

## NOTE JURIDIQUE – COMMANDE PUBLIQUE ET COVID-19

De : Maître Aldo SEVINO (Cabinet ASEA)

Date : Le 27 mars 2020

Objet : Les contrats de la commande publique à l'épreuve du Covid-19

La crise sanitaire qui touche actuellement la France et une partie du reste du monde, engendre pour les entreprises des difficultés exceptionnelles d'exécution de leurs engagements contractuels, notamment dans le cadre de leurs marchés publics.

Prenant acte de l'ampleur du problème, L'État français s'est engagé assouplir les conditions de passation et d'exécution des marchés publics et des autres contrats de la commande publique.

A cet effet, l'article 11 de la loi n° 2020-290 du 23 mars 2020 dite « *Loi Covid-19* », autorise le Gouvernement Français à prendre par ordonnance, toute mesure relevant du domaine de la loi, pour 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* ».

Sur ce fondement, le Gouvernement a adopté, le 25 mars 2020, une ordonnance n° 2020-319 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 qui déroge temporairement aux règles de l'achat public est applicable rétroactivement à partir du 12 mars 2020 jusqu'à la fin de l'état d'urgence sanitaire, augmentée d'une durée de deux mois (article 1<sup>er</sup> de l'ordonnance). Plus précisément, et conformément à l'article 4 de la loi du 23 mars 2020 précitée qui prévoit une sortie de crise au 24 mai 2020, **les dispositions de l'ordonnance devraient être applicables jusqu'au 24 juillet 2020. Une prolongation de ce délai n'est toutefois, pas à exclure.**

Ces dispositions s'appliquent aussi bien aux contrats soumis au Code de la commande publique qu'aux **contrats publics** qui ne constituent pas des marchés ou des concessions publics (article 1<sup>er</sup> de l'ordonnance). Sont ainsi potentiellement concernés les conventions d'occupation domaniale.

L'article 1<sup>er</sup> ajoute enfin que les dérogations aux lois régissant les contrats de la commande publique « *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*** ».

L'application de l'ordonnance **n'est donc pas automatique.**

Comme le souligne le Rapport au Président de la République relatif à l'ordonnance n° 2020-319, « *l'application de ces dispositions requiert une analyse au cas par cas de la situation dans laquelle se trouvent les cocontractants qui devront justifier la nécessité d'y recourir* » tant lors de la passation de nouveaux marchés (I) que de l'exécution de contrats existants (II).

## **1. L'aménagement des procédures de passation et d'attribution des contrats de la commande publique au regard de l'urgence sanitaire**

### **1.1. En ce qui concerne les procédures d'attribution de marché engagées avant le 12 mars 2020**

**1.a.** L'article 2 de l'ordonnance n° 2020-319 enjoint, tout d'abord, les acheteurs à **prolonger les délais de réception des candidatures et des offres** des candidats « *sauf lorsque les prestations objet du contrat ne peuvent souffrir d'aucun retard* ».

Cette invitation ne constitue pas une obligation systématique de prolonger les délais de réception des candidatures et des offres. Toutefois, en invitant l'acheteur à décider de la « durée suffisante » de prolongation de ces délais, les entreprises ne sont pas à l'abri d'une distorsion des règles de publicité et de mise en concurrence qu'elles pourront éventuellement contester devant une juridiction.

Ces entreprises auront la possibilité de saisir le juge du référé précontractuel (Cf. focus référé précontractuel ci-après).

Les entreprises candidates à l'attribution d'un marché seront obligatoirement informées par l'acheteur de l'éventuelle prolongation des délais et de sa durée, et un avis rectificatif sera publié sur le profil de l'acheteur.

Le règlement de la consultation sera également modifié pour indiquer les nouveaux délais.

Les délais contractuels susceptibles d'être impactés pourront également être reportés, notamment la date de début d'exécution des prestations ou la date de fin de marché.

**1.b.** L'article 3 de l'ordonnance précitée, prévoit également la possibilité pour les acheteurs d'aménager les procédures de mise en concurrence engagées avant le 12 mars 2020, dès lors que « *les documents de la consultations des entreprises ne peuvent être respectées par l'autorité contractante* ». Ces aménagements doivent impérativement être faits « *dans le respect du principe d'égalité de traitement des candidats* ».

A défaut, les entreprises candidates pourront saisir le juge du référé précontractuelle de toute atteinte portée aux règles de publicité et de mise en concurrence.

