

Les marchés publics à l'épreuve du COVID 19

Le Gouvernement a adopté 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.

Ce texte dérogatoire est applicable jusqu'à la fin de l'état d'urgence sanitaire, augmentée d'une durée de deux mois.

Ce texte vient assouplir et adapter les règles de la commande publique à une situation de crise exceptionnelle.

Depuis la publication de cette ordonnance la DAJ de Bercy a publié une fiche technique sous forme de foire aux questions (FAQ) le 30 mars 2020 (sans cesse actualisée) qui répond, en seize points, aux principales questions que se posent les acheteurs et les entreprises titulaires de marchés ainsi que pour les marchés en cours de passation et d'exécution.

En parallèle à ces mesures, un guide des bonnes pratiques validé par le gouvernement destiné aux entreprises du BTP a été diffusé le 2 avril 2020 par l'Organisme Professionnel de Prévention du Bâtiment et des Travaux Publics (OPPBTP) et mis à jour le 10 avril dernier.

Ce « Protocole/Guide de préconisations de sécurité sanitaire pour la continuité des activités de la construction en période d'épidémie de coronavirus Covid 19 » énumère de nombreuses préconisations en vue de permettre aux entreprises la reprise de l'activité tout en assurant à leurs équipes des conditions de sécurité sanitaires optimales.

Nous vous livrons une synthèse de ces mesures.

1. Les règles de passation des marchés publics durant la crise sanitaire

➤ Les besoins urgents d'une personne publique.

On sait que l'article R.2122-1 du code de la commande publique (CCP) permet aux acheteurs publics de passer un marché négocié sans publicité ni mise en concurrence préalables en cas d'urgence impérieuse. Cette disposition définit l'urgence impérieuse comme résultant de circonstances extérieures que l'acheteur ne pouvait pas prévoir.

La crise sanitaire que connaît aujourd'hui la France correspond tout à fait à une urgence impérieuse.

Ainsi pour répondre à des besoins résultant de la crise sanitaire, l'acheteur public pourrait avoir recours à cette procédure simplifiée.

Peuvent également être conclus à titre provisoire les marchés publics passés en situation d'urgence impérieuse et ayant pour objet des prestations complexes ou faisant appel à une technique nouvelle (cf. article R.2112-17 du code de la commande publique).

Concernant les concessions, le CCP prévoit dans son article R.3121-6 que des contrats provisoires peuvent être conclus sans publicité ni mise en concurrence *"en cas d'urgence résultant de l'impossibilité dans laquelle se trouve l'autorité concédante publique, indépendamment de sa volonté, de continuer à faire assurer le service concédé par son cocontractant ou de l'assurer elle-même, à la condition, d'une part, que la continuité du service soit justifiée par un motif d'intérêt général et, d'autre part, que la durée de ce nouveau contrat de concession n'excède pas celle requise pour mettre en œuvre une procédure de passation"*. Ces dispositions sont susceptibles d'être appliquées en cette période exceptionnelle de crise sanitaire.

➤ La modification des délais de remise des offres ou candidatures

La crise sanitaire peut avoir un impact sur les procédures de passation en cours.

En effet, en raison des perturbations engendrées par la crise sanitaire, il pourrait être nécessaire de reporter les dates de candidatures ou de remise des offres, ainsi que la date de sélection des offres. La jurisprudence administrative a déjà reconnu la possibilité pour la personne publique de reporter le délai de remise des candidatures et des offres. Le report du délai de remise des candidatures ou des offres nécessite la publication d'un avis rectificatif, la modification du règlement de consultation et la modification des délais contractuels impactés par le report comme la date de début d'exécution des prestations.

La personne publique peut également proroger le délai de validité des offres déposées sous réserve d'en faire la demande expresse et d'avoir recueilli l'accord de l'ensemble des candidats ayant déposé une offre (CE, 24 juin 2011, Commune de Bourgoin-Jallieu, n° 347889).

L'Ordonnance prévoit ainsi à ses articles 2 et 3 que les délais et les modalités des procédures de mise en concurrence peuvent être adaptés afin de permettre aux candidats de présenter leur candidature dans le respect du principe d'égalité de traitement.

