

26 mars 2020

Commande publique – Adaptation des règles de passation, de procédure ou d'exécution des contrats publics

L'Ordonnance 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, prise en application de l'article 11 de la loi n° 2020-290 du 23 mars 2020 d'urgence pour faire face à l'épidémie de covid-19, est parue au JO du 26 mars (ordonnance n°2020-319).

Son contenu incite les acheteurs à consentir un certain nombre d'assouplissements, avec pour objectif de protéger les opérateurs économiques et de permettre aux contrats de reprendre leur cours à l'issue de la crise sanitaire.

1. Champ d'application (article 1er)

Le champ d'application de l'Ordonnance est large, puisque ses dispositions s'appliquent *in fine* à tous les contrats suivants :

- Ceux, publics comme privés, soumis au code de la commande publique, en cours ou conclus à compter du 12 mars 2020, ce qui inclut les contrats de la commande publique conclus avant l'entrée en vigueur du Code de la commande publique sous le régime des textes antérieurs ;
- Les contrats administratifs qui ne sont pas soumis au code de la commande publique, comme par exemple les conventions d'occupation du domaine.

Elle a vocation à s'appliquer sur une période couvrant toute la durée de la crise sanitaire, augmentée de deux mois, ce qui devrait laisser le temps aux acheteurs et aux opérateurs d'anticiper la reprise des consultations ou contrats en cours.

Attention toutefois, l'application des dispositions de l'ordonnance devra être étudiée et justifiée au cas par cas, ces dispositions ne devant être mise 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* ».

Aucune automaticité, donc, des dispositions synthétisées ci-après.

En pratique, cela signifie que les souplesses offertes par l'ordonnance, notamment en termes de résiliation, ne pourront être mises en œuvre à la légère par les acheteurs ; et que les opérateurs qui



requerront la mise en œuvre des souplesses d'exécution en termes de délais et de non application subséquente des pénalités devront documenter leurs demandes.

2. L'aménagement des procédures de consultation en cours (articles 2 et 3)

L'Ordonnance prévoit deux types d'aménagements aux consultations en cours ayant pour objet l'attribution d'un contrat soumis au Code de la commande publique :

- Prolongation, pour une « *durée suffisante* », des délais de remise, sauf si « *les prestations objet du contrat ne peuvent souffrir aucun retard* ».

En pratique sur ce point, une marge d'appréciation est donc laissée aux acheteurs. Attention bien entendu aux échéances de remise les plus proches de la date de début du confinement, et aux consultations dans lesquelles une visite est rendue obligatoire ou dans lesquelles des prestations sont attendues. Rien n'empêche par ailleurs les candidats de demander des reports appropriés.

Sur les modalités de mise en œuvre, pourront être nécessaire(s) la publication d'un avis rectificatif, voire une demande de prolongation du délai de validité des offres (à obtenir alors de tous les candidats en lice).

- Aménagement, « *dans le respect du principe d'égalité de traitement des candidats* », des modalités de mise en concurrence initialement prévues au dossier de consultation ne pouvant « *être respectées par l'autorité contractante* ».

On pense bien entendu aux procédures impliquant des échanges avec les candidats, qui ne pourraient pas se tenir en présentiel du fait du confinement. La question sera alors de savoir s'il est possible, ou plus pertinent, de remplacer les rencontres par des visioconférences par exemple, ou s'il est préférable de prolonger les délais de procédure, étant rappelé que la même mesure devra être prise à l'égard de l'ensemble des candidats.

3. L'aménagement des délais contractuels et des pénalités (articles 4 et 6, 1° et 2°)

En complément des mesures de prolongation des délais de consultation, l'Ordonnance autorise la prolongation de la durée des contrats qui arriveraient à échéance pendant sa période d'application, y compris au-delà de la durée maximale de quatre ans pour les accords cadre, et sans examen préalable pour les concessions.

Un garde fou est néanmoins prévu : cette prolongation ne peut excéder la durée nécessaire à une remise en concurrence à l'issue de la période d'application de l'ordonnance (fin du confinement + 2 mois).



Par ailleurs, deux cas particuliers « *de difficultés d'exécution du contrat, [...] nonobstant toute stipulation contraire, à l'exception des stipulations qui se trouveraient être plus favorables au titulaire du contrat* », sont prévus : l'impossibilité d'exécution ou l'impossible respect des délais contractuels.

