

Achat public : ordonnance n°2020-319 du 25 mars 2020

Thème : Achat public
Mars 2020

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, **vient d'être publiée au Journal Officiel**. Elle intervient en application de l'article 11 de la **loi n° 2020-290 du 23 mars 2020 d'urgence pour faire face à l'épidémie de covid-19**.

D'une manière générale, cette ordonnance prévoit plusieurs mesures dérogatoires pour faire face à la crise sanitaire. Il convient notamment de noter que :

- le texte n'utilise pas les termes de force majeure ou d'imprévision, tels qu'évoqués dernièrement, notamment la fiche de la DAJ, **Fiche DAJ : La passation et l'exécution des marchés publics en période de crise sanitaire**. Un cadre juridique propre à la situation d'urgence sanitaire est donc établi ;
- si ce texte répond à certaines questions, il laisse semble-t-il certaines situations sans réponse. Il faudra donc chercher les solutions dans les théories classiques évoquées dans la fiche DAJ précitée, à condition bien sûr de démontrer qu'elles s'appliquent
- plusieurs mesures sont d'ordre public, c'est-à-dire qu'elles prévalent sur le contrat initialement conclu par les parties, sauf si la clause contractuelle est plus favorable au titulaire du contrat ;
- certaines mesures concernent tous les contrats publics, d'autres seuls les marchés publics ou les concessions (la présente fiche décrypte seulement les éléments propres aux marchés publics) ;
- tous les contrats ne sont pas concernés et une attitude prudentielle des acheteurs publics est préconisée.

La DAJ a mis en ligne **une fiche technique détaillant les règles de procédure et d'exécution des contrats publics mises en œuvre**.

Elle a également publié une **fiche Questions-Réponses "Les conséquences de la crise sanitaire sur la commande publique"**.

I – PERIMETRE ET MODALITES D'APPLICATION DE L'ORDONNANCE - ARTICLE 1^{er} Ord –

Les dispositions de l'ordonnance trouveront à s'appliquer **pour tous les contrats en cours au 12 mars ou conclus après cette date et** jusqu'à deux mois après la fin de l'état d'urgence sanitaire.



Une application conditionnée au cas par cas des mesures exceptionnelles permises par l'ordonnance : « Elles 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 »

Il conviendra de **justifier** la nécessité d'y recourir. C'est en cela notamment qu'il convient d'en assurer une limitation encadrée.

La rédaction - les marchés conclus après le 12 mars ou durant cette période - est à noter, entraîne une approche plus large que celle de la force majeure, par exemple. En effet, dans le cas de la force majeure, il faut démontrer que l'évènement est imprévisible, ce qui serait contestable pour des marchés conclus aujourd'hui par exemple (puisque l'acheteur a connaissance de la situation).

II – MESURES RELATIVES AUX CONSULTATIONS EN COURS

Prolongation de la date limite de remise des offres - ARTICLE 2 Ord -

Les délais de réception des candidatures et des offres sont prolongés d'une « durée suffisante » pour permettre aux opérateurs économiques de présenter leur candidature ou de soumissionner.

Cette prolongation ne s'applique pas si les prestations commandées doivent être obtenues rapidement (« ne peuvent souffrir aucun retard »). Si la rédaction semble imposer une obligation, la durée de prolongation est néanmoins laissée à l'appréciation de l'acheteur.

Modalités de mise en concurrence - ARTICLE 3 Ord –

Les **modalités de mise en concurrence** définies dans le règlement de consultation ou l'avis de marché peuvent être modifiées, en cours de procédure, dans le respect du principe d'égalité de traitement des candidats si celles-ci ne peuvent être respectées.

Ces dispositions semblent être d'une interprétation relativement large : cela pourrait consister, par exemple, à supprimer une visite obligatoire où à apporter des éléments complémentaires.

Néanmoins, cette rédaction, conformément à l'article L 3 du Code de la commande publique, suppose **un strict respect du principe d'égalité des candidats**.

III – MESURES CONCERNANT LES MODIFICATIONS DES MARCHES EN COURS D'EXECUTION

Prolongation des contrats en cours - ARTICLE 4 Ord –

L'ordonnance confère la possibilité de **prolonger l'ensemble des marchés par avenant sans justification**, même au-delà de 4 ans pour un accord-cadre, lorsque l'organisation d'une procédure de mise en concurrence ne peut être mise en œuvre.

En pratique, cette prolongation :

- pourra conduire à dépasser les durées limitées pour les accords-cadres (délai de 4 ans pour les pouvoirs adjudicateurs),
- ne pourra pas excéder la période de la crise augmentée (à ce jour, soit le 24 juillet 2020 selon l'article 1^{er}) de la durée nécessaire à la mise en œuvre d'une procédure de mise en concurrence à l'issue de son expiration.

Il faudra toutefois démontrer que l'organisation d'une procédure de mise en concurrence ne peut être mise en œuvre.

Augmentation des avances - ARTICLE 5 Ord –

Les acheteurs peuvent, par avenant, modifier les conditions de versement de l'avance.

Son taux peut être porté à un montant supérieur à 60 % du montant du marché ou du bon de commande.

