



Avocats & Associés

CGCB & Associés commente pour vous les mesures relevant de cette ordonnance.

I. CHAMP D'APPLICATION DE L'ORDONNANCE

Avocats associés

Philippe Gras
Gregory Crétin
Nicolas Becquevort
Dorothee Soland Genieys
Maxime Rosier
Thomas Gilliocq
Maud Barbeau Bournoville
Michel Aaron

Avocats

Fabrice Senanedsch
Pierre-Antoine Aldigier
Benjamin Fournié
Elodie Bokobza
Claire Giorsetti
Clotilde Gauci
Christophe Arroudj
Amélie Germe
Louis Duhil de Bénazé
Nathalie Silleres
Camille Euzet
Romain Geoffret
Pierre-Antoine Dury
Chico Muller
Rémy Demaret
Guillaume Barnier
Hélène Besançon
Emilie Friede
Benoît Djabali
Amandine Navarro

Juriste

Mathilde Ozimek

Conseil Scientifique

Guylain Clamour

Bureaux

Montpellier

8 Place du Marché aux Fleurs
34000 Montpellier

Paris

12 Cours Albert 1^{er}
75008 Paris

Marseille

122 rue Paradis
13006 Marseille

Bordeaux

278 rue d'Ornano
33000 Bordeaux

Nîmes

658 rue Maurice Schumann
30000 Nîmes

Article 1er :

« Sauf mention contraire, les dispositions de la présente ordonnance 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.

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 ».

a) Les contrats concernés sont par l'ordonnance sont :

- Les contrats relevant de la Code de la commande publique. Il s'agit donc des marchés publics et des concessions (y compris celles qui relèvent également d'autres codes comme par exemple les DPS et concessions d'aménagement).
- Les contrats ne relevant pas de la commande publique. Par exemple, les contrats ayant fait l'objet de disposition particulière (comme par exemple les marchés pour les JO de 2024).

b) L'ordonnance ne distingue pas la qualité de l'acheteur ou du concédant à savoir s'il est privé ou public. Elle s'applique donc aussi aux acteurs privés comme les SPL, les SEM, SEMOP, etc...

c) Sur son application dans le temps, l'ordonnance s'applique pour « les contrats 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 ». Cette ordonnance a donc un effet rétroactif puisqu'elle s'applique au contrat en cours à compter du 12 mars 2020.

d) Enfin, il est bien rappelé dans cet article que les dispositions de l'ordonnance s'appliquent uniquement pour faire face aux conséquences liées à la propagation de l'épidémie du Covid-19 et aux mesures prises pour limiter la propagation (soit l'ensemble des mesures adoptées par le Gouvernement).

II. SUR LA PASSATION DES CONTRATS : LES PROCEDURES EN COURS

Article 2 :

« Pour les contrats soumis au code de la commande publique, sauf lorsque les prestations objet du contrat ne peuvent souffrir aucun retard, les délais de réception des candidatures et des offres dans les procédures en cours sont prolongés d'une durée suffisante, fixée par l'autorité contractante, pour permettre aux opérateurs économiques de présenter leur candidature ou de soumissionner ».

L'ordonnance prévoit une prolongation de la durée de la remise des candidatures et des offres sauf si l'objet du contrat ne le permet pas. L'ordonnance ne fixe pas durée de prolongation mais précise qu'elle doit être « suffisante ». En réalité, tout dépendra de la nature du marché, de la complexité à répondre à l'AO (visite des lieux obligatoire ? Documents à consulter sur place ? ...).

Attention en pareille situation, l'acheteur devra bien penser à publier un avis modificatif, informer les candidats ayant téléchargé le DCE et modifier si besoin le dossier de consultation (comme par exemple la date commencement du marché, les délais d'exécution...).

Remarques :

- L'ordonnance n'aborde pas le cas de la prolongation du délai de validité des offres qui reste bien évidemment possible. Dans ce cas, il conviendra d'appliquer les principes habituels notamment celui de l'accord de l'ensemble des candidats. A défaut, il ne sera pas possible de poursuivre la procédure.
- Rappelons que les autres cas de dérogations du CCP s'appliquent à la condition bien évidemment de remplir les conditions prévues par les textes (comme par exemple les dispositions sur l'urgence).

Article 3 :

« 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 ».

Cet article pourrait s'appliquer par exemple lorsque le DCE prévoit une négociation dans les locaux de l'acheteur. Dans ce cas, elle pourrait alors se dérouler par exemple en Visio-conférence.

Néanmoins, l'acheteur devra s'assurer que les mesures adoptées respectent bien le principe d'égalité de traitement des candidats.

Remarques :

- Il est conseillé à l'acheteur de garder la traçabilité de l'aménagement du nouveau dispositif mis en place (compte-rendu, attestations...) afin de pouvoir rapporter la preuve du respect du principe d'égalité de traitement des candidats. L'acheteur devrait également informer à l'avance les candidats sur les modalités mises en œuvre et s'assurer qu'elles pourront être appliquées par le candidat.
- Il est à relever que l'ordonnance précise bien « aménager » : il ne saurait donc être question d'une modification substantielle comme par exemple changer les critères de sélection des offres ou supprimer une étape essentielle de la consultation comme la négociation.

