

POINT DE VUE

La délicate prise en compte de la crise sanitaire dans les marchés publics en cours de passation

Tony Janvier, avocat associé, Parme Avocats | le 04/05/2020 – Le Moniteur.fr |

[Marchés publics](#), [Coronavirus](#), [Ordonnance](#), [Passation de marché](#), [France](#)

Les dispositions de l'ordonnance du 25 mars dernier et le jeu de l'imprévision ne permettent pas de protéger efficacement les opérateurs économiques contre le risque de bouleversement des conditions et coûts d'exécution des marchés publics conclus pendant la période d'état d'urgence sanitaire, dont le terme devrait être reporté du 24 mars au 24 juillet 2020. Une modification de l'ordonnance, ainsi que l'insertion de clauses de réexamen dans ces marchés, permettraient de répondre à ces difficultés.

On parle beaucoup et à juste titre de l'impact très lourd de la crise sanitaire sur les conditions et coûts d'exécution des marchés publics en cours, mais moins de celui sur les marchés publics à conclure. En effet, il est évident que dans un contexte aussi exceptionnel et évolutif, **les opérateurs économiques ne peuvent pas tout anticiper au stade de l'offre, du moins avec la marge d'erreur habituellement acceptable, tant les scénarios possibles sont nombreux, du plus optimiste au plus noir** (de l'aveu même du gouvernement). Or, tous les acheteurs publics n'acceptent pas d'introduire une clause adéquate de réexamen du marché pour traiter l'aléa équitablement, dans le respect de l'équilibre des intérêts des parties, **conduisant les opérateurs économiques à devoir choisir entre perdre le marché ou bien accepter un niveau de risque très supérieur aux standards habituels**, contraints et forcés qu'ils sont de remplir leurs carnets de commandes malgré tout.

Malheureusement, l'ordonnance n° 2020-319 du 25 mars 2020 ne traite pas le problème. Dans une interview parue le 15 avril sur lemoniteur.fr, la directrice des affaires juridiques de Bercy, Laure Bédier, confirmait que **l'adoption de nouvelles mesures est toujours possible** et que le gouvernement est « toujours à l'écoute des besoins qui pourraient se faire sentir ». La présente contribution tend à exprimer un besoin et fait des propositions pour y répondre.

Les apports de l'ordonnance n° 2020-319 du 25 mars 2020...

Afin de « limiter les conséquences de l'effondrement de la commande publique résultant des mesures sanitaires décidées pour prévenir l'extension de l'épidémie » (selon les termes de la loi d'urgence du 23 mars 2020), l'ordonnance n° 2020-319 du 25 mars 2020 donne **quelques souplesses dans l'exécution des marchés publics par rapport aux règles du droit commun, notamment en facilitant la suspension des prestations ou la prolongation des délais** en cas de difficultés d'exécution nées des conséquences de la propagation de l'épidémie de Covid-19 et des mesures prises pour limiter cette propagation (art. 6).

Elle s'applique non seulement aux marchés publics qui étaient « en cours » le 12 mars 2020, mais aussi aux marchés publics « conclus durant » une période allant du 12 mars 2020 jusqu'à la fin de l'état de d'urgence sanitaire [pour le moment 24 mai 2020] augmentée d'une durée de 2 mois [24 juillet 2020] (art. 1). Par suite, **même après le 24 juillet 2020, les titulaires des marchés publics conclus avant cette date continueront à bénéficier des mesures prévues à l'article 6 de l'ordonnance** dès lors que seront en cause des difficultés d'exécution nées des conséquences de la propagation de l'épidémie de Covid-19 et des mesures prises pour limiter cette propagation, sans que puisse leur être opposé le fait d'avoir remis une offre après le début du confinement et donc « en connaissance de cause ».

Ce n'est toutefois pas satisfaisant, pour au moins deux raisons.

... et ses insuffisances

En premier lieu, **les entreprises ne peuvent pas être certaines, en soumissionnant, que le marché sera effectivement conclu avant la date butoir pour entrer dans le champ de l'ordonnance** (pour le moment, 24 juillet 2020). En effet, même si le délai de validité des offres expire avant cette date (ce qui ne sera pas toujours le cas), l'acheteur peut toujours attribuer le marché tout en différant sa signature.

Or, si l'ordonnance n'est pas applicable, on retombe dans le champ du droit commun avec le risque pour le titulaire de ne pas pouvoir invoquer la force majeure pour

s'exonérer de ses obligations contractuelles en cas d'impossibilité d'exécution liée à la crise sanitaire, au motif que l'aléa subi n'était pas « imprévisible » au moment de l'offre (condition sine qua non à la reconnaissance d'une situation de force majeure).

