

NOTE D'INFORMATION : Marchés publics, Concessions et Covid-19

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.

Cette crise exceptionnelle appelle deux séries d'observations :

- ✓ **Le droit commun de la commande publique peut être utilisé pour répondre à une situation urgente**
- ✓ **La mise en œuvre des mesures dérogatoires par l'Ordonnance n° 2020-319 du 25 mars 2020**

- **Le droit commun de la commande publique peut être utilisé pour répondre à une situation urgente :**

*La procédure de dérogatoire prévue à l'article **R. 2122-1 du CCP** qui autorise une personne publique à recourir un marché public sans publicité et ni mise en concurrence en cas d'« *urgence impérieuse* », peut être envisagée pour la passation de marchés publics conclus pour répondre à des besoins résultant de la crise sanitaire. Cette procédure dérogatoire est également applicable lorsque les collectivités publiques et plus généralement Les acheteurs publics peuvent déclarer, à tout moment, une procédure de passation sans suite (**article R. 2185-1 CCP**). Il en est de même des concessions sur le fondement des dispositions des articles **3121-2 et R. 3121-6 du CCP** (un contrat de concession sans publicité ni mise en concurrence préalable), « *lorsque en raison notamment de l'existence [...] d'une urgence particulière, le respect d'une telle procédure est inutile ou impossible ou manifestement contraire aux intérêts de l'autorité concédante* ».

***Pour les marchés publics**, le délai de validité des offres déposées sous réserve d'en faire la demande expresse et d'avoir recueilli l'accord de l'ensemble des candidats ayant déposé une offre conformément à la jurisprudence du Conseil d'Etat. A défaut d'accord de l'ensemble des candidats, la collectivité publique devra déclarer la procédure sans suite et relancer une nouvelle consultation. Il en est de même si un délai de validité des offres est prévu dans le règlement de consultation **des concessions**.

En cas d'urgence, la collectivité dispose de la possibilité de réduire les délais de procédure en appel d'offres à 15 jours pour les appels d'offres ouvert. Pour les appels restreints, les délais peuvent être réduits à **15 jours pour la réception des candidatures et 10 jours pour les offres** (voir sur ces aspects les **articles R. 2161-3, R. 2161-8 et R. 2161-15 du CCP**).

➤ ***La mise en œuvre des mesures dérogatoires par l'Ordonnance n° 2020-319 du 25 mars 2020***

Observations lumineuses:

Ces dispositions s'appliquent à l'ensemble des 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 du 12 mars 2020 jusqu'à la fin de l'état d'urgence sanitaire, augmentée de 2 mois (**jusqu'au 24 juillet inclus**).

Mesures relative à la passation des marchés publics et des concessions

• **Allongement des délais de réception des offres (article 2)**

Principe : pour les contrats soumis au code de la commande publique, les délais de réception des candidatures et offres dans les procédures en cours sont prolongés d'une « durée suffisante » par l'autorité contractante. **Il s'agit d'une obligation et non d'une faculté laissée à l'acheteur public.**

La notion de durée suffisante est à apprécier au cas par cas en fonction de l'état d'avancement de la consultation.

Exception : lorsque les prestations, objet du contrat, sont urgentes, les délais doivent être maintenus.

• **Aménagement des modalités de mise en concurrence (article 3)**

Possibilité d'aménager par l'autorité contractante les modalités de la mise en concurrence (adaptation des règlements de consultation ex : négociation, format des réponses, dans une certaine les critères de jugement)

Limite : cette faculté et son utilisation seront examinées par rapport au respect du principe d'égalité des candidats

Mesures relatives l'exécution des marchés publics et des concessions :

- **Prorogation des contrats existants en cas d'impossibilité de mise en œuvre d'une procédure de mise en concurrence (article 4).**

- Les contrats arrivés à terme entre le 12 mars et le 24 juillet 2020 peuvent être prolongés par avenant lorsque l'organisation d'une procédure de mise en concurrence ne peut être mise en œuvre - (alinéa 1).
- En cas d'accord cadre, la prolongation peut dépasser la durée de 4 ans pour les pouvoirs d'adjudicateurs fixée par l'**article L2125-1** du code de la commande publique (durée maximale 7 pour les marchés de la défense prévue par l'article L2325-1 du code de la commande publique) - (alinéa 2).
- Dispense de **l'examen préalable du directeur départemental des finances publiques** par l'autorité compétente (en cas de prolongation d'un contrat de concession au-delà de 20 ans - article L3114-8 CCP) - (alinéa 3).
- La durée de prolongation ne peut excéder la durée écoulée **entre le 12 mars et le 24 juillet**, augmentée de la durée nécessaire à la remise en concurrence à l'issue de l'expiration (la durée dépendra du type de contrats) - (alinéa 4).

- **Modalités de paiement et garantie à première demande (article 5)**

- possibilité pour les acheteurs de modifier les conditions de versement de l'avance par avenant. Cette avance peut excéder 60% du montant du marché ou du bon de commande - (alinéa 1).
- dispense de constitution d'une garantie à première demande pour les avances supérieures à 30% du montant du marché - (alinéa 2).

- **Modalités en cas de difficulté d'exécution du contrat (article. 6)**

Ces dispositions s'appliquent impérativement, sauf stipulations contraires plus favorables au titulaire du contrat :

- En cas d'impossibilité de respecter les délais d'exécution d'une ou plusieurs obligations (ou si l'exécution serait manifestement excessive pour le débiteur), le délai est prolongé pour une durée au moins équivalente à celle mentionnée à l'article 1 (**jusqu'au 24 juillet**), sur demande du débiteur (alinéa 2).
- Lorsque le titulaire est dans l'impossibilité d'exécuter tout ou partie du contrat ou bon de commande (condition : démonstration du manque de moyens pour exécuter

ou si exécution ferait peser sur lui une charge manifestement excessive), plusieurs conséquences : (**alinéa 3**)

- ✓ aucune sanction, ni responsabilité ni pénalité contractuelle - (**alinéa 4**)
- ✓ l'acheteur peut conclure un marché de substitution avec un tiers pour exécuter des obligations qui ne peuvent souffrir aucun retard, même en cas de clause d'exclusivité. Aucune responsabilité contractuelle de l'acheteur ne peut être engagée. **L'exécution de ce marché ne peut être aux frais du titulaire - (alinéa 5).**
- si l'acheteur doit suspendre un marché à prix forfaitaire en cours, **il doit payer sans délai le montant du marché selon les modalités et le montant prévus par le contrat.** A l'issue de la suspension, si les modifications du contrat s'avèrent nécessaires, elles seront établies par avenant (poursuite à l'identique ou résiliation, sommes dues au titulaire ou à l'acheteur au regard de l'avancement réel du contrat) - (**alinéa 7**).
- en dehors des cas de suspension, le concédant doit modifier significativement les modalités d'exécution, le concessionnaire peut obtenir une indemnité compensant le surcoût qui résulte de l'exécution, même partielle, du service ou des travaux. C'est le cas lorsque la poursuite de l'exécution de la concession impose la mise en œuvre **de moyens qui n'étaient pas prévus au contrat initial et qui représenteraient une charge manifestement excessive au regard de la situation financière du concessionnaire (alinéa 8).**
- en cas d'annulation/résiliation du marché par l'acheteur en conséquences des mesures prises dans le cadre de l'EU sanitaire, **le titulaire peut être indemnisé par l'acheteur des dépenses engagées du fait du marché/bon de commande annulé (alinéa 6).**

Didier DEL PRETE, avocat associé, cabinet BOREL & DEL PRETE

Johan BAILLARGEON, avocat, cabinet BOREL & DEL PRETE