

MARCHÉS PUBLICS ET ÉTAT D'URGENCE SANITAIRE (COVID-19)

► Par Hamid ETTAHI
hamid.ettahfi@aji-france.com



Avec la crise sanitaire inédite engendrée par le Covid19, l'État a dû s'adapter et assouplir ses règles en matière d'achat public. Habilité par la loi n°2020-290 du 23 mars 2020⁽¹⁾ d'urgence pour lutter contre l'épidémie de Covid-19, le Gouvernement a pris une première série d'ordonnances pour faire face aux conséquences économiques, financières et sociales de la propagation de l'épidémie de Covid-19 et aux conséquences des mesures prises pour limiter cette propagation.

Parmi ces textes d'urgence, une ordonnance n° 2020-319 du 25 mars 2020⁽²⁾ adapte le droit de la commande publique. L'objectif de cette ordonnance est d'adapter les règles de passation, de délais de paiement, d'exécution et de résiliation, notamment celles relatives aux pénalités contractuelles, prévues par le Code de la commande publique et de soutenir notamment les entreprises qui rencontrent des difficultés dans l'exécution des contrats publics. L'ordonnance n° 2020-319 du 25 mars 2020 prévoit également des dispositions qui, dans un certain nombre de situations, dérogent temporairement au droit commun.

LA NOTION DE CAS DE FORCE MAJEURE

À la suite des mesures générales de confinement appliquées depuis le 16 mars 2020 pour enrayer la propagation de l'épidémie de coronavirus, de nombreuses entreprises titulaires de marchés publics et certains acheteurs seront retrouvés dans l'impossibilité d'appliquer et de respecter les règles de la commande publique. La Direction des affaires juridique du ministère des finances a estimé que la situation provoquée par le Covid-19 était bien constitutive d'un cas de force majeure. Elle rappelle que les conditions de la force majeure sont réunies si les décisions à prendre (cessations ou réductions d'activité, résiliation...) résultent d'une cause échappant au contrôle des parties au contrat, si elles ont un caractère inévitable et si cette situation était imprévisible pour les parties aux contrats.

Les acheteurs doivent toutefois vérifier les stipulations du contrat pour déterminer si les entreprises sont bien déchargées de leur responsabilité contractuelle.

En effet, les conditions et les effets de la force majeure ne jouent pas si des clauses contractuelles en empêchent l'application. Les cocontractants sont libres d'organiser leurs relations contractuelles comme ils le souhaitent. Ils peuvent notamment adopter une définition plus restrictive ou plus extensive de la notion de force majeure, conduisant

à exclure cette qualification pour des événements particuliers. Ils peuvent également avoir prévu une clause de garantie excluant l'effet exonératoire de la force majeure.

Les entreprises peuvent également invoquer **l'imprévision**, lorsqu'elles sont confrontées à une situation mettant en péril l'équilibre économique des contrats. Cela leur permet, sauf clause contraire prévue dans le cahier des charges, de solliciter une renégociation des contrats concernés.

UN CHAMP D'APPLICATION LARGE

L'ordonnance est applicable à l'ensemble des contrats soumis au Code de la commande publique « ainsi qu'aux contrats publics qui n'en relèvent pas, en cours ou conclus durant la période courant du 12 mars 2020 jusqu'à la fin de l'état d'urgence sanitaire déclaré par l'article 4 de la loi du 23 mars 2020, augmentée d'une durée de deux mois. Théoriquement, l'ordonnance couvre les contrats en cours ou conclus à compter du 12 mars 2020 et jusqu'au 24 juillet 2020 puisque l'état d'urgence sanitaire a été déclaré pour une durée de deux mois à compter de l'entrée en vigueur loi d'urgence du 23 mars 2020. En fonction de l'évolution de la situation, cette durée pourra être prolongée.

Ces dispositions sont toutefois encadrées puisqu'elles « ne sont mises en œuvre que dans la mesure où elles sont nécessaires pour faire face aux conséquences, dans la passation et l'exécution de ces contrats, de la propagation de l'épidémie de covid-19 et des mesures prises pour limiter cette propagation ».

L'ordonnance concerne à la fois les consultations en cours de lancement mais également les marchés de fournitures, services et travaux en cours d'exécution.

