



# Article

## ADAPTER LA COMMANDE PUBLIQUE AU CONTEXTE DE CRISE SANITAIRE

Avril 2020

/ RÉDACTEUR : CKS PUBLIC

**CKS** Public

## ADAPTER LA COMMANDE PUBLIQUE AU CONTEXTE DE CRISE SANITAIRE

### Introduction :

Dans ce contexte particulièrement compliqué et original de crise sanitaire, nombre de questions se posent quant à la passation et à l'exécution des marchés publics. Une ordonnance (n° [2020-319](#) <sup>(1)</sup>) en date du 25 mars 2020 apporte des éléments de réponses.

### Que prévoit l'ordonnance ?

#### Précaution de lecture :

- Le terme « contrat » vise les marchés publics, accords-cadres et concessions. Pour rappel, dès le 1er euro dépensé pour une fourniture ou une prestation, il s'agit d'un contrat public.
- Les préconisations formulées visent les contrats en cours ou conclus entre le 12 mars 2020 et le 24 juillet 2020.
- Les mesures décidées trouvent à s'appliquer largement, sauf à ce qu'un lien de causalité entre la crise sanitaire et l'impact sur le contrat considéré ne puisse être établi.



L'Ordonnance prévoit un assouplissement des règles de passation et d'exécution des marchés publics afin de les adapter au contexte actuel. Pour autant, il appartient à chaque acheteur d'évaluer, au cas par cas, quelle mesure il doit et peut mettre en œuvre en fonction de sa situation propre.

#### 1. Le cas des contrats en cours ou conclus entre le 12 Mars et la fin de l'état d'urgence sanitaire :

- Possibilité de convenir d'un taux d'avance supérieur à 60% du montant du marché ou du bon de commande, sans demande de garantie à première demande.
- Possibilité de suspendre les marchés à prix forfaitaires dont l'exécution est en cours. Dès lors, l'acheteur procède au règlement du marché selon les modalités et pour les montants prévus par le contrat (échéances périodiques), en dérogation à la règle du service fait puisque les paiements sont effectués alors que la prestation est suspendue ou partiellement exécutée. Ce cas concerne principalement les marchés pour lesquels des échéances de paiement étalées dans le temps ont été prévues (versements forfaitaires).  
A l'issue de la suspension, les modalités de reprise ou de résiliations sont déterminées par avenant, en précisant les sommes restant dues au titulaire ou dues par le titulaire à l'acheteur public en fonction des prestations réellement exécutées.
- En cas d'annulation d'un bon de commande ou de résiliation d'un marché, en conséquence des mesures prises par les autorités administratives compétentes dans le cadre de l'état d'urgence sanitaire, le titulaire peut être indemnisé, par l'acheteur, des dépenses engagées lorsqu'elles sont directement imputables à l'exécution du bon de commande annulé ou du marché résilié.

<sup>(1)</sup> <https://www.legifrance.gouv.fr/eli/ordonnance/2020/3/25/2020-319/jo/texte>

## ADAPTER LA COMMANDE PUBLIQUE AU CONTEXTE DE CRISE SANITAIRE

### En cas de difficulté d'exécution du titulaire du contrat :

Lorsque **le titulaire ne peut pas respecter le délai d'exécution** d'une ou plusieurs obligations du contrat ou que cette exécution en temps et en heure nécessite des moyens dont la mobilisation fait peser sur le titulaire une charge manifestement excessive.