III. SUR LA POSSIBILITE DE PASSER DES AVENANTS

A. Sur les contrats arrivant en échéance

Article 4 :

« Les contrats arrivés à terme pendant la période mentionnée à l'article 1er peuvent être prolongés par avenant au-delà de la durée prévue par le contrat lorsque l'organisation d'une procédure de mise en concurrence ne peut être mise en œuvre ».

Dans le cas d'un accord-cadre, cette prolongation peut s'étendre au-delà de la durée mentionnée aux articles L. 2125-1 et L. 2325-1 du code de la commande publique.

La prolongation d'un contrat de concession au-delà de la durée prévue à l'article L. 3114-8 du code de la commande publique est dispensée de l'examen préalable par l'autorité compétente de l'Etat prévu au même article.

Dans tous les cas, la durée de cette prolongation ne peut excéder celle de la période prévue à l'article 1er, augmentée de la durée nécessaire à la remise en concurrence à l'issue de son expiration ».

Lorsqu'un contrat arrive à échéance pendant de l'état d'urgence sanitaire, l'acheteur peut passer un avenant de prolongation si une procédure une mise en concurrence n'est pas possible.

Pour **les accords-cadres**, la prolongation peut s'étendre au-delà de la durée fixée par les textes (soit au - delà de 4 ans pour les pouvoirs adjudicateurs et 8 ans pour les entités adjudicatrices).

Pour les contrats de **concession dans le domaine de l'eau potable, de l'assainissement, des ordures ménagères et autres déchets**, ils peuvent être prolongés au-delà de la durée de 20 ans prévue à l'article L. 3114-8 du code de la commande publique sans qu'il soit nécessaire de solliciter l'examen préalable de l'Etat (en l'occurrence le directeur départemental des finances publiques).

En tout état de cause, cette prolongation ne peut excéder la période de l'état d'urgence sanitaire augmentée d'une durée de 2 mois ainsi que de la durée nécessaire à la remise en concurrence.

B. Sur les avances

Article 5 :

« 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 ».

Cet article ne concerne que les marchés et déroge à l'article R.2191-98 du code de la commande publique.

En effet, il est possible de passer un avenant tendant à modifier les conditions de versement de l'avance de la manière suivante :

- Le taux peut être supérieur à 60% du montant du marché ou du bon de commande,
- L'acheteur n'est pas obligé de demander une garantie à première demande pour les avances supérieures à 30% du montant du marché.

IV. SUR LES CONTRATS EN COURS D'EXECUTION

L'article 6 de l'ordonnance aborde six potentielles difficultés d'exécution des contrats liées à l'état d'urgence sanitaire.

Il est rappelé en préambule de cet article que « *les dispositions suivantes s'appliquent, nonobstant toute stipulation contraire, à l'exception de celles qui se trouveraient être plus favorables au titulaire du contrat* ».

Il convient donc d'être particulièrement attentif au contenu du contrat puisque les dispositions spécifiques de la présente ordonnance ne les effacent pas nécessairement. Ce qui signifie que si le contrat est plus avantageux pour le titulaire (par exemple en terme indemnitaire), il s'appliquera.

Il convient ainsi de reprendre les six hypothèses.

Premièrement : sur l'impossibilité pour le titulaire de respecter le délai d'exécution

« 1° Lorsque le titulaire ne peut pas respecter le délai d'exécution d'une ou plusieurs obligations du contrat ou que cette exécution en temps et en heure nécessiterait des moyens dont la mobilisation ferait peser sur le titulaire une charge manifestement excessive, ce délai est prolongé d'une durée au moins équivalente à celle mentionnée à l'article 1er, sur la demande du titulaire avant l'expiration du délai contractuel ».

Si le titulaire demande une prolongation de délai pour les motifs invoqués ci-dessus, il ne faut pas perdre de vue qu'il devra rapporter la preuve que cette impossibilité d'exécuter est en corrélation avec l'état d'urgence sanitaire. Par ailleurs, il doit faire sa demande avant l'expiration du délai contractuel.

Si tel est le cas, la prolongation ne peut lui être refusée.

Deuxièmement : sur l'impossibilité pour le titulaire d'exécuter

« 2° 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 »**

Cet article s'applique aux contrats et aux bons de commande qui ne peuvent être exécutés **en tout ou partie**.

Du côté du titulaire, la mise en œuvre de cet article est **notamment** envisageable :

- en l'absence de moyens suffisants (humains et/ou matériel),
- **ou** si la mobilisation de ces moyens ferait peser sur le titulaire une charge manifestement excessive.

Relevons que le rédacteur de l'ordonnance a bien précisé que le titulaire devra « démontrer » cette impossibilité d'exécuter. Il appartiendra donc au titulaire de disposer des éléments de preuves **concrets** afin de pouvoir invoquer cette disposition.