CONSULTATIONS EN COURS DE LANCEMENT

L'article 2 de l'ordonnance du 25 mars 2020 autorise les acheteurs à prolonger

d'une durée suffisante les délais de réception des candidatures et des offres dans les procédures en cours pour permettre aux opérateurs économiques de présenter leur candidature ou de soumissionner. Les prestations qui ne peuvent souffrir d'aucun retard ne sont pas concernées par cette disposition. Avant la date limite de dépôts des offres, si vous avez eu peu d'offres ou si vous avez prévu une visite obligatoire et indispensable ou si votre marché doit s'exécuter dans les prochaines semaines et qu'il ne présente pas un caractère urgent, nous vous conseillons de prolonger la date limite de réception ou de le classer sans suite pour le reprendre ultérieurement. Le profil acheteur d'AJI permet l'annulation d'un marché avant sa parution et permet également de déclarer un marché sans suite ou infructueux. Il faut vous rendre sur la consultation concernée et sélectionner « données essentielles » pour accéder soit à la saisie des données (open date) soit à l'annulation du marché. Vous pouvez également prolonger la date limite de réception des offres en sélectionnant votre marché en cours et « plus d'options ». Cette modification ne s'applique qu'aux marchés en cours et dont la date limite de réception n'est pas encore terminée.

Annulation du marché avant ou après ouverture des offres (module saisie des données essentielles d'AJI)

Avant ou après l'ouverture des offres, vous avez encore la possibilité d'annuler votre marché. Tant que le marché n'est pas notifié, vous n'avez aucune obligation de contractualiser. Il existe 2 motifs d'annulation d'un marché : la déclaration d'infructuosité et le classement sans suite.

L'infructuosité correspond à un marché pour lequel nous n'avez reçu aucune offre ou que les offres n'étaient pas en adéquation avec votre besoin. Vous devez informer dans les plus brefs délais les candidats de l'annulation du marché et des motifs justifiant cette

décision. La déclaration d'infructuosité peut être suivie d'une nouvelle consultation avec soit un marché négocié (si l'objet du marché n'est pas modifié) soit on reprend une nouvelle procédure en cas de modification substantielle du marché.

Le classement sans suite, c'est le pouvoir adjudicateur qui abandonne la procédure de passation pour un motif d'ordre général (disparition du besoin, absence de budget ou dépassement du budget alloué, procédure entachée d'irrégularités...). Vous devez informer les candidats qu'il ne sera pas donné suite au marché et indiquer les motifs de cette annulation (crise sanitaire). Le classement s'assimile à un abandon de procédure. Vous pouvez relancer une nouvelle consultation mais en veillant à bien respecter toute la réglementation. La procédure doit être également cohérente avec la nature du motif d'intérêt général invoqué pour annuler le marché précédent.

Concernant la prolongation du délai de réception des offres, le législateur ne laisse pas le choix aux acheteurs puisque l'article 2 de l'ordonnance nous indique que ces délais **sont** prolongés. Même si le délai initial n'a pas d'incidence sur la réponse des candidats, la disposition est applicable d'office, sans exigence probatoire. On peut se poser la question de la pertinence d'une prolongation des délais concernant des marchés dématérialisés qui permettent aux entreprises de déposer à distance et en toute sécurité leurs offres sans avoir à subir les aléas d'un mode de transmission par voie postale. Quoi qu'il en soit cette prolongation s'impose si l'acheteur n'a pas opté pour une dématérialisation des plis ou si le marché a prévu une remise d'échantillon, une esquisse, une maquette ou tout autre élément physique. Dans cette hypothèse, un avis rectificatif à l'avis d'appel public à la concurrence sera donc nécessaire.

Seule exception prévue par l'ordonnance : les consultations portant sur « des prestations ne pouvant souffrir d'aucun retard » de livraison ou d'exécution, qui nécessiteraient une réponse rapide. À titre d'exemple, les marchés de fournitures de denrées alimentaires des établissements scolaires pourraient relever de cette exception. En effet, il suffirait à un acheteur de démontrer qu'il a prévu un commencement d'exécution du marché, pour une date proche, et que s'il prolonge la date limite de réception des offres, il risque de ne pas contractualiser dans les temps pour permettre l'approvisionnement de son restaurant scolaire.

