

## La prise en compte de l'épidémie de COVID-19 dans la commande publique

### Directives de la DAE

La situation actuelle causée par l'épidémie de COVID-19, sans précédent, impose que les acheteurs de l'Etat et de ses établissements publics adoptent un comportement exemplaire. Il leur appartient de s'interroger avant toute prise de décision sur les conséquences de leurs actes pour les titulaires des marchés publics et sur le secteur économique en général. Des comportements mesurés, adaptés à la gravité de la crise que subissent de plein fouet nos entreprises, doivent être systématiquement recherchés. Les dispositions de l'ordonnance n°2020-316 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 (ci-après « l'ordonnance ») œuvre notamment en ce sens.

Les acheteurs portent également la responsabilité de la bonne exécution des marchés dont certains sont indispensables au bon fonctionnement de nos services publics, particulièrement sollicités en ces circonstances. Un dialogue étroit doit être noué avec les entreprises afin de garantir la bonne exécution de ces contrats.

Plus que jamais l'acheteur est porteur et garant de l'intérêt public dans son acception la plus large.

Dans ces conditions et afin de répondre aux très nombreuses questions relatives à la prise en compte de l'épidémie de COVID-19 dans la commande publique, les directives de la DAE sont les suivantes :

- [Identifier les marchés dont la bonne exécution est essentielle et l'impact sur ces marchés du COVID-19.](#)
- [Utiliser tous les mécanismes contractuels à disposition des acheteurs pour adapter l'exécution du marché aux contraintes actuelles.](#)
- [Eviter toute décision excessive de nature à porter atteinte aux entreprises.](#)
- [Identifier les situations particulières justifiant une indemnisation des candidats.](#)
- [Pour les besoins nouveaux directement liés à la lutte contre l'épidémie de COVID-19, il pourra être envisagé de recourir à l'urgence impérieuse.](#)
- [Les consultations en cours peuvent être poursuivies en étant au besoin aménagées.](#)

#### 1) Identifier les marchés dont la bonne exécution est essentielle et l'impact sur ces marchés du COVID-19

Il revient dans un premier temps à chaque acheteur d'identifier dans ses marchés en cours les marchés essentiels, c'est-à-dire ceux dont l'interruption remettrait en cause la continuité du service public.

Pour ces contrats, l'acheteur devra se rapprocher des titulaires concernés afin d'identifier précisément :

- dans quelles mesures l'exécution du marché est impacté par la crise actuelle ;
- quelles garanties de continuité de service peuvent être mises en place ;
- le cas échéant, rechercher ensemble les solutions palliatives qui peuvent être mises en œuvre (modification du marché, conclusion d'un nouveau marché en urgence impérieuse (cf. §5), etc.).

Pour les marchés non essentiels, un travail identique pourra être entrepris dans un second temps, en distinguant les marchés qui peuvent s'exécuter normalement de ceux dont l'exécution est impossible et de ceux dont l'exécution est simplement perturbée.

Les outils décrits ci-après permettront de traiter les différents cas.

## **2) Utiliser tous les mécanismes contractuels à disposition des acheteurs pour adapter l'exécution du marché aux contraintes actuelles**

Dès lors qu'un marché est identifié comme étant impacté par l'épidémie, les acheteurs recourent aux dispositions issues de l'ordonnance, sous réserve de stipulations contractuelles plus favorables au titulaire prévues au marché. Il s'agit principalement des mécanismes suivants :

