



GOVERNEMENT

*Liberté
Égalité
Fraternité*

Paris, le 20 MAI 2020

La ministre de la Transition écologique et solidaire

Le ministre de l'économie et des finances

La ministre du Travail

Le ministre de l'action et des comptes publics

La ministre de la cohésion des territoires et des relations avec les collectivités territoriales

Le ministre auprès de la ministre de la cohésion des territoires et des relations avec les collectivités territoriales, chargé de la ville et du logement

La Secrétaire d'État auprès de la ministre de la Transition écologique et solidaire.

Réf : D 20006247

NOTE

**à Mesdames et Messieurs les préfets de région,
Mesdames et Messieurs les préfets de département**

Objet : Lever les freins à la reprise d'activité des entreprises du bâtiment et des travaux publics

Nous vous avons appelé à vous mobiliser en faveur de la reprise d'activité des entreprises du bâtiment et des travaux publics par note en date du 4 avril dernier référencée 20004897

Vous nous avez rendu compte des travaux que vous avez menés et des nombreuses initiatives qui ont émergé dans les territoires manifestant la volonté commune des représentants de tous les acteurs concernés (maîtrise d'ouvrage - maîtrise d'œuvre - entreprises) de s'engager dans la reprise des chantiers et de l'ensemble des activités du bâtiment et des travaux publics selon de nouvelles modalités assurant un niveau de sécurité sanitaire adapté en s'appuyant sur le guide élaboré par l'OPPBTP. Nous vous en remercions.

L'analyse de vos retours montre que vous avez aussi identifié, de manière générale, un certain nombre de freins dont notamment :

- la disponibilité en équipements de protection individuelle ;
- la reprise des chaînes logistiques d'approvisionnement en matériaux et matériels ainsi que d'évacuation des déchets ;
- l'articulation avec les concessionnaires ;
- la disponibilité en services de restauration et d'hébergement ;
- la prise en charge des surcoûts induits par l'interruption des chantiers, d'une part, la mise en œuvre de nouvelles modalités de réalisation des travaux respectant les préconisations du guide OPPBTP, d'autre part ;
- l'inégale reprise des chaînes d'instruction des autorisations d'urbanisme et de l'ensemble des autorisations administratives nécessaires au projet ;
- les difficultés en matière d'archéologie préventive.

Le dispositif que vous avez mis en place a prouvé son utilité. Il doit être maintenu et approfondi, pour assurer :

- un suivi de la reprise d'activité partagé avec les entreprises, les maîtres d'œuvre, et les maîtres d'ouvrage ;
- une stratégie de communication des informations utiles ;
- la déclinaison locale d'une méthode pour organiser la reprise dans le dialogue entre les intervenants et traiter solidairement la question des surcoûts. Cela pourra nécessiter, le cas échéant et au cas par cas, votre médiation s'agissant des chantiers sensibles que vous aurez identifiés.
- un partage des bonnes pratiques ;
- l'émergence et la diffusion d'initiatives locales contribuant à faciliter et accélérer la reprise.

A la suite de la réunion entre les ministres, les collectivités territoriales et les fédérations professionnelles tenue le 30 avril dernier, nous vous demandons :

A. Au niveau régional

a. Assurer un suivi contradictoire de la reprise d'activité

Nous vous demandons de tenir, sur un rythme hebdomadaire en lien avec les professions, un tableau de bord régional de la reprise d'activité. Vous pourrez vous appuyer sur les cellules économiques régionales de la construction qui lancent des enquêtes flash hebdomadaires.

Vous pourrez aussi utilement mobiliser les observatoires de la commande publique pour mener des analyses partagées entre toutes leurs parties prenantes des difficultés rencontrées ainsi que des initiatives qui peuvent être prises, au plan territorial, pour y remédier.

Vous pourrez également solliciter les Conseils régionaux de l'Ordre des architectes (CROA) et les Architectes Conseils de l'Etat (ACE) placés en expertise auprès des DRAC.

b. Promouvoir les chartes ou accords régionaux pour définir des méthodes partagées de reprise des chantiers fondées sur une approche solidaire et sincère de la question des surcoûts

Les chartes, que vous avez portées à notre connaissance tant en Bretagne que dans les Hauts-de-France, montrent que la bonne approche est celle de la recherche collective de modalités de reprise efficaces visant une maîtrise des surcoûts, dans le respect de la sécurité des personnes et de la qualité des ouvrages, puis d'une répartition solidaire et responsable de ceux-ci.

Cette approche a déjà rassemblé des acteurs représentant les diverses parties prenantes autour de chartes désormais signées ou en préparation.

Nous vous invitons à faire connaître ces approches et à faciliter ou susciter leur généralisation dans l'ensemble des marchés et notamment dans les marchés publics (travaux publics, logement social, extension aux marchés publics des collectivités territoriales).

B. Au niveau départemental

a. Continuer à lever les freins que vous avez identifiés :

1/ Pour ce qui concerne les surcoûts, vous veillerez à promouvoir les chartes ou accords régionaux définissant une méthode partagée de reprise des chantiers. Nous vous invitons, pour les cas qui devaient le nécessiter, pour les marchés publics, comme privés, à faciliter les accords de reprises, notamment par des actions de médiation entre les parties.

2/ Pour ce qui est de la disponibilité en équipements de protection individuelle, il convient de mieux faire connaître à tous les acteurs :

- les plates-formes nationales dédiées aux PME aux TPE pour passer des commandes : <https://www.economie.gouv.fr/lancement-dispositif-vente-distribution-click-collect-masques-protection-et> et <https://masques-pme.laposte.fr>, dont les offres sont relayées par les réseaux consulaires ;
- les plates-formes régionales permettant le rapprochement des offres et des demandes à l'exemple de celle portée par Bretagne Innovation : <https://www.bdi.fr/fr/publications/covid-19-entreprises-unies-en-bretagne/> ou celle de la Région Île-de-France : centrale-achat@iledefrance.fr ;
- et les plates-formes portées par les chambres consulaires à l'exemple de celle créée en Meurthe-et-Moselle : <https://nocovid-acaciam54.fr/>

Nous vous invitons donc à organiser, en vous appuyant sur les acteurs que vous réunissez dans les instances que vous avez mises en place, une communication locale relayant et amplifiant les communications déjà menées au plan national ou par les porteurs des initiatives locales.

3/ Pour ce qui est des chaînes logistiques, vous continuerez à veiller à leur reprise synchronisée comme vous avez commencé à le faire.

4/ Pour ce qui est des difficultés relatives à la restauration des personnes travaillant sur les chantiers ou à leur hébergement, vous nous avez convaincus que les solutions proviennent d'initiatives territoriales que vous pouvez susciter ou encourager, comme le prouvent les exemples suivants :

- En Hauts-de-France, définition avec l'UMIH d'un service hôtelier minimal permettant d'accueillir et de loger les ouvriers en provenance d'autres régions de France chargés d'un chantier dans la région ;
- En Tarn-et-Garonne, déploiement d'un dispositif de livraison de repas sur place défini conjointement par les fédérations du BTP et de l'hôtellerie-restauration (UMIH et U2P) ;
- En Nouvelle Aquitaine, réquisition de capacités hôtelières par les préfets de département ;
- En Bretagne, fourniture de listes d'entreprises pouvant assurer la livraison de repas et prise d'arrêtés préfectoraux autorisant l'ouverture d'hôtels pour l'hébergement de personnes ayant besoin d'être logées pour raisons professionnelles.

