

L'impact de la crise du Covid-19 sur les règles relatives aux marchés publics

Référence Internet
13432



Saisissez la Référence Internet **13432** dans le moteur de recherche du site www.weka.fr pour accéder à cette fiche

L'épidémie de coronavirus a des conséquences sur l'organisation de chacun et notamment sur la passation des procédures et l'exécution des prestations de marchés publics. L'exécution des marchés peut être impactée et les titulaires peuvent ne pas accomplir l'intégralité de leurs engagements contractuels.

La loi d'urgence (L. n° 2020-290, 23 mars 2020) a autorisé le Gouvernement à prendre par ordonnance toute mesure destinée à « 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 ainsi que les stipulations des contrats publics ayant un tel objet ».

L'ordonnance n° 2020-319 du 25 mars 2020 définit ainsi les mesures applicables en matière 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.

Quelle est la conduite à tenir et quelles sont les dispositions que peut mettre en œuvre l'acheteur pour faciliter cette période exceptionnelle et transitoire ?

En pratique



Gérer les marchés en cours de consultation

Prolongation des délais

L'article 2 de l'ordonnance du 25 mars 2020 permet, pour les contrats soumis au Code de la commande publique en cours de passation, de prolonger les délais de réception des candidatures et des offres.



A noter

Cette prolongation des délais concerne tous les contrats exception faite de ceux dont la passation ne peut souffrir d'aucun retard. Cette appréciation relève de l'acheteur.

Le délai doit être suffisant afin de permettre aux candidats de pouvoir déposer leur offre (ou leur candidature) dans des conditions optimales. Si des offres ont déjà été déposées, le soumissionnaire dispose de la possibilité de déposer une nouvelle offre, seul le dernier dépôt sera pris en compte.

Le report de la date limite de dépôt des offres décale d'autant le délai de validité des offres qui, en principe, démarre à partir de cette date de remise.

A noter

Si des visites sont prévues, le DCE doit être modifié afin de prendre en compte les nouvelles dates de visite et de laisser suffisamment de temps entre le déroulement de ces visites et le nouveau délai de dépôt des offres.

Si l'acheteur estime que cette visite n'est finalement pas indispensable, il modifie le règlement de consultation, et en informe les entreprises par avis modificatif ou par information aux candidats ayant retiré un dossier ou ayant remis une candidature ou une offre.

Si, après avoir pris toutes les mesures nécessaires pour contacter chaque soumissionnaire, certains n'acceptent pas de maintenir leur offres, l'autorité contractante peut poursuivre la procédure avec les seuls soumissionnaires qui ont accepté la prorogation du délai de validité de leur offre.

La remise d'un nouvel acte d'engagement en procédure négociée vaut accord implicite des candidats quant à la prorogation du délai de validité des offres (cf. fiche de la Direction des affaires juridiques du ministère de l'Économie et des Finances, [Les conséquences de la crise sanitaire sur la commande publique Questions-réponses](#)).

Modification en cours de procédure des modalités de mise en concurrence

L'article 3 de l'ordonnance du 25 mars 2020 prévoit également la possibilité pour l'acheteur public de modifier en cours de procédure les modalités de mise en concurrence prévues dans les documents de la consultation des entreprises.

Cette disposition s'applique sous la condition que les modalités initialement prévues dans les documents de la consultation des entreprises ne peuvent être respectées par l'acheteur public.

A noter

Il faut donc une impossibilité objective pour l'acheteur de mettre en œuvre ces modalités.

Il ne s'agit donc pas d'opérer des modifications non indispensables, mais de simples ajustements rendus nécessaires pour faire face à la situation de crise sanitaire.

Par application des articles 2 et 3 de l'ordonnance du 25 mars 2020, seraient possibles les modifications suivantes :

- les prolongations des délais de remise des candidatures ou des offres ;
- 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.

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 (cf. fiche DAJ/MINEFE - [Les conséquences de la crise sanitaire sur la commande publique Questions-réponses](#)).

Ces aménagements devront être effectués dans le respect du principe d'égalité de traitement des candidats.

Prolonger les contrats arrivant à terme et lancer de nouvelles procédures

La prolongation des contrats

Les contrats arrivant à terme peuvent être prolongés par avenant, s'il n'est pas possible d'organiser de nouvelles mises en concurrence (Ord., 25 mars 2020, art. 4).

Cette prolongation peut concerner également les accords-cadres et, dans ce cas, la prolongation peut aller au-delà de la durée de 4 ans définie dans le Code de la commande publique (ou de 7 ans pour les accords-cadres concernant les marchés de défense ou de sécurité).

A noter

Cette prolongation ne peut pas excéder la période de la crise augmentée de la durée nécessaire à la mise en œuvre d'une procédure de mise en concurrence à l'issue de son expiration.

La relance de nouvelles procédures

Les acheteurs doivent s'interroger au cas par cas sur l'opportunité et la nécessité de lancer leur procédure de passation.

Compte tenu de la situation actuelle, des dispositions du Code de la commande publique peuvent être mises en œuvre pour déroger aux règles relatives aux délais de procédure et même à l'obligation de publicité et mise en concurrence.

