

Crise sanitaire et consultation marchés en cours

Thème : Achat public
Mars 2020

Au regard du contexte actuel, de nombreuses questions se posent aux praticiens de l'achat public ... à situation inédite, des mesures particulières sont à adopter ...

Les éléments énoncés ci-après le sont en fonction des dispositions applicables à la date du 23 mars 2020.

I - PROLONGATION DES DELAIS DE REMISE DES PLIS

Pour rappel, le délai de remise des candidatures et des offres est la date et l'heure maximale imparties aux candidats pour déposer leurs candidatures et leurs offres. A défaut de respecter ce délai, l'offre ou la candidature est irrecevable. A la lecture du Code de la commande publique (CCP), les acheteurs doivent classiquement fixer ce délai en tenant compte :

- de la complexité du marché,
- du temps nécessaire aux opérateurs économiques pour répondre,
- ainsi que de l'existence d'une visite des sites ou de la consultation de documents sur place.

PREMIER REFLEXE : prolonger les délais de remise des candidatures et des offres

→ En effet, même si la transmission dématérialisée des offres est de mise, et si rien ne l'oblige à le faire, il faut donner du temps aux opérateurs de s'organiser (désorganisation des services, manque de personnel, impossibilité d'assurer les visites, etc.).

Comment y procéder ?

1. **prendre contact avec les juristes du CDG43,**
2. **publication d'un avis rectificatif** (parallélisme des formes : même support de publicité),
3. **modification du DCE** (tous les délais indiqués doivent être vérifiés et repoussés afin d'être en cohérence avec le nouveau délai du dépôt des candidatures et des offres : règlement de consultation a minima, planning, etc.),
4. **information des candidats qui ont retiré un DCE** (automatiquement via le profil acheteur).

Et si des opérateurs ont déjà déposé une offre ? Les opérateurs peuvent s'ils le souhaitent redéposer une offre et, dans ce cas, seulement la dernière offre déposée sera examinée.

En pratique, la question substantielle importante est de savoir jusqu'à quelle date vous pouvez prolonger ? Une attitude prudente s'impose : il est conseillé de prévoir un délai suffisant (mi-mai 2020 ?).

II - VISITES

La **problématique des visites** (facultatives ou obligatoires) doit aussi être prise en compte par les acheteurs :

- si une visite groupée est prévue, l'acheteur devra alors modifier le DCE pour fixer une autre date,
- si des visites individuelles ont été programmées, l'acheteur devra décaler ces dates avec les opérateurs économiques,
- les acheteurs devront également modifier la date limite de remise des offres pour tenir compte du report des visites obligatoires sur site. Ils doivent veiller à laisser un délai suffisant entre les nouvelles

dates de visites et le nouveau délai de remise des offres pour que les opérateurs économiques puissent préparer leur offre.

III - PROLONGATION DU DELAI DE VALIDITÉ DES OFFRES

Les documents de la consultation fixent un délai de validité des offres. Il s'agit de la date limite jusqu'à laquelle une entreprise est liée par son offre.

Si l'acheteur se trouve déjà au **stade de l'analyse des offres**, il sera peut être nécessaire de penser à **prolonger le délai de validité des offres** pour éviter de devoir relancer une procédure de passation.

Pour cela, il faut :

- **demander l'accord à tous les opérateurs** ayant déposé une offre par écrit en précisant le report souhaité (CAA Marseille, 15 juin 2009, n° 07MA00581),
- **tous les opérateurs doivent accepter** (CE, 7ème et 2ème sous-sections réunies, 24/06/2011, 347889). Dans le cas contraire, l'attribution du marché doit intervenir avant la fin de la validité des offres indiquée initialement dans le DCE car le candidat qui refuse la prolongation ne peut être exclu. Si cela n'est matériellement pas possible, il reste à l'acheteur public la possibilité de déclarer la procédure sans suite,
- en l'état, le cas échéant, les acheteurs pourraient indiquer que le délai est prolongé de X jours à compter de la fin de la période de confinement.

