



#Newsletter 13

#Droit des contrats et marchés publics

Entrepreneur, pouvoir adjudicateur : comment gérer mon marché public pendant la période de coronavirus ?

Au sommaire :

- Quelques repères juridiques et mises en garde préalables
- Conseils pratiques à l'égard des pouvoirs adjudicateurs pour la gestion de leurs marchés publics en cours :
 - les marchés publics dont les procédures de passation sont en cours (1),
 - les marchés publics déjà attribués et qui sont en cours d'exécution (2).
 - conclusion
- Conseils pratiques à l'égard des entreprises pour la gestion de leurs marchés publics en cours d'exécution
 - conclusion

Publiée le 24 mars 2020

Quelques repères juridiques et mises en garde préalables :

- 28 février 2020 : Le Ministre de l'Economie Bruno Le Maire annonce que le coronavirus sera « *considéré comme un cas de force majeure pour les entreprises* » et que « *pour tous les marchés publics de l'Etat, si jamais il y a un retard de livraison de la part des PME ou des entreprises, nous n'appliquerons pas de pénalités* ».

La déclaration du Ministre ne concerne que les marchés publics de l'Etat.
Elle n'a aucune valeur juridique.

Les marchés publics passés par les pouvoirs adjudicateurs autres que l'Etat sont des contrats « *intuitu personae* » pour lesquels le Ministre ne peut se substituer à la volonté des parties.

En cas de différend, le Juge administratif appréciera au cas par cas.

- 29 février 2020 : Le Ministre de l'Economie Bruno Le Maire écrit au Président de l'Association des Maires de France pour inciter les élus locaux à faire preuve de « *clémence concernant les achats publics des collectivités relevant de leur périmètre* » et à éviter « *d'appliquer des pénalités de retard aux entreprises victimes de difficultés d'approvisionnement en provenance de la Chine* ».

Les collectivités sont donc invitées, dans le cas où leurs marchés se trouvent impactés par la crise du coronavirus, à invoquer la « *force majeure* » et ainsi « *suspendre l'exécution des marchés concernés* » ou dans une moindre mesure « *l'application des clauses pertinentes* ».

- 18 mars 2020 : La Direction des affaires juridiques du Ministère de L'Economie et des finances publie une fiche technique précisant précise les conditions d'application de la force majeure aux contrats en cours et les conditions de passation en urgence des nouveaux contrats.

- 24 mars 2020 : publication au JORF de la loi du 23 mars 2020 d'urgence pour faire face à l'épidémie de covid -19.

Dont l'article 11-I-1° « f) *prévoit la possibilité d'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* ».

Conseils pratiques à l'égard des pouvoirs adjudicateurs pour la gestion de leurs marchés publics en cours

Deux cas de figure sont à distinguer :

- les marchés publics dont les procédures de passation sont en cours (1)
- les marchés publics déjà attribués et qui sont en cours d'exécution (2).

1- Les marchés publics dont les procédures de passation sont en cours.

Que faire des procédures de passation en cours ? Nombre de pouvoirs adjudicateurs peut être tenté de les abandonner ou bien les maintenir.

Les abandonner mais comment ? Ou bien les maintenir mais comment ?

Que dit le Code de la commande publique ou bien la jurisprudence administrative dans de telles circonstances exceptionnelles ?

Chaque pouvoir adjudicateur devra raisonner en prenant en compte plusieurs paramètres, propres aux besoins et aux marchés en cause.

1-1 Le choix de maintenir la procédure de passation en cours.

Pour ce faire, l'acheteur public a plusieurs options qui s'offrent à lui :

- **Soit reporter le délai de remise des candidatures et des offres (1^{ère} option).**

L'article R 2151-4 du Code la commande publique prévoit deux cas dans lesquels le délai de remise des offres doit obligatoirement être prolongé :

- « *lorsque des modifications importantes sont apportées aux documents de la consultation*
- *lorsqu'un complément d'informations, nécessaire à l'élaboration de l'offre, demandé en temps utile par l'opérateur économique, n'est pas fourni dans les délais par le pouvoir adjudicateur.*

Or, la difficulté à utiliser cette disposition c'est que ces 2 dérogations ne correspondent pas à la situation exceptionnelle actuelle.

Le pouvoir adjudicateur peut-il quand même prolonger les délais de remise des candidatures et des offres pour d'autres raisons ?

En l'absence de jurisprudence en la matière, il est difficile de se prononcer définitivement. Sous réserve de l'appréciation souveraine des Tribunaux, il me semble cependant que, au vue des circonstances exceptionnelles actuelles (situation décrétée d'urgence sanitaire), une telle décision

de prolongation est légitimement fondée. En d'autres termes, le pouvoir adjudicateur peut quand même prolonger les délais de remise des candidatures et des offres.