De manière concrète, l'acheteur pourra décider de supprimer une visite du lieu d'exécution des prestations, aménager les modalités de négociations et de dialogue via des visio-conférence par exemple, ou bien encore, prolonger la durée de validité des offres dans le respect des règles jurisprudentielles en vigueur, c'est-à-dire avec l'accord exprès des candidats.

Pour mémoire, il convient de rappeler qu'aux termes d'une jurisprudence constante, l'acheteur peut proposer aux candidats une prolongation ou un renouvellement du délai de validité de leurs offres à condition d'obtenir l'accord de l'ensemble des candidats (CE, 24 juin 2011, n° 347889 ; CE, 10 avril 2015, n° 386912) :

« Considérant que la personne publique doit, sous peine d'irrégularité de la procédure de passation, choisir l'attributaire d'un marché dans le délai de validité des offres, elles peut toujours **solliciter de l'ensemble des candidats** une prorogation ou un renouvellement de ce délai ».

En cas de désaccord de la part de l'un des candidats, l'acheteur ne peut prolonger le délai de validité de offre, ni exclure le candidat récalcitrant, à moins que les documents de la consultation ne le prévoient (CJUE, 13 juillet 2017, C-35/17). Le Conseil d'État (CE n° 386912 précité) prévoit toutefois une exception :

« Lorsque ce délai est arrivé ou arrive à expiration avant l'examen des offres en raison [...] d'une procédure devant le juge du référé précontractuel, la personne publique peut poursuivre la procédure de passation du marché avec les candidats qui acceptent la prolongation ou le renouvellement du délai de validité de leur offre ».

Au regard des circonstances inédites actuelles, il n'est pas à exclure que la jurisprudence élargisse cette dérogation. Le Cabinet ASEA conseille donc aux entreprises de se montrer très prudentes dans l'hypothèse d'un refus opposé à une demande prolongation de la durée de validité de son offre.

L'acheteur peut enfin, déclarer à tout moment, la procédure sans suite (article R. 2185-1 du Code de la commande publique).

Les entreprises candidates devront alors, impérativement être informées des motifs de la décision de l'acheteur de ne pas attribuer le marché ou de recommencer la procédure à une date ultérieure. Compte tenu de l'urgence sanitaire, les acheteurs auront peu de difficulté à justifier cette décision.

Toutefois, en cas de violation grave et manifeste des obligations de publicité et de mise en concurrence, les candidats au marché pourront le cas échéant, saisir le juge du référé précontractuel.

## 1.2. En ce qui concerne les procédures d'attribution de marché engagées à compter du 12 mars 2020

Les acheteurs pourront opter pour des procédures d'attribution de marché, dérogatoires aux procédures d'attribution de droit commun.

Les acheteurs pourront en premier lieu, recourir à une procédure d'attribution accélérée des marchés. Aux termes de l'article R. 2161-7 du Code de la commande publique :

« Le délai minimal de réception des offres est, pour les pouvoirs adjudicateurs, de 30 jours à compter de la date d'envoi de l'invitation à soumissionner ».

Ce délai peut être ramené à 10 jours « *lorsqu'une situation d'urgence, dûment justifiée, rend le délai minimal [de droit commun] impossible à respecter* » (article R. 2161-8-3° du Code de la commande publique).

Le Ministère de l'Économie et des Finances autorise également les acheteurs à mettre en œuvre la procédure d'attribution de marché sans publicité ni mise en concurrence préalable, prévue en cas d'urgence impérieuse (article R. 2122-1 du Code de la commande publique), « *si l'urgence est telle que la satisfaction de leur besoin est incompatibles avec les délais réduits* » précités.

Les acheteurs ne pourront recourir à cette procédure, particulièrement dérogoires aux règles de publicité et de mise en concurrence, que pour des montants et une durée strictement nécessaires à la satisfaction du besoin urgent, avec prolongation possible.

Les acheteurs disposant de prérogatives étendues en matière d'attribution de marché, le Cabinet ASEA attire l'attention des entreprises sur les possibles dérives en la matière.

Le Cabinet propose de vous accompagner pour identifier ces abus et le cas échéant, saisir les juridictions compétentes pour faire cesser toute atteinte grave aux règles de publicité et de mise en concurrence.