- *Le délai est prolongé au moins jusqu'au 24 juillet 2020, sur la demande du titulaire avant l'expiration du délai contractuel.*
- *Le titulaire ne peut pas être sanctionné, ni se voir appliquer les pénalités contractuelles, ni voir sa responsabilité contractuelle engagée s'il est dans l'impossibilité d'exécuter tout ou partie d'un bon de commande ou d'un contrat, notamment lorsqu'il démontre qu'il ne dispose pas des moyens suffisants ou que leur mobilisation fait peser sur lui une charge manifestement excessive (cas de force majeure décrété).*

### Lorsqu'il est impossible de décaler la prestation.

- *Il est possible de conclure un marché de substitution avec un tiers pour satisfaire ceux de ses besoins qui ne peuvent souffrir aucun retard (même si le contrat prévoyait une clause d'exclusivité).*
- *Ce nouveau marché n'est toutefois pas exécuté aux frais et risques du titulaire et constitue une nouvelle charge.*

### Nos conseils :



- **Prendre le temps d'échanger avec vos fournisseurs** stratégiques pour comprendre leur situation et leurs difficultés avant d'envisager la suspension ou la résiliation du contrat ;
- **Suspendre les accords-cadres avec engagement minimum** ou prestation en cours, s'ils ne peuvent s'exécuter normalement ;
- **Poursuivre**, dans la mesure du possible, **les prestations** qui peuvent se dérouler **à distance** pour assurer la continuité de l'activité économique des entreprises et éviter ainsi la suspension du contrat ;
- **Accepter les révisions de prix prévues** au marché pour tenir compte de l'évolution de la situation économique ;
- **Respecter les délais de paiement**, en priorisant le paiement des fournisseurs les plus en difficulté et les PME/TPE ;
- **Dématérialiser** tous les échanges (commandes, factures, questions...)

## ADAPTER LA COMMANDE PUBLIQUE AU CONTEXTE DE CRISE SANITAIRE



**Dans le cas où la procédure est en cours d'attribution (offres reçues mais le contrat n'est pas encore notifié) :**

- Prévoir une mise au point ou une phase de négociation, si la procédure le permet, pour intégrer des clauses adaptées au contexte.

### 2. Le cas des contrats arrivant à échéance entre le 12 et la fin de l'état d'urgence sanitaire :

- Ces contrats peuvent être prolongés par avenant s'il n'est pas possible de lancer une mise en concurrence.
  - *La durée de prolongation ne saurait excéder le délai de la situation de crise sanitaire rallongée du délai nécessaire à la passation d'une nouvelle procédure de marché.*



Le texte prévoit qu'un accord-cadre peut être prolongé sur une période supérieure à 4 ans.

### Nos conseils :



- **S'assurer de la capacité du fournisseur** à poursuivre la prestation sur la période considérée.
- **Maintenir la programmation marchés** sur les secteurs qui peuvent fonctionner en télétravail (*prestations intellectuelles, prestations informatiques,...*), afin de garantir la continuité de l'activité économique sur ces secteurs et de ne pas saturer le plan de charge en sortie de crise.

### 3. Le cas des consultations en cours au 25 Mars 2020 :

- Les délais de remise des offres peuvent être prolongés afin de laisser un délai « raisonnable » aux candidats pour répondre dans de bonnes conditions (hors besoins urgents ne pouvant être reportés ou liés à la gestion de la crise),
- La date de démarrage des prestations techniques peut être repoussée pour tenir compte de nouveaux délais.
- Le Dossier de Consultation des Entreprises (DCE) peut être modifié notamment :
  - Pour revoir les modalités de visites, les annuler ou les reporter si elles étaient prévues au règlement de la consultation ;
  - Pour adapter les modalités de réalisation des tests (par exemple, analyse des fiches techniques à la place de remise d'échantillons) ;
  - Pour prolonger le délai de validité des offres.

## ADAPTER LA COMMANDE PUBLIQUE AU CONTEXTE DE CRISE SANITAIRE

- Prévoir des clauses de révision de prix et adapter la fréquence de révision pour les produits soumis à indexation afin de tenir compte de la forte variation des cours mondiaux. Ajouter une clause de réexamen pour garantir l'équilibre économique du contrat.