La notion de « durée suffisante » laisse une liberté d'appréciation à l'acheteur. Cette durée s'apprécie en fonction de l'objet et de la complexité du marché : plus le marché sera complexe techniquement plus le délai de prolongation sera important. Cette liberté d'appréciation offerte aux acheteurs sera examinée par le juge en cas de litige.

DÉLAI DE VALIDITÉ DES OFFRES

C'est le délai pendant lequel l'opérateur économique doit maintenir les termes de son offre : il est généralement fixé entre 90 et 180 jours. L'état d'urgence sanitaire a figé la situation dans les établissements scolaires et a bloqué ou ralenti la phase d'analyse et de notification des marchés publics. Une prolongation de ce délai permettra aux acheteurs d'analyser plus sereinement les offres déposées par les entreprises. Toutefois, cette prolongation n'est possible que si l'ensemble des candidats l'approuvent. En cas de refus d'un candidat, l'acheteur devra classer son marché sans suite et le relancer ultérieurement.

Toujours en cours de procédure, l'article 3 de l'ordonnance 25 mars 2020 vous autorise à modifier les modalités de mise en concurrence définies dans le règlement de consultation ou la publicité de votre marché. Ces modifications doivent se faire dans le respect des grands principes de la commande publique

prévus à l'article L.3 du code (la liberté d'accès à la commande publique, l'égalité de traitement des candidats et la transparence des procédures). À titre d'exemple, on peut supprimer une visite obligatoire qui ne serait pas indispensable ou la remplacer par une visite virtuelle. Les modifications peuvent concerner un aménagement de l'exigence de remise d'échantillons (esquisses, maquettes et autres éléments matériels) rendue impossible à respecter du fait d'une période de confinement, de difficultés majeures de services postaux et autres transporteurs à respecter des délais classiques de livraison, de la fermeture de locaux pour des raisons sanitaires. Il peut s'agir également d'une date d'audition mentionnée dans le règlement de consultation, qui se heurterait à une impossibilité matérielle de l'organiser et qui supposerait un report.

ABSENCE DE MISE EN CONCURRENCE EN CAS D'URGENCE IMPÉRIEUSE

Les articles L2122-1 R et 2122-1 du Code de la commande publique prévoient que l'acheteur peut passer un marché sans publicité ni mise en concurrence préalables lorsqu'une urgence impérieuse résultant de circonstances extérieures et qu'il ne pouvait pas prévoir ne permet pas de respecter les délais minimaux exigés par les procédures formalisées. Sont même mentionnés, à titre d'illustrations, des cas relevant du Code de la santé publique et la nécessité de conclure « des marchés passés pour faire face à des dangers sanitaires ». Une épidémie relève bien de ces cas d'exonération, comme l'a déjà jugé le Conseil d'État. D'une manière générale, il n'y a strictement aucun doute que les commandes liées à des besoins immédiats, liés à une urgence réelle, présente ou fortement imminente, peuvent être passées sans le moindre formalisme concurrentiel. Mais un contrat écrit doit être établi, avec des droits et obligations réciproques ; dans ce cas de figure la demande de devis est à privilégier, et l'acheteur doit systématiquement être en mesure de

prouver qu'il s'est livré à une bonne gestion des deniers publics.

Il ne s'agit pas d'une commande hors marché, mais bien d'un marché public conclu sans le formalisme concurrentiel qui s'appliquerait en temps normal, et devant donc respecter toutes les autres obligations du Code de la commande publique. Quel que soient les montants commandés, aucun seuil ne s'applique à ce type de marché.

MODIFICATION DES MARCHÉS EN COURS D'EXÉCUTION

L'article 4 prévoit la possibilité de prolonger l'ensemble des marchés par avenant sans justification, même au-delà de 4 ans pour un accord-cadre, lorsque l'organisation d'une procédure de mise en concurrence ne peut être mise en œuvre. Mais cette prolongation ne doit pas excéder la durée du dispositif, « augmentée de la durée nécessaire à la remise en concurrence à l'issue de son expiration ». En principe, la passation d'une procédure adaptée nécessite un à quatre mois de délai ; et une procédure d'appel d'offres peut nécessiter jusqu'à six mois de délai en moyenne. Donc on peut raisonnablement penser qu'un marché arrivant à échéance, peut avec cette disposition être prolongé, non seulement de la durée de l'état d'urgence sanitaire augmentée de deux mois, mais également de quatre à six mois.

