

1^{er} avril 2020

*Ordonnance n°2020-319 du 25 mars 2020
Décryptage mesures d'adaptation des règles de passation et d'exécution
des contrats publics pendant la crise sanitaire*



Un texte applicable à l'ensemble des contrats publics

Afin de faire face aux conséquences économiques, financières et sociales inhérentes à la propagation de l'épidémie de COVID-19 et aux conséquences des mesures prises pour limiter cette propagation, la loi du 23 mars 2020 relative à l'état d'urgence sanitaire a autorisé le gouvernement à prendre par ordonnance toute mesure adaptant les règles de passation et d'exécution prévues par le Code de la commande publique ainsi que les stipulations des contrats publics ayant un tel objet.

D'emblée, précisons que ces mesures ne peuvent être mises en œuvre qu'en tant qu'elles sont nécessaires pour faire face aux conséquences de la propagation de l'épidémie de COVID-19 et des mesures prises pour limiter une telle propagation.

Article 1^{er} : Un champ d'application large

L'ensemble des contrats de la commande publique sont concernés, c'est-à-dire les **marchés publics** et les **concessions**, y compris celles qui sont exclues du champ d'application des directives européennes.

La notion de « *contrat public* » mentionnée dans la loi d'habilitation ne se limite pas aux contrats administratifs. Elle englobe l'ensemble des contrats de la sphère publique. Sont ainsi inclus les contrats des personnes publiques ainsi que ceux conclus par les personnes morales de droit privé qui répondent à la définition du pouvoir adjudicateur ou d'entité adjudicatrice au sens des articles L. 1211-1 et L. 1212-1 de la Commande publique (CCP).

La loi d'habilitation permet le règlement de difficultés liées à l'épidémie de COVID-19 :

- ✓ Non seulement *pour les contrats conclus après l'entrée en vigueur de l'ordonnance du 23 mars 2020* ;
- ✓ Mais surtout, *pour les contrats en cours*.

De fait, l'ordonnance a un caractère rétroactif : elle s'applique aux contrats qui étaient en cours d'exécution au 12 mars 2020.

S'agissant des procédures de passation des contrats, les dispositions de l'ordonnance s'appliquent aussi bien aux **procédures en cours** qu'à **celles qui sont lancées pendant la crise sanitaire**. Le champ d'application est donc large.

Articles 2 et 3 : L'aménagement des procédures de passation en cours

Deux outils d'aménagement des consultations en cours ayant pour objet l'attribution d'un contrat soumis au Code de la commande publique sont prévus par l'ordonnance :

- ✓ *La prolongation, pour une « durée suffisante », des délais de remise des candidatures comme des offres.*

La durée de cette prolongation est déterminée par l'acheteur public au regard notamment de la complexité des dossiers à constituer.

Une exception est néanmoins prévue : si la satisfaction du besoin ne peut être retardée, l'acheteur public peut décider de ne pas consentir un délai supplémentaire.

Une marge d'appréciation est donc laissée aux acheteurs mais, attention, les échéances de remise les plus proches de la date de début du confinement, ainsi que les consultations pour lesquelles une visite de site est obligatoire impliqueront une vigilance particulière et, le plus souvent, un report du délai de remise.

Les candidats pourront également être force de proposition en sollicitant un report approprié.

S'agissant des modalités de mise en œuvre, précisons que le délai de validité des offres peut ne pas avoir à être modifié dans la mesure où celui-ci court à compter de la date limite de remise des offres. Pour autant, si un tel report était nécessaire, il conviendrait de recueillir l'accord des candidats.

S'agissant du délai de remise comme du délai de validité des offres, **les documents de la consultation devront être modifiés en conséquence**.

- ✓ *L'aménagement, « dans le respect du principe d'égalité de traitement des candidats », des modalités de mise en concurrence initialement prévues dans le dossier de consultation et qui ne pourraient « être respectées par l'autorité contractante ».*

Ainsi, par exemple, les réunions de négociation en présentiel prévues par le Règlement de la consultation pourront être remplacées par des réunions en visioconférence.

Il s'agira toutefois pour l'acheteur de s'assurer, au préalable, que les nouvelles modalités mises en place ne sont pas attentatoires à l'égalité de traitement des candidats. Ainsi, l'acheteur devra s'assurer que tous les candidats sont en mesure de poursuivre la procédure selon les nouvelles modalités arrêtées.

Article 6 1° : La prolongation des contrats

L'ordonnance autorise par ailleurs **la prolongation de la durée des contrats qui arriveraient à échéance du 12 mars au 24 mai 2020** (date de fin de l'état d'urgence sanitaire à ce jour), y compris au-delà de la durée maximale de 4 ans pour les accords-cadres, et sans examen préalable pour les concessions soumises à une durée maximale (Article L. 3114-8 du CCP).

