

La crise sanitaire et les marchés publics

La crise sanitaire actuelle engendre pour les collectivités territoriales ou leurs établissements publics et les titulaires de concessions ou de marchés publics, des difficultés exceptionnelles de passation et d'exécution de leurs engagements contractuels. Prenant acte de l'ampleur du problème, le gouvernement français a adopté, le 25 mars 2020, une ordonnance n° 2020-319 portant diverses mesures transitoires d'adaptation des règles de passation, de procédure ou d'exécution des contrats administratifs. Explications de ce régime d'exception.

La pandémie du Covid-19 ou plus exactement, les mesures prises pour lutter contre celle-ci, ont des effets évidents sur la capacité des collectivités territoriales et des opérateurs économiques à poursuivre l'exécution des concessions et des marchés publics en cours, mais également de poursuivre les consultations déjà engagées. Face à ce constat, le législateur a adopté, en un temps record, la loi n° 2020-290 du 23 mars 2020 dite loi Covid-19, dont l'article 11 autorise le gouvernement 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 plus généralement tous les contrats administratifs, pendant la crise sanitaire née de l'épidémie de Covid-19.

Une application des règles dérogatoires non automatiques

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^{er} de l'ordonnance). Dès lors, 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, puisque le projet de loi adopté en conseil des ministres le 2 mai, prévoit une sortie de crise au 23 juillet. Les dispositions dérogatoires seraient alors applicables jusqu'au 23 septembre 2020. Afin d'accompagner et soutenir les entreprises titulaires de concessions

ou d'occupations domaniales dont l'activité est durement touchée du fait de l'épidémie, l'ordonnance du 25 mars a été récemment modifiée par l'ordonnance n° 2020-460 du 22 avril 2020.

La direction des affaires juridiques (DAJ) a mis en ligne une fiche technique, sous forme de questions/réponses, détaillant les règles de procédure et d'exécution des contrats publics mises en œuvre par l'ordonnance du 25 mars 2020. Ces dispositions s'appliquent donc 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^{er} de l'ordonnance). Sont en particulier concernés les conventions d'occupation domaniale ou les baux emphytéotiques. L'article 1^{er} souligne, 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, d'ailleurs, 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 que de l'exécution de contrats existants.

Une prolongation des délais possible pour les marchés engagés avant le 12 mars 2020

L'aménagement des procédures de passation et d'attribution des contrats de la commande publique au regard de l'urgence sanitaire dépend de leur date. La date pivot retenue par les textes est le 12 mars 2020.

Pour ce qui est des procédures d'attribution de marché engagées avant le 12 mars 2020, l'article 2 de l'ordonnance n° 2020-319 invite, 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 mesure, de précaution, ne constitue donc pas une obligation systématique de prolonger les délais de réception des candidatures et des offres. Cette règle doit être maniée avec prudence car en invitant l'acheteur à décider seul de la « durée suffisante » de prolongation de ces délais, il pourrait s'exposer à un contentieux. Les collectivités territoriales et autres acheteurs publics, pourraient en effet, se voir reprocher une distorsion des règles de publicité et de mise en concurrence, devant une juridiction éventuellement saisie à cet effet. Ainsi, Les entreprises qui s'estimeraient lésées auront la possibilité de saisir le juge du référé précontractuel (voir encadré).

Bien évidemment, en application du principe de transparence, les entreprises candidates à l'attribution d'un marché seront obligatoirement informées par l'acheteur d'une éventuelle prolongation des délais et de sa durée, et un avis rectificatif devra être publié sur le profil de l'acheteur. De plus, la DAJ invite les acheteurs à doubler cette information par l'envoi d'un message aux opérateurs économiques ayant déjà retiré le dossier de consultation voire, ayant déjà remis un dossier de candidature ou déposé une offre. Ces derniers pourront alors compléter leur offre afin de prendre éventuellement en compte, les difficultés liées à l'urgence sanitaire actuelle. Pour rappel, aux termes de l'article R. 2151-6 du Code de la commande publique, seule la dernière offre de l'opérateur économique reçue sera examinée par l'acheteur.

Le règlement de la consultation pourra également être modifié pour mentionner 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.

Avant le 12 mars, un aménagement possible des procédures sous conditions

L'article 3 de l'ordonnance précitée, prévoit 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 consultation des entreprises ne peuvent être respectés par l'autorité contractante ». Ces aménagements doivent être non substantiels et donc, ne pas toucher à la définition même de l'objet du contrat. Ils doivent par ailleurs, impérativement être faits « dans le respect du principe d'égalité de traitement des candidats ». De manière concrète, l'acheteur pourra décider, par exemple, de supprimer ou reporter une visite du lieu d'exécution des prestations, d'aménager les modalités de négociations et de dialogue via des visioconférences, d'autoriser une signature électronique du marché 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.