Dans un contexte de réouverture de nombreux hôtels à compter du 11 mai, vous veillerez à ce que les disponibilités correspondent aux besoins des professions et favoriserez, si nécessaire, toutes les initiatives utiles pour améliorer cette adéquation.

5/ Pour ce qui est des difficultés rencontrées par une partie des entrepreneurs ou des maîtres d'œuvre voire des maîtres d'ouvrage ainsi que les concessionnaires à appliquer les préconisations du guide OPPBTP à l'organisation de leurs chantiers, vous favoriserez une meilleure appropriation collective des bonnes pratiques et points d'attention par la capitalisation et la diffusion la plus large possible des enseignements issus des chantiers-tests initiés ou repérés dans le cadre des dispositifs départementaux que vous animez, à l'exemple de ce qui a été fait dans le Morbihan, en Corse, dans les Côtes d'Armor, en Tarn-et-Garonne, etc.

Parallèlement, vous encouragerez et appuierez autant que possible les actions de communication des fédérations et professionnels du bâtiment (à l'instar de la CAPEB Auvergne-Rhône Alpes), qui s'adressent aux particuliers encore réticents à faire réaliser des travaux à leur domicile malgré le respect des précautions sanitaires et recommandations du guide.

A ce titre, vous pourrez contribuer à diffuser le courrier joint en annexe, à en-tête du Gouvernement et destiné à rassurer les particuliers.

6/ Pour ce qui est de l'ensemble des autorisations administratives indispensables au bon déroulement des chantiers ou à la poursuite de l'activité de la filière, vous continuerez à œuvrer avec les collectivités territoriales compétentes à la reprise d'activité des services instructeurs et à la fluidité des chaînes d'instruction.

Votre action a déjà porté des premiers fruits ainsi que le montre l'enquête flash en date du 23 avril réalisée par les associations de collectivités territoriales. Elle doit toutefois être poursuivie avec force dans trois directions :

- après identification, accélérer la reprise d'activité des services qui n'assurent plus cette instruction (7%) ainsi que de ceux qui l'assurent en mode dégradé (23%) ;
- veiller à la reprise d'activité de l'ensemble des services associés, en commençant par ceux de l'État. Vous accompagnerez à cet effet la poursuite des missions d'archéologie préventive dont le guide de reprise des chantiers est joint en annexe ;
- veiller à la fluidité des chaînes d'instruction avec par exemple la reprise du fonctionnement de tous leurs maillons dont notamment les commissions sécurité, accessibilité, etc... Vous pourrez envisager leur fonctionnement en format non présentiel à l'exemple du Pas-de-Calais.

b. Soutenir les collectivités territoriales

Les collectivités territoriales sont appelées à jouer un rôle essentiel dans la sortie du confinement, de l'urgence sanitaire et de la crise non seulement dans l'exercice de leurs compétences mais aussi en tant que maître d'ouvrage. S'il y a lieu, vous pouvez soutenir les collectivités qui souhaiteraient relancer les activités de construction de la manière suivante :

1/ En assurant une transmission d'informations, et en orientant vers les outils de formation ou d'ingénierie permettant de les aider à mobiliser toutes les mesures prises au plan national ou local pour la gestion de crise et pour la reprise d'activité. Les agents affectés, dans les services déconcentrés, au « nouveau conseil aux territoires » seront mobilisés. Vous pourrez proposer au conseil départemental, à l'association des maires et au CNFPT de se joindre à l'effort de l'État en leur faveur (services de préfectures, des sous-préfectures ou des directions départementales interministérielles).

A ce titre, nous vous invitons à faire connaître les fiches juridiques en annexe visant à assister les acheteurs publics dans leur démarche pour faire reprendre les chantiers, adapter leurs marchés en cours et lancer de nouveaux chantiers.

Nous invitons particulièrement les préfets des départements qui ont connu des ruptures d'alimentation en eau potable lors de la sécheresse de l'été 2019 à accompagner spécifiquement les collectivités concernées pour une reprise rapide des travaux d'interconnexion ou de sécurisation de l'alimentation en eau.

2/ Le cas échéant, en examinant avec les collectivités la possibilité de mobiliser les dotations d'investissement (DETR, DSIL, etc.) pour les opérations qui connaissent des surcoûts non financés et pour lesquelles un soutien complémentaire est pertinent et indispensable au redémarrage. Cette faculté implique de faire usage de votre pouvoir de dérogation par rapport aux règles habituelles de gestion des dotations. Elle ne peut intervenir qu'au cas par cas, sur la base de surcoûts dont le chiffrage est partagé entre l'Etat, la collectivité maître d'ouvrage et le prestataire. Il s'agit d'une solution de financement qui implique un partage préalable du surcoût entre l'entreprise et les collectivités territoriales, l'Etat venant en appui de ces dernières.

c. Veiller à la qualité humaine du redémarrage

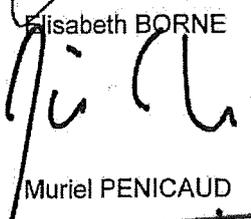
Des salariés ou des artisans ont pu être fragilisés par le confinement ou peuvent l'être par les perspectives incertaines de leur activité. Vous rechercherez avec les acteurs de votre territoire les modalités les plus appropriées pour remédier à ces situations. Peuvent être notamment envisagés à ce titre :

- des actions de dialogue social ;
- une mobilisation des services de médecine du travail en point d'appui tant pour la conception et la sensibilisation aux mesures de prévention à l'appui du guide de l'OPPBTP que pour le traitement des situations particulières (exemple personnes à risque particulier).

Vous nous rendrez compte de vos travaux à l'adresse continuitedbt@developpement-durable.gouv.fr ainsi qu'au préfet Philippe MAHÉ à l'adresse philippe.mahe@interieur.gouv.fr.



Elisabeth BORNE



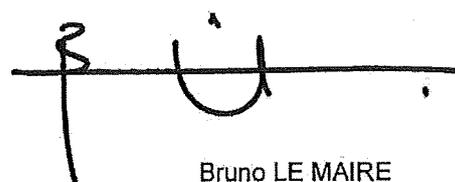
Muriel PENICAUD



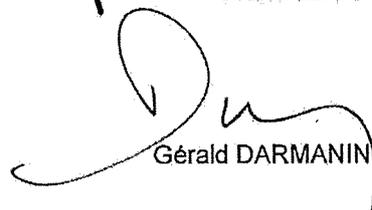
Jacqueline GOURAULT



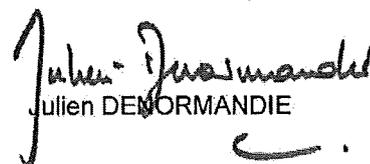
Emmanuelle WARGON



Bruno LE MAIRE



Gérald DARMANIN



Julien DENORMANDIE

COVID-19_MODALITES D'AMENAGEMENT DES PROCEDURES DE MISE EN CONCURRENCE DANS LE CONTEXTE PARTICULIER DE LA CRISE SANITAIRE
--

□ CADRE JURIDIQUE :

- ❖ Directive 2014/24/UE sur la passation des marchés publics
- ❖ Code de la commande publique
- ❖ **Ordonnance** n° 2020-319 portant diverses mesures d'adaptation des règles de passation, de procédure ou d'exécution des contrats soumis au code de la commande publique et des contrats publics qui n'en relèvent pas pendant la crise sanitaire née de l'épidémie de covid-19 complétée des précisions apportées par la DAJ de Bercy dans sa **fiche technique**¹ qui accompagne l'ordonnance et sa **FAQ**² publiée le 31 mars 2020 et actualisée le 7 avril 2020
- ❖ Communication de la Commission européenne n°2020/C 108 I/01 sur l'utilisation des marchés publics dans la situation d'urgence liée à la crise du COVID-19, publiée le 1er avril 2020

□ CONTEXTE :

La situation sanitaire inédite liée au Covid-19 a nécessairement un impact sur les marchés publics qu'ils soient en cours de démarrage, en cours d'exécution, en cours de procédure ou à lancer pendant la période d'état d'urgence sanitaire.