#### **FOCUS SUR LE REFERE PRECONTRACTUEL EN PERIODE DE CRISE SANITAIRE « COVID-19 »**

Pour rappel, aux termes de l'article L. 551-1 du Code de justice administrative, le juge du référé précontractuel peut être saisi à tout moment de la procédure d'attribution d'un contrat de la commande publique et jusqu'à la signature de ce dernier, de tout manquement de l'acheteur à ses obligations de publicité et de mise en concurrence.

Une fois saisi, le juge dispose d'un délai de 20 jours pour statuer sur les demandes qui lui sont présentées.

Compte tenu de l'urgence sanitaire, ce délai pourrait toutefois ne pas être respecté.

En effet, les tribunaux administratifs limitent pour la plupart, leur activité juridictionnelle aux procédures urgentes et attentatoires aux libertés fondamentales (référé-liberté, OQTF). Certaines Tribunaux administratifs maintiennent cependant les audiences en matière de référé précontractuel (Tribunal administratif de Rennes, par exemple).

L'article 9 de l'ordonnance n° 2020-306 du 25 mars 2020 relative à la prorogation des délais échus pendant la période d'urgence sanitaire et à l'adaptation des procédures pendant cette même période, prévoit toutefois, que le juge administratif pourra statuer sans audience, par ordonnance motivée, sur les requêtes présentées en référé. L'article 7 de cette même ordonnance précise également que « *les audiences des juridictions de l'ordre administratif peuvent se tenir en utilisant un moyen de télécommunication audiovisuelle* ».

Si les juridictions ne faisaient pas application des dispositions précitées, l'article 2 de l'ordonnance n° 2020-306 précitée, prévoit que :

« Tout acte, recours, action en justice, [...] prescrit par la loi ou le règlement à peine de nullité, sanction, caducité, forclusion, prescription, inopposabilité, irrecevabilité, péremption, désistement d'office, [...] et qui aurait dû être accompli pendant la période mentionnée à l'article 1<sup>er</sup> [c'est-à-dire du ] **sera réputé avoir été fait à temps s'il a été effectué dans un délai qui ne peut excéder, à compter de la fin de cette période, le délai légalement imparti pour agir, dans la limite de deux mois** ».

A la lecture de cet article, les candidats évincés d'une procédure d'attribution de marché, conserve donc la possibilité d'introduire un référé précontractuel qui pourra être examiné par la juridiction à l'issue de la période de confinement.

Cette dernière situation demeure toutefois problématique, notamment si la personne publique conclue le marché public dans l'intervalle. Si la juridiction venait à considérer l'action du candidat évincé sans objet mais les dispositions précitées, le Cabinet ASEA se tiendra à votre disposition pour engager un référé contractuel.

## **2. L'assouplissement des conditions d'exécution des contrats de la commande publique au regard de l'urgence sanitaire**

### **2.1. En ce qui concerne la modification des marchés en cours d'exécution**

**1.a.** Afin d'aider les entreprises à surmonter la crise sanitaire et remplir leurs obligations contractuelles, le Gouvernement ouvre la possibilité pour les acheteurs, « **de modifier les conditions de versement de l'avance** » (article 5 de l'ordonnance n° 2020-319 précitée).

L'acheteur ne pourra imposer unilatéralement cette modification puisqu'un avenant devra être signé avec l'entreprise titulaire.

Par ailleurs, et par dérogation à l'article R. 2191-7 du Code de la commande publique, le taux de l'avance pourra être porté à un montant supérieur à 60% du montant du marché ou du bon de commande.

Toujours aux termes de l'article 5 de l'ordonnance, les acheteurs peuvent **renoncer à exiger du titulaire la constitution d'une garantie à première demande** pour les avances supérieures à 30% du montant du marché.

A défaut de prise d'initiative de l'acheteur et si l'entreprise titulaire du marché connaît des difficultés au regard de la période actuelle (obligation de recruter du personnel pour pallier aux absences, obligation de commander du matériel en urgence à d'autres fournisseurs, etc), le Cabinet ASEA invite les entreprises à se rapprocher des acheteurs afin de lancer d'éventuelles négociations. Le Cabinet se tient à votre disposition pour vous accompagner aux cours de ces échanges.

