

L'ordonnance « urgence » et le code de la commande publique : Entre confirmations, innovations et responsabilisation

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.

L'essentiel (art. 1)

L'Ordonnance confirme tout d'abord que les mesures seront applicables sous réserve de justifier, au cas par cas de la nécessité d'y recourir sous l'influence de la crise sanitaire. Le rapport et la stricte lecture de l'article 1 alinéa 2 ne laisse pas de place au doute.

Elle tempère la position de la DAJ qui invitait à reconnaître à la crise sanitaire les caractéristiques de la force majeure. L'ordonnance n'utilise pas l'expression de « force majeure » lui préférant « la nécessité de faire face ». L'effet est le même, du moins en droit. Comme de nombreux juristes, dont nous sommes, l'ont déjà écrit, l'invocation de la force majeure sera à justifier, et ne concerne que l'exécution.

Bien que le rapport ne traite pratiquement que de l'exécution, l'ordonnance décline ensuite, chronologiquement, les nécessaires adaptations selon qu'elles concernent une consultation en cours (art. 2 et 3) ou un contrat en cours d'exécution (art. 4 à 6).

Consultations en cours – adaptation obligatoire des délais (art.2)

L'analyse des règles prévues pour la passation souligne la volonté de ne pas geler complètement la commande publique, de ne pas renvoyer systématiquement à la fin de la crise sanitaire la poursuite des consultations.

Par consultation « en cours », il faut retenir celles pour lesquelles l'attributaire n'est pas encore désigné.

Pour les consultations qui auraient reçu, selon leur stade d'avancement, les candidatures ou les offres en nombre suffisant, il semble possible de considérer que les délais n'ont pas à être prorogés.

Pour les autres consultations en cours, les plus nombreuses, ou bien l'urgence commande de maintenir les délais, ou bien l'absence d'urgence rend obligatoire la prorogation des délais.

Les délais initiaux ne peuvent être maintenus qu'en cas d'urgence caractérisée et justifiée, le texte limitant son application «aux « prestations (qui) ne doivent pouvoir souffrir aucun retard ».

Sauf urgence, l'Ordonnance impose donc aux acheteurs de proroger les délais de candidature et de remise des offres « d'une durée suffisante ». Comme cette dernière faculté existait déjà en l'état des textes en vigueur, on doit retenir qu'il s'agit bien ici d'une obligation, même si le délai suffisant est laissé à l'appréciation de l'acheteur.

Bien que le texte ne le précise pas, il est logique de considérer que les délais doivent être prorogés pour permettre l'efficacité de la commande publique, la mise en concurrence et l'égalité des candidats à participer. L'acheteur devra apprécier le caractère « suffisant » du délai et de sa prorogation, sous le contrôle du juge. Il y aura donc un risque d'annulation de la procédure sur recours de tout candidat potentiel qui exposerait que compte tenu de délais insuffisants au regard des contraintes induites par la crise sanitaire, il n'a pas pu participer.

Rien ne semble s'opposer à ce que la faculté de reporter les délais soit mise en œuvre plusieurs fois pour la même consultation.

Consultations en cours – adaptation facultative des autres règles (art.3)

L'article 3 offre la possibilité aux acheteurs d'adapter les règles en cours de consultation. Comme il ne s'agit pas de revenir sur les délais, objet de l'article 2, il faut considérer qu'il s'agit des autres règles de la consultation, celles particulières prévues au RC. (négociations, visite de site obligatoire, format des réponses, maquettes, échantillon, **voire critères de jugement** etc.). là encore, l'adaptation devra être justifiée au double regard des principes directeurs de la commande publique et de l'influence de la crise sanitaire.

Rien n'est dit sur les consultations pour lesquels les offres ont déjà été remises. C'est donc le droit commun qui s'applique. L'acheteur conserve la faculté de proroger le délai de validité des offres avec l'accord préalable des opérateurs et sans avoir à justifier de l'influence de la crise sanitaire...solution qu'il faudra utiliser, par exemple, faute de pouvoir réunir une CAO.