Dans ce contexte particulier, l'ordonnance n°2020-319 portant diverses mesures d'adaptation des règles de passation, de procédure ou d'exécution des contrats soumis au code de la commande publique et des contrats publics qui n'en relèvent pas pendant la crise sanitaire née de l'épidémie de covid-19, prévoient des modalités d'adaptation des procédures de mise en concurrence. En particulier, en fonction de ses besoins et des contraintes de la crise, l'acheteur public pourra reporter le délai de remise des offres et/ou prolonger leur délai de validité. Il pourra également aménager les modalités de la mise en concurrence. Enfin, il pourra envisager d'abandonner la procédure.

La Commission européenne, par la communication n°2020/C/108 I/01 du 1^{er} avril 2020, a apporté des précisions importantes sur la question des achats urgents et invite, durant la période de crise, à recourir aux procédures d'urgence prévues par la Directive 2014/24/UE sur la passation des marchés public.

Les annexes jointes à la présente note font le point sur les aménagements ainsi apportés.

1 https://www.economie.gouv.fr/files/files/directions_services/daj/marches_publics/conseil_acheteurs/fiches-techniques/crise%20sanitaire/FT_Urgence_Covid_19%20_commande_publicue_06-04-2020.pdf

2 https://www.economie.gouv.fr/files/files/directions_services/daj/marches_publics/conseil_acheteurs/fiches-techniques/crise%20sanitaire/questions-reponses-coronavirus-commande-publique.pdf

ANNEXES

❖ **Annexe 1 : La prolongation des délais de réception des candidatures et des offres**

- ✓ Définition
- ✓ Les nouvelles mesures

❖ **Annexe 2 : La prolongation du délai de validité des offres**

- ✓ Définition
- ✓ Les nouvelles mesures

❖ **Annexe 3 : La passation de commandes publiques urgentes- La passation de commandes publiques urgentes ou « de marchés publics en urgence »**

- ✓ Le recours à l'urgence simple
- ✓ Le recours à l'urgence impérieuse
- ✓ Les nouvelles mesures

La prolongation des délais de réception des candidatures et des offres

1. Définition de la notion

Le code de la commande publique (CCP) prévoit les conditions de délais pour la réception des candidatures (art. R. 2143-1 et R. 2143-2) et des offres (R. 2151-1 à R. 2151-5) ainsi que leur élimination en cas de dépassement du délai fixé par l'acheteur.

Ce délai doit tenir compte de la complexité du marché, du temps nécessaire aux opérateurs économiques pour répondre et des contraintes éventuelles de visite des sites ou de la consultation de documents sur place.

Le juge a déjà reconnu à l'acheteur public la possibilité d'apporter des modifications au dossier de consultation remis aux candidats à un appel d'offres dans des conditions garantissant l'égalité des candidats et leur permettant de disposer d'un délai suffisant, avant la date limite fixée pour la réception des offres, pour prendre connaissance de ces modifications et adapter leur offre en conséquence. Les juridictions ont déjà précisé que dans le silence des documents contractuels, ce délai doit être décompté à partir de la date à laquelle les entreprises candidates sont informées des modifications en cause et non à partir de la date à laquelle ces modifications ont été décidées ou adressées par la personne publique (CE, 9 février 2004, n°259369, mentionné au recueil Lebon sur ce point).

2. Sur les nouvelles dispositions issues de l'ordonnance n° 2020-319 du 25 mars 2020 portant diverses mesures d'adaptation des règles de passation, de procédure ou d'exécution des contrats soumis au code de la commande publique et des contrats publics qui n'en relèvent pas pendant la crise sanitaire née de l'épidémie de Covid-19

L'article 2 de l'ordonnance prévoit que les délais de réception des candidatures et des offres sont prolongés d'une durée « *suffisante* », si cela est nécessaire pour faire face aux conséquences de la propagation de l'épidémie de covid-19 et des mesures prises pour limiter cette propagation.

Les acheteurs sont ainsi tenus, dans ces conditions, de prolonger la consultation en cours afin de permettre aux opérateurs économiques de présenter leur candidature ou de soumissionner, dans le respect du principe d'égalité de traitement des candidats (article 3 de l'ordonnance).

Pour ce faire, la DAJ de Bercy¹ précise que les acheteurs modifient la date en publiant un avis rectificatif qui motive le report du délai.

En outre, le pouvoir adjudicateur peut avertir, par message, tous les opérateurs économiques ayant déjà retiré le dossier de consultation, ceux ayant déjà fait acte de candidature ou déposé une offre, et afficher un message sur son profil acheteur.

Dans le cas où un opérateur économique aurait déjà présenté une offre avant la prolongation du délai de remise des offres, il peut en déposer une nouvelle. Dans cette hypothèse, seule est ouverte la dernière offre reçue par l'acheteur dans le délai fixé pour la remise des offres comme le prévoit l'article R. 2151-2 du CPP.

¹ FAQ de Bercy mise à jour le 7 avril 2020, p. 9/26.

https://www.economie.gouv.fr/files/files/directions_services/daj/marches_publics/conseil_acheteurs/fiches-techniques/crise%20sanitaire/questions-reponses-coronavirus-commande-publique.pdf

Dans le cas où la satisfaction du besoin ne peut être retardée, l'ordonnance ne fait pas obstacle à l'application des dispositions spécifiques liées à la passation de marché conclu dans le cadre de l'urgence simple (réduction des délais de passation) ou de l'urgence impérieuse prévue par l'article R. 2122-1 qui autorise la passation des contrats sans procédure de publicité ni de mise en concurrence préalables².

3. Sur la notion de durée « suffisante »

Le juge l'appréciera au cas par cas et l'acheteur doit donc adapter le délai qu'il fixera aux spécificités du marché en question dans le souci de ne pas avantager un soumissionnaire et de respecter les principes fondamentaux de la commande publique.

Ainsi, le juge des référés vérifie le délai de consultation des offres en examinant « *s'il n'est manifestement inadapté à la présentation d'une offre compte tenu de la complexité du marché public et du temps nécessaire aux opérateurs économiques pour préparer leurs candidatures et leurs offres* » (Conseil d'État, 11 juillet 2018, n° 418021, mentionné au recueil Lebon sur ce point).