Cette décision emporte alors les actes suivants. En effet, le pouvoir adjudicateur sera tenu de :

- publier un avis de publicité et de mise en concurrence rectificatif et informer toutes les entreprises soumissionnaires qui ont téléchargé un dossier de consultation (DCE) ;
 - modifier les documents du DCE et notamment tous les délais contractuels qui avaient été préalablement fixés.
- **Soit reporter le délai de validité des offres (2nde option)**

Dans ce cas, le pouvoir adjudicateur doit alors demander par écrit à l'ensemble des entreprises soumissionnaires leurs accords pour prolonger le délai de validité de leurs offres.

Sans exception, toutes doivent donner leur accord pour que cette solution puisse être légalement mise en œuvre.

De plus, cette demande expresse doit être faite avant la date limite de remise des offres initialement prévue.

1-2 Le choix de d'abandonner la procédure de passation en cours.

Le pouvoir adjudicateur devra alors déclarer la procédure sans suite. Rappelons qu'il peut le faire à tout moment de la procédure de passation.

Mais attention, cette décision doit être soigneusement motivée.

Concrètement, le pouvoir adjudicateur devra expliquer et détailler le motif retenu. A titre des motifs pouvant être mis en avant, le pouvoir adjudicateur peut arguer de l'absence de personnels, de la fermeture temporaire de la collectivité territoriale, de délais intenable, de la nécessité de prendre des mesures pour lutter contre le coronavirus ...

Il devra en informer par écrit chaque entreprise soumissionnaire

Une fois la procédure déclarée sans suite, le pouvoir adjudicateur peut-il relancer une nouvelle procédure ? Et si oui dans quelles conditions ? Quand et comment ?

La note de la Direction des affaires juridiques du Ministère de L'Economie et des finances relative aux conditions d'application de la force majeure aux contrats en cours et les conditions de passation en urgence des nouveaux contrats apporte des éléments de réponse sur ce point.

Tout d'abord, il faut impérativement que le besoin à satisfaire soit URGENT.

Alors : « Le cas échéant, si la satisfaction de ce besoin est urgente, les acheteurs publics peuvent alors appliquer les délais réduits de publicité (3° de l'article R. 2161-8 du code de la commande publique) dans le cadre d'une mise en concurrence.

Ils peuvent aussi mettre en œuvre la procédure 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 incompatible avec ces délais réduits.

Le cas échéant, de tels achats ne doivent être effectués que pour les montants et la durée strictement nécessaires à la satisfaction des besoins urgents. Ils pourront être renouvelés si la situation de blocage devait se prolonger. » (extrait de la note précitée).

2- Les marchés publics déjà attribués et qui sont en cours d'exécution.

Nombre d'attributaires connaît des difficultés d'exécution de leur marché et mettent ainsi les pouvoirs adjudicateurs face à un dilemme : celui de décider du devenir du marché.

Quelque soit la décision du pouvoir adjudicateur, celle-ci doit procéder d'une analyse raisonnée et exhaustive des faits empêchant l'exécution du marché public.

A mon sens, la première question à se poser pour le pouvoir adjudicateur confronté à la difficulté d'exécution du marché par son cocontractant est celle d'arbitrer le cas de la force majeure.

Autrement dit, l'inexécution relève-t-elle d'un cas de force majeure.

La question est sensible et ne doit pas être solutionnée « à la légère ».

En effet, en droit administratif, la force majeure se constate au cas par cas.

Elle est avérée et retenue lorsque les trois conditions cumulatives suivantes sont réunies :

- l'événement était imprévisible. En l'espèce, cette condition est remplie avec l'arrivée du coronavirus.
- l'événement doit être extérieur aux parties. cette condition est remplie avec l'arrivée du coronavirus.
- enfin, l'attributaire du marché public ou le pouvoir adjudicateur doit se trouver dans l'impossibilité, l'incapacité absolue de poursuivre, momentanément ou définitivement, l'exécution de toute ou partie du marché public (et ce que ce soit en termes de délais, de quantités à fournir, défaut de sous-traitants disponibles, respect de certaines spécifications techniques ou de sécurité ...).

C'est cette 3^{ème} condition (relative à l'irrésistibilité) est la plus complexe à identifier, voire à justifier.

Face à la crise du coronavirus et ses conséquences sanitaires, sécuritaires ou en terme de confinement rendu obligatoire, il faut que le cocontractant soit dans la situation effective de ne plus pouvoir remplir ses obligations contractuelles.

