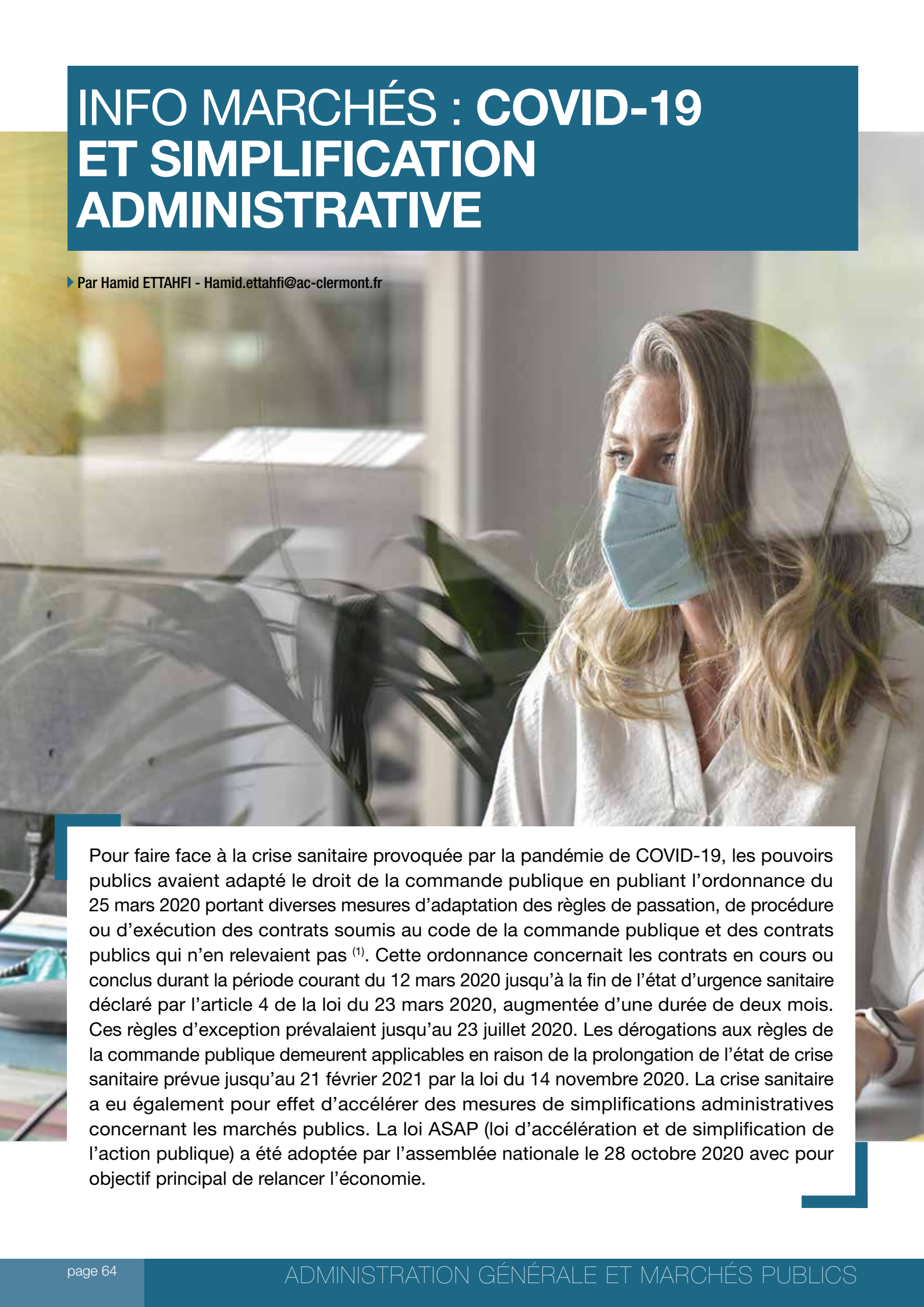


INFO MARCHÉS : COVID-19 ET SIMPLIFICATION ADMINISTRATIVE

► Par Hamid ETTAHI - Hamid.ettahfi@ac-clermont.fr



Pour faire face à la crise sanitaire provoquée par la pandémie de COVID-19, les pouvoirs publics avaient adapté le droit de la commande publique en publiant l'ordonnance 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 relevaient pas ⁽¹⁾. Cette ordonnance concernait les contrats 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. Ces règles d'exception prévalaient jusqu'au 23 juillet 2020. Les dérogations aux règles de la commande publique demeurent applicables en raison de la prolongation de l'état de crise sanitaire prévue jusqu'au 21 février 2021 par la loi du 14 novembre 2020. La crise sanitaire a eu également pour effet d'accélérer des mesures de simplifications administratives concernant les marchés publics. La loi ASAP (loi d'accélération et de simplification de l'action publique) a été adoptée par l'assemblée nationale le 28 octobre 2020 avec pour objectif principal de relancer l'économie.