En procédure adaptée, la notion de délai suffisant de remise des offres a été précisée par la jurisprudence. Ainsi, « *le pouvoir adjudicateur est libre (...) de déterminer, sous le contrôle du juge administratif, les modalités de publicité et de mise en concurrence appropriées aux caractéristiques de ce marché, notamment en ce qui concerne le délai laissé aux opérateurs économiques pour lui remettre une offre, celui-ci doit être suffisant, au regard notamment de l'objet du marché envisagé, de son montant, de l'urgence à le conclure, de la nature des prestations, de la facilité d'accès aux documents de la consultation, de la nécessité éventuelle d'une visite des lieux et de l'importance des pièces exigées des candidats, pour assurer le respect des principes de liberté d'accès à la commande publique, d'égalité de traitement des candidats et de transparence des procédures énoncés par l'article 1er du code des marchés publics, applicables à tous les marchés publics quelle que soit leur procédure de passation* » (CAA de Nancy, 26 février 2019, n° 18NC00051).

Il a été jugé ainsi que le délai minimum de remise des offres fixé librement par l'acheteur en fonction des prescriptions particulières de son marché doit **permettre d'assurer une mise en concurrence effective des candidats** (CAA de Paris, 17 janvier 2020, n° 18PA01035). Il a par ailleurs été estimé qu'un délai de 13 jours était insuffisant pour garantir les grands principes de la commande publique, dès lors que la consultation imposait une visite du site avant la remise de l'offre et que les conditions de l'urgence n'étaient pas réunies (CAA de Nancy, 26 février 2019, n° 18NC00051).

² Voir la fiche SG/DAJ/AJAG/AJAG3 « La passation de commande urgente »

La prolongation du délai de validité des offres

1. Définition de la notion

Le délai de validité des offres n'est pas encadré par les textes. Il s'agit d'une durée qui est fixée par le pouvoir adjudicateur et qui est laissée à sa libre appréciation. Durant ce délai, les candidats sont tenus de maintenir leur offre. Une offre, dont le délai de validité a été dépassé, doit être regardée comme déliant un candidat de son engagement.

L'acheteur public peut, cependant, avant l'expiration du délai de validité des offres, demander à tous les soumissionnaires de prolonger la durée de validité de leur offre. La demande doit être expresse et réalisée auprès de tous les opérateurs¹.

En principe, l'acheteur ne peut le faire qu'à la condition de recueillir l'accord de tous les soumissionnaires à défaut de quoi la procédure peut être jugée irrégulière². La jurisprudence européenne a aussi pu considérer que si un candidat refuse la prorogation du délai de validité des offres demandée par l'acheteur public, il ne peut être exclu, sauf à ce que les documents de la consultation l'aient prévu expressément, en raison du principe d'égalité de traitement et l'obligation de transparence³.

Cependant, une décision du Conseil d'Etat paraît assouplir ce principe dans le cas où un référé précontractuel est introduit : le juge admet alors que lorsque le délai est arrivé ou arrive à expiration avant l'examen des offres la personne publique, après avoir averti l'ensemble des soumissionnaires, peut poursuivre la procédure de passation du marché avec les candidats qui acceptent la prorogation ou le renouvellement du délai de validité de leur offre (CE, 10 avril 2015, n° 386912, mentionné aux Tables du Recueil Lebon).

2. Sur les nouvelles dispositions issues de l'ordonnance n° 2020-319 du 25 mars 2020 portant diverses mesures d'adaptation des règles de passation, de procédure ou d'exécution des contrats soumis au code de la commande publique et des contrats publics qui n'en relèvent pas pendant la crise sanitaire née de l'épidémie de Covid-19

Selon l'article 3 de l'ordonnance, « *Lorsque les modalités de la mise en concurrence prévues en application du code de la commande publique dans les documents de la consultation des entreprises ne peuvent être respectées par l'autorité contractante, celle-ci peut les aménager en cours de procédure dans le respect du principe d'égalité de traitement des candidats* ».

Dans le cas où l'autorité contractante est confrontée à l'impossibilité d'examiner les offres remises ou bien à prolonger des négociations retardant l'attribution des contrats, elle peut définir une nouvelle durée de prorogation du délai de validité des offres susceptible d'expirer pendant la période de confinement ou peu de temps après.

1 CAA Marseille, le 25 mai 2007 n° 04MA00916, et 15 juin 2009, n° 07MA00581 « *Considérant que le délai de validité des offres, au-delà duquel les candidats sont déliés de leurs propositions, ne peut être prorogé sans porter atteinte à l'égalité de traitement entre les candidats et aux règles de procédure que la personne publique s'est elle-même fixées, que si l'ensemble des candidats a donné son accord sur cette prorogation ; que cet accord ne saurait résulter de façon implicite de la seule absence de retrait de leurs offres par les candidats, mais nécessite que la personne publique ait formulé une demande expresse en ce sens auprès de l'ensemble des soumissionnaires ;* »

2 CE, 13 décembre 1996, n°168706, publié au recueil

3 CJUE, ordonnance du 13 juillet 2017, n° C-35/17, point n°27

Si elle propose un nouveau délai de validité des offres, le délai doit d'une part, être **suffisant**, et d'autre part, **ne pas être excessif**.

Il doit être **expressément proposé** aux soumissionnaires afin de recueillir leur assentiment. Le délai de prorogation doit en effet être accepté par les entreprises qui ont déposé une offre. Ainsi, selon la FAQ de la DAJ de Bercy dans sa version à jour du 7 avril 2020, « *même en cas de circonstances exceptionnelles, l'acheteur ne peut pas décider unilatéralement de prolonger la durée de validité des offres quel que soit le motif de la prolongation souhaitée. Il doit nécessairement obtenir l'accord des entreprises qui ont déposé une offre, sur cette prorogation et sur sa durée* ».

En revanche, l'**absence d'accord unanime des soumissionnaires ne fait pas obstacle à la poursuite de la procédure**. La FAQ de la DAJ de Bercy, précise ainsi que « *Si, après avoir pris toutes les mesures nécessaires pour contacter chaque soumissionnaire, certains n'acceptent pas de maintenir leur offres, l'autorité contractante peut poursuivre la procédure avec les seuls soumissionnaires qui ont accepté la prorogation du délai de validité de leur offre* ». D'après le cabinet Fidal⁴, « *Exiger l'unanimité des candidats pour prolonger le délai de validité des offres reviendrait à permettre d'empêcher la personne publique de s'adapter aux circonstances* ».

Il est recommandé à l'acheteur de justifier la demande de prorogation adressée aux entreprises par l'impossibilité de respecter les modalités de la concurrence et la continuité de la procédure de passation dans les délais prévus initialement.

En outre, il doit être en mesure d'établir avoir adressé cette demande à l'ensemble des entreprises au moyen de courriers avec accusé de réception.

Enfin, si cet accord peut être implicite⁵, il est préconisé d'en obtenir un sous forme expresse.

⁴ <https://www.achatpublic.info/actualites/info-du-jour/2020/04/08/dispositif-durgence-commande-publique-les-reponses-aux-10>

⁵ La FAQ de Bercy rappelle que « *La remise d'un nouvel acte d'engagement en procédure négociée vaut accord implicite des candidats quant à la prorogation du délai de validité des offres* ». Un arrêt rendu en matière de concession précise que l'expression d'un tel accord peut résulter notamment, selon les circonstances de l'espèce, de la poursuite par les candidats des négociations avec l'autorité délégante (CE, 24 juin 2011, n° 347889 Mentionné aux tables).

Annexe 3 - La passation de commandes publiques urgentes ou « de marchés publics en urgence »

Dans le cadre de la crise sanitaire, le pouvoir adjudicateur peut être contraint de devoir faire face à la nécessité de passer des commandes publiques urgentes.