Comme l'a demandé Bruno Le Maire dans son courrier adressé le 29 février dernier au Président de l'association des Maires de France, il est recommandé aux pouvoirs adjudicateurs de tenir compte du caractère exceptionnel de la crise sanitaire découlant du coronavirus et, au cas par cas, de ne pas hésiter à reconnaître que les difficultés d'exécution du marché rencontrées par leurs cocontractants sont imputables à un cas de force majeure.

Lorsque les 3 conditions sont réunies, le pouvoir adjudicateur a alors la possibilité :

- soit de suspendre l'exécution du marché public. Cette décision écrite doit être notifiée. Elle n'entraîne bien évidemment pas l'application de pénalités.
- Soit de résilier le marché public pour force majeure.

3- CONCLUSION :

Quelque soit le marché public en cause (qu'il fasse l'objet d'une procédure de passation ou bien qu'il soit en cours d'exécution), j'invite les pouvoirs adjudicateurs à :

- **PRENDRE LE TEMPS D'ESTIMER LA SITUATION DU MARCHE (RAISONNER A PLUSIEURS EN « MODE INTELLIGENCE COLLECTIVE »)**
- **RAISONNER AU CAS PAR CAS**
- **DISTINGUER LES BESOINS URGENTS DES BESOINS NON URGENTS**
- **DIALOGUER PREALABLEMENT AVEC LES ENTREPRISES ATTRIBUTAIRES AVANT TOUTE PRISE DE POSITION**
- **MOTIVER EXHAUSTIVEMENT LEURS DECISIONS**
- **COMMUNIQUER AVEC TOUTES LES ENTREPRISES SOUMISSONNAIRES**
- **COMMUNIQUER PAR ECRIT LEURS DECISIONS**

Conseils pratiques à l'égard des entreprises pour la gestion de leurs marchés publics en cours d'exécution

Les entreprises soumissionnaires ne pouvant intervenir dans le processus décisionnel de passation des marchés publics, seul est traité ici le cas de la gestion des marchés publics en cours de réalisation.

Une nouvelle fois, deux cas de figure se présente :

- soit l'entreprise attributaire du marché public ne connaît aucune difficulté d'exécution, auquel cas les développements ci-après ne la concerne pas ;
- soit l'entreprise attributaire du marché public connaît de sérieuses difficulté d'exécution, auquel cas les développements ci-après l'intéresse directement.

Pour les entreprises attributaires, défailtantes dans l'exécution de leur marché, je leur conseillerai de :

- (RE)LIRE leur marché public
- REFLECHIR
- et ECRIRE au pouvoir adjudicateur.

En effet, l'entreprise soumissionnaire en difficulté doit d'abord (RE)LIRE son marché public et prendre connaissance de quel Cahier des Clauses Administratives Générales (CCAG) dépend son marché public (CCAG travaux, CCAG Fournitures courantes et services, CCAG Marchés industriels, CCAG Prestations Intellectuelles ...).

Elle doit également relire le Cahier des Clauses Administratives Particulières pour vérifier s'il contient des clauses dérogatoires et/ou traitant de circonstances exceptionnelles.

Ensuite, l'entreprise soumissionnaire en difficulté doit REFLECHIR à la situation de son propre marché. Autrement dit, l'attributaire en difficulté d'exécution doit (en tout cas dans un premier temps, il pourra toujours conforter son appréciation de la situation avec celle du pouvoir adjudicateur) apprécier si ses difficultés d'exécution relève d'un cas de force majeure.

Pour être dans un cas de force majeure, il faut obligatoirement que, d'une part, ce soit la situation d'urgence sanitaire qui l'empêche directement d'exécuter son marché et, d'autre part, qu'il n'ait aucun autre moyen à sa disposition pour exécuter ses travaux ou fournir ses prestations.

Si tel est le cas, l'entrepreneur en difficulté doit alors ECRIRE au pouvoir adjudicateur. Mais pas n'importe comment. Il doit respecter un certain formalisme et argumenter/justifier ses difficultés et son incapacité à exécuter.

Si le marché public est en cause est un marché de travaux, le CCAG prévoit alors que l'entrepreneur en difficulté doit instamment (sans délai) avertir par écrit le pouvoir adjudicateur et son maître d'œuvre (lorsqu'il y en a un).

J'invite l'entrepreneur en difficulté à exposer de manière exhaustive dans son courrier ses difficultés, à faire le lien avec la situation sanitaire d'urgence existante, à démontrer qu'il n'a pas d'autres moyens à

sa disposition pour continuer d'exécuter le marché (personnel confiné, arrêts de travail des salariés, mise en chômage partiel, sous-traitants indisponibles, mise en sécurité, fournitures en rupture de production ou de stock).

