

FICHE TECHNIQUE

Ordonnance n° 2020-319 du 25 mars 2020 portant diverses mesures d'adaptation des règles de procédure et d'exécution des contrats publics pendant la crise sanitaire née de l'épidémie de Covid-19

Afin de faire face aux conséquences économiques, financières et sociales de la propagation de l'épidémie de covid-19 et aux conséquences des mesures prises pour limiter cette propagation et notamment pour soutenir les entreprises qui rencontrent des difficultés dans l'exécution des contrats publics, la loi n° 2020-290 du 23 mars 2020 d'urgence pour faire face à l'épidémie de covid-19 a autorisé le Gouvernement à prendre par ordonnance toute mesure adaptant « 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 ».

Sur le fondement de cette habilitation, l'ordonnance n° 2020-319 du 25 mars 2020 adapte les règles de procédure et d'exécution des contrats publics afin de permettre aux autorités contractantes et aux opérateurs économiques de faire face aux difficultés qu'ils rencontrent pendant l'état d'urgence sanitaire liée à l'épidémie de covid-19.

Comme le précise l'article 1^{er} 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.

1. Un large champ d'application

1.1. Un texte applicable à tous les contrats publics

Le texte vise l'ensemble des contrats de la commande publique, c'est-à-dire les marchés publics et les contrats de concession, y compris ceux qui sont exclus du champ d'application des directives européennes, quel que soit le statut public ou privé de l'acheteur ou de l'autorité contractante.

La notion de « contrats publics » mentionnée dans la loi d'habilitation ne se limite pas aux contrats administratifs. Elle englobe l'ensemble des contrats qui s'inscrivent dans la sphère publique, c'est-à-dire les contrats des personnes morales de droit public ainsi que ceux qui sont conclus par les personnes morales de droit privé qui répondent à la définition du pouvoir adjudicateur ou de l'entité adjudicatrice au sens des articles L. 1211-1 et L. 1212-1 du code de la commande publique.

En dehors de celles qui ne visent que les contrats de la commande publique, les dispositions de l'ordonnance sont également susceptibles de s'appliquer aux contrats publics qui ne sont pas de tels contrats, comme les conventions d'occupation domaniale ou les baux emphytéotiques, qui ont le caractère de contrats administratifs en application de l'article

L. 2331-1 du code général de la propriété des personnes publiques. Il en est ainsi de l'article 4 et des 1° et 2° a) de l'article 6.

De même, la notion de concession figurant dans l'ordonnance ne vise pas uniquement les contrats de concession régis par le code de la commande publique. Elle est englobe tous les contrats administratifs de type concessif, tels que les sous-concessions conclues par un concessionnaire d'autoroute en application des articles L. 122-23 à L. 122-29 du code de la voirie routière. Dans cette hypothèse, pour l'application de l'ordonnance, le concessionnaire devient le concédant pour son sous-concessionnaire.

1.2. Des mesures applicables aux procédures et contrats en cours

Même si certaines mesures édictées par l'ordonnance relèvent du domaine réglementaire, une disposition législative était nécessaire pour permettre leur application aux contrats en cours. En effet, l'objectif de la loi d'habilitation est de permettre le règlement des difficultés liées à l'épidémie de covid-19, non seulement dans le cadre des contrats conclus postérieurement à l'entrée en vigueur de l'ordonnance pendant la durée de l'état d'urgence sanitaire, mais surtout dans le cadre des contrats en cours.

Surtout, l'ordonnance a un caractère rétroactif. Conformément à la loi d'habilitation, elle s'applique aux contrats qui étaient en cours d'exécution à la date du 12 mars 2020 et qui ont pu arriver à échéance ou être résiliés entre cette date et l'entrée en vigueur de l'ordonnance.

De même, les dispositions relatives aux procédures de passation des contrats s'appliquent aussi bien aux procédures en cours qu'à celles qui sont lancées pendant la crise sanitaire.

1.3. Une application sur tout le territoire de la République

L'ordonnance s'applique sur tout le territoire de la République, y compris dans les départements et régions d'outre-mer.

Dans les collectivités d'outre-mer et en Nouvelle-Calédonie, elle s'applique aux contrats de la commande publique conclus par l'État et ses établissements publics ainsi que, dans les îles Wallis et Futuna et dans les Terres australes et antarctiques françaises, aux contrats de concession conclus par les autres organismes et personnes de droit public et de droit privé chargés par l'État d'une mission de service public administratif.

