

REGIME DES REGLES DE LA COMMANDE PUBLIQUE A L'EPREUVE DU COVID-19.

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*, a modifié les règles habituelles de la commande publique. Cette ordonnance a elle-même été modifiée par d'autres dispositions intervenues au cours de la période de confinement.

Elle a pour effets principaux de prévoir des règles dérogatoires concernant les délais de réception des candidatures et offres, les modalités de la mise en concurrence, la durée des contrats, les avances et les mesures en cas de difficultés d'exécution du contrat.

Aux termes de son article 1er, l'application de ses dispositions requiert une analyse au cas par cas de la situation dans laquelle se trouvent les cocontractants qui devront justifier de la nécessité d'y recourir. Ces mesures ne sont donc pas d'application systématique.

Concernant le champ d'application :

L'ordonnance s'applique aux contrats en cours et à ceux conclus entre le 12 mars 2020 et le 23 juillet 2020 inclus.

Elle s'applique à tous les contrats de la commande publique au sens large (contrats soumis au code de la commande publique et contrats publics qui n'en relèvent pas), conclus par les personnes publiques, mais également les personnes privées étant pouvoirs adjudicateurs ou entités adjudicatrices.

Concernant les délais :

Pour les contrats en cours soumis au code de la commande publique, les délais de réception des candidatures et des offres peuvent être prolongés d'une durée suffisante, sauf lorsque les prestations objet du contrat ne peuvent souffrir aucun retard. Cette durée est fixée par l'autorité contractante.

Concernant la mise en concurrence :

Si les modalités de la mise en concurrence prévues en application du code de la commande publique ne peuvent être respectées par l'autorité contractante, elle peut les aménager en cours de procédure, sous réserve de respecter le principe d'égalité des candidats.

Quant aux contrats arrivés à terme pendant la période comprise entre le 12 mars 2020 et le 23 juillet 2020 inclus, ils peuvent être prolongés par avenant au-delà de la durée prévue (y compris les accords-cadres) lorsque l'organisation d'une procédure de mise en concurrence ne peut être mise en œuvre.

La durée de cette prolongation ne peut pas en tout état de cause dépasser celle de la période comprise entre le 12 mars 2020 et le 23 juillet inclus, augmentée de la durée nécessaire à la remise en concurrence à l'issue de son expiration.

Concernant l'exécution du contrat :

Il est possible de modifier le taux de l'avance par avenant. Les acheteurs peuvent donc verser des avances d'un montant supérieur au taux maximal de 60 % prévu par le code de la commande publique.

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.

L'ordonnance prévoit également d'autres mesures relatives à d'éventuelles difficultés d'exécution, qui s'appliqueront nonobstant toute stipulation contraire, sauf les stipulations qui se trouveraient être plus favorables au titulaire du contrat.

Ces mesures sont applicables aux contrats soumis au code de la commande publique ainsi qu'aux contrats publics qui n'en relèvent pas, en cours ou conclus durant la période courant du 12 mars 2020 jusqu'à la fin de l'état d'urgence sanitaire déclaré par l'article 4 de la loi du 23 mars 2020 susvisée, augmentée d'une durée de deux mois. :