Attention toutefois : cette prolongation ne pourra excéder la durée nécessaire à une remise en concurrence à l'issue de la période de deux mois d'application de l'ordonnance.

Cette hypothèse de prolongation est donc circonscrite.

Notons enfin que si l'état d'urgence sanitaire, arrivant à échéance, en l'état, le 24 mai 2020, devait être prorogé par le législateur, une nouvelle prolongation du contrat pourrait être envisagée.

Article 6 2° : L'aménagement des pénalités

Lorsque l'exécution d'un contrat est rendue impossible du fait de l'épidémie ou des mesures prises par l'administration pour y faire face, notamment lorsqu'il démontre qu'il ne dispose pas des moyens suffisants ou que leur mobilisation entraîne pour lui une charge manifestement excessive, le cocontractant ne peut se voir appliquer aucune sanction.

L'on pense en particulier aux pénalités de retard ou toutes autres pénalités contractuelles.

Le contrat ne peut davantage être résilié pour faute.

Enfin, la responsabilité contractuelle du titulaire ne pourra être recherchée par l'acheteur.

Une relative bienveillance est donc de mise à l'égard des entreprises.

En contrepartie, l'acheteur public peut, pour ses besoins « *ne pouvant souffrir d'aucun retard* », et même en présence d'une clause d'exclusivité, conclure un marché de substitution avec une entreprise tierce.

Dans ce cas, les prestations seront exécutées par ce tiers aux seuls frais de l'acheteur. La responsabilité de ce dernier ne pourra être recherchée par le titulaire.

Article 6 : L'encadrement des conséquences financières des mesures de suspension et de résiliation prises en application de la crise sanitaire

Afin de protéger les opérateurs économiques en cas de difficulté d'exécution, et toujours même en présence d'une stipulation contraire, « *à l'exception des stipulations qui se trouveraient être plus favorables au titulaire du contrat* », l'ordonnance aménage les conséquences financières de certaines mesures :

- ✓ En cas de résiliation ou d'annulation d'un bon de commande consécutive à l'état d'urgence sanitaire => « *le titulaire peut être indemnisé par l'acheteur des dépenses engagées* » ;
- ✓ En cas de suspension par l'acheteur de l'exécution d'un marché forfaitaire => ce dernier est tenu de procéder 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.

Il n'est pas précisé cependant si le paiement doit concerner :

- *Soit les prestations réellement exécutées, conformément à la règle du service fait, ce qui pourrait nécessiter un constat contradictoire réalisé selon des modalités ajustées en fonction des circonstances particulières actuelles ;*
- *Soit, à titre exceptionnel, l'intégralité des prestations correspondant au forfait.*

L'ordonnance aurait mérité d'être plus précise à cet égard.

- ✓ 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 disposition peut concerner :

- o les versements par le concessionnaire de redevance ou de quote-part des rémunérations perçues par les usagers,
- o les versements par le concédant de subventions venant en compensation des obligations de service public assumées par le concessionnaire.

Par ailleurs, si l'autorité concédante est conduite « à *modifier significativement les modalités d'exécution prévues au contrat* », le concessionnaire a droit à une indemnité venant en compensation du 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* ».

La notion de force majeure n'est finalement pas abordée, ce qui peut surprendre compte tenu des nombreuses annonces faites par le Gouvernement à ce propos.

En tout état de cause, **les acheteurs publics sont invités, dans le cadre des mesures qui seront appliquées en raison de la crise sanitaire, à protéger leur cocontractant sur le plan financier.**

Une certaine bienveillance est donc de mise.

Des échanges directs entre l'acheteur et le cocontractant devront être privilégiés afin d'ajuster au mieux les mesures à prendre face à la situation exceptionnelle que nous traversons et, ainsi, permettre la poursuite ou la reprise des contrats à l'issue de la période couverte par l'ordonnance, c'est-à-dire, à ce jour, le 24 mai 2020.

*

En définitive, cette ordonnance instaure quelques mesures de souplesse permettant aux collectivités de faire face à la situation inédite et exceptionnelle que nous connaissons.

Ces mesures, pour leur plus large part, sont favorables aux entreprises.

Pour autant, l'arsenal juridique existant est, dans bien des cas, d'un plus grand secours pour déterminer la ligne de conduite à tenir par les collectivités publiques en cette période, notamment :

- théorie de la *gestion des affaires courantes*
- théorie des *circonstances exceptionnelles*.



Le Cabinet CAP-Conseil Affaires Publiques reste mobilisé à vos côtés !