*Dans la pratique, si le DCE est modifié, il conviendra de publier un avis rectificatif pour ce marché avec le nouveau DCE.*

### Notre conseil :



- **Evaluer, au cas par cas, la faculté des opérateurs économiques, secteur par secteur, à répondre aux consultations** dans la période actuelle afin de déterminer un délai de remise des offres « raisonnable » tout en assurant la poursuite de l'activité économique.

### 4. Le cas des consultations à lancer :

- Ajuster les jalons de la consultation et de démarrage de la prestation à la situation de crise, en laissant notamment suffisamment de temps aux entreprises pour remettre une offre ;
- Adapter dans le règlement de la consultation les modalités de remise et d'analyse des offres :
  - Ne pas demander de signature des candidatures et des offres
  - Dans la mesure du possible, ne pas demander d'échantillons ou imposer de visites aux candidats

### Nos conseils :



- **Limiter les contraintes « non essentielles »**. Pour les secteurs qui le permettent, l'acheteur est encouragé à poursuivre ses opérations d'achats en tenant compte des précautions ci-dessus.
- **Ne pas s'interdire de négocier** ou de réaliser les soutenances. Ces dernières peuvent se dérouler à distance selon les modalités fixées par l'acheteur dans son règlement de consultation.
- **Prévoir les possibilités d'acomptes** afin de faciliter l'exécution financière des prestations pour les entreprises et les encourager à répondre à la consultation.

### 5. Le cas des besoins particuliers liés à la gestion de la situation de crise :

- Possibilité de passer des marchés en procédure accélérée ou sans publicité ni mise en concurrence pour les nouveaux besoins directement liés à cette crise.

### Notre conseil :



- **Appliquer** au mieux les processus et procédures internes, afin que chaque consultation continue d'être portée par une stratégie d'Achat. Intégrer à la stratégie d'Achat les contraintes liées à la crise mais aussi à l'après-crise (Besoin de BFR des entreprises, objectifs politiques de soutien aux PME ou de convergence accélérée vers EGalim, ...).

## ADAPTER LA COMMANDE PUBLIQUE AU CONTEXTE DE CRISE SANITAIRE

### *Anticiper la reprise :*

Il est fort probable que la reprise d'activité suite à la levée du confinement engendre un besoin de « rattraper » les prestations suspendues et donc une pression importante sur certains secteurs (transports/livraisons, travaux...).

Cette reprise ne pourra fonctionner qu'avec une solidarité renforcée entre les acteurs de la commande publique et les entreprises.



### **Nos conseils pour une reprise efficace :**

- **Réaliser dès maintenant les actions Achats** pour éviter un engorgement des services Achats/Marchés lors de la reprise :
  - *Programmation des achats,*
  - *Recensement des besoins,*
  - *« Sourcing » Fournisseurs,*
  - *Programmation des marchés*
  - *Appréciation des conditions d'indemnisation des entreprises en cas de suspension voire d'annulation des contrats publics*
  - ...
- **Anticiper** au maximum les besoins.
  - *Passer les commandes ou notifier la reprise des marchés dès que possible. Cela permettra aux entreprises d'organiser au mieux la reprise de leurs activités.*
- **Maintenir votre vigilance** sur les délais de paiement et le respect des règles de mise en concurrence liées à la commande publique.
  - *Certaines entreprises risquent d'être dans des situations économiques difficiles et d'avoir des attentes importantes vis-à-vis de leurs clients publics.*
- Appliquer les clauses de **révisions ou réexamens** de prix définies dans les contrats
- **Accepter les produits de substitution** (équivalents) si le fournisseur vous fait part de ruptures d'approvisionnements.
- **Développer une culture du pilotage.**
  - *Développer une véritable culture du pilotage de l'activité et des risques Achats (Quels segments présentant des risques d'approvisionnements, quelle part de fournisseurs européens, quelle part de PME, quelle programmation de mon activité Achats, ...)*

N.B. La Direction des Affaires Juridiques met à votre disposition une [FAQ relatives aux conséquences de la crise sanitaire](#) sur la commande publique.