- Prolongation des délais d'exécution d'une ou plusieurs obligations du contrat, si le délai initial ne peut être respecté ou ferait peser une charge manifestement excessive sur le cocontractant. Cette prolongation sera d'une durée au moins équivalente à celle mentionnée à l'article 1er, sur la demande du titulaire avant l'expiration du délai contractuel ;
- Dans le cas où le titulaire se trouverait dans l'impossibilité d'exécuter des obligations contractuelles, notamment s'il démontre que cela ferait peser sur lui une charge manifestement excessive :
 - Il ne peut être sanctionné, ni se voir appliquer les pénalités contractuelles, ni voir sa responsabilité contractuelle engagée pour ce motif ;
 - L'acheteur peut conclure un marché de substitution avec un tiers pour satisfaire ses besoins qui ne peuvent souffrir aucun retard, peu important l'existence de clauses d'exclusivité et sans que le titulaire initial ne puisse engager la responsabilité contractuelle de l'acheteur pour ce motif. L'exécution de ce marché de substitution ne peut être effectuée aux frais et risques du titulaire initial.
- Dans le cas où l'annulation d'un bon de commande ou la résiliation du marché par l'acheteur est la conséquence des mesures prises par les autorités administratives compétentes dans le cadre de l'état d'urgence sanitaire, le titulaire peut être indemnisé par l'acheteur des dépenses qu'il a engagées si elles sont directement imputables à l'exécution d'un bon de commande annulé ou d'un marché résilié ;
- Lorsque l'acheteur est conduit à suspendre un marché à prix forfaitaire dont l'exécution est en cours, il procède sans délai au règlement du marché selon les modalités et pour les montants prévus par le contrat. A l'issue de la suspension, un avenant devra déterminer les modifications du contrat éventuellement nécessaires, sa reprise à l'identique ou sa résiliation ainsi que les sommes dues au titulaire ou, le cas échéant, les sommes dues par ce dernier à l'acheteur ;
- Lorsque le concédant est conduit à suspendre l'exécution d'une concession, tout versement d'une somme au concédant est suspendu et une avance sur le versement des sommes dues par le concédant peut être versée à l'opérateur économique si la situation de ce dernier le justifie ;
- Dans le cas où, sans que la concession soit suspendue, le concédant est conduit à modifier significativement les modalités d'exécution prévues au contrat, le concessionnaire a droit à une indemnité destinée à compenser le surcoût qui résulte de l'exécution, même partielle, du service ou des travaux, lorsque la poursuite de l'exécution de la concession impose la mise en œuvre de moyens supplémentaires qui n'étaient pas prévus au contrat initial et qui représenteraient une charge manifestement excessive au regard de la situation financière du concessionnaire.

La force majeure et l'imprévision dans les contrats de la commande publique

La force majeure est un événement étranger à l'auteur du dommage, imprévisible dans sa survenance, irrésistible dans ses effets, et extérieur à l'objet qui a subi le dommage.

Le ministre de l'économie et des finances, Bruno Le Maire, a annoncé que concernant les marchés publics de l'Etat, aucune pénalité de retard ne serait appliquée, l'épidémie de Covid-19 étant considérée comme un cas de force majeure pour les entreprises. Il a invité les collectivités territoriales à en faire de même et à privilégier une suspension de l'exécution des marchés. Néanmoins, une telle initiative ne lie pas le juge du contrat qui sera éventuellement amené à statuer sur l'existence d'un cas de force majeure.

Cette ordonnance ne comporte cependant pas d'indication particulière quant à l'application de la force majeure à la crise sanitaire actuelle. La Direction des affaires juridiques du ministère de l'économie rappelle à cette occasion que la force majeure ne peut être qualifiée qu'au cas par cas : *"Il appartient aux autorités contractantes et aux opérateurs économiques de démontrer que les difficultés qu'ils rencontrent du fait de l'épidémie ne permettent pas de poursuivre les procédures ou l'exécution des contrats dans des conditions normales"*.

Pour mettre en œuvre une suspension du marché, il faut cependant que celui-ci ait prévu la possibilité d'une suspension. Certains marchés ne prévoient pas cette possibilité, mais autorisent parfois une suspension du délai d'exécution ou une résiliation du marché.

Si la force majeure ne fait que retarder l'exécution du contrat, cela se traduit par une exonération des pénalités de retard, ou un passage à la théorie de l'imprévision si l'économie du contrat s'en est trouvée bouleversée.

La théorie de l'imprévision impose à l'administration d'apporter une aide financière à son cocontractant qui voit l'équilibre du contrat bouleversé par des événements imprévisibles lors de sa conclusion. Cependant, l'application de cette théorie ne libère pas le cocontractant de ses obligations, il doit continuer à exécuter le contrat pour prétendre à l'indemnisation.

Si les circonstances imprévues ont créé une situation économique nouvelle et définitive qui ne permet plus au cocontractant de continuer d'exécuter le contrat en bénéficiant de l'équilibre économique initialement prévu, cela peut justifier une résiliation du contrat sur le fondement de la force majeure.