



# **#Newsletter 14**

## **#Droit des contrats et marchés publics**

**Large assouplissement des règles de passation et d'exécution des marchés publics en période de coronavirus : l'ordonnance n°2020-319 et la fiche explicative de la DAJ**

Au sommaire :

- 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 : ce qu'il faut en retenir (CQFR)
- La fiche explicative de la Direction des Affaires Juridiques du Ministère de l'Economie et des Finances, publiée le 26 mars 2020 : ce qu'il faut en retenir (CQFR)

Publiée le 30 mars 2020

# L'ordonnance n° 2020-319 du 25 mars 2020 : CQFR

Ce Qu'il Faut en Retenir en plusieurs points :

- publiée au JORF du 26 mars 2020.
- les principales dispositions sont inscrites dans les articles 1<sup>er</sup> à 6.
- **les dispositions** prises sont :
  - **dérogatoires** au régime commun instauré par le Code de la commande publique,
  - **applicables uniquement pendant la crise sanitaire en cours,**
  - des mesures qui ont vocation à disparaître à court terme.
- A quels contrats s'appliquent les dispositions dérogatoires ? **A tous les marchés publics ainsi qu'aux autres contrats publics non soumis au Code de la commande publique** (article 1<sup>er</sup> de l'ordonnance).
- Pendant combien de temps les dispositions dérogatoires sont-elles applicables ? Elles sont applicables aux marchés en cours et ceux conclus **à compter du 12 mars 2020** et jusqu'à 2 mois après la fin de l'état d'urgence, soit **jusqu'au 24 juillet 2020** (article 1<sup>er</sup> de l'ordonnance).
- Mise en garde concernant le recours aux dispositions dérogatoires : « **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 et des mesures prises pour limiter cette propagation** » (article 1<sup>er</sup> de l'ordonnance).

Chaque pouvoir adjudicateur devra donc être en capacité de justifier *a posteriori* leur utilisation. D'où la nécessité pour chaque acheteur public de raisonner au cas par cas, marché public par marché public et préparer son « argumentation » pour justifier, le cas échéant, la mise en œuvre des dispositions dérogatoires pour la passation et ou l'exécution de leurs marchés dans le cadre de la crise sanitaire du coronavirus.
- Les dispositions dérogatoires applicables aux procédures de passation en cours :
  - **prolongation « d'une durée suffisante » des dates limites de réception des candidatures et des offres** (article 2 de l'ordonnance). Au regard du libellé du dispositif, la prolongation semble être quasiment une obligation pour les acheteurs publics ayant des procédures en cours.

- **possibilité d'aménager « les modalités de la mise en concurrence », autrement dit possibilité de modifier le Dossier de consultation des entreprises initial** (article 3 de l'ordonnance). Attention disposition à utiliser « avec précaution » et en prenant garde à ne pas fausser l'égalité de traitement entre les candidats, ni les principes de libre concurrence et de transparence des procédures !!!
- Les dispositions dérogatoires permettant de prolonger la durée des marchés publics en cours : **tous les marchés publics s'achevant entre le 12 mars 2020 et 24 juillet 2020 peuvent être prolongés par avenant** (article 4 de l'ordonnance).

Une nouvelle fois, attention disposition à utiliser « avec précaution ». En effet, la prolongation et le recours à l'avenant sont encadrés. Partant, plusieurs conditions sont posées :