I. ADAPTATION DES RÈGLES DE MISE EN CONCURRENCE ET D'EXÉCUTION DES MARCHÉS

Avec l'instauration d'une nouvelle période de confinement depuis le 30 octobre 2020, le télétravail est devenu la norme pour nombre d'entreprises. Cette nouvelle organisation impacte nécessairement l'organisation des consultations et les délais de réponses des candidats aux marchés publics.

1 / Prolongation des délais de mise en concurrence et de publicité

L'article 2 de l'ordonnance du 25 mars 2020 autorisait 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 pouvaient souffrir d'aucun retard n'étaient pas concernées par cette disposition. Ce qui était le cas des marchés de denrées alimentaires lancés par la restauration scolaire. Nous vous conseillons de maintenir le rallongement des délais minimaux pour éviter tout risque de contentieux ou de déclaration d'infructuosité.

Rappelons que les délais de réception des candidatures et des offres fixés par le code de la commande publique doivent être strictement respectés sous peine d'irrégularité de la procédure. Ces délais de réception des candidatures et des offres sont des délais minimaux. Il appartient aux acheteurs de fixer des délais suffisants tenant compte notamment de la complexité et de la technicité du marché.

Avant la date limite de dépôts des offres, si vous avez reçu peu d'offres ou si vous avez prévu une visite obligatoire 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 sa

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. 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 arrivée à son terme.

2 / Prolongation des délais de validités des offres

Le délai de validité des offres est un délai pendant lequel l'opérateur économique doit maintenir les termes de son offre : il est généralement fixé entre 90 et 180 jours. Ce délai est mentionné dans le règlement de la consultation et l'acte d'engagement.

L'état d'urgence sanitaire a considérablement ralenti le temps dédié à l'analyse des marchés et la notification des marchés publics. Pour ne pas pénaliser le travail d'analyse des offres et la réunion des commissions d'appel d'offres (utilisation des visioconférences, organisation de commissions en groupes restreints pour l'étude des fiches techniques pour les groupements de commandes...), il est plus que conseillé de prolonger le délai de validité des offres. 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. Pour les nouveaux marchés, précisez d'emblée dans le règlement de la consultation que les offres doivent être valables au moins 120 jours. Il faudra adapter ce délai en fonction de la charge de travail, des contraintes liées à l'attente d'une subvention ou d'une décision du conseil d'administration.

3 / Adaptation des règles de mise en concurrence

Toujours en cours de procédure, l'article 3 de l'ordonnance 25 mars 2020 vous autorisait également à modifier les moda-

lités 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 ainsi 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 des 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. Ces adaptations doivent être prévues le plus en amont possible dans l'élaboration de vos règlements de consultation pour éviter tout risque de contentieux ou de mauvaise interprétation de la part des candidats.

4 / Modification des marchés en cours d'exécution

Concernant les marchés signés avant le 12 mars 2020, l'article 4 prévoyait 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 devait 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, pouvait 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. Cette règle est plus difficile à mettre en œuvre actuellement car les acheteurs publics ont eu le temps de prolonger une première fois leur marché pour leur permettre de lancer une nouvelle consultation. L'acheteur doit désormais disposer d'un argumentaire très solide pour justifier la prolongation d'un marché ou le recours à des achats hors marchés en attendant la notification d'un nouveau marché.