Lorsque c'est nécessaire pour faire face aux conséquences de l'épidémie, les procédures en cours doivent être prolongées d'une durée suffisante pour permettre aux entreprises de présenter leur candidature et leur offre dans des conditions satisfaisantes. La durée de la prolongation est appréciée par l'acheteur.

L'article 2 de l'ordonnance prévoit une dérogation à cette obligation de prolongation lorsque les prestations ne peuvent souffrir d'aucun retard.

La DAJ précise que la durée de la prolongation doit être suffisante, au regard notamment de la complexité des dossiers à constituer, pour donner le temps aux opérateurs économiques qui ont rencontré des difficultés, ralentissements ou blocages dans leur activité de présenter leur candidature ou de soumissionner.

Si la date limite de réception des candidatures et des offres n'est pas encore close, les acheteurs peuvent la modifier en publiant un avis rectificatif qui motive le report du délai. Il est possible de doubler cette information par l'envoi d'un message d'information à l'ensemble des opérateurs économiques.

Les candidats ayant déjà déposé une offre avant le report du délai peuvent bénéficier du nouveau délai pour en déposer une nouvelle. Le cas échant, conformément à l'article R. 2151-6 du code de la commande publique, seule la dernière offre reçue sera examinée par l'acheteur.

Bien sûr, cette prolongation de délai pour la remise des candidature ou offres ne constituent qu'une possibilité pour l'acheteur public et non une obligation. Toutefois, il convient d'être vigilant.

En effet, nous devons rappeler que l'acheteur public est tenu de prolonger le délai de réception des offres dans deux situations :

- « Lorsqu'un complément d'informations, nécessaire à l'élaboration de l'offre, demandé en temps utile par l'opérateur économique, n'est pas fourni dans les délais prévus à l'article R. 2132-6 ;
- Lorsque des modifications importantes sont apportées aux documents de la consultation.

La durée de la prolongation est proportionnée à l'importance des informations demandées ou des modifications apportées. » (R.2151-4 du code de la commande publique)

Ne figure pas l'hypothèse du contexte de la crise sanitaire actuelle, à savoir la survenance d'un événement imprévisible et extérieur aux candidats et à l'acheteur public, qui affecte la vie des soumissionnaires et leur capacité à remettre une offre dans les délais

Habituellement, pour apprécier la régularité de la procédure, le Juge vérifie si le délai de consultation est adapté à la présentation d'une offre compte tenu de la complexité du marché public et du temps nécessaire aux opérateurs économiques pour préparer leurs candidatures et leurs offres.

Il en va de même s'agissant des procédures adaptées : si l'acheteur public est libre sous le contrôle du juge de fixer les modalités de publicité et de mise en concurrence, il doit veiller à laisser un délai de réception des offres suffisant aux entreprises pour pouvoir répondre utilement à l'appel d'offre. Le délai doit être « *suffisant, au regard notamment de l'objet du marché envisagé, de son montant, de l'urgence à le conclure, de la nature des prestations, de la facilité d'accès aux documents de la consultation, de la nécessité éventuelle d'une visite des lieux et de l'importance des pièces exigées des candidats, pour assurer le respect des principes de liberté d'accès à la commande publique, d'égalité de traitement des candidats et de transparence des procédures* » (CAA Nancy, 26 Février 2019 - n° 18NC00051). Ce délai est apprécié au regard des caractéristiques du marché afin d'assurer une mise en concurrence effective (CAA Paris, 17 Janvier 2020 - n° 18PA01035)

Ainsi, l'acheteur public même s'il est libre de fixer le délai de remise des offres et donc de reporter ou non les dates de remises des offres ou candidatures, doit être particulièrement attentif aux conditions de mises en concurrence et à une éventuelle demande formulée par un opérateur économique.

Comme l'indique la DAJ il est conseillé, pour tout nouveau projet de marché ou de concession, de prendre en compte les difficultés occasionnées aux entreprises par la crise sanitaire et économique dans la détermination de ces délais.

Et ainsi, il est recommandé aux acheteurs publics, en ce contexte exceptionnel de ralentissement de l'activité économique, de prolonger les délais de façon à permettre aux opérateurs économiques d'avoir suffisamment de temps pour préparer et remettre une offre satisfaisante, sauf le cas où le délai initial était déjà presque arrivé à son terme, avant la date du début du confinement à savoir le 17 mars 2020.