En pareille situation, le titulaire n'encourt aucune sanction contractuelle (comme par exemple la résiliation), il ne pourra donc se voir appliquer des pénalités et sa responsabilité contractuelle engagée pour ce motif.

Du côté de l'acheteur, il est prévu qu'il pourra alors passer un marché de substitution avec un tiers, nonobstant toute clause d'exclusivité. Mais cette possibilité n'est offerte que **pour les besoins ne pouvant attendre**, soit les achats urgents. L'exécution du marché de substitution ne peut être effectuée aux frais et risques de ce titulaire et ce dernier ne pourra engager la responsabilité de l'acheteur.

Troisièmement : sur l'annulation d'un bon de commande ou la résiliation du marché par l'acheteur

« 3° 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 »

Cet article s'applique à la résiliation **d'un marché** ou à l'annulation d'**un bon de commande**.

Cette hypothèse ne peut être que la « *conséquence des **mesures prises par les autorités administratives compétentes dans le cadre de l'état d'urgence sanitaire*** », comme par exemple une interdiction administrative.

Exemple : Un festival doit avoir lieu durant la crise sanitaire. Les regroupements, manifestations étant interdits par le gouvernement conformément au Décret n°2020-293 du 23 mars 2020, le contrat ne pourra être que résilié. L'ordonnance trouve donc à s'appliquer.

Dans ce cas-là, le titulaire a droit à être indemnisé des « *dépenses engagées lorsqu'elles sont directement imputables à l'exécution d'un bon de commande annulé ou d'un marché résilié* ». Il n'est donc pas prévu le manque à gagner. En revanche, si en pareille situation le contrat est plus favorable au titulaire, il conviendra alors de l'appliquer. En effet, cette disposition pourrait correspondre à un cas de force majeure et il peut être opportun de vérifier le contrat sur ce cas précis.

En revanche, si l'acheteur souhaite annuler un bon de commande ou résilier un contrat pour un motif (qu'il devra en tout état de cause justifier) ne résultant pas des « *conséquence des mesures prises par les autorités administratives compétentes dans le cadre de l'état d'urgence sanitaire* », il devra alors appliquer les règles fixées par le contrat ou à défaut par la jurisprudence (par exemple pour un motif d'intérêt général). Dans ce cas-là, il peut être prévu une indemnisation liée au manque à gagner.

Quatrièmement : sur la suspension par l'acheteur d'un marché à prix forfaitaire

« 4° 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 détermine 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 »

Cet article s'applique au **marché à prix forfaitaire** dont l'acheteur a suspendu son exécution.

Dans cette hypothèse :

- L'acheteur procède immédiatement au règlement du marché selon ses dispositions contractuelles. Cette disposition est très intéressante pour les titulaires puisqu'ils seront payés conformément au marché durant cette période de suspension.
- **A la fin de la suspension**, un avenant détermine les modifications du contrat éventuellement nécessaires, la reprise à l'identique ou la résiliation ainsi que les sommes dues au titulaire ou, le cas échéant, les sommes dues par ce dernier à l'acheteur.

Remarques :

- L'acheteur doit toujours préciser les motifs de la suspension du marché. Il ne faut pas se contenter d'affirmer la présence de l'épidémie (comme une évidence) puisque malgré la présence de cette crise sanitaire certains marchés continuent à s'exécuter aussi bien en matière de travaux, de services et de fournitures. Il faut donc justifier que la présente crise sanitaire engendre une suspension du contrat.
- Cet article n'envisage pas l'hypothèse **de la suspension partielle**. En pareille situation, il faut se référer au CCAP, CCAG applicable et à la jurisprudence. Ce sera une analyse au cas par cas.

Cinquièmement : sur la suspension par le concédant de l'exécution d'une concession

« 5° Lorsque le concédant est conduit à suspendre l'exécution d'une concession, tout versement d'une somme au concédant est suspendu et, si la situation de l'opérateur économique le justifie et à hauteur de ses besoins, une avance sur le versement des sommes dues par le concédant peut lui être versée ».

Cet article s'applique aux **concessions** suspendues par le concédant.

Dans cette hypothèse :

- Toutes les sommes devant être dues par le concessionnaire au concédant sont suspendues. Cela peut concerner par exemple les loyers, les redevances d'occupation domaniale, les redevances les redevances de contrôle et de sécurité...
- Une avance sur le versement des sommes dues par le concédant peut-être versée au concessionnaire **à la condition que** la situation de l'opérateur économique le justifie et à hauteur de ses besoins.

Sixièmement : sur la modification unilatérale par le concédant du contrat concession

« 6° Lorsque, 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 ».

Cet article s'applique aux concessions modifiées unilatéralement par le concédant, et ce, de manière significative sur leurs modalités d'exécution du contrat.

Dans cette hypothèse :

- Le concessionnaire a droit à une indemnité destinée à compenser le surcoût qui résulte de l'exécution, même partielle, du service ou des travaux.
- Néanmoins, le concessionnaire doit rapporter la preuve que 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.