

Conseils à l'attention des Maires des communes et Président(e)s d'établissements public de coopération intercommunale

Objet : Gestion des marchés publics en temps de crise (passation et exécution)

Le Département, dans le cadre de CAP Loiret, apporte à l'ensemble des communes et EPCI du territoire dans la gestion des marchés publics en cours de passation et d'exécution quelques conseils et rappels de la réglementation en vigueur.

1. L'exécution des marchés en cours

En premier lieu, le Gouvernement a annoncé la reconnaissance de la force majeure dans les marchés publics des collectivités locales. La Direction des affaires juridiques (DAJ) de Bercy l'a confirmé dans sa fiche relative à "la passation et l'exécution des marchés publics en situation de crise sanitaire » (pièce jointe n°1).

Pour rappel, de jurisprudence constante, la force majeure implique en droit administratif la réunion de trois conditions cumulatives : Un évènement imprévisible, irrésistible et extérieur aux Parties. Par irrésistible, il est entendu que le contrat doit être constitutif d'une difficulté d'une ampleur ou d'une nature telle qu'elle rende l'exécution des obligations contractuelles impossible soit provisoirement, soit définitivement.

Dès lors que la situation résultant de la crise sanitaire actuelle, notamment le confinement, les difficultés d'approvisionnement de matériaux et d'équipements, la co-activité trop importante sur un chantier justifiant un risque d'hygiène et de sécurité à l'encontre des travailleurs, etc. ne permettent effectivement plus aux entreprises de remplir leurs obligations contractuelles, **elles ne devront donc pas se voir appliquer de pénalités, ni quelque autre sanction contractuelle que ce soit** (il appartient aux entreprises et aux maîtres d'ouvrage de vérifier si le marché (CCAG) prévoit des règles particulières d'exécution en cas de circonstances exceptionnelles et/ou de force majeure).

Dans le cas de demandes d'indemnisation après la reprise de l'exécution du contrat les entreprises titulaires de marchés, pour être indemnisées le cas échéant sur les fondements de la force majeure (et de l'imprévision), devront constituer des dossiers solides (arrêts de travail de leurs salariés, déclarations de défaillance des fournisseurs, constats contradictoires, inventaires, attestations diverses, etc.) montrant le préjudice subi issu directement de la crise. Il sera dans tous les cas nécessaires en cas de litige, que l'entreprise puisse justifier dans quelle mesure l'épidémie de coronavirus l'a empêché d'exécuter son contrat.

En second lieu : Le Département maître d'ouvrage a pris la décision **de suspendre l'exécution des travaux ou d'ajourner les chantiers**. Un ordre de service doit être transmis à l'entreprise titulaire après sa demande officielle de suspension, d'ajournement ou d'arrêt de chantier (un modèle d'ordre de service est joint pièce n°2). Il est recommandé de transmettre par tout moyen l'ordre de service au titulaire du marché et que celui-ci accuse réception.

Il convient dans ce cas d'anticiper, dans la mesure du possible, la mise en sécurité et le gardiennage du site. Un état des lieux doit être effectué. En principe, en cas d'ajournement, le titulaire conserve la garde du chantier mais a droit à être indemnisé des frais que lui impose cette garde et du préjudice qu'il aura éventuellement subi du fait de l'ajournement.

En troisième lieu, le Département recommande de mettre en place un service permettant le mandatement et le paiement des différents acomptes et factures rapidement en lien avec les Trésoreries. Par ailleurs, il est possible de modifier les modalités de paiement prévues contractuellement en accord avec l'entreprise et de prévoir des acomptes prévisionnels à certaines prestations (dans une certaine limite), permettant quelques « avances de trésorerie » pour les entreprises titulaires les plus touchées par la crise.

En conclusion, le Département recommande aux communes et EPCI de "préserver" les entreprises et les différents secteurs économiques en :

- Prolongeant les délais d'exécution sous réserve que le titulaire en fasse la demande avant l'expiration du délai contractuel d'exécution ;
- Annulant les bons de commande que les titulaires déclarent, en toute bonne foi, être dans l'impossibilité d'exécuter du fait de la crise actuelle ;
- Renonçant aux pénalités de retard pour toute difficulté d'exécution en lien avec l'épidémie qui leur serait signalée ;
- Mettant tout en œuvre pour respecter les délais de paiement des factures, tout en utilisant largement les facultés liées aux avances et aux acomptes ;
- Ne résiliant les marchés qu'en dernier recours même si les circonstances pourraient le permettre.

2. La passation des marchés

En premier lieu, concernant la passation des marchés publics, les **besoins urgents** peuvent être satisfaits par des procédures de passation accélérées.

Deux procédures sont visées particulièrement :

- La possibilité d'appliquer des délais réduits de publicité dans le cadre d'une mise en concurrence, conformément au 3° de l'article R. 2161-8 du code de la commande publique ;
- La possibilité de mettre en œuvre la procédure sans publicité ni mise en concurrence préalable prévue en cas d'urgence impérieuse, conformément à l'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.

La DAJ rappelle néanmoins que 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.

Enfin, la fiche DAJ souligne que les acheteurs peuvent, lorsqu'une entreprise titulaire d'un marché public est empêchée de réaliser les prestations auxquelles elle s'est engagée, faire réaliser ces prestations par d'autres entreprises sans que cela constitue une faute contractuelle.

En second lieu, les marchés en cours de passation peuvent être prolongés d'un délai de minimum de 15 jours sans préjudice pour les entreprises (un avis d'appel public à la concurrence modificatif et le règlement de consultation doivent être modifiés). Les conséquences sur l'exécution future du marché doivent être analysées.

Par ailleurs, la poursuite des négociations, cycles de dialogue et les visites en cours de consultation doivent être réfléchies au regard de la capacité des entreprises et groupement à répondre au besoin du maître d'ouvrage; Il est recommandé dans le temps de confinement de reporter les visites, d'aménager les modalités de réunion de négociation et de dialogue à distance, dans la mesure où toutes les parties l'acceptent et son en capacité de répondre à cette nouvelle méthode.

Les textes à venir

La loi d'urgence pour faire face à l'épidémie de COVID-19, autorise le Gouvernement à prendre **par ordonnance** toute mesure destinée à "*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*".

Cette ordonnance devrait être adoptée très rapidement. Le Département vous en proposera une analyse et de nouveaux conseils à la clé.