Sur ce dernier point, 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 (voir par exemple, CE, 24 juin 2011, n° 347889 ; CE, 10 avril 2015, n° 386912). Ainsi, en cas de désaccord de l'un des candidats, l'acheteur ne peut prolonger le délai de validité de l'offre, ni exclure le candidat concerné, à moins que les documents de la consultation ne le prévoient (CJUE, 13 juillet 2017, C-35/17). Le Conseil d'État dans son arrêt du 10 avril 2015 reconnaît toutefois une exception permettant à l'acheteur de prolonger ou de renouveler le délai de validité des offres. Ainsi, « 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. La DAJ semble d'ailleurs abonder dans ce sens estimant que « si, après avoir pris toutes les mesures nécessaires pour contacter chaque soumissionnaire, certains n'acceptent pas de maintenir leurs offres, l'autorité contractante peut poursuivre la procédure avec les seuls soumissionnaires qui ont accepté la prolongation du délai de validité de leur offre ».

Enfin, l'acheteur peut 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 une telle décision. Ils peuvent par exemple, s'appuyer sur le fait que le règlement de la consultation est devenu inapplicable, la visite du site, objet des prestations prévues au marché, étant indispensable mais ne pouvant se faire en raison des mesures de confinement.

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.

Procédures d'attribution dérogatoires applicables à compter du 12 mars 2020

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 dérogatoires aux procédures d'attribution de droit commun.

Les acheteurs pourront en premier lieu, recourir à une procédure d'attribution accélérée des mar-

Focus sur le référé précontractuel en période de crise sanitaire

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, obligation de quitter le territoire français OQTF). Certains tribunaux administratifs

maintiennent cependant les audiences en matière de référé précontractuel comme entre autres, tribunal administratif de Rennes.

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 1er 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 ». En application de cet article, les candidats évincés d'une procédure d'attribution de marché, conservent 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 problématique, notamment si la personne publique conclut le marché public dans l'intervalle.

chés. 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 ». Toutefois, 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). Cependant, les acheteurs ne pourront recourir à cette procédure, particulièrement attentatoires 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.

Des conditions d'exécution des contrats de la commande publique assouplies

Afin d'aider les entreprises à surmonter la crise sanitaire et remplir leurs obligations contractuelles, le gouvernement ouvre tout d'abord, 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 pas 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 com-

mande. Toujours aux termes de l'article 5 de l'ordonnance, les acheteurs peuvent même renoncer à exiger du titulaire la constitution d'une garantie à première demande pour les avances supérieures à 30 % du montant du marché comme cela s'impose en principe.

L'article 4 de l'ordonnance n° 2020-319, prévoit quant à lui, la possibilité de prolonger par avenant, les contrats arrivés à terme pendant la période d'urgence sanitaire. Cependant, cette possibilité est réservée aux cas où « l'organisation d'une procédure de mise en concurrence ne peut être mise en œuvre ». L'ordonnance précise, par ailleurs, que « dans tous les cas, la durée de cette prolongation ne peut excéder celle de la période d'urgence sanitaire augmentée de la durée nécessaire de la remise en concurrence à l'issue de son expiration ».

En pratique, cet article a plusieurs implications. Cette prolongation pourrait permettre aux pouvoirs adjudicateurs de prolonger les accords-cadres au-delà de 4 ans¹. De même, les contrats de concession dans le domaine de l'eau potable ou des ordures ménagères pourront être prolongés au-delà de la durée fixée par l'article L. 3114-8 du Code de la commande publique, soit 20 ans. En ce qui concerne les contrats de concession toujours, l'ordonnance dispense leur prolongation par avenant, de l'examen préalable de l'autorité compétente de l'État, par exemple le directeur départemental des finances publiques pour le cas des concessions d'eau potable. La rédaction de cet article laisse également penser que la signature de l'avenant peut

¹ 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).

intervenir alors même que les contrats seraient arrivés à terme. Or, il est de jurisprudence constante, qu'un marché public ne peut être modifié une fois échu. Il conviendra d'éviter, autant que possible de se retrouver dans cette situation et d'anticiper la fin du contrat pour le prolonger. Il convient en outre, 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.

Enfin, conformément à l'article 6-1 de l'ordonnance n° 2020-319, ajouté par l'ordonnance du 22 avril 2020, les avenants aux contrats de concession et aux marchés publics entraînant une augmentation du montant global du contrat de plus de 5 %, sont dispensés de l'avis préalable des commissions d'appel d'offres et de délégation de service public², commissions difficiles à réunir pendant la crise. Au regard des développements précédents, les acheteurs ont, à tout moment, la possibilité de déclarer une procédure d'attribution de marché sans suite. Afin de 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 des raisons techniques liées à l'urgence sanitaire par exemple, et *a fortiori*, un cas de force majeure. 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.