**1.b.** L'article 4 de l'ordonnance 2020-319, prévoit quant à lui, la possibilité de **prolonger par avenant, les contrats arrivés à terme pendant la période mentionnée à l'article 1<sup>er</sup> de l'ordonnance** (à savoir pour rappel, du 12 mars au 24 juillet 2020), « *lorsque l'organisation*

*d'une procédure de mise en concurrence ne peut être mise en œuvre* ». L'ordonnance ajoute que « *dans tous les cas, la durée de cette prolongation ne peut excéder celle de la période prévue à l'article 1<sup>er</sup> augmentée de la durée nécessaire de la remise en concurrence à l'issue de son expiration* ».

Cet article appelle plusieurs remarques pratiques.

D'une part, cette possible prolongation permet aux acheteurs d'étendre **les accords-cadres au-delà de 4 ans** pour les pouvoirs adjudicateurs<sup>1</sup>.

En ce qui concerne les contrats de concession, l'ordonnance dispense leur prolongation par avenant, de l'examen préalable de l'autorité compétente de l'État.

D'autre part, la rédaction de cet article laisse suggérer que la signature de l'avenant peut intervenir alors même que les contrats sont arrivés à terme. Or, il est de jurisprudence constante, qu'un marché public ne peut être modifié une fois celui-ci échu.

Aussi, le Cabinet ASEA conseille aux entreprises titulaires de marchés, d'anticiper les débats relatifs à la signature d'un éventuel avenant, voire de les anticiper compte tenu des prestations exécutées et des potentiels besoins de l'acheteur.

Enfin, il convient de souligner que cette prolongation de marché peut intervenir uniquement « *lorsque l'organisation d'une procédure de publicité et de mise en concurrence ne peut être mise en œuvre* ».

Le recours à l'avenant ne devrait donc pas être possible (hors les cas de droit commun), dans le cas où les procédures d'attribution ont déjà été engagées.

Au regard des développements précédents (article R. 2185-1 du Code de la commande publique) et de l'article 3 de l'ordonnance n° 2020-319, les acheteurs ont, à tout moment, la possibilité de déclarer une procédure d'attribution de marché sans suite.

Afin justifier cette décision, l'acheteur peut se prévaloir des dispositions de l'ordonnance précitée ou de manière plus classique, invoquer un motif d'intérêt général (raisons techniques liées à l'urgence sanitaire par exemple) voire un cas de force majeure (Cf. Note juridique Cabinet ASEA à ce sujet).

Une fois la procédure d'attribution déclarée infructueuse, les acheteurs pourront avoir recours à l'article 4 de l'ordonnance et décider d'une prolongation du marché en cours d'exécution.

L'acheteur pourra et même en toute logique, devra motiver son choix par les mêmes motifs que ceux ayant conduit à déclarer la procédure d'attribution infructueuse.

---

<sup>1</sup> Ce délai est porté à 8 ans pour les entités adjudicatrices (article L. 2125-1 du Code de la commande publique) et 7 ans pour les marchés de défense et sécurité (article L. 2325-1 du Code de la commande publique).

## 2.2. En ce qui concerne les difficultés rencontrées par les titulaires en cours d'exécution de leur contrat de la commande publique

Afin de ne pas pénaliser les opérateurs économiques qui sont empêchés d'honorer leurs engagements contractuels du fait de l'épidémie, l'article 6 de l'ordonnance 2020-319 précitée, prévoit une série de mesures venant « *faire obstacle aux clauses contractuelles relatives aux sanctions pouvant être infligées au titulaire et prévoir les modalités de son indemnisation en cas de résiliation du contrat ou d'annulation de bons de commande* » (Rapport au Président de la République précité).

Il convient de préciser que ces dispositions sont **d'ordre public** et s'appliquent ainsi, « *nonobstant toute stipulation contraire, à l'exception des stipulations qui se trouveraient être plus favorables au titulaire du contrat* ».

**2.a.** L'alinéa 1<sup>er</sup> de cet article prévoit tout d'abord, que si l'entreprise titulaire du marché ne peut respecter les délais d'exécution qui lui sont imposés ou que le respect de ces délais nécessiterait des moyens dont la mobilisation fait peser sur lui des charges manifestement excessive, le délai contractuel peut être prolongé jusqu'au 24 juillet 2020.

Pour que cet article soit applicable, le titulaire du marché doit en faire **expressément la demande auprès de l'acheteur avant l'expiration du délai contractuel posant difficulté**.