5 / 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 étaient prolongés d'une durée au moins équivalente à celle mentionnée à l'article 1er de l'ordonnance (période d'urgence sanitaire + 2 mois soit du 12 mars au 23 juillet 2020). Toutefois, précisait 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 pouvait pas être sanctionné, ni se voir appliquer les pénalités contractuelles, ni voir sa responsabilité contractuelle engagée lorsqu'il était dans l'impossibilité d'exécuter tout ou partie d'un bon de commande ou d'un contrat, notamment lorsqu'il démontrait qu'il ne disposait pas des moyens suffisants ou que leur mobilisation faisait peser sur lui une charge manifestement excessive. Cette disposition n'a pas disparu. Elle doit être en revanche étudiée au cas par cas et en fonction des clauses contractuelles prévues par les contrats signés avant le 23 juillet 2020. Elle peut également s'appliquer à des contrats d'achat de matière première impactés par des difficultés conjoncturelles d'approvisionnement liées à la pandémie.

II. MODIFICATIONS DU MARCHÉ

1 / Modification prévue dans les clauses contractuelles

Un marché peut être modifié lorsque les modifications, quel que soit leur montant, ont été prévues dans les documents contractuels initiaux sous la forme de clauses de réexamen, dont des clauses de variation du prix ou d'options claires, précises et sans équivoque.

Pour cela, le cahier des clauses administratives particulières doit indiquer le champ d'application et la nature des modifications ou options envisageables ainsi que les conditions dans lesquelles il peut en être fait usage.

2 / Travaux, fournitures ou services supplémentaires devenus nécessaires

Un marché peut être modifié également lorsque des travaux, fournitures ou services supplémentaires, quel que soit leur montant, sont devenus nécessaires et ne figuraient pas dans le marché initial, à la condition qu'un changement de titulaire soit impossible pour des raisons économiques ou techniques tenant notamment à des exigences d'interchangeabilité ou d'interopérabilité avec les équipements, services ou installations existants achetés dans le cadre du marché initial (compatibilité avec une machine-outil existante). Lorsque le marché est conclu par un pouvoir adjudicateur (l'acheteur), le montant de la modification ne peut être supérieur à 50 % du montant du marché initial.

Cette limite s'applique à l'ensemble des modifications successives effectuées au cours d'un marché. Ces modifications successives ne doivent pas avoir pour objet de contourner les obligations de publicité et de mise en concurrence.

En résumé, si la crise sanitaire a des conséquences directes sur l'exécution de votre marché, vous pouvez modifier les quantités de prestations prévues initialement dans le cahier des charges mais ces modifications ne doivent pas

représenter plus de 50 % du montant initial du marché.

3 / Modification non substantielle

Le marché peut être modifié sans nouvelle procédure de mise en concurrence lorsque les modifications, quel que soit leur montant, ne sont pas substantielles.

Une modification est dite « substantielle », notamment, lorsqu'au moins une des conditions suivantes est remplie :

- Elle introduit des conditions qui, si elles avaient été incluses dans la procédure de passation initiale, auraient attiré davantage d'opérateurs économiques ou permis l'admission d'autres opérateurs économiques ou permis le choix d'une offre autre que celle retenue ;
- Elle modifie l'équilibre économique du marché en faveur du titulaire d'une manière qui n'était pas prévue dans le marché initial ;
- Elle modifie considérablement l'objet du marché ;
- Elle a pour effet de remplacer le titulaire initial par un nouveau titulaire en dehors des hypothèses prévues dans le cadre de l'article R. 2194-6 du code de la commande publique (substitution d'un nouveau titulaire).

4 / Substitution d'un nouveau titulaire

Un marché peut être modifié lorsqu'un nouveau titulaire se substitue au titulaire initial du marché, en application d'une clause de réexamen ou d'une option. Il peut l'être également dans le cas d'une cession du marché, à la suite d'une opération de restructuration du titulaire initial, à condition que cette cession n'entraîne pas d'autres modifications substantielles et ne soit pas effectuée dans le but de soustraire le marché aux obligations de publicité et de mise en concurrence. Le nouveau titulaire doit remplir les conditions qui avaient été fixées par l'acheteur pour la participation à la procédure de passation du marché initial.

5 / Modification de faible montant

Le marché peut également faire l'objet de modifications de faible montant lorsque le montant de la modification est inférieur aux seuils européens et à 10 % du montant du marché initial pour les marchés de services et de fournitures ou à 15 % du montant du marché initial pour les marchés de travaux, sans qu'il soit nécessaire de vérifier si les conditions prévues à l'article R. 2194-7 concernant les modifications non substantielles.