2. Assurer la continuité de la satisfaction des besoins des autorités contractantes

2.1. L'aménagement des procédures en cours

De nombreuses procédures de passation sont susceptibles d'être compromises du fait de l'épidémie de Covid-19. Afin de permettre qu'elles puissent se poursuivre dans de bonnes conditions, l'ordonnance permet d'adapter, pour les marchés publics et les contrats de concessions, les modalités de mise en concurrence prévues par les documents de la consultation :

D'une part, 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.

D'autre part, 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 et les visites sur site peuvent être reportées ou annulées. 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.

2.2. La prolongation des contrats

Lorsque la durée d'un contrat arrive à échéance pendant l'état d'urgence sanitaire liée à l'épidémie de covid-19 et qu'une nouvelle procédure de mise en concurrence ne peut être organisée du fait de cette épidémie, le contrat peut être prolongé par avenant (art. 4). Cette prolongation ne peut excéder la durée de l'état d'urgence sanitaire augmentée d'une part d'une durée de deux mois et d'autre part de la durée nécessaire à la remise en concurrence. Si l'état d'urgence sanitaire, fixé à deux mois par l'article 4 de la loi d'urgence pour faire face à l'épidémie de covid-19, devait être prorogé par le législateur, un nouvel avenant de prolongation du contrat pourra être signé. Cette disposition s'applique y compris lorsqu'une procédure de remise en concurrence a déjà été initiée mais qu'elle ne peut être menée à son terme avant l'échéance du contrat en cours en raison de l'épidémie. Dans ce cas, les dispositions des articles 2 et 3 peuvent être mises en œuvre concomitamment.

L'ordonnance précise expressément que la durée totale des contrats issue de cette ou ces prolongations peut être supérieure à la durée maximale fixée par les textes.

Certains des accords-cadres prolongés dans les strictes limites indiquées ci-dessus, pourront avoir une durée totale supérieure à quatre ans pour les pouvoirs adjudicateurs, huit ans pour les entités adjudicatrices et sept ans pour les marchés de défense et de sécurité, sans que cette prolongation soit contraire aux directives européennes, lesquelles permettent d'aller au-delà des durées maximale « dans des cas exceptionnels dûment justifiés » (directives 2014/24 et 2014/25) ou « dans des circonstances exceptionnelles » (directive 2009/81)

De même, les contrats de concession dans le domaine de l'eau potable, des ordures ménagères et autres déchets peuvent se prolonger au-delà de la durée de vingt ans fixée à l'article L. 3114-8 du code de la commande publique sans qu'il soit nécessaire de solliciter l'examen préalable du directeur départemental des finances publiques.

2.3. Le recours à un tiers

Pour pallier la défaillance du titulaire, justifiée par les difficultés qu'il rencontre du fait de l'épidémie, 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° 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.

3. Soutenir et protéger les entreprises face aux difficultés d'exécution

En limitant notamment l'activité économique, les mesures prises pendant la crise sanitaire impactent fortement la capacité des titulaires de contrats de la commande publique à respecter leurs engagements contractuels. Afin d'éviter que les entreprises soient pénalisées par cette situation de crise, l'ordonnance permet de modifier les conditions d'exécution des contrats publics afin de les protéger contre les pénalités et sanctions contractuelles et de les soutenir financièrement.

3.1. Protéger les entreprises contre les sanctions contractuelles

Lorsque le titulaire du contrat démontre qu'il ne peut pas respecter le délai d'exécution contractuellement prévu ou que l'exécution dans ce délai entraînerait pour lui un surcoût manifestement excessif, il peut demander à l'autorité contractante la prolongation de ce délai (art. 6, 1°). Le texte précise que cette prolongation est au moins égale à la durée de l'état d'urgence sanitaire augmentée de deux mois. Toutefois, compte tenu de la règle énoncée à l'article 1^{er}, elle ne s'oppose pas à ce que les parties s'accordent sur un délai inférieur si celui énoncé par l'ordonnance n'est pas nécessaire.

Lorsque l'exécution d'un bon de commande ou d'un contrat est rendue impossible du fait de l'épidémie ou des mesures prises par les autorités administratives pour y faire face, notamment lorsqu'il démontre qu'il ne dispose pas des moyens suffisants ou que leur mobilisation entraîne pour lui une charge manifestement excessive, aucune sanction ne peut être prononcée contre le titulaire. Il ne peut notamment se voir infliger des pénalités de retard ou toute autre pénalité

contractuelle et le contrat ne peut être résilié pour faute. De même, sa responsabilité contractuelle ne peut être mise en jeu par l'autorité contractante pour ce motif (art. 6, 2° a).

3.2. Soutenir financièrement les entreprises

L'ordonnance prévoit des mesures d'ordre indemnitaire ou de trésorerie permettant aux autorités contractantes, dans un objectif de solidarité nationale, d'aider les entreprises dont le contrat public dont elles sont titulaires, serait impacté par l'état de crise sanitaire.