Prolongation par avenant des contrats en cours (art.4)

La mesure concerne les contrats arrivant à expiration entre les dates suivantes :

- ❑ **Date de départ : le 12 mars 2020**
- ❑ Date d'expiration : deux mois à compter du 24 mars 2020 (en application de l'article 4 de la loi n° 2020-290 du 23 mars 2020 d'urgence pour faire face à l'épidémie de covid-19, période à laquelle est ajoutée une période supplémentaire de deux mois, soit **jusqu'au 24 juillet 2020**).

Le motif de la prolongation est limité à l'impossibilité, liée à la crise sanitaire, d'organiser une procédure de mise en concurrence et de désigner un nouveau prestataire avant l'expiration du contrat précédent.

Ce motif surprend car, quel que soit le contrat, les acheteurs doivent systématiquement anticiper la remise en concurrence de leurs contrats, obligation qui renvoie à l'obligation de détermination préalable des besoins applicable quel que soit le contrat.

Suivant les contrats, la remise en concurrence s'étale en règle générale sur une période comprise entre 4 mois (pour des marchés publics correspondant par exemple à des besoins répétitifs) et 18 mois (lorsqu'il s'agit de remettre en concurrence un contrat de concession complexe).

L'acheteur devra donc justifier que l'impossibilité de mise en concurrence est due aux conséquences de l'épidémie de Covid 19 et n'est pas le résultat de son impréparation.

On pense donc en priorité aux consultations en cours, impactées significativement par la crise sanitaire.

L'article 4 comporte des mesures particulières à destination de contrats spécifiques :

- Il peut être dérogé par avenant à la durée maximale des accords-cadres qui est de 4 ans pour les pouvoirs adjudicateurs et de 8 ans pour les entités adjudicatrices
- Les avenants aux contrats de concession dans le domaine de l'eau, de l'assainissement et des déchets qui auraient pour effet de prolonger le contrat initial pour une durée totale supérieure à 20 ans sont dispensés de l'examen préalable du directeur départemental des finances publiques.

Le texte ne précise pas si les collectivités locales et leurs groupements restent tenus de saisir selon le cas, la commission d'appel d'offres (art. L.1414-4 CGCT) ou la commission de délégation de service public (art. L.1411-6 CGCT) de leur projet d'avenant qui entraînerait une augmentation globale de 5%. Cette simplification dans la situation actuelle de confinement aurait été pertinente.

L'article précise enfin que « *dans tous les cas, la durée de cette prolongation ne peut excéder celle de la période prévue à l'article 1^{er}, augmentée de la durée nécessaire à la remise en concurrence à l'issue de son expiration* ». La rédaction interroge encore car elle laisse à penser que la période correspondant à l'état d'urgence sanitaire est neutralisée, alors que l'on peut raisonnablement penser que l'acheteur est en mesure durant cette période de préparer la remise en concurrence de ses contrats.

Libéralisation des avances (art. 5)

La mesure est destinée à soutenir les entreprises qui du fait du ralentissement de l'activité économique causé par la crise sanitaire ont des difficultés de trésorerie.

Le taux de l'avance peut être porté à un montant supérieur à 60 % du montant du marché ou du bon de commande, sans plafond maximum et peut donc en théorie correspondre à l'intégralité du marché.

Et il n'est plus exigé la constitution de garanties à première demande pour les avances supérieures à 30 %. Cette mesure devra être utilisée avec discernement afin d'éviter d'être exposés au risque de non-remboursement des avances. Limité à la garantie à 1^{ère} demande, l'exclusion n'interdit donc pas, en théorie, de solliciter du titulaire la fourniture d'une caution personnelle et solidaire.

La mesure concerne les contrats en cours, il aurait été opportun de la rendre explicitement applicable aux contrats à conclure, sauf à imaginer qu'il s'agit de la modification d'une règle rendue possible au titre de l'article 3.