- les annulations de commandes : les accords-cadres prévoient en principe les modalités d'annulation des bons de commande ; l'annulation d'un bon de commande à la demande du titulaire demeure la solution la plus simple à mettre en œuvre, dès lors que la prestation n'est pas indispensable pour l'administration (c'est-à-dire lorsque le marché n'a pas été identifié comme essentiel au titre du recensement précité) ;
- la prolongation des délais d'exécution : elle doit être systématiquement accordée sur demande justifiée (preuve de l'impossibilité matérielle liée à la situation sanitaire ou du surcoût manifestement excessif pour la réalisation des prestations) du titulaire et transmise avant l'expiration du délai contractuel. La prolongation du délai d'exécution est d'une durée au moins équivalente à celle restant à courir jusqu'à la fin de l'état d'urgence sanitaire, augmentée d'une durée de deux mois (cf. article 6 de l'ordonnance), les parties pouvant s'accorder sur un délai inférieur. La prolongation permet de ne pas ouvrir de phase d'instruction des pénalités, simplifiant la tâche de l'acheteur et de l'entreprise ; les entreprises signalant l'impossibilité de respecter des délais de livraison, devront être systématiquement orientées vers cette possibilité, dès lors que la réalisation des prestations dans les délais contractuels n'est pas impérativement nécessaire ;
- la renonciation aux pénalités de retard : toute difficulté d'exécution qui vous est signalée et qui est en lien avec l'épidémie donnera lieu à une renonciation aux pénalités de retard, sur le fondement de l'article 6 (2°) de l'ordonnance. Vous vérifierez au préalable que le titulaire démontre bien qu'il ne dispose pas des moyens suffisants pour réaliser la prestation ou que leur mobilisation entraîne pour lui une charge manifestement excessive.

Par ailleurs, afin de soutenir les entreprises qui sont confrontées à de sérieuses difficultés de trésorerie, il convient de tout mettre en œuvre pour respecter les délais de paiement des factures et d'utiliser largement les facultés liées aux avances et aux acomptes. Les acheteurs pourront ainsi utiliser les dispositions de l'article 5 de l'ordonnance pour modifier par voie d'avenant les conditions de versement de l'avance dans leurs marchés. Il pourra notamment s'agir d'augmenter le taux de l'avance (qui pourra excéder le plafond de 60% du montant initial du marché ou du bon de commande) ou de supprimer l'obligation de constituer une garantie à première demande. Une analyse au cas par cas, tenant compte de la taille des sociétés et de leurs difficultés de trésorerie devra être systématiquement menée.

## **3) Eviter toute décision excessive de nature à porter atteinte aux entreprises**

La gravité de la situation impose aux acheteurs de ne pas adopter de façon inconsidérée une position radicale de nature à mettre en péril la survie des entreprises titulaires de marchés. Ainsi, au-delà des mesures rappelées ci-avant, les acheteurs sont invités à adopter une posture bienveillante à l'égard des titulaires subissant les effets de la crise.

Vous veillerez ainsi, conformément à l'article 6 (2°) de l'ordonnance, lorsque le titulaire vous démontre qu'il est dans l'impossibilité d'exécuter tout ou partie d'un bon de commande ou d'un contrat, à ne lui infliger aucune sanction et à ne pas engager sa responsabilité contractuelle.

#### **4) Identifier les situations particulières justifiant une indemnisation des candidats**

L'attention des acheteurs est attirée sur l'article 6 (3°) de l'ordonnance qui précise que l'annulation de tout ou partie de la prestation ou la résiliation du marché par l'acheteur, lorsqu'elle est la conséquence des mesures prises par les autorités administratives compétentes dans le cadre de l'état d'urgence sanitaire, peut ouvrir droit à indemnisation des dépenses engagées par le titulaire. L'acheteur devra être vigilant sur la production par le titulaire des justifications relatives aux dépenses réelles et utiles à la réalisation de la prestation annulée ou au marché résilié (production de factures ...).

Cette mesure constitue un socle minimal applicable même dans le silence du contrat ou si ce dernier prévoit des clauses d'indemnisation moins favorables. L'indemnisation du titulaire peut être supérieure, si les stipulations du marché lui sont plus favorables ou par application des règles d'indemnisation issues de la jurisprudence.