➤ La modification d'autres règles de la consultation

Bien que les dispositions du règlement de consultation soit obligatoire, la crise sanitaire actuelle peut autoriser certains aménagements en raison des difficultés rencontrées par les autorités contractantes comme par les entreprises, tout en respectant les principes de transparence et d'égalité de traitement des soumissionnaires.

L'ordonnance du 25 mars 2020 précise que certaines modifications non substantielles ne remettant donc pas en cause les conditions initiales de la mise en concurrence sur le fond, sont possibles.

Il s'agit de :

- la suppression ou le report de l'obligation de visite sur place,
- l'introduction de méthodes de négociation ou de dialogue dématérialisées et non plus en présentiel,
- le renoncement à l'obligation de signer la candidature ou l'offre si une telle obligation avait été prévue,
- l'acceptation des signatures manuscrites scannées en lieu et place d'une signature électronique exigée du marché.

La DAJ précise que seraient en revanche des modifications substantielles et donc irrégulières celles qui toucheraient notamment à la définition même de l'objet du contrat, aux acheteurs susceptibles de bénéficier des prestations, qui, par ailleurs, supposeraient une modification des cahiers des charges du projet de contrat.

En tous les cas, l'acheteur doit informer les candidats des modifications décidées et, le cas échéant, leur octroyer un délai suffisant afin qu'ils puissent en prendre connaissance et s'y adapter.

➤ L'annulation de la procédure de passation

La DAJ précise que si l'application du règlement de consultation s'avère impossible et n'est pas susceptible d'être modifié (par exemple si le dépôt d'une offre suppose la consultation sur place de certains documents qui ne peuvent être dématérialisés ou une visite sur place et qu'il n'est pas possible d'y assurer la sécurité sanitaire des personnes), l'acheteur peut être conduit à déclarer sans suite la procédure.

Cet abandon de procédure motivé par l'impact de l'épidémie de Coronavirus ne devrait pas donner lieu à indemnisation des opérateurs économiques ayant participé à la procédure, comme c'est déjà le cas des procédures abandonnées pour un motif d'intérêt général (article R. 2185-2 du code de la commande publique - CAA Versailles, 5 janv. 2012, n° 08VE02889).

Bien sûr, tout sera question d'espèce et de justifications.

Le 1er avril 2020, la Commission européenne a publié une communication relative à l'utilisation des marchés publics dans la situation d'urgence liée à la crise Covid-19.

Elle y énonce les possibilités offertes aux acheteurs publics en cette période de crise, comme la diminution de certains délais ou le recours à des procédures négociées sans publication (Comm. UE, communication n° 2020/C 108 I/01, JOUE 1er avr. 2020)

L'idée est d'assouplir pour les acheteurs publics les règles de passation et de mise en concurrence afin de répondre au plus près de leurs besoins.

➤ Des questions demeurent :

- S'agissant du délai de validité des offres :

Si le délai de validité des offres expire durant la crise sanitaire. La DAJ rappelle que même en cas de circonstances exceptionnelles, l'acheteur ne peut pas décider unilatéralement de prolonger la durée de validité des offres. Il doit nécessairement obtenir l'accord des entreprises qui ont déposé une offre, sur cette prorogation et sur sa durée.

Toutefois il n'est pas certain que les entreprises puissent s'engager et accepter une prolongation de la durée de validité de l'offre compte tenu de la situation exceptionnelle de crise sanitaire et ses conséquences sur l'activité économique.

- S'agissant de la notification du marché :

Il n'est pas certain que les entreprises puissent fournir dans le temps qui leur est imparti par les documents de la consultations les attestations en vue de l'attribution du marché. L'acheteur public pourrait dans ces conditions modifier le délai de remise.

Pour éviter d'éventuelle difficulté d'exécution résultant de la crise sanitaire, l'acheteur public doit privilégier au maximum le dialogue avec l'attributaire pressenti pour organiser les conditions d'exécution du marché.

2. Les règles d'exécution des marchés publics durant la crise sanitaire

➤ La prolongation des contrats arrivant à terme

Lorsque la durée d'un contrat arrive à échéance pendant l'état d'urgence sanitaire liée à l'épidémie de covid-19, et qu'une nouvelle procédure de mise en concurrence ne peut être organisée du fait de cette épidémie, le contrat peut être prolongé par avenant (art. 4 de l'ordonnance).