→ **A noter** : ces conditions sont celles applicables en temps normal. La DAJ ([fiche Questions-Réponses "Les conséquences de la crise sanitaire sur la commande publique"](#)) adapte les règles au contexte actuel (attention cependant, cette position demeure doctrinale et pourrait être remise en cause en cas de contentieux) :

« Si, après avoir pris toutes les mesures nécessaires pour contacter chaque soumissionnaire, certains n'acceptent pas de maintenir leur offres, l'autorité contractante peut poursuivre la procédure avec les seuls soumissionnaires qui ont accepté la prorogation du délai de validité de leur offre ».

Cette position semble s'appuyer sur l'article 3 de l'ordonnance (« Lorsque les modalités de la mise en concurrence prévues en application du code de la commande publique dans les documents de la consultation des entreprises ne peuvent être respectées par l'autorité contractante, celle-ci peut les aménager en cours de procédure dans le respect du principe d'égalité de traitement des candidats »).

Cependant, elle ne va pas de soi au regard du principe d'égalité entre les candidats, justement protégé par l'article 3 visé ci-dessus. En effet, le juge a déjà considéré que « *que si le délai de validité des offres pouvait éventuellement être prorogé, c'est à la condition que l'ensemble des candidats ait donné son accord sur cette prorogation afin de ne pas porter atteinte au principe de l'égalité de traitement* » [TA Guyane, 26 août 2016, n° 1600543](#).

Dans tous les cas, les acheteurs doivent faire preuve de bon sens. La durée de prolongation de la validité des offres ne doit pas être excessive pour éviter, par exemple, des modifications importantes dans la situation des entreprises ou que l'offre ne soit plus économiquement viable pour l'entreprise.

IV - PROCÉDURES NECESSITANT L'ORGANISATION DES NÉGOCIATIONS

Que faire lorsqu'une procédure impose ou suppose la négociation avec les candidats ?

Au regard des mesures de confinement, il est nécessaire de reporter les éventuelles auditions tout en prolongeant (en cas de besoin) le délai de validité des offres ou alors effectuer ces démarches par le biais de

visioconférences, du profil acheteur ou par écrit si cela est possible (procédures inférieures à 40 000 € HT notamment).

Dans la mesure du possible, et selon les consultations, il faut privilégier les moyens de communication à distance :

- le téléphone ou les visioconférences (utile notamment si des éléments doivent être montrés). Dans ce cas, il vous faudra retracer tous les échanges afin de respecter les principes de transparence et d'égalité de traitement des candidats,
- dans le cadre du Tout démat, l'échange dématérialisé via la plateforme de dématérialisation (fonctionnalité « Négociations »).

Dans l'hypothèse où les négociations seraient impossibles, l'acheteur pourra alors demander aux candidats d'accepter un report de validité de leurs offres ou de déclarer sans suite la procédure.

V - DECLARATION SANS SUITE

Dans certains cas, l'acheteur n'aura pas d'autre choix que de déclarer sans suite la procédure en cours pour différentes raisons d'organisation ou de complexité de la mise en place des solutions sus-évoquées.

En effet, **le CCP autorise l'acheteur à tout moment** (et jusqu'à la signature du marché) **à abandonner la procédure de passation d'un marché public en la déclarant sans suite** (article R 2185-1).

La déclaration doit être motivée par un motif d'intérêt général (ou par l'infructuosité) : en l'occurrence, il faudrait expliquer les raisons pour lesquelles la situation actuelle empêche la poursuite et l'attribution du marché en cause : mesures prises pour lutter contre le COVID-19 (article R 2185-2).

→ [Fiche DAJ : L'abandon de procédure](#)

Une nouvelle procédure devra alors être lancée à la fin des mesures de confinement imposées par l'Etat. Et, en cas d'urgence, un marché sans publicité ni mise en concurrence préalables pourra être conclu. Attention, il convient d'adopter une attitude prudente avec cette procédure : la DAJ énonce notamment que de tels achats ne doivent être effectués que pour les montants et la durée strictement nécessaires à la satisfaction des besoins urgents.

→ [Fiche DAJ : La passation et l'exécution des marchés publics en période de crise sanitaire](#)