En cas d'urgence, le Code de la commande publique permet de réduire les délais de procédure en appel d'offres et en procédure négociée à 15 jours pour la réception des candidatures et 10 jours pour les offres (appel d'offres restreint et marchés négociés avec mise en concurrence) et 15 jours pour les appels d'offres ouverts (CCP, art. R. 2161-3, R. 2161-8 et R. 2161-15, 3°).

L'urgence doit être justifiée par la référence à la crise sanitaire actuelle mais également caractérisée au regard principalement de l'objet du marché.

En cas d'urgence impérieuse qui ne serait pas compatible avec ces délais réduits, les dispositions des articles L. 2122-1 et R. 2122-1 du CCP permettent aux acheteurs publics de passer un marché public sans publicité ni mise en concurrence préalables.

Les conditions sont les suivantes :

- le caractère d'urgence impérieuse ;
- l'imprévisibilité pour l'acheteur public ;
- une condition d'extériorité de l'événement par rapport à l'acheteur public ;
- l'incompatibilité de la situation avec les délais exigés par les procédures formalisées.

Réunir la CAO en période de crise sanitaire

L'ordonnance n° 2020-347 du 27 mars 2020 adaptant le droit applicable au fonctionnement des établissements publics et des instances collégiales administratives pendant l'état d'urgence sanitaire pose les conditions dérogatoires permettant de réunir les organes collégiaux pendant cette période de crise.

Les commissions d'appel d'offres des collectivités sont également concernées.

Il est donc possible d'organiser des réunions soit au moyen d'une conférence téléphonique ou audiovisuelle, soit par tout procédé assurant l'échange d'écrits transmis par voie électronique permettant un dialogue en ligne ou par messagerie.

Les observations émises par chacun des membres sont immédiatement communiquées à l'ensemble des autres membres participants ou leur sont accessibles, de façon qu'ils puissent y répondre pendant le délai prévu, afin d'assurer le caractère collégial de celle-ci.

A noter

Ces organes, collèges, commissions et instances peuvent, pour l'adoption de mesures ou avis présentant un caractère d'urgence, se réunir et délibérer valablement alors que leur composition est incomplète et nonobstant les règles de quorum qui leur sont applicables.

Cette absence de quorum ne peut s'appliquer que pour les décisions présentant un caractère d'urgence, et uniquement pendant la période courant du 12 mars 2020 jusqu'à l'expiration de l'état d'urgence sanitaire déclaré par l'article 4 de la loi du 23 mars 2020 augmenté d'une durée d'un mois.

► Mettre en place des clauses facilitant l'exécution des marchés

Les mesures à la disposition des acheteurs

Pour soulager la trésorerie des entreprises, l'ordonnance du 25 mars 2020 permet aux acheteurs de porter le taux des avances à un montant supérieur à 60 % du montant du marché ou du bon de commande. Cette mesure permet ainsi de déroger à l'article L. 2193-3 du Code de la commande publique qui s'oppose à ce que ces clauses puissent être modifiées en cours d'exécution.

Par ailleurs, la constitution d'une garantie à première demande peut ne pas être exigée (Ord., 25 mars 2020, art. 5). Cela suppose la conclusion préalable d'un avenant si le marché est en cours.

D'autres mesures sont adoptées en cas de difficultés d'exécution des contrats résultant de la crise sanitaire lorsque le titulaire est dans l'impossibilité d'exécuter tout ou partie de son contrat.

L'État a reconnu le coronavirus comme un cas de force majeure pour ses marchés publics.

L'ordonnance du 25 mars 2020 propose des mesures d'adaptation des règles d'exécution des marchés publics qui seront utilement utilisées pour les marchés en cours.

Ainsi, lorsque le titulaire 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, il ne peut pas être sanctionné, ni se voir appliquer les pénalités contractuelles, ni voir sa responsabilité contractuelle engagée pour ce motif (Ord., 25 mars 2020, art. 6).

Il est également possible de conclure un marché de substitution avec un tiers pour des prestations qui ne peuvent souffrir d'aucun retard et nonobstant toute cause d'exclusivité mais en aucun cas aux frais et risques du titulaire du marché initial.

A noter

L'acheteur peut prévoir une indemnisation du titulaire des dépenses déjà engagées en cas d'annulation d'un bon de commande ou de résiliation du marché.

Dans le cas d'une suspension d'un marché à prix forfaitaire, il est possible de prévoir un règlement sans délai des prestations. À l'issue de la suspension un avenant déterminera les conditions de modification du contrat, sa reprise ou sa résiliation ainsi que les sommes dues au titulaire (ou à l'acheteur le cas échéant).

La disposition de l'ordonnance constitue une dérogation à la règle du service fait. Le paiement des échéances doit continuer, selon la périodicité prévue, quand bien même les prestations du contrat sont suspendues temporairement, ou ne sont que partiellement exécutées.