Le code de la commande publique (CCP) prévoit ainsi déjà des règles de passation spécifiques pour répondre à des situations d'urgence. Il distingue l'urgence simple, qui permet de réduire les délais de consultation, de l'urgence impérieuse, qui permet de recourir à un marché public négocié sans publicité ni mise en concurrence préalables¹.

L'ordonnance n° 2020-319 du 25 mars 2020 portant diverses mesures d'adaptation des règles de passation, de procédure ou d'exécution des contrats soumis au code de la commande publique et des contrats publics qui n'en relèvent pas pendant la crise sanitaire née de l'épidémie de Covid-19, permet la passation d'un marché de substitution sur le fondement de l'urgence dans le cas où le titulaire est empêché par la crise sanitaire d'accomplir des prestations qui ne peuvent attendre.

En outre, dans une communication relative aux orientations sur l'utilisation des marchés publics dans la situation liée à la crise du Covid-19², la Commission européenne rappelle quelles options et marges de manœuvres permet le droit de l'Union européenne et quels sont les critères de recours aux procédures d'urgence.

1. Le recours à la notion d'urgence « simple » permet de réduire les délais de consultation, et doit toujours être justifié³

L'acheteur doit en effet pouvoir démontrer que les délais normaux de réception de candidatures et des offres sont impraticables⁴. L'urgence ne doit toutefois pas résulter d'une carence de la personne publique dans la gestion de la procédure de passation⁵. La motivation de l'urgence figure dans l'avis de publicité⁶. Les délais minimaux sont fixés par le code, selon les procédures.

Ainsi, s'agissant des procédures formalisées, le code prévoit **en procédure d'appel d'offres ouvert**, un délai minimal de réception des candidatures et des offres qui peut être ramené de 35 à 15 jours⁷.

En procédure d'appel d'offres restreint, le délai minimal de réception des candidatures peut être réduit de 30 jours à 15 jours au moins à compter de la date d'envoi de l'avis de marché ou de l'invitation à confirmer l'intérêt⁸, et le délai minimal de réception des offres peut être réduit de 30 à 10 jours⁹ à compter de la date d'envoi de l'invitation à soumissionner.

1 Les conditions de recours à ces procédures d'urgence, accompagnées de quelques exemples jurisprudentiels concrets, sont rappelées par la fiche de la DAJ de Bercy « L'urgence dans les marchés publics », mise à jour le 01 avril 2019.

2 Communication n°2020/C 108 I/01, publiée le 1^{er} avril 2020

3 Les nouvelles dispositions issues de l'ordonnance 2020-319 ne modifient pas les conditions de recours à la notion d'urgence simple.

4 CE, 30 septembre 1996, Préfet de la Seine et Marne, n°164114, mentionné au recueil

5 CE, 5 mars 1999, Président de l'Assemblée Nationale, n°163328, publié au recueil Lebon. La circonstance que la session parlementaire allait être ouverte n'est pas de nature à constituer un cas d'urgence « dès lors qu'il appartenait aux services de l'Assemblée nationale de prendre en temps utile les mesures nécessaires pour que les marchés en cause fussent passés avant cette date ».

6 Cf. Avis de marché standard : https://simap.ted.europa.eu/documents/10184/99206/FR_F02.pdf

7 Cf. art. R. 2161-2 et 3° du R. 2161-3 du CCP

8 Cf. 1° de l'Art. R. 2161-6 du CCP

9 Cf. art. R. 2161-7 du CCP et 3° de l'Art. R. 2161-8 du CCP

En procédure avec négociation, le délai minimal de réception des candidatures peut être ramené de 30 jours à 15 jours au moins¹⁰ tandis que le délai minimal de réception des offres peut être ramené de 30 jours à 10 jours¹¹.

2. Le recours à la situation d'urgence « impérieuse », qui s'apprécie plus strictement, permet de conclure un marché public négocié sans publicité ni mise en concurrence préalables

Régie par les dispositions de l'article R. 2122-1 du CCP, « l'urgence impérieuse » permet la passation de marchés négociés sans publicité ni mise en concurrence afin de mettre en œuvre dans les meilleurs délais les prestations strictement nécessaires pour faire face à la situation d'extrême urgence¹².

Elle est motivée dans un rapport de présentation¹³.

➤ Sur les circonstances impérieuses

Le recours à l'urgence impérieuse suppose satisfaites trois conditions cumulatives :

- le caractère **imprévisible** de l'événement pour le pouvoir adjudicateur en question,
- **l'impossibilité de respecter les délais** généraux des autres procédures,
- et le **lien de causalité** entre l'événement imprévisible et l'urgence impérieuse.

Comme le rappelle la DAJ de Bercy, dans sa fiche sur les passations en situation d'urgence, elle est circonscrite aux phénomènes extérieurs, imprévisibles et irrésistibles pour l'acheteur, ainsi d'une catastrophe naturelle¹⁴, ou de la survenance d'actes terroristes, situations qui peuvent justifier une action immédiate.

➤ Sur les cas légaux de recours à l'urgence impérieuse

L'urgence impérieuse est par ailleurs justifiée pour des travaux exécutés d'office sur décision du préfet ou du maire usant des pouvoirs de police qui leur sont conférés par le code de la santé publique ou du code de la construction et de l'habitation en cas notamment de danger ponctuel imminent pour la santé publique (art. L. 1311-4 du code de la santé publique), ou de danger pour la santé des occupants d'un immeuble insalubre (art. L. 1331-24 du code de la santé publique).

Le recours à l'urgence impérieuse ne dispense pas de veiller à respecter les principes tenant à la pertinence de l'offre, à la bonne utilisation des deniers publics, à la durée compatible avec la nature des prestations.

10 Cf. 2ème alinéa de l'art. R. ~~2161-12~~ du CCP

11 Cf. art. R 2161-14 du CCP, 3° de l'art. R. ~~2161-15~~ du CCP

12 Cf. art. L.2122-1 et R.2122-1 du CCP selon lequel « L'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, L. 1331-24, L. 1331-26-1, L. 1331-28, L. 1331-29 et L. 1334-2 du code de la santé publique et des articles L. 123-3, L. 129-2, L. 129-3, L. 511-2 et L. 511-3 du code de la construction et de l'habitation ainsi que des marchés passés pour faire face à des dangers sanitaires définis aux 1° et 2° de l'article L. 201-1 du code rural et de la pêche maritime. / Le marché est limité aux prestations strictement nécessaires pour faire face à la situation d'urgence ».

13 Cf. art. R. 2184-3 du CCP

14 CAA Marseille, 12 mars 2007, n° 04MA00643

En outre, l'acheteur doit garantir la transparence et la traçabilité de la procédure de passation (rédaction d'un cahier des charges, conservation des pièces) lui permettant d'éviter tout conflit d'intérêts et de prévenir le délit de favoritisme susceptible d'entraîner des risques pénaux.

Dans sa communication publiée le 1^{er} avril 2020 relative aux orientations sur l'utilisation des marchés publics dans la situation liée à la crise du Covid-19¹⁵, la Commission européenne rappelle que les critères à satisfaire pour la passation de marché en raison de l'urgence impérieuse apparaissent vraisemblablement satisfaits s'agissant d'achats d'équipements médicaux par les établissements hospitaliers.

Néanmoins, elle confirme que les critères de l'urgence impérieuse doivent être examinés au cas par cas.

Enfin, cette communication précise que l'utilisation de la notion d'urgence impérieuse n'est possible que dans l'attente de solutions plus stables.