A cet égard, **une évolution de la rédaction de l'article 1er de l'ordonnance serait donc souhaitable, pour remplacer « contrats conclus » par « contrats attribués ».**

L'imprévision, parfois difficile à faire valoir

En second lieu, alors que le 6° de l'article 6 de l'ordonnance envisage l'indemnisation des concessionnaires lorsque les nouvelles modalités d'exécution du contrat de concession imposent la mise en œuvre de moyens supplémentaires représentant pour eux une charge manifestement excessive, **force est de constater l'absence de dispositions équivalentes concernant les marchés publics.** Ce point a d'ailleurs suscité une question au gouvernement dont la réponse est encore attendue (question n° 15062 de Yannick Vaugrenard, JO Sénat du 09 avril 2020).

Faute de dispositions spécifiques, l'indemnisation des difficultés d'exécution des marchés publics nées des conséquences de la propagation de l'épidémie de Covid-19 et des mesures prises pour limiter cette propagation, relève des seules règles de droit commun et notamment de la théorie de l'imprévision, dont l'application est soumise, outre le bouleversement de l'économie du marché, à la même condition d'imprévisibilité que la force majeure.

Il en découle que **lorsque l'offre aura été remise après le début du confinement, l'imprévision sera plus difficile à faire valoir**, ce qui pourrait conduire le titulaire à devoir supporter seul la charge financière de l'impact de la crise sanitaire sur l'exécution du marché, même en cas de bouleversement de son économie.

Une telle perspective paraît difficilement acceptable sur le plan de l'équité contractuelle et il **n'y aurait donc rien de choquant à ce que le gouvernement complète l'ordonnance en adaptant la théorie de l'imprévision aux circonstances**, en sorte que les entreprises puissent bénéficier d'un droit à indemnités du seul fait du bouleversement de l'économie du marché.

Mais en l'état, aucune solution à la disposition des seuls opérateurs économiques pour s'accommoder de ces difficultés n'est suffisamment sécurisante, ce à quoi les

acheteurs publics ne paraissent pas tous sensibles, alors qu'ils pourraient eux-mêmes en pâtir.

L'intérêt d'une clause de réexamen

Les clauses de réexamen visées à l'article R. 2194-1 du Code de la commande publique pourraient constituer un outil susceptible de répondre à la situation ci-dessus décrite, en ce qu'il permet notamment, dans le respect de l'équilibre des intérêts des parties, **d'intégrer un mécanisme de sauvegarde visant à prévoir les modalités de prise en compte des incidences calendaires et financières d'un risque** qui, sans pour autant être imprévisible, apparaît trop aléatoire pour être raisonnablement couru par une seule partie sans mettre en péril l'exécution même du contrat.

Cependant, la pratique laisse à penser qu'assez peu d'acheteurs publics prennent l'initiative ou acceptent l'introduction de telles clauses dans leurs marchés pour traiter équitablement l'aléa lié à l'épidémie de Covid-19 en termes de délais et de coûts. Or, sans négliger les contraintes liées au respect de l'égalité de traitement des candidats lorsque cette démarche intervient en cours de procédure, il nous semble qu'**il en va pourtant de l'efficacité de la commande publique et de la bonne utilisation des deniers publics, car autrement les écueils sont nombreux.**

Le premier et le plus évident est tout simplement l'absence d'offre ou la remise d'offres trop chères, conduisant à l'infructuosité de la procédure et donc à retarder le processus d'achat, ce qui peut être très préjudiciable.

On peut ensuite également redouter des écarts de prix importants selon les hypothèses d'exécution retenues par les candidats et, par suite, **des difficultés très concrètes pour les acheteurs publics** (en miroir de celles des opérateurs économiques dans le chiffrage de leurs offres) **dans la mise en œuvre de leur obligation de détection et d'élimination des offres anormalement basses**, susceptibles de faire peser un risque sur la légalité de la procédure et de susciter des recours de la part des concurrents évincés (nous pensons en effet qu'un prix habituellement normal peut devenir anormalement bas en période exceptionnelle,

l'insuffisante prise en compte des aléas d'exécution en découlant étant de nature à compromettre la bonne exécution du marché).

Et on sait bien, enfin, que plus le prix est en définitive éloigné de la réalité des conditions et coûts d'exécution du marché, plus le risque de litige et de défaillance du titulaire (retard, mauvaise exécution ou inexécution) augmente, ce qui ne répond jamais aux intérêts d'aucun des cocontractants.

Au final, il est permis de penser qu'**une mesure consistant à rendre obligatoire l'usage des clauses de réexamen dans les marchés conclus durant la période prévue à l'article 1er de l'ordonnance du 25 mars 2020 serait une bonne mesure.**