Lors de la reprise de l'exécution du contrat, à l'issue de l'état d'urgence sanitaire, un avenant devra déterminer les modifications du contrat rendues nécessaires, acter sa reprise ou procéder à sa résiliation. Au regard des prestations effectivement réalisées et des sommes forfaitaires versées par l'acheteur, l'avenant devra également préciser les sommes éventuellement dues au titulaire ou, au contraire, les sommes dues par ce dernier à l'acheteur.

A noter

En cas de suspension de l'exécution des travaux, le pouvoir adjudicateur prend un ordre de service qui doit être écrit, daté, numéroté et adressé au titulaire du marché par lettre recommandée avec accusé de réception ou par tout moyen équivalent permettant d'obtenir une date certaine de réception (CCAG Travaux, art. 8).

Une fois la décision de suspension de l'exécution du marché prise, il doit être procédé à la constatation des ouvrages et parties d'ouvrages exécutés et des matériaux approvisionnés. La date de la constatation est déterminée par le maître d'œuvre. Cette constatation doit être contradictoire et donner lieu à la rédaction immédiate d'un constat. L'entrepreneur dispose de la faculté de signer le constat avec réserves.

Les demandes des titulaires de marché

En cas de difficultés d'exécution, lorsque les délais prévus par le contrat ou d'autres obligations ne peuvent pas être respectés, le titulaire du marché, avant l'expiration du contrat, peut faire une demande expresse. Dans ce cas, le contrat peut être prolongé d'une durée équivalente, au moins à celle de la crise sanitaire augmentée de deux mois.

Le titulaire peut également demander une indemnisation des dépenses engagées d'un marché ou bon de commande résilié du fait de l'état d'urgence sanitaire.

Si le titulaire adresse une demande de suspension, l'acheteur n'est pas tenu d'y faire droit systématiquement.

La décision de suspension doit être prise au cas par cas. 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.

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 (cf. fiche DAJ/MINEFE - [Les conséquences de la crise sanitaire sur la commande publique Questions-réponses](#)).

Références juridiques

- 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
- Ordonnance 2020-347 du 27 mars 2020 adaptant le droit applicable au fonctionnement des établissements publics et des instances collégiales administratives pendant l'état d'urgence sanitaire
- Code de la commande publique
- Loi n° 2020-290 du 23 mars 2020 d'urgence pour faire face à l'épidémie de Covid-19

Foire aux questions

Quels sont les contrats concernés par l'ordonnance du 25 mars 2020 ?

L'ordonnance du 25 mars 2020 indique qu'elle s'applique à tous les contrats de la commande publique en cours ou conclus entre le 12 mars et l'expiration d'un délai de deux mois suivant la fin de l'état d'urgence sanitaire.

Quelle est la période d'effet de l'ordonnance du 25 mars 2020 ?

L'ordonnance précise que les contrats concernés sont ceux en cours ou conclus durant la période courant du 12 mars 2020 jusqu'à la fin de l'état d'urgence sanitaire déclaré par la loi du 23 mars dernier augmentée d'une durée de deux mois.

Quelles sont les conditions de mise en œuvre de l'ordonnance du 25 mars 2020 ?

Ces mesures 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.

Il appartient donc toujours au cocontractant d'apporter tous les éléments de preuve des incidences de la crise sur les contrats en cours

Ces dispositions sont opposables nonobstant toute stipulation contractuelle contraire, notamment des différents CCAG, sauf si celles-ci sont plus favorables au cocontractant.

Comment procéder pour prolonger le délai de remise des plis ?

L'acheteur doit dans un premier temps publier un avis rectificatif.

Le DCE sera modifié en mettant en cohérence tous les délais avec le nouveau délai du dépôt des candidatures et des offres.

Il faudra informer les candidats qui ont retiré un DCE.

Si certains opérateurs ont déjà déposé une offre, ils pourront, s'ils le souhaitent, redéposer une offre et, dans ce cas, seule la dernière offre déposée sera examinée (CCP, art. R. 2151-6).

Que faire en cas d'impossibilité de signature électronique ?

Si l'obligation de signer électroniquement un marché public a été prévue dans le règlement de consultation et que le titulaire est dans l'impossibilité de procéder à cette signature du fait des mesures prises pour lutter contre la crise sanitaire actuelle, l'acheteur peut notifier le marché à partir d'un acte d'engagement signé de manière manuscrite et scanné. Une fois que la situation actuelle aura pris fin, l'acheteur devra récupérer les originaux signés afin de détenir une preuve parfaite des engagements contractuels (cf. fiche DAJ/MINEFE - Les conséquences de la crise sanitaire sur la commande publique Questions-réponses).

Pour aller + loin

Sites Internet

- [Conseil national de l'ordre des architectes](#)
- [Fédération nationale des travaux publics](#)
- [Coronavirus COVID-19 : Les mesures de soutien aux entreprises](#)
- [L'urgence dans les marchés publics](#)
- [La passation et l'exécution des marchés publics en situation de crise sanitaire](#)
- [Les conséquences de la crise sanitaire sur la commande publique Questions-réponses](#) : la Direction des affaires juridiques (DAJ) a publié le 30 mars une foire aux questions (FAQ) sur la passation et l'exécution des contrats de la commande publique pendant la période de crise sanitaire.