En effet, l'urgence impérieuse doit correspondre rigoureusement à la phase de gestion de crise et à l'issue de laquelle l'acheteur public devra alors se tourner vers une situation de simple « urgence », si toutefois elle est toujours dûment justifiée, ou, à défaut, vers une procédure de droit commun.

3. Sur les nouvelles dispositions issues de l'ordonnance n° 2020-319 du 25 mars 2020 portant diverses mesures d'adaptation des règles de passation, de procédure ou d'exécution des contrats soumis au code de la commande publique et des contrats publics qui n'en relèvent pas pendant la crise sanitaire née de l'épidémie de Covid-19

3.1. La conclusion d'un marché de substitution avec un tiers peut se fonder sur l'urgence simple ou impérieuse par application du b du 2° de l'article 6 de l'ordonnance.

Dans l'hypothèse où le titulaire d'un marché rencontre des difficultés d'exécution d'un contrat du fait de la crise sanitaire, l'acheteur peut pallier la défaillance du titulaire en faisant appel à un tiers pour l'exécution des prestations qui ne peuvent souffrir d'aucun retard.

L'acheteur doit dans ce cas pouvoir établir que les mesures mises en œuvre *« sont nécessaires pour faire face aux conséquences, dans la passation et l'exécution de ces contrats, de la propagation de l'épidémie de covid-19 et des mesures prises pour limiter cette propagation »* (art. 1 de l'ordonnance n°2020-319).

La FAQ de Bercy¹⁶ indique que l'acheteur peut conclure un marché de substitution soit sur le fondement de l'urgence simple, soit sur le fondement de l'urgence impérieuse, s'il en remplit les conditions.

L'ordonnance instaure un équilibre des parties. Elle précise, d'une part, que l'exécution du marché de substitution par un tiers ne pourra pas, contrairement à la situation normale, être effectuée aux frais et risques du titulaire, s'il démontre qu'il ne dispose pas des moyens

15 Communication n°2020/C 108 I/01, publiée le 1^{er} avril 2020

16 FAQ de Bercy mise à jour le 7 avril 2020, p. 4.

La fiche technique de la DAJ de Bercy du 26 mars 2020 dédiée à l'ordonnance indique dans le même esprit que dans le cadre des mesures prises pour pallier aux effets de la crise liée au Covid-19, *« 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 (pour les marchés publics) et R. 2322-4 (pour les marchés de défense et de sécurité) du code de la commande publique »*.

suffisants ou que leur mobilisation ferait peser sur lui une charge manifestement excessive. En contrepartie, le pouvoir adjudicateur ne pourra pas voir sa responsabilité contractuelle engagée alors même que le contrat initial contiendrait une clause d'exclusivité.

Une telle hypothèse de recours à l'urgence impérieuse afin de conclure un marché de substitution a déjà été reconnue par le juge à la suite de la défaillance d'un titulaire pour des *prestations d'entretien d'équipements sanitaires alimentés en gaz afin de garantir notamment la sécurité des locataires et des logements*¹⁷.

3.2. Le recours à l'urgence est possible dans le cas où le titulaire du marché en cours refuserait la prolongation du contrat par application de l'article 4 de l'ordonnance.

Dans l'hypothèse où il serait impossible d'organiser une nouvelle procédure de mise en concurrence ou bien d'en mener une à terme à temps avant l'échéance du marché en cours, l'ordonnance prévoit la possibilité de prolonger un marché dont le terme arriverait pendant la période de l'état d'urgence sanitaire augmentée de deux mois, soit, à ce stade, jusqu'au 24 juillet 2020.

Toutefois, et dans le cas où le titulaire refuserait la prolongation du marché, la FAQ de Bercy indique qu'il serait possible au pouvoir adjudicateur de passer un marché sur le fondement de l'urgence impérieuse, sous réserve de satisfaire les critères rappelés au point 2, pour faire face aux besoins dont la satisfaction ne peut souffrir d'aucun retard.

17 CAA de Nancy, 23 juillet 2019, n°18NC01517 et 18NC011518, inédit au recueil Lebon, point 13

COVID-19_MODALITES DE REPRISE DES MARCHES DE TRAVAUX ET QUESTIONS ANNEXES¹
--

☐ CADRE JURIDIQUE :

- ❖ Code de la commande publique
- ❖ CCAG travaux 2009, modifié
- ❖ **Ordonnance** n° 2020-319 portant diverses mesures d'adaptation des règles de passation, de procédure ou d'exécution des contrats soumis au code de la commande publique et des contrats publics qui n'en relèvent pas pendant la crise sanitaire née de l'épidémie de covid-19 complétée des précisions apportées par la DAJ de Bercy dans sa **fiche technique**² qui accompagne l'ordonnance et sa **FAQ**³ publiée le 31 mars 2020 et actualisée le 7 avril 2020
- ❖ Code du travail (notamment en ce qui concerne la prévention dans le BTP (L 4531-1 et suivants, L 4532-1 et suivants, L 4121-2, R 4532-1 et suivants)
- ❖ Guide de préconisations pour assurer la sécurité sanitaire sur les chantiers du BTP⁴
- ❖ Clauses contractuelles
- ❖ Instruction ministérielle du 6 avril 2020 portant mesures relatives à la continuité de l'activité pour les entreprises du bâtiment et des travaux publics

¹ Avertissement : Les éléments qui suivent ne sont pas totalement stabilisés juridiquement, ils résultent de l'interprétation qui peut être faite, à ce stade, des textes applicables et en particulier de l'ordonnance 2020-319 (et selon des considérations purement « commande publique » alors même que la prise en compte de l'application du code du travail est essentielle dans les circonstances actuelles) et des remontées de terrain.

² https://www.economie.gouv.fr/files/files/directions_services/daj/marches_publics/conseil_acheteurs/fiches-techniques/crise%20sanitaire/FT_Urgence_Covid_19%20_commande_publique_06-04-2020.pdf

³ https://www.economie.gouv.fr/files/files/directions_services/daj/marches_publics/conseil_acheteurs/fiches-techniques/crise%20sanitaire/questions-reponses-coronavirus-commande-publique.pdf

⁴ <https://www.preventionbtp.fr/Documentation/Explorer-par-produit/Information/Ouvrages/Guide-de-preconisations-de-securite-sanitaire-pour-la-continuite-des-activites-de-la-construction-Covid-19>

Etat de la situation – l'arrêt des chantiers

 Les modalités d'arrêts des chantiers selon l'ordonnance n°2020-319 du 25 mars 2020

INTERVENANTS	MODALITES	SUITES
A l'initiative de l'entreprise : si impossibilité d'exécuter le contrat ou charges excessives	L'entreprise doit apporter la preuve matérielle qu'elle est dans l'impossibilité d'exécuter le contrat ou charges excessives	Décision du MOA portant suspension des travaux. La décision est prise au cas par cas en fonction des éléments apportés par l'entreprise. Suppose les éléments préalables de l'entreprise
Selon décision du MOA notamment :		
- Si décision administrative imposant l'arrêt du chantier	- OS du MOA avec constat contradictoire sur place	L'ordonnance ne prévoit rien concernant la garde du chantier donc application du droit commun (à défaut de réception, l'entreprise conserve la garde du chantier et se verra indemnisée des charges supplémentaires)
- En application du principe de précaution (nécessairement le cas pour assurer le respect des conditions de sécurité sanitaire)	- Décision d'ajournement selon les modalités de l'article 49.1 du CCAG-Travaux	Le CCAG-T prévoit que la garde est assurée par l'entreprise qui a droit à être indemnisé des frais que lui impose cette garde et du préjudice qu'elle aura éventuellement subi du fait de l'ajournement. Une indemnité d'attente de reprise des travaux peut être fixée assurée par l'entreprise

 La réalité sur le terrain⁵

Il existe une grande hétérogénéité dans les modalités d'arrêt de chantier qui peut :

- Soit faire suite à un OS du MOE ;
- Soit faire suite à une décision d'ajournement du MOA selon les conditions de l'article 49 du CCAG-T ;
- Soit faire suite à un courrier simple du MOA ne valant pas décision d'ajournement ;
- Soit résulter d'une situation de fait, en l'absence de décision ;
- Autres...