Cette prolongation ne peut excéder la durée de l'état d'urgence sanitaire augmentée d'une part d'une durée de deux mois et d'autre part de la durée strictement nécessaire à la remise en concurrence.

Si l'état d'urgence sanitaire, devait être prorogé par le législateur, un nouvel avenant de prolongation du contrat pourra être signé.

La durée totale des contrats issue de cette ou ces prolongations peut être supérieure à la durée maximale fixée par les textes sans que cette prolongation soit contraire aux directives européennes, lesquelles 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).

A titre d'exemple, s'il s'agit d'un accord-cadre, la prolongation peut, par dérogation à l'article L. 2125-1 du code de la commande publique, excéder la durée maximale de quatre ans pour les pouvoirs adjudicateurs, sept ans pour les marchés de défense ou de sécurité et huit ans pour les entités adjudicatrices.

De même, les contrats de concession dans le domaine de l'eau potable, des ordures ménagères et autres déchets peuvent se prolonger 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.

Comme le précise la DAJ dans sa FAQ, dans le cas où la prolongation du marché existant est refusée par le titulaire, il sera possible, sous réserve d'être en mesure de justifier de l'urgence impérieuse de réaliser les prestations, de conclure un nouveau marché sans publicité ni mise en concurrence préalable sur le fondement de l'article R. 2122-1 du code de la commande publique, pour faire face aux besoins qui ne peuvent souffrir de retard, le temps d'arriver au terme de la nouvelle procédure de remise en concurrence.

➤ Modification des conditions de versement de l'avance.

Les acheteurs peuvent, par avenant, modifier les conditions de versement de l'avance.

Par dérogation aux dispositions des articles R. 2191-3 et suivants du Code de la commande publique, le taux de l'avance peut être porté à un montant supérieur à 60 % du montant du marché ou du bon de commande. Plus précisément, pendant la période de crise sanitaire, les acheteurs ne sont pas tenus d'exiger la constitution d'une garantie à première demande pour les avances supérieures à 30 % du montant du marché.

➤ Prolongation des délais contractuels d'exécution

A la demande du titulaire :

Lorsque le titulaire ne peut pas respecter le délai d'exécution d'une ou 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 est prolongé d'une durée d'au moins 2 mois sur la demande du titulaire avant l'expiration du délai contractuel.

Le texte précise que cette prolongation est au moins égale à la durée de l'état d'urgence sanitaire augmentée de deux mois.

Il s'agit là d'une garantie offerte par la loi au titulaire, notamment en cas d'absence d'accord entre les parties.

Toutefois comme le précise la DAJ, si les deux parties sont d'accord pour ne pas faire jouer cette garantie minimale, le fait pour elles de prévoir un délai inférieur ne sera pas irrégulier. Les parties peuvent également décider d'une durée supérieure.

Il est essentiel que le titulaire démontre qu'il ne dispose pas des moyens suffisants pour réaliser les prestations ou que la mobilisation de ces moyens ferait peser sur lui une charge excessive, en prenant notamment en considération le respect des règles sanitaires de protection des salariés. C'est la condition préalable au bénéfice de la prolongation des délais de chantier.

Le maître de l'ouvrage n'est pas tenu de faire droit à la demande de l'entreprise de suspension du marché. En effet, comme le rappelle la DAJ dans sa FAQ, les règles de protection sanitaire et les mesures de confinement n'obligent pas à suspendre toute activité économique et administrative et n'empêchent pas l'exécution de tous les marchés en cours. Lorsque la poursuite de l'exécution des contrats est nécessaire et si elle est possible dans le respect de règles sanitaires permettant de protéger les salariés du virus, elle doit pouvoir continuer.

Dans ces conditions pour que le maître de l'ouvrage puisse faire droit à cette demande de suspension du marché, le titulaire est invité à produire tous les éléments dont il dispose pour démontrer de réelles difficultés d'exécution et établir notamment qu'il ne dispose pas des moyens suffisants pour exécuter les prestations ou que leur mobilisation ferait peser sur lui une charge manifestement excessive.