III. AUGMENTATION DES AVANCES

Les acheteurs avaient également la possibilité d'augmenter les avances et leurs conditions de versement en signant des avenants. Le taux de l'avance pouvait 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 était destinée à soulager la trésorerie des entreprises en période de récession et a été prolongée jusqu'au 23 septembre 2020. Le décret n°2020-1261 du 15 octobre 2020 ⁽²⁾ relatif aux avances dans les marchés publics publié au Journal officiel le 17 octobre 2020 a eu pour objet de pérenniser les mesures introduites par l'article 5 de l'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. Le décret supprime le plafonnement des avances à 60 % du montant du marché qui, en l'état antérieur de la réglementation, limitait la possibilité de verser des avances à un titulaire de marché public. Il supprime également l'obligation, pour les acheteurs, d'imposer aux titulaires de marchés publics de constituer une garantie à première demande pour bénéficier d'une avance à 30 % du montant du marché public. Le dé plafonnement des avances permet l'adaptation des modalités de rembour-

sement de l'avance (début et fin du remboursement).

IV. NOUVEAUX SEUILS (RELEVEMENT DU SEUIL DE 40 000 € HT POUR CERTAINS TYPES DE MARCHÉS)

Le décret n° 2020-893 du 22 juillet 2020⁽³⁾ a relevé temporairement le seuil de dispense de procédure pour les marchés publics de travaux et de fourniture de denrées alimentaires. Ce seuil de dispense avait déjà été relevé de 25 000 à 40 000 € HT le 1^{er} janvier 2020 pour l'ensemble des marchés.

Jusqu'au 10 juillet 2021 inclus, les acheteurs peuvent conclure un marché de travaux sans publicité ni mise en concurrence préalables pour répondre à un besoin dont la valeur estimée est inférieure à 70 000 euros hors taxes.

Ces dispositions sont applicables aux lots qui portent sur des travaux et dont le montant est inférieur à 70 000 euros hors taxes, à condition que le montant cumulé de ces lots n'excède pas 20 % de la valeur totale estimée de tous les lots.

Pour des produits livrés avant le 10 décembre 2020, les acheteurs peuvent conclure sans publicité ni mise en concurrence préalables un marché répondant à un besoin dont la valeur estimée est inférieure à 100 000 euros hors taxes portant sur la fourniture de denrées alimentaires produites, transformées et stockées avant la date de cessation de l'état d'urgence sanitaire déclaré par l'article 4 de la loi du 23 mars 2020 susvisée.

Ces dispositions sont applicables aux « petits lots » dont le montant est inférieur à 80 000 euros hors taxes, à condition que le montant cumulé de ces lots n'excède pas 20 % de la valeur totale estimée de tous les lots.

Les acheteurs veillent à choisir une offre pertinente, à faire une bonne utilisation des deniers publics et à ne pas contrac-

ter systématiquement avec un même opérateur économique lorsqu'il existe une pluralité d'offres susceptibles de répondre au besoin.

V. PUBLICATION DE L'ARRÊTÉ FIXANT LE MODÈLE DE CERTIFICAT DE CESSIBILITÉ DES CRÉANCES ISSUES DE MARCHÉS PUBLICS

L'arrêté du 28 juillet 2020 ⁽⁴⁾, publié au Journal officiel du 2 août 2020, fixant le modèle de certificat de cessibilité pour la cession des créances issues des marchés publics est entré en vigueur le 1^{er} octobre 2020, date à laquelle il a abrogé et remplacé l'actuelle annexe 14 relatif au certificat de cessibilité des créances issues du code de la commande publique. Au-delà du 1^{er} octobre 2020, les certificats de cessibilité ne seront plus valables. Cet arrêté répond à un double objectif :

- d'une part, de procéder à la nécessaire mise à jour des mentions du certificat afin de l'adapter à l'évolution des règles financières et des usages bancaires ;
- et d'autre part, de poser les bases d'un futur arrêté, prévu pour le début de l'année 2021, qui indiquera les modalités de la création, de l'envoi et de la modification du certificat de cessibilité dématérialisé.

V. MESURES « COMMANDE PUBLIQUE » DU PROJET DE LOI D'ACCÉLÉRATION ET DE SIMPLIFICATION DE L'ACTION PUBLIQUE (ASAP)

Après accord en commission mixte paritaire, le texte avait été adopté par le Sénat le 27 octobre, puis définitivement

par l'assemblée nationale le 28 octobre 2020⁽⁶⁾. Le 3 novembre 2020, le Conseil constitutionnel a été saisi du projet de loi par plus de soixante députés. Ce texte de loi d'accélération et de simplification de l'action publique (ASAP) comporte une série de mesures 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.