A l'issue de la crise, s'ouvrira ainsi une phase indemnitaire pour laquelle une doctrine précise devra être développée, en lien notamment avec la DAJ. Il conviendra alors de vérifier systématiquement si les sociétés ont perçu une indemnisation au titre des polices d'assurance qu'elles ont souscrites, afin d'éviter d'indemniser une société alors même qu'elle est par ailleurs couverte par son assurance professionnelle.

#### **5) Pour les besoins nouveaux directement liés à la lutte contre l'épidémie de COVID-19, il pourra être envisagé de recourir à l'urgence impérieuse**

Les circonstances actuelles permettent d'envisager de recourir à l'urgence impérieuse, qui permet de conclure des marchés de gré à gré très rapidement avec le fournisseur de son choix, si certaines conditions sont réunies.

Conformément à l'article R. 2122-1 du CCP, un acheteur peut « *passer un marché sans publicité ni mise en concurrence préalables lorsqu'une urgence impérieuse résultant de circonstances extérieures et qu'il ne pouvait pas prévoir ne permet pas de respecter les délais minimaux exigés par les procédures formalisées.*

*Tel est notamment le cas des marchés rendus nécessaires pour l'exécution d'office, en urgence, des travaux mentionnés aux articles L. 1311-4 [...] du code de la santé publique ».*

L'article L. 1311-4 du code de la santé publique vise le cas d'un danger ponctuel imminent pour la santé publique et renvoie aux mesures prévues préserver la santé de l'homme, notamment en matière de prévention des maladies transmissibles. Cela correspond pleinement à l'objet d'un contrat qui viserait par exemple à acquérir des moyens de lutte contre la propagation du Covid-19 (équipements médicaux, produits désinfectants, ...) ou encore pour des prestations de nettoyage ou de transports spécifiques rendus nécessaires du fait de l'épidémie.

L'article R.2122-1 précisant que « *Le marché est limité aux prestations strictement nécessaires pour faire face à la situation d'urgence* », son utilisation connaît une double limitation :

- temporelle : un marché d'une durée de quelque mois, visant à attendre la notification d'un marché conclu suivant la procédure de droit commun, apparaît proportionné ;
- matérielle : Le marché devra se limiter à commander les types de prestations nécessaires pour faire face à l'urgence. Il ne doit pas s'agir d'un moyen pour acquérir des prestations accessoires, non nécessaires pour traiter les situations d'urgence.

#### **6) Les consultations en cours peuvent être poursuivies en étant au besoin aménagées**

En l'état, il n'existe pas de motif de nature à justifier une interruption ou une suspension généralisée des consultations en cours.

Les acheteurs pourront utiliser les souplesses offertes par l'ordonnance pour aménager au besoin leurs consultations :

- sauf lorsque les prestations ne peuvent souffrir aucun retard, **les délais de réception des candidatures et des offres doivent être prolongés** d'une durée suffisante ;
- **les modalités de mise en concurrence figurant dans les documents de la consultation peuvent être aménagées**, dans le respect de l'égalité de traitement des candidats (cf. article 3 de l'ordonnance) ; A titre d'illustration, l'acheteur pourrait donc modifier un règlement de la consultation pour remplacer une négociation en présentiel par un échange de courriels, supprimer une visite de site ou la remplacer par la communication à tous les candidats d'une vidéo, de photo ou d'un texte explicatif, supprimer une demande de communication d'échantillons ...

Seuls les marchés non essentiels et pour lesquels le lancement d'une consultation dans les conditions actuelles pose des difficultés insurmontables devraient conduire à envisager une déclaration sans suite.

Pour assurer la continuité des approvisionnements, les acheteurs pourront utilement faire usage de faculté de prolongation des contrats en cours (article 4 de l'ordonnance). Lorsque la durée d'un contrat arrive à échéance pendant l'état d'urgence sanitaire, et qu'une nouvelle procédure de mise en concurrence ne peut être organisée, il est en effet possible de prolonger par avenant le marché en cours, pour une durée qui 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 (il est même possible de dépasser la durée maximale des accords-cadres fixée par le CCP).