- le lancement d'une procédure de publicité et de mise en concurrence doit être impossible ;
  - la prolongation ne doit pas dépasser les durées fixées dans le Code de la Commande publique (pour les accords-cadres)
  - *« Dans tous les cas, la durée de cette prolongation ne peut excéder celle de la période prévue à l'article 1<sup>er</sup> (soit jusqu'au 24 juillet 2020), augmentée de la durée nécessaire à la remise en concurrence à l'issue de son expiration »*
- Les dispositions dérogatoires en matière d'avance (article 5 de l'ordonnance):
  - *« 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 ».*
- Les dispositions dérogatoires applicables aux marchés publics en cours pour lesquels les attributaires sont confrontés à des difficultés d'exécution :
  - ***«lorsque le titulaire ne peut pas respecter le délai d'exécution (...) ou que cette exécution en temps et en heure nécessiterait des moyens dont la mobilisation ferait peser sur le titulaire une charge manifestement excessive »*** : *« le délai d'exécution est prolongé d'une durée au moins équivalente à celle mentionnée à l'article 1<sup>er</sup> »* (soit prolongation d'une durée d'au moins 4 mois et 12 jours), *« sur la demande du titulaire avant l'expiration du délai contractuel »* (article 6-1 de l'ordonnance) ;
  - ***« Lorsque le titulaire est dans l'impossibilité d'exécuter tout ou partie d'un bon de commande ou d'un contrat, notamment lorsqu'il démontre qu'il ne dispose pas des moyens suffisants ou que leur mobilisation ferait peser sur lui une charge manifestement excessive :***

- *Le titulaire ne peut pas 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 ceux de ses besoins qui ne peuvent souffrir aucun retard, nonobstant toute clause d'exclusivité et sans que le titulaire du marché initial ne puisse engager, pour ce motif, la responsabilité contractuelle de l'acheteur ; l'exécution du marché de substitution ne peut être effectuée aux frais et risques de ce titulaire (article 6-2 de l'ordonnance) ;*
- **« Lorsque 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 engagées lorsqu'elles sont directement imputables à l'exécution d'un bon de commande annulé ou d'un marché résilié, sauf dispositif indemnitaire prévu par le marché et plus favorable au titulaire du marché résilié ou dont le bon de commande a été annulé (article 6-3 de l'ordonnance).**

## La fiche explicative de la DAJ sur l'ordonnance n°2020-319 : CQFR

Ce Qu'il Faut en Retenir en plusieurs points :

- publiée au JORF du 26 mars 2020.
- *« Comme le précise l'article 1<sup>er</sup> de l'ordonnance, ces mesures ne peuvent être mises en œuvre que dans la mesure où elles sont nécessaires pour faire face aux conséquences de la propagation de l'épidémie de Covid-19 et des mesures prises pour limiter cette propagation ».*
- *« L'ordonnance ne pose pas de présomption de force majeure, laquelle 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 ».*
- *« Les délais de réception des candidatures et des offres sont prolongés d'une durée suffisante pour permettre aux opérateurs économiques de déposer leur dossier dans les temps (art. 2). La durée de cette prolongation est déterminée par l'autorité contractante au regard notamment de la complexité des dossiers à constituer. Toutefois, si la satisfaction du besoin ne peut être retardée, l'autorité contractante peut décider de ne pas consentir de délai supplémentaire. »*
- *« Afin de pallier les difficultés de mise en œuvre de certaines modalités pratiques, les autorités contractantes peuvent organiser des modalités alternatives de mise en concurrence (art. 3). Ainsi, par exemple, les réunions de négociation en présentiel prévues par le règlement de la consultation peuvent être remplacées par des réunions en visio- conférence. Il convient toutefois que l'autorité contractante s'assure au préalable que les nouvelles modalités mises en place ne sont pas susceptibles de porter atteinte à l'égalité de traitement des candidats. Elle devra notamment informer tous les candidats concernés et s'assurer qu'ils aient tous la possibilité de poursuivre la procédure selon les nouvelles modalités fixées ».*
- *« Pour pallier la défaillance du titulaire, l'acheteur peut faire procéder par un tiers à l'exécution des prestations qui ne peuvent souffrir d'aucun retard alors même que le contrat initial contiendrait une clause d'exclusivité (art. 6, 2<sup>o</sup> b).  
En raison de l'urgence impérieuse qui s'attache à la réalisation des prestations, le marché de substitution peut être conclu sans publicité ni mise en concurrence préalable en application des articles R. 2122-1 et R. 2322-4 du code de la commande publique.  
Cette exécution par un tiers ne peut être effectuée aux frais et risques du titulaire. »*