Difficultés d'exécution

L'article 6 comporte une série de dispositions visant à protéger le titulaire dans l'exécution du contrat au cours de la période de crise sanitaire :

- **L'allongement des délais contractuels** d'une durée correspondant à l'état d'urgence sanitaire est systématisé. Néanmoins, il appartient au titulaire de formaliser une demande d'allongement, celle-ci devant intervenir *avant l'expiration du délai contractuel*. Le texte est flou sur le cas d'un délai contractuel venu à expiration entre le 12 mars 2020 et la date d'entrée en vigueur de l'ordonnance. **Il aurait été judicieux de couvrir également cette période.**
- **L'inapplication des pénalités contractuelles et possibilité de passer un marché de substitution** : le titulaire est dégagé de ses obligations contractuelles s'il démontre qu'il ne dispose pas des moyens suffisants ou que leur mobilisation ferait peser sur lui une charge manifestement excessive. L'insuffisance des moyens doit résulter de la situation engendrée par l'état d'urgence sanitaire, elle ne doit pas être imputable au prestataire qui n'aurait pas mis en œuvre des moyens suffisants. Dans ce cas de figure, l'acheteur peut conclure un marché de substitution en s'appuyant sur les nouvelles dispositions prévues par l'ordonnance en matière de passation de marché.
- **Indemnisation des dépenses engagées en cas d'annulation d'un bon de commande ou de résiliation de marché.** L'indemnité à laquelle peut prétendre le titulaire est celle correspondant aux dépenses utilement engagées pour l'exécution du contrat, à l'exclusion du bénéfice manqué. Le fondement indemnitaire n'est donc pas celui d'une résiliation pour motif d'intérêt général dans laquelle le titulaire peut prétendre non seulement à la prise en compte des pertes subies mais aussi du gain manqué.

Règlement provisoire de l'intégralité du prix du marché à prix forfaitaire dont l'exécution est suspendue. Certainement la mesure la plus conséquente pour les finances publiques selon l'état d'avancement du marché, et la plus favorable à la trésorerie de l'entreprise. Attention, si la reprise de l'exécution s'avère impossible, l'entreprise devra rendre l'éventuel trop perçu au regard de l'avancement réel du Marché.

Suspension de l'exécution des concessions et des obligations financières du concessionnaire. Les secteurs d'activité concernés sont notamment le tourisme et les activités culturelles. Cette disposition concerne, le cas échéant, le paiement des redevances liées à l'occupation du domaine public, à l'intéressement du concédant. De façon plus inattendue, le texte prévoit que le contrat peut prévoir le versement d'une avance par le concédant sur les sommes dues au concessionnaire, ce qui devrait essentiellement concerner les investissements à réaliser par ce dernier.

Indemnisation des surcoûts en cas de modification unilatérale du contrat de concession. Application de la jurisprudence du droit au maintien de l'équilibre financier du contrat en cas de modification unilatérale du contrat de concession, (CE, 27 octobre 2010, Syndicat intercommunal des transports publics de Cannes Le Cannet Mandelieu la Napoule, n°318617), aux hypothèses de modification rendues nécessaires par la crise sanitaire.

Vos contacts



Gilles LE CHATELIER

Bureau de Lyon

TL + 33 (0)4 72 41 15 75
Mob +33 (0)6 24 62 02 29

Email : gilles.lechatelier@adamas-lawfirm.com



Laurent SERY

Bureau de Paris

TL + 33 (0)1 53 45 92 22
Mob +33 (0)6 28 52 20 40

Email : laurent.sery@adamas-lawfirm.com



Romain GRANJON

Bureau de Lyon

TL + 33 (0)4 72 41 15 75
Mob +33 (0)6 80 23 48 61

Email : romain.granjon@adamas-lawfirm.com



Philippe NUGUE

Bureau de Lyon

TL : 33 (0)4 72 41 15 75

Email : philippe.nugue@adamas-lawfirm.com



Xavier HEYMANS

Bureau de Bordeaux

TL : + 33 (0)5 57 83 73 16

Email : xavier.heyman@adamas-lawfirm.com



Benjamin BOITON

Bureau de Marseille

TL : +33 (0)4 91 01 95 26

Email : benjamin.boiton@adamas-lawfirm.com

Rédacteurs de cette newsletter



Philippe NUGUE

Bureau de Lyon

TL : 33 (0)4 72 41 15 75

Email : philippe.nugue@adamas-lawfirm.com



Bruno MOUNIER

Avocat collaborateur