En cas de retard, le titulaire du marché ne pourra pas être sanctionné

S'agissant des difficultés rencontrées par les titulaires en cours d'exécution de leur contrat de la commande publique, l'article 6 de l'ordonnance n° 2020-319 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 » selon les termes du rapport au président de la République précité. Il convient de préciser que ces dispositions sont d'ordre public et s'appliquent donc, « nonobstant toute stipulation contraire, à l'exception des stipulations qui se trouveraient être plus favorables au titulaire du contrat ». L'alinéa 1^{er} 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 excessives, le délai contractuel doit obligatoirement être prolongé jusqu'à la fin de la période d'urgence sanitaire. Les parties peuvent aussi s'entendre pour ramener ce délai à une durée inférieure voire supérieure. Le titulaire du marché doit en faire expressément la demande auprès de l'acheteur avant l'expiration du délai contractuel posant difficulté afin de bénéficier de cet article. L'entreprise titulaire devra exposer des raisons objectives justifiant les difficultés d'exécution rencontrée pour pouvoir bénéficier d'une prolongation.

L'alinéa 2 de l'article 6 de l'ordonnance régit 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. Dans ce cas, le titulaire ne peut être sanctionné par une résiliation du marché, ni se voir appliquer des pénalités contractuelles, ni même encore, voir sa responsabilité contractuelle engagée pour ce motif. 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 puissent 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 en raison par exemple d'une absence de personnel, de la fermeture des fournisseurs ou de réquisition étatique. Il peut invoquer aussi que le fait de mobiliser ces moyens ferait peser sur lui une charge manifestement excessive.

Le 3^e 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 majeure³, l'ordonnance prévoit que 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 » et ce, même en présence d'une disposition contractuelle contraire.

Le paiement des marchés à prix forfaitaire non suspendu

L'ordonnance prévoit, ensuite, (article 6 alinéa 4), des dispositions financières spécifiques lorsque l'acheteur est conduit à suspendre un marché à prix forfaitaire. Dans ce cas, l'acheteur se voit imposer 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. Plus précisément, pour les marchés forfaitaires ayant prévu des échéances de paiement étalées

³ 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 indemniser que les pertes subies imputables à l'événement constitutif de force majeure, à l'exclusion de toute autre indemnité.

² Articles L. 1411-6 et L. 1414-4 du Code général des collectivités territoriales

tout au long de l'exécution du contrat, le paiement des échéances doit se poursuivre conformément aux dispositions du marché, quand bien même ce dernier serait suspendu ou partiellement exécuté. Au terme de cette démarche, l'acheteur pourra poursuivre le contrat, procéder aux modifications nécessaires ou le résilier. 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 ».

Concession, le versement des sommes dues peut être suspendu

Les alinéas 5 et 6 de l'article 6 de l'ordonnance, concernent les contrats de concession. Dans sa version initiale, l'alinéa 5 régissait le cas où le concessionnaire est contraint de suspendre l'exécution de la concession. Dans ce cas, le versement des sommes dues au concédant : loyers, redevances d'occupation domaniale, redevance servant à contribuer à l'amortissement réalisé, etc. peuvent elles-mêmes être suspendues et le concessionnaire peut bénéficier d'une avance de la part du concédant. L'article 20 de l'ordonnance du 22 avril 2020 précitée, est venu ajouter à cet article l'hypothèse où le contrat de concession n'ait pas été expressément suspendu par l'autorité concédante, son exécution serait suspendue du fait d'une mesure de police administrative comme par exemple la fermeture des structures d'accueil de la petite enfance ou de centres sportifs.

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. L'ordonnance du 22 avril 2020 est enfin, venu ajouter un 7^e alinéa à l'article 6, lequel traite exclusivement du cas particulier des contrats portant occupation du domaine public. Ainsi, les opérateurs économiques dont le contrat emporte occupation du domaine public, qui ne sont plus en mesure de verser leurs redevances domaniales en raison d'une forte dégradation voire d'une interruption de leur activité, peuvent suspendre le versement de ces redevances jusqu'à la fin de jusqu'à la fin de l'état d'urgence sanitaire, augmentée d'une durée de deux mois (article 1^{er} de l'ordonnance). À l'issue de la suspension, le texte prévoit qu'un avenant sera le cas échéant signé afin d'intégrer les modifications du contrat qui apparaissent nécessaires.

Céline Buhaj et Aldo Sevino
avocats Cabinet ASEA