus rapidement et plus efficacement à la survenance de circonstances exceptionnelles nouvelles.**

Pour plus de détails, nous vous invitons à consulter l'article 132 de la loi ASAP dans son intégralité.

#### • **Dispense de publicité et de mise en concurrence - Motif d'intérêt général**

Evolution centrale dans le domaine de la commande publique, l'article 131 permet désormais au pouvoir public de passer un marché **sans publicité ni mise en concurrence préalables** pour des cas où un « **motif d'intérêt général** » le justifie.

Quelques précisions sont nécessaires :

- Afin d'éviter que les acheteurs dérogent aux procédures selon leur interprétation personnelle de ce qui constitue « l'intérêt général », un décret en Conseil d'Etat viendra **définir en profondeur** le champ d'application et les limites de cette notion.
- Notez surtout que malgré cette dispense, le Conseil constitutionnel a rappelé que les grands principes de la commande publique, soit ceux relatifs à **l'égalité de traitement** entre tous les candidats et au **bon usage des deniers publics**, doivent continuer à s'appliquer.

#### • **Dispense de publicité et de mise en concurrence – Marchés de travaux**

Sous certaines conditions, cette dispense de publicité et de mise en concurrence préalables s'étend également aux **marchés de travaux**. L'objectif assumé du législateur est ici d'accélérer les mises en chantier et d'encourager la reprise d'activité des entreprises du BTP.

L'article 142 nous informe donc que « *jusqu'au 31 décembre 2022 inclus, les acheteurs peuvent ainsi conclure un marché de **travaux sans publicité ni mise en concurrence préalables** pour répondre à un besoin dont la valeur estimée est inférieure à **100 000 € hors taxes.** » Pour information, ce seuil était jusqu'alors fixé à 70 000 € pour les marchés de travaux.*

L'article nous précise en outre que ces dispositions sont applicables « *aux 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.* »

Là aussi, cette dispense de procédure suppose que les acheteurs veillent malgré tout à respecter les grands principes de la commande publique, à savoir **l'égalité de traitement** et le **bon usage des deniers publics**.

#### • **PME et marchés globaux**

Pour rappel, les marchés publics sont par principe **allotis**. En d'autres termes, un marché est généralement fractionné en plusieurs sous-ensembles qu'on appelle « lots », lesquels lots sont souvent attribués séparément et donnent lieu pour chacun à l'établissement d'un marché distinct.

- ⇒ Par opposition à ces marchés allotis, il existe des marchés passés en un lot unique que l'on qualifie de **marchés globaux**. L'article L.2171-7 répertorie les trois catégories de marchés globaux, à savoir les marchés de conception-réalisation, les marchés globaux de performance et les marchés globaux sectoriels.

Ce sont ces marchés globaux qui nous intéressent ici.

L'article 131 de la loi ASAP dispose en effet que le titulaire d'un marché global doit dorénavant confier à des PME ou des artisans une quote-part minimale des prestations. Cette part d'exécution réservée aux PME et artisans sera vraisemblablement fixée à 10% (comme c'est déjà le cas pour les marchés de partenariat), mais c'est un chiffre qui sera **ultérieurement confirmé par décret**.

Vous l'aurez compris, l'objectif derrière cette disposition est de soutenir l'activité économique des petites et moyennes entreprises, frappées de plein fouet par la crise sanitaire et économique que nous connaissons toujours.

#### • **Renforcement de la protection des entreprises en redressement judiciaire**

Enfin, la loi ASAP vient renforcer la protection des opérateurs économiques qui sont en redressement judiciaire. Ce renforcement s'applique aussi bien lors de la **passation** que lors de **l'exécution** des marchés publics. Il concerne également les concessions.

- Avant la loi ASAP, le redressement judiciaire était un motif suffisant pour **exclure** un opérateur économique de la procédure de passation d'un marché ou d'une concession.

- ⇒ Désormais, l'article 131 autorise les entreprises qui bénéficient d'un plan de redressement à se porter candidates à ces contrats. Elles n'auront ainsi plus à démontrer qu'elles ont été habilitées à poursuivre leur activité pendant la durée prévisible du contrat.

A supposer maintenant qu'une entreprise subisse un redressement judiciaire **pendant l'exécution d'un marché**, voici ce qui change :

- Avant la loi ASAP, si le titulaire informe l'acheteur public de son changement de situation, alors l'acheteur public ne pouvait pas résilier le marché au seul motif que l'entreprise faisait l'objet d'un redressement judiciaire.

⇒ Depuis la loi ASAP, l'acheteur public ne peut toujours pas résilier le marché, quand bien même le titulaire ne l'aurait pas informé de son changement de situation.