Enfin, dans ce même courrier, l'entrepreneur doit demander soit une suspension (ou un allongement de la durée d'exécution) de l'exécution du marché public, soit demander la résiliation du marché public pour force majeure.

Le pouvoir adjudicateur (ou son maître d'œuvre lorsqu'il y en a un) propose alors à l'entrepreneur une solution et lui demande son avis.

Ensuite, le pouvoir adjudicateur notifie par écrit sa décision.

Attention, en cas de refus du pouvoir adjudicateur de suspendre, d'ajourner, de prolonger ou de résilier le marché, l'entrepreneur rentre dans une phase de différend et c'est le régime « très formaliste » du mémoire de réclamation qui s'impose alors.

Si le marché public est en cause est un marché de fournitures courantes ou services, le CCAG prévoit alors que l'entrepreneur en difficulté doit, dans les 15 jours suivants la survenance des difficultés, avertir par écrit le pouvoir adjudicateur.

J'invite l'entrepreneur en difficulté à exposer de manière exhaustive dans son courrier ses difficultés, à faire le lien avec la situation sanitaire d'urgence existante, à démontrer qu'il n'a pas d'autres moyens à sa disposition pour continuer d'exécuter le marché (personnel confiné, arrêts de travail des salariés, mise en chômage partiel, sous-traitants indisponibles, mise en sécurité, fournitures en rupture de production ou de stock).

Enfin, dans ce même courrier, l'entrepreneur doit demander un allongement de la durée d'exécution du marché public.

Le pouvoir adjudicateur dispose de 15 jours pour lui accorder un délai supplémentaire.
Le pouvoir adjudicateur notifie par écrit sa décision.

Attention, en cas de refus du pouvoir adjudicateur de prolonger le marché, l'entrepreneur rentre alors dans une phase de différend et c'est le régime « très formaliste » du mémoire de réclamation qui s'impose.

Enfin, si le marché public est en cause est un marché public de prestations intellectuelles, le CCAG prévoit alors que l'entrepreneur en difficulté doit, dans les 15 jours suivants la survenance des difficultés, avertir par écrit le pouvoir adjudicateur.

J'invite l'entrepreneur en difficulté à exposer de manière exhaustive dans son courrier ses difficultés, à faire le lien avec la situation sanitaire d'urgence existante, à démontrer qu'il n'a pas d'autres moyens à sa disposition pour continuer d'exécuter le marché (personnel confiné, arrêts de travail des salariés, mise en chômage partiel, sous-traitants indisponibles, mise en sécurité, fournitures en rupture de production ou de stock).

Enfin, dans ce même courrier, l'entrepreneur doit demander un allongement de la durée d'exécution du marché public.

Le pouvoir adjudicateur dispose de 15 jours pour lui accorder un délai supplémentaire.
Le pouvoir adjudicateur notifie par écrit sa décision.

Attention, en cas de refus du pouvoir adjudicateur de prolonger le marché, l'entrepreneur rentre dans une phase de différend et c'est le régime « très formaliste » du mémoire de réclamation qui s'impose alors.

CONCLUSION :

Quelque soit le marché public en cause, j'invite les entreprises soumissionnaires en difficulté à :

- **(RE)LIRE LEUR MARCHÉ**
- **MATERIALISER LEUR DIFFICULTÉ (par des courriers, des mails, des constats)**
- **DIALOGUER/ NEGOCIER AVEC LE POUVOIR ADJUDICATEUR les suites du marché**
- **ASSURER UNE TRACABILITE ECRITE DE LEURS ECHANGES**

Actualités du Cabinet CELEXANSE Avocats :

- Jeudi 12 mars 2020 :

CELEXANSE, invité en tant qu'expert en marchés publics, intervenait ce jour à la conférence vidéo organisée par le CJD National (5500 entrepreneurs) pour traiter du thème "moi entrepreneur, comment gérer mon marché public pendant la période de coronavirus ? (Mise en garde, repères et réflexes)"

CELEXANSE# expertise marchés publics # intervenant# vidéo conférence # Centre des Jeunes Dirigeants National # 5500 entrepreneurs# coronavirus # gestion de mon marché public

- Lundi 16 mars 2020 :

CELEXANSE, sollicité en tant qu'expert en marchés publics, interviewé par la radio RCF pour sa chronique "L'éco des solutions"

CELEXANSE# Avocat# marchés publics # interview radio# chronique "l'écodesolutions"# émission du 160320# radio RCF