Le maître de l'ouvrage doit être vigilant et distinguer les retards qui trouvent effectivement leur cause dans la gestion du Covid-19 et ceux qui sont imputables aux manquements des entreprises. Le maître d'ouvrage doit se rapprocher de l'ensemble des titulaires des différents lots du marché afin de connaître la nature des difficultés qu'ils rencontrent et les délais supplémentaires dont ils ont besoin. De même, le maître d'ouvrage doit également préciser ses attentes en terme de livraison de l'ouvrage (l'existence de délai incompressible).

Dans le même temps, le maître d'ouvrage doit solliciter du maître d'œuvre et du coordonnateur SPS leur avis sur les conditions de poursuite du chantier pour les entreprises, comme pour le personnel de ces prestataires. Leur avis doit être également requis sur les demandes des titulaires quant aux demandes de suspension ou d'arrêt et leur lien avec l'épidémie de COVID-19.

Ce n'est qu'après l'avis de l'ensemble de ces intervenants que le maître de l'ouvrage pourra en concertation avec son maître d'œuvre et le coordonnateur SPS émettre un ordre de service qui sera notifié à l'ensemble des intervenants du chantier.

A l'initiative de l'acheteur public :

La DAJ énonce que l'acheteur peut s'y trouver contraint, par exemple, en raison d'une décision administrative l'empêchant temporairement de continuer l'exécution du contrat ou par simple précaution.

L'acheteur est alors susceptible de devoir indemniser le titulaire si cette suspension lui occasionne un préjudice, à condition que l'entreprise en apporte la preuve et justifie l'évaluation du montant du préjudice.

Cette hypothèse n'est pas à privilégier pour les maîtres de l'ouvrage puisqu'en effet elle s'accompagne d'une indemnisation du préjudice pour les entreprises, ce qui est différent lorsque l'arrêt de chantier à l'initiative de l'entreprise titulaire.

➡ La difficulté se pose lorsque certaines entreprises se proposent de poursuivre l'exécution du chantier mais s'en trouvent empêchées par les entreprises titulaires des lots situées en amont qui ne peuvent poursuivre l'exécution du chantier.

Dans ce cadre, sous réserve de la démonstration par l'entreprise de son préjudice, le maître de l'ouvrage devra alors indemniser l'entreprise empêchée.

➤ *Neutralisation des défaillances : absence de condamnation de pénalités contractuelles*

Lorsque le titulaire est dans l'impossibilité d'exécuter tout ou partie 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 confirme qu'il ne peut pas être sanctionné, ni se voir appliquer les pénalités contractuelles, ni voir sa responsabilité contractuelle engagée pour ce motif. (Article 6 2° de l'ordonnance n° 2020-319 du 25 mars 2020).

➤ Indemnisation en cas rupture du contrat.

En cas de résiliation pour force majeure, le Conseil d'État a considéré que, sauf stipulation contractuelle contraire, le titulaire du contrat public ne peut se voir indemnisé que des pertes subies imputables à l'évènement constitutif de force majeure, à l'exclusion de toute autre indemnité (CE, 9 janvier 1925, n° 75731, Société Chantiers et ateliers de Saint-Nazaire : Rec. p. 28).

L'ordonnance ne dit rien d'autre en indiquant que 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 administratives 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.

Plusieurs questions restent toutefois en suspens :

- Dans l'hypothèse d'une fin de chantier et d'une réception antérieure à la crise sanitaire, qu'en est-il des notifications de DGD et la réception tacite dans le délai imposé par les articles 13.1 et 41.3 du CCAG Travaux 2009 modifié pour l'acheteur ?
- A l'issue de cette crise ou lors de l'établissement des décomptes, la question des surcoûts éventuels liés à la crise sanitaire subis par les entreprises se posera. Qu'en sera-t-il par exemple en cas d'exécution dégradée de la prestation par les entreprises (il semble possible pour les entreprises d'invoquer l'imprévision sur le fondement de l'article L. 6, 3° du CCP lequel prévoit « lorsque survient un événement extérieur aux parties, imprévisible et bouleversant temporairement l'équilibre du contrat, le cocontractant, qui en poursuit l'exécution, a droit à une indemnité ») ? La question de l'applicabilité de la force majeure ou la théorie de l'imprévision se posera certainement.