Par exemple, l'article 46 bis AB a pour objet de faciliter la relance par les chantiers publics, en relevant à 100 000 € HT le seuil de dispense de publicité et de mise en concurrence pour la conclusion des marchés publics de travaux. Cette disposition est également applicable 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. Les acheteurs veillent cependant 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. Cette dérogation s'appliquera jusqu'au 31/12/2022.

Grâce à cette facilité, les acheteurs pourront contractualiser plus rapidement avec des entreprises et notamment des PME. Les marchés en question restent soumis à l'obligation de publication des données essentielles du marché (OPEN DATA).

1 / Dispense de procédures justifiées par un motif d'intérêt général

L'article 44 quater 1°) quant à lui complète l'article L.2122-1 du code de la commande publique en ajoutant le motif d'intérêt général permettant de déroger aux obligations de publicité et de mise en concurrence. Cet ajout permet de sécuriser juridiquement les évolutions réglementaires qui pourraient intervenir pour simplifier et accélérer la conclusion de certains marchés, notamment dans des secteurs confrontés à des difficultés

économiques importantes ou constituant des leviers de la relance économique.

Toutefois les cas dérogatoires restent définis par décret en Conseil d'État comme prévu par l'article R. 2122-1 du code de la commande publique.

2 / Pérennisation du dispositif mis en place pendant l'état d'urgence sanitaire

L'article 44 quinquies a pour objet d'inscrire dans le code de la commande publique un dispositif pérenne, s'inspirant du dispositif mis en place pendant l'état d'urgence sanitaire et qui pourra être mis en œuvre rapidement par décret pour faire face à une nouvelle crise majeure.

L'article prévoit des adaptations à la consultation des entreprises (visites de chantier, délais de remise des plis...), dans le respect du principe d'égalité de traitement des candidats. Pendant la période de circonstances exceptionnelles, sauf lorsque les prestations qui font l'objet du marché public ne peuvent souffrir aucun retard, l'acheteur peut prolonger les délais de réception des candidatures et des offres pour les procédures en cours d'une durée suffisante pour permettre aux opérateurs économiques de présenter leur candidature ou de soumissionner. On pourra proroger le terme des marchés pendant la période de circonstances 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 et surtout, quelles que soient les clauses du contrat, les entreprises ne pourront être sanctionnées en cas de difficultés d'exécution liées à la crise (exonération des pénalités de retard ; l'exécution du marché de substitution ne peut être effectuée aux frais et risques du titulaire initial).

3 / Autres mesures de simplification

Le texte entend assouplir également le dispositif de réservation des marchés publics en faveur des structures d'insertion de personnes handicapées ou défavorisées (article 46 bis AA). Il a été aussi

proposé de modifier l'article 2141-3 du code de la commande publique pour faciliter la poursuite d'activité des entreprises en redressement judiciaire (article 44 quater 2°). Dernière mesure : l'acheteur devra tenir compte parmi les critères d'attribution 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.

Aux dernières nouvelles, le Conseil constitutionnel a jugé conformes à la Constitution les dispositions concernant le code de la commande publique de la loi pour l'accélération et la simplification de l'action publique le 3 décembre. Toutefois, les dispositions prises afin de relancer l'économie n'exonèrent pas les acheteurs publics du respect des exigences constitutionnelles d'égalité devant la commande publique et de bon usage des deniers publics. Nous reviendrons sur ces assouplissements du code de la commande publique dans nos prochains numéros. ■

(1) 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/2VWtuC8>

(2) Décret n° 2020-1261 du 15 octobre 2020 relatif aux avances dans les marchés publics. Lien court : <https://bit.ly/3IVxddV>

(3) Décret n° 2020-893 du 22 juillet 2020 portant relèvement temporaire du seuil de dispense de procédure pour les marchés publics de travaux et de fourniture de denrées alimentaires. Lien court : <https://bit.ly/39Rmv5V>

(4) Arrêté du 28 juillet 2020 fixant le modèle de certificat de cessibilité des créances issues de marchés publics. Lien court : <https://bit.ly/3m1BpIZ>

(5) Projet de loi d'accélération et de simplification de l'action publique. Lien court : <https://bit.ly/3grhdzp>