La responsabilité pouvant cependant peser sur le maître d'ouvrage il y a lieu de s'interroger quant au rôle que celui-ci doit tenir dans les circonstances exceptionnelles actuelles. A cet égard, la répartition des rôles entre le MOA et le MOE doit être précisée.

⁵ Les éléments ont été communiqués par les services opérationnels (Directions interdépartementales des routes, DREAL).

Rappel des rôles respectifs du MOA et du MOE

Le MOA

- ❖ L'article 6 du code de la commande publique rappelle comme règle fondamentale que « *l'autorité contractante exerce un pouvoir de contrôle sur l'exécution du contrat* », dont elle ne peut donc se départir.
- ❖ Le maître d'ouvrage ne doit pas, par crainte d'être défaillant, s'immiscer dans des missions ne lui incombant pas au risque d'engager sa responsabilité pour immixtion fautive (CAA Bordeaux, 24 mars 2015, Société SERE, n° 13BX00956).
- ❖ Les missions incombant à la maîtrise d'ouvrage dans le cadre des chantiers sont définies limitativement, notamment par les articles L. 2421-1 et suivants du code de la commande publique (préparation de l'opération, définition du programme et enveloppe financière). Ainsi, il engagera sa responsabilité si les insuffisances dont il a fait preuve dans le cadre de la préparation du marché ont engendré un préjudice pour les intervenants à l'acte de construire (à l'égard de la maîtrise d'œuvre : CAA Lyon, 19 décembre 2013, SARL Michel F, n° 11LY02058 ; à l'égard des entreprises : CAA Douai, 19 mai 2016, Société Peinture Normandie SAS, n° 13DA02134).

Par ailleurs :

- ❖ Le MOA dispose d'un pouvoir de contrôle et de direction des travaux. A ce titre, il a des pouvoirs coercitifs (mise en œuvre de pénalités, résiliation des marchés) qu'il doit veiller à exercer sauf à engager sa responsabilité (CAA Paris, 2 décembre 2016, société Colas Nouvelle-Calédonie) n°14PA01062).
- ❖ Les contrats peuvent également stipuler qu'il émet certains ordres de service
- ❖ Le CCAG travaux prévoit que certaines décisions demeurent de la compétence du maître d'ouvrage. A titre d'exemple, c'est à lui qu'incombe l'acceptation des sous-traitants, les transmissions du bon de commande, ou encore la décision de réception, la prolongation de la durée de la garantie de parfait achèvement et la notification du décompte général.

En outre :

- ❖ C'est à lui que revient de prendre les décisions de nature à modifier les marchés comme par exemple l'ajournement des travaux ou la prolongation des délais d'exécution.
- ❖ Aussi, le maître d'ouvrage peut adresser des instructions aux entreprises en ce qui concerne les modalités contractuelles d'exécution des travaux. Toutefois, la mise en œuvre de ce pouvoir de contrôle et de direction est limitée car il ne doit pas empiéter sur les prérogatives du maître d'œuvre, lequel a également pour mission d'assurer le suivi de la réalisation des travaux ainsi que leur direction (article D. 2171-13 du code de la commande publique).
- ❖ Il intervient dans la réception de l'ouvrage. La réception est l'acte par lequel le maître d'ouvrage déclare accepter l'ouvrage avec ou sans réserve. Elle met fin aux relations contractuelles entre le maître d'ouvrage et les constructeurs en ce qui concerne la réalisation de l'ouvrage (CE, Section, 6 avril 2007, Centre hospitalier général de Boulogne-sur-Mer, n°264490, Rec.). Dès lors, sauf en ce qui concerne les réserves et les désordres couverts par la garantie de parfait achèvement, la réception fait obstacle à ce que le maître d'ouvrage invoque la responsabilité contractuelle des entreprises (y compris, sauf exception, celle du MOE). Dans

le cadre de la réception le prisme est différent puisque le risque principal ne tient pas à l'engagement de sa responsabilité mais à celui de ne pas pouvoir engager la responsabilité de ses cocontractants.

Le MOE

La mission du maître d'œuvre est définie aux articles L. 2431-1 et R. 2431-1 et suivants du code de la commande publique. Il est le responsable de la conception de l'ouvrage et doit superviser sa réalisation par les entreprises jusqu'à la réception (article 2 CCAG-Travaux). Son recours est obligatoire pour chaque opération de construction.

Il est chargé par le maître d'ouvrage de :

- ❖ Concevoir l'objet à construire ou à rénover selon le programme fourni par celui-ci ;
- ❖ Préparer la consultation des entreprises ;
- ❖ Diriger l'exécution des marchés de travaux ;
- ❖ Proposer le règlement des travaux et leur réception.

Les missions de base du maître d'œuvre, selon le code de la commande publique (article R. 2431-4 et suivants du code de la commande publique), sont :

- ❖ Les études d'avant-projet (AVP) ;
- ❖ Les études de projet (PRO) ;
- ❖ L'assistance pour la passation des contrats de travaux (ACT) ;
- ❖ Le visa des études d'exécution (VISA) ;
- ❖ La direction de l'exécution du ou des contrats de travaux (DET) ;
- ❖ L'assistance apportée au maître de l'ouvrage lors des opérations de réception (AOR).

Selon l'article 2 du CCAG-Travaux, « L'ordre de service est la décision du maître d'œuvre qui précise les modalités d'exécution de tout ou partie des prestations qui constituent l'objet du marché ».