3.2.1. Limiter les besoins de trésorerie

Afin de limiter les besoins de trésorerie des entreprises, l'ordonnance prévoit trois mesures :

- L'article 5 de l'ordonnance déplaçonne le montant de l'avance obligatoire : lorsque cela est nécessaire à la bonne exécution des prestations, les acheteurs sont autorisés à accorder des avances dont le montant excède le plafond de 60% du montant initial du marché ou du bon de commande fixé par l'article R. 2191-8 du code de la commande publique. Si le texte précise que les acheteurs peuvent modifier les conditions de versement des avances en cours d'exécution du contrat, cette disposition s'applique également aux contrats conclus à compter du 12 mars 2020. Il est également possible de revenir sur le refus du titulaire de percevoir l'avance s'il estime en avoir désormais besoin.

En outre, cet article permet de déroger à l'obligation d'exiger des entreprises qu'elles constituent une garantie à première demande lorsque le montant de l'avance versée est supérieur à 30 % du montant du marché ou du bon de commande. Bien évidemment, il ne remet pas en cause le régime applicable pour les avances inférieures à 30 %, pour lesquelles la constitution d'une garantie à première demande était déjà facultative.

- En cas de suspension d'un marché à prix forfaitaire, l'ordonnance impose la poursuite de l'exécution financière du contrat par l'acheteur selon les modalités prévues au contrat (art. 6, 4°). A l'issue de la suspension, l'entreprise reprend l'exécution des prestations. Lorsque la quantité des prestations est modifiée, un avenant en détermine les conséquences financières compte-tenu des prestations réellement exécutées sur la durée totale du contrat.
- En cas de suspension d'un contrat de concession, le versement des sommes dues par le concessionnaire à l'autorité concédante, telles que les loyers, les redevances d'occupation domaniale, les redevances destinées à contribuer à l'amortissement des investissements qu'elle a réalisés, les redevances de contrôle et de sécurité..., est également suspendu et une avance sur le versement des sommes qui lui sont dues par l'autorité concédante peut lui être versée (art. 6, 5°).

3.2.2. Faciliter l'indemnisation des préjudices

Enfin, l'ordonnance précise les conditions d'indemnisation du titulaire lorsque l'autorité contractante est amenée à modifier les conditions d'exécution du contrat, à annuler des prestations, voire à résilier le contrat du fait de l'épidémie de covid-19, nonobstant toute clause contraire défavorable au titulaire.

- En cas de résiliation d'un marché ou d'annulation d'un bon de commande par l'acheteur, le titulaire peut être indemnisé des dépenses qu'il a dû spécifiquement engager en vue de l'exécution des prestations annulées (art. 6, 3°). Si le contrat ne s'y oppose pas, cette disposition de l'ordonnance ne fait pas obstacle à une indemnisation complémentaire du titulaire au titre de son manque à gagner du fait de l'inexécution des prestations en application de la jurisprudence administrative en cas de résiliation pour motif d'intérêt général. Toutefois, si les circonstances qui ont conduit à la résiliation ou à l'annulation des prestations constituent un cas de force majeure, seules les dépenses réelles et utiles pour l'exécution des prestations pourront faire l'objet d'une indemnisation.

Cette disposition n'a pas vocation à s'appliquer lorsque cette annulation ou résiliation résulte d'une mesure de réquisition du titulaire. En effet, dans ce cas, il effectuera bien la prestation même si le bénéficiaire de la réquisition se substitue à l'acheteur initial.

- Si l'autorité concédante ne peut suspendre l'exécution d'un contrat de concession afin notamment d'assurer la continuité du service public mais modifie 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 (art. 6, 6°). Il s'agit ici de mettre en œuvre le droit à indemnisation du cocontractant rappelé au 4° de l'article L.6 du code de la commande publique, même si le contrat stipule le contraire, lorsque la modification du contrat de concession est rendue nécessaire par des circonstances qu'une autorité concédante diligente ne pouvait pas prévoir (art. R. 3135-5). En cas de clause contractuelle moins favorable, le concessionnaire ne peut bénéficier de cette disposition que s'il démontre 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 entraînent une charge manifestement excessive au regard de sa situation financière.

Ces mesures, qui constituent un socle minimal applicable nonobstant toute clause contractuelle moins favorable au titulaire, n'ont pas vocation à couvrir l'ensemble des situations susceptibles d'être rencontrées par les parties pendant la crise sanitaire liée au covid-19. En dehors des hypothèses mentionnées par l'ordonnance, les stipulations contractuelles s'appliquent et, dans le silence du contrat, les conditions d'indemnisation des parties sont celles issues de la jurisprudence.