Dans ces hypothèses, et sous réserve qu'il démontre que l'exécution du contrat ou d'un bon de commande, ou son exécution dans les délais contractuels « *nécessiterait des moyens dont la mobilisation ferait peser sur [lui] une charge manifestement excessive* », le titulaire peut se voir octroyer une prolongation des délais d'exécution sur demande de sa part (ce délai ne pouvant là encore excéder le délai d'application de l'Ordonnance), et ne peut ni être sanctionné ni voir sa responsabilité contractuelle engagée en cas de non exécution des prestations objet du contrat ou de retard d'exécution.

En contrepartie, l'acheteur peut, pour ses besoins « *ne pouvant souffrir d'aucun retard* », et même en présence d'une clause d'exclusivité, faire exécuter, à ses frais, les prestations par un tiers dans le cadre d'un marché de substitution.

4. L'encadrement des conséquences financières des mesures de suspension et de résiliation prises en application de la crise sanitaire (article 6)

Enfin, dans la perspective de protéger les opérateurs titulaires en cas de difficultés d'exécution, et toujours « *nonobstant toute stipulation contraire, à l'exception des stipulations qui se trouveraient être plus favorables au titulaire du contrat* », l'Ordonnance prévoit les conséquences financières de certaines mesures :

- En cas de résiliation ou d'annulation d'un bon de commande consécutives à l'état d'urgence sanitaire (ce lien de cause à effet ayant vocation à être justifié), « *le titulaire peut être indemnisé, par l'acheteur, des dépenses engagées* ».
A noter que dans un certain nombre de contrats, globaux ou concessifs en particulier, l'indemnisation en cas de résiliation pour force majeure prolongée va au-delà de la stricte indemnisation des dépenses engagées ; dans la mesure où une telle stipulation doit être regardée comme « plus favorable » au titulaire du contrat que celle prévue par l'Ordonnance, elle devrait pouvoir continuer à s'appliquer.
- En cas de suspension par l'acheteur de l'exécution d'un marché forfaitaire, « *il procède sans délai au règlement du marché selon les modalités et pour les montants prévus par le contrat* ». A l'issue de la suspension, les parties procèdent par avenant aux modifications éventuellement nécessaires et en tirent les conséquences financières.
Ces dispositions ne disent pas si le paiement doit concerner les prestations réellement exécutées, conformément à la règle du service fait, ce qui pourra nécessiter un constat contradictoire réalisé selon des modalités adaptées aux circonstances actuelles, ou, à titre exceptionnel, le règlement de l'intégralité des prestations correspondant au forfait.



- En cas de suspension, par le concédant, d'une concession, « *tout versement d'une somme au concédant est suspendu et, si la situation de l'opérateur économique le justifie et à hauteur de ses besoins, une avance sur le versement des sommes dues par le concédant peut lui être versée* ».

Cette règle peut concerner, respectivement, les versements par le concessionnaire de redevances ou de quotes-parts des rémunérations perçues sur les usagers, ou les versements par le concédant de subventions pour charges de service public.

Par ailleurs, si le concédant « *est conduit à modifier significativement les modalités d'exécution prévues au contrat, le concessionnaire a droit à une indemnité destinée à compenser le surcoût qui résulte de l'exécution, même partielle, du service ou des travaux, lorsque la poursuite de l'exécution de la concession impose la mise en œuvre de moyens supplémentaires qui n'étaient pas prévus au contrat initial et qui représenteraient une charge manifestement excessive au regard de la situation financière du concessionnaire* ».

En définitive, sans que la notion de force majeure ne soit finalement abordée, le ton est donné : les acheteurs sont en tous les cas invités, dans le cadre des mesures qu'ils appliqueront en conséquence de la crise sanitaire, à protéger financièrement leurs co-contractants. Des échanges constructifs devront être privilégiés pour que soient mises en œuvre des mesures adéquates et proportionnées, et permettre la poursuite / reprise des contrats à l'issue de la période couverte par l'ordonnance.

Pour plus d'information, notre équipe se tient mobilisée pour répondre à vos questions :



Nathalie Sultan
Associée
sultan@dsavocats.com



Philippe Zeller
Associé
zeller@dsavocats.com



Clémentine Liet-Veaux
Collaboratrice
lietveaux@dsavocats.com