Par ailleurs, l'entreprise titulaire, devra exposer des raisons objectives justifiant les difficultés d'exécution rencontrée pour pouvoir bénéficier de cet article.

**2.b.** L'alinéa 2 de l'article 6 de l'ordonnance régie quant à lui, les cas où le titulaire serait dans l'impossibilité d'exécuter tout ou partie d'un bon de commande ou d'un contrat.

Il est prévu que le titulaire ne peut être sanctionné, ni se voir appliquer des pénalités contractuelles, ni même encore, voir sa responsabilité contractuelle engagée pour ce motif.

L'ordonnance prévoit, par ailleurs, que dans un tel cas de figure, l'acheteur peut conclure un marché de substitution avec un tiers, sans que les frais et risques découlant de ce marché ne puisse être mis à la charge du titulaire du marché initial.

Comme pour le précédent alinéa, afin de bénéficier de ces dispositions, le titulaire du marché devra apporter la preuve qu'il ne dispose pas des moyens suffisants pour exécuter ses obligations (absence de personnel, fournisseurs fermés, etc) ou que le fait de mobiliser ces moyens ferait peser sur lui une charge manifestement excessive.

**2.c.** Le 3<sup>ème</sup> alinéa de l'article 6 évoque le cas où l'acheteur annulerait un bon de commande ou résilierait le marché suite à « *des mesures prises par les autorités administratives compétentes dans le cadre de l'état d'urgence sanitaire* ».

Par analogie à la solution jurisprudentielle retenue en matière de force majeure<sup>2</sup>, le titulaire du contrat sera indemnisé des **dépenses engagées** « *lorsqu'elles sont directement imputables à l'exécution d'un bon de commande annulé ou d'un marché résilié* ».

Il est évidemment très important de constituer au fur et à mesure de difficultés rencontrées, un dossier complet permettant d'établir en fin d'opération, un mémoire de réclamation.

**2.d.** L'ordonnance prévoit ensuite (article 6 alinéa 4), des dispositions financières spécifiques lorsque l'acheteur est conduit à suspendre un marché à prix forfaitaire.

L'acheteur a alors deux obligations, à savoir procéder sans délai au règlement du marché « *selon les modalités et pour les montants prévus par le contrat* » et à l'issue de la suspension, procéder à la signature d'un avenant qui viendra encadrer l'issue financière du contrat.

Trois options sont alors possibles pour cet avenant :

- Des modifications du contrat si celles-ci sont jugées nécessaires ;
- La reprise à l'identique du contrat ;
- Ou bien encore sa résiliation.

En fonction de l'option choisie par les parties, l'avenant devra également envisager le règlement des « (...) *sommes dues au titulaire ou, le cas échéant, les sommes dues par ce dernier à l'acheteur* ».

**2.e.** Les deux derniers alinéas de l'article 6 de l'ordonnance, concernent les contrats de concession.

L'alinéa 5 régit le cas où le concessionnaire est contraint de suspendre l'exécution de la concession.

Le versement des sommes dues au concédant peuvent dans ce cas elles-mêmes être suspendues et le concessionnaire peut bénéficier d'une avance de la part du concédant.

L'alinéa 6 traite quant à lui le cas où le concessionnaire modifie les modalités d'exécution de la concession.

Celui-ci a alors droit à une indemnité du concédant destinée à compenser le surcoût résultant de l'exécution du contrat et qui impose la mise en œuvre de moyens supplémentaires qui n'étaient pas prévus au contrat initial et qui représentent une charge manifestement excessive au regard de la situation financière du concessionnaire.

---

<sup>2</sup> CE, 8 janvier 1925, Société Chantiers et ateliers de Saint-Nazaire : le Conseil d'État considère que, sauf stipulation contractuelle contraire, le titulaire du contrat public ne pourra se voir indemnisé que les pertes subies imputables à l'événement constitutif de force majeure, à l'exclusion de toute autre indemnité.



L'ensemble de ces mesures destinées à ne pas pénaliser les opérateurs économiques et à permettre la continuité des contrats publics, est susceptible d'évoluer dans les semaines à venir, en fonction de l'évolution de la crise sanitaire actuelle.

Le Cabinet ASEA veillera à vous tenir informé de toutes les évolutions susceptibles d'impacter les titulaires et autres entreprises candidates à un contrat de la commande publique.

**Me Aldo SEVINO**  
**Avocat spécialisé en droit public**  
**et droit de l'immobilier**