Ils ne sont pas tenus d'exiger la constitution d'une garantie à première demande pour les avances supérieures à 30 % du montant du marché.

IV – MESURES CONCERNANT LES DIFFICULTES D'EXECUTION - ARTICLE 6 Ord –

L'article 6 de l'ordonnance **prévoit différents cas de difficultés pouvant être rencontrées en cours d'exécution du contrat.**

Dans ce cas, **il est précisé que les dispositions de l'ordonnance s'appliquent, sauf à ce que le contrat prévoit des stipulations plus favorables.**

Prolongation automatique des délais d'exécution des prestations - ARTICLE 6, 1° Ord –

Dans cette hypothèse, le délai contractuel est prolongé jusqu'au 24 juillet 2020 (état d'urgence augmenté de 2 mois).

En pratique,

- **l'entreprise devra prouver** soit, les raisons pour lesquelles elle ne peut pas respecter ce délai, soit, qu'elle devrait pour cela, mobiliser des moyens qui lui feraient supporter une charge manifestement excessive (certains commentaires à ce jour énoncent une augmentation des charges supérieure à 15 %),
- **elle devra le demander à l'acheteur avant l'expiration du délai d'exécution.**

Cette mesure s'applique même si le contrat prévoit une clause contraire, sauf si cette clause est plus favorable au titulaire du marché.

Impossibilité d'exécuter tout ou partie d'un bon de commande ou d'un contrat, notamment lorsque titulaire démontre qu'il ne dispose pas des moyens suffisants ou que leur mobilisation ferait peser sur lui une charge manifestement excessive - ARTICLE 6, 2° Ord –

A la lecture de cet article, il est énoncé que **le titulaire ne peut pas être sanctionné**, ni se voir appliquer les pénalités contractuelles, ni voir sa responsabilité contractuelle engagée dans l'hypothèse **où il est dans l'impossibilité d'exécuter tout ou partie de son contrat.**

L'acheteur peut conclure un **marché de substitution** avec un autre tiers pour satisfaire à ses besoins qui ne peuvent souffrir d'aucun retard. Dans cette hypothèse, le titulaire du marché ne pourra pas être sanctionné.

Cet **article trouve à s'appliquer lorsque le titulaire démontre :**

- qu'il ne dispose pas des moyens suffisants pour exécuter le contrat (personnel confiné ou en quarantaine, fournisseur défaillant, etc.),
- ou que le fait de mobiliser ces moyens fait peser sur lui une charge manifestement excessive (certains commentaires à ce jour énoncent une augmentation des charges supérieure à 15 %). Ces dispositions prévalent sur le marché : Les clauses du contrat ne s'appliquent pas sauf si elles sont plus favorables au titulaire du marché.

Indemnisation du titulaire - ARTICLE 6, 3° Ord –

Si le bon de commande annulé ou le marché résilié par l'acheteur est la conséquence des mesures prises dans le cadre de l'état d'urgence sanitaire, **le titulaire peut être indemnisé** des dépenses qu'il a engagées si celles-ci sont directement imputables à l'exécution du bon de commande annulé ou du marché résilié.

En pratique,

- il faut que cette annulation ou cette résiliation soit la **conséquence des mesures prises par les autorités administratives compétentes dans le cadre de l'état d'urgence sanitaire**,
- dans ce cas, le titulaire pourra être indemnisé par l'acheteur **dans la limite des dépenses engagées qui sont directement liées à l'exécution d'un bon de commande annulé ou du marché résilié.**

Marché à prix forfaitaire et suspension de délai - ARTICLE 6, 4° Ord –

A la lecture de l'ordonnance, dans l'hypothèse où l'acheteur suspend un marché à prix forfaitaire dont l'exécution est en cours, **plusieurs obligations lui incombent** :

- il doit procéder sans délai au règlement du marché selon les modalités et pour les montants prévus par le contrat,
- à l'issue de la suspension, un avenant sera signé. Trois options sont prévues pour cet avenant :
 - o il pourra modifier le contrat si ces modifications sont nécessaires,
 - o il pourra prévoir une reprise à l'identique du contrat,
 - o ou encore sa résiliation.

Cet avenant devra préciser les sommes dues au titulaire ou, le cas échéant, les sommes dues par ce dernier à l'acheteur (conséquences financières de la suspension, garde du chantier, etc.).

NB : la DAJ est venue préciser que cette disposition concernait « *essentiellement les marchés forfaitaires ayant prévu des échéances de paiement étalées dans le temps selon une périodicité précise (mensuelle, trimestrielle, etc.) et ayant déterminé le montant de ces versements forfaitaires échéancés. La disposition de l'ordonnance constitue une dérogation à la règle du service fait. Le paiement des échéances doit continuer, selon la périodicité prévue, quand bien même les prestations du contrat sont suspendues temporairement, ou ne sont que partiellement exécutées* ».

Les fiches DAJ apportent des éléments de compréhension des dispositions exceptionnelles adoptées. Attention cependant, ces positions ont simplement une valeur doctrinale, l'interprétation du juge pouvant les remettre en cause.