Les acheteurs ont également la possibilité d'augmenter les avances et leurs conditions de versement au moyen d'avenants. Le taux de l'avance peut être porté à un montant supérieur à 60 % du montant du marché ou du bon de commande et cela sans exiger de garantie à première demande. Cette disposition est destinée à soulager la trésorerie des entreprises en période de récession.

MESURES POUR LUTTER CONTRE LES DIFFICULTÉS LIÉES À L'EXÉCUTION DES CONTRATS

En cas de difficultés d'exécution des contrats et sur la demande du titulaire avant l'expiration du délai contractuel, les délais sont prolongés d'une durée au moins équivalente à celle mentionnée à l'article 1^{er} de l'ordonnance (période d'urgence sanitaire + 2 mois). Toutefois, précise la Direction des affaires juridiques du ministère des finances, ce principe ne s'oppose pas à ce que les parties s'accordent sur un délai inférieur à celui énoncé par l'ordonnance du 25 mars 2020.

Le titulaire ne peut pas être sanctionné, ni se voir appliquer les pénalités contractuelles, ni voir sa responsabilité contractuelle engagée lorsqu'il est 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. L'ordonnance penche clairement en faveur des entreprises et sauf stipulation contraire (il faut comprendre : les stipulations du contrat doivent donc être lues exclusivement dans l'intérêt du titulaire), elles ne se verront pas appliquées de sanctions ou de pénalités. L'acheteur doit donc être très vigilant dans l'application de son pouvoir de sanction et favoriser le dialogue avec les entreprises titulaires. Il lui appartient de renoncer à l'application de ces pénalités lorsqu'elles résultent des mesures d'urgence prises par le Gouvernement.

L'acheteur pourra toutefois conclure un marché de substitution avec un autre opérateur économique 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. En revanche, l'exécution du marché de substitution ne peut être effectuée aux frais et risques de ce titulaire (exemple : les prix du marché de substitution sont plus élevés que ceux établis dans le marché initial).

Lorsque l'annulation d'un bon de commande ou la résiliation du marché par l'acheteur est la conséquence des mesures prises par les autorités admi-

nistratives compétentes dans le cadre de l'état d'urgence sanitaire, le titulaire peut être indemnisé, par l'acheteur, des dépenses engagées lorsqu'elles sont directement imputables à l'exécution d'un bon de commande annulé ou d'un marché résilié. D'après la Direction des achats de l'État : « Si les circonstances qui ont conduit à la résiliation ou à l'annulation des prestations constituent un cas de force majeure, seules les dépenses réelles et utiles pour l'exécution des prestations pourront faire l'objet d'une indemnisation ».

En cas de suspension d'un marché à prix forfaitaire dont l'exécution est en cours, l'acheteur procédera sans délai au règlement du marché selon les modalités et pour les montants prévus par le contrat. Cette disposition concerne les marchés qui ont prévu des paiements échelonnés dans le temps. À l'issue de la suspension, un avenant détermine les modifications du contrat éventuellement nécessaires, sa reprise à l'identique ou sa résiliation ainsi que les sommes dues au titulaire ou, le cas échéant, les sommes dues par ce dernier à l'acheteur.

L'ordonnance ne répond pas à toutes les questions posées par cette période de confinement (négociation dans le cadre des MAPA, signature électronique...). Pour aider les acheteurs, la DAJ du ministère des finances a publié une FAQ sur la passation et l'exécution des marchés publics en période de crise sanitaire. Cette fiche sera complétée au fil de l'eau, en tant que de besoin⁽³⁾. ■

(1) LOI n° 2020-290 du 23 mars 2020 d'urgence pour faire face à l'épidémie de Covid-19
Lien court : <https://bit.ly/2Kpvl7x>

(2) 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
Lien court : <https://bit.ly/2KrDhKM>

(3) Questions-réponses sur les conséquences de la crise sanitaire sur les marchés publics
Lien court : <https://bit.ly/2wVVb5g>