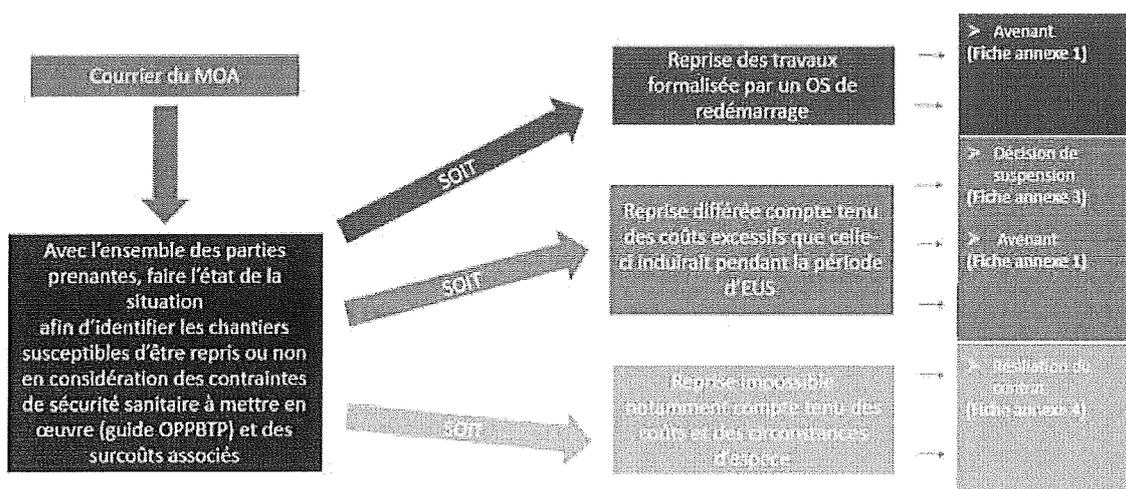
SYNTHESE

	Maître d'œuvre	Maître d'ouvrage
Notification ordres de service	X	
Réunion de chantier	X	
Registre de chantier	X	
Calendrier d'exécution des travaux		
Marché global	Visa	Information
Marché alloué	Notification à l'entrepreneur	Approbation
Piquetage	X	
Provenance des matériaux et produits	Autorisation des modifications et détermination des prix provisoires	Arrêt des prix définitifs
Qualité des matériaux et des produits	Autorisation des modifications et détermination des prix provisoires	Arrêt des prix définitifs
Travaux supplémentaires ou modificatifs	Prescription des travaux	Arrêt des prix définitifs
Arrêt des prestations lorsque le montant maximum du marché à bon de commandes est atteint	Notification de la décision à l'entrepreneur	Décision
Agrément d'un sous-traitant	A informer une fois agrément donné	X
Constatations et constat contradictoire	X	Intervention en cas de carence du maître d'œuvre
Prolongation des délais d'exécution		
Cause extérieure hors intempéries	Proposition d'une prolongation puis notification de la décision du maître d'ouvrage	Décision
Intempéries	X	
Autres causes		X
Essais et contrôle des ouvrages	X	
Opérations préalables à la réception	X	Intervention en cas de carence du maître d'œuvre
Réception des ouvrages	Propositions au maître d'ouvrage	Décision
Ajournement des travaux		X

Les circonstances actuelles nécessitent ainsi d'être vigilant quant au rôle de chaque intervenant et aux responsabilités qui en découlent.

Reprise des chantiers ACTIONS

Que l'arrêt du chantier résulte d'une décision formalisée (courrier à l'initiative du MOA ou à la demande de l'entreprise, OS) ou d'une situation de fait (absence d'activité sur le site), la reprise des travaux va supposer préalablement une action formalisée du MOA.



La reprise des travaux n'est pas traitée par l'ordonnance n° 20206319, sauf accessoirement⁶. Les conditions de droit commun s'appliquent donc tout en tenant compte du caractère exceptionnel des circonstances.

En toute rigueur, la reprise du chantier ne semble pouvoir résulter que d'un OS car :

- Le titulaire doit s'y conformer strictement, que ceux-ci aient ou non fait l'objet de réserves de sa part, à l'exception des seuls cas que prévoient les articles 15.2.2 (soutenabilité financière) et 46.2.1 (OS tardif).
- Il relève de la responsabilité du MOE et entre dans sa mission de direction des travaux avec laquelle le MOA ne doit pas interférer sauf à voir sa responsabilité engagée

L'aspect indemnitare n'est pas traité dans les présents documents

⁶ En particulier, l'ordonnance prévoit la possibilité de recourir à un marché de substitution pour satisfaire aux besoins qui ne peuvent souffrir d'aucun retard (article 6.2° b) ainsi que le recours à un avenant pour la reprise des prestations objet d'un marché à prix forfaitaire suspendu (article 6.4°).

ANNEXES

❖ **Annexe 1 : Fiche avenant**

- ✓ Cadre général
- ✓ Le cadre particulier de l'état d'urgence sanitaire
- ✓ Modalités

❖ **Annexe 2 : Fiche suspension**

- ✓ Conditions
- ✓ Formalisation

❖ **Annexe 3 : Fiche résiliation**

- ✓ Conditions
- ✓ Formalisation

**ANNEXE 1 : L'avenant au marché en cours d'exécution
et la prolongation des délais¹**

1. Cadre général

La conclusion d'un avenant - sans que cette terminologie apparaisse dans le code de la commande publique - est encadrée, tout comme les modifications unilatérales, par les dispositions du code de la commande publique sur la modification du marché, notamment son article L. 2194-1 qui prévoit :

« Un marché peut être modifié sans nouvelle procédure de mise en concurrence dans les conditions prévues par voie réglementaire, lorsque :

- 1° Les modifications ont été prévues dans les documents contractuels initiaux ;*
- 2° Des travaux, fournitures ou services supplémentaires sont devenus nécessaires ;*
- 3° Les modifications sont rendues nécessaires par des circonstances imprévues ;*
- 4° Un nouveau titulaire se substitue au titulaire initial du marché ;*
- 5° Les modifications ne sont pas substantielles ;*
- 6° Les modifications sont de faible montant.*

Qu'elles soient apportées par voie conventionnelle ou, lorsqu'il s'agit d'un contrat administratif, par l'acheteur unilatéralement, de telles modifications ne peuvent changer la nature globale du marché. »

S'agissant plus particulièrement de la prolongation du marché, elle n'est pas envisagée en tant que telle par le code de la commande publique et doit se faire dans le respect des dispositions ci-dessus liées à la modification. La question est par ailleurs souvent traitée dans les documents contractuels et particulièrement, lorsqu'il y est renvoyé, dans les CCAG.

2. Les modalités de modification des marchés de travaux dans le cadre particulier de l'état d'urgence sanitaire

Les éléments qui suivent s'appliquent aux marchés de travaux ayant fait le choix de se référer au CCAG-Travaux 2009². Toutefois, il convient, pour chaque marché, de se référer aux pièces contractuelles particulières, et en particulier au cahier des clauses administratives particulières (CCAP), lesquelles peuvent déroger aux documents généraux.

2.1. Sur les nouvelles dispositions issues de l'ordonnance n° 2020-319 du 25 mars 2020 portant diverses mesures d'adaptation des règles de passation, de procédure ou d'exécution des contrats soumis au code de la commande publique et des contrats publics qui n'en relèvent pas pendant la crise sanitaire née de l'épidémie de Covid-19

Les dispositions issues de l'ordonnance dérogent temporairement au droit commun. Elles ne peuvent être mises en œuvre que si 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.

Pour toutes les situations n'entrant pas dans les cas visés par l'ordonnance, le droit commun de la commande publique continue donc de s'appliquer³.

1 Avertissement : Les éléments qui suivent ne sont pas totalement stabilisés juridiquement, ils résultent de l'interprétation qui peut être faite, à ce stade, des textes applicables et en particulier de l'ordonnance 2020-319.

2 Pour les autres marchés dont le marché de MOE ou de CSPS, il y a lieu de se référer au CCAG-PI.

3 Voir fiche technique de la DAJ de Bercy - Les modalités de modification des contrats en cours d'exécution :

Dans le cadre particulier de l'exécution de contrats, les dispositions de l'ordonnance s'appliquent, nonobstant toute stipulation contractuelle contraire, à l'exception des stipulations qui se trouveraient être plus favorables au titulaire du contrat (art.6)

Aux termes de l'ordonnance, la modification des contrats peut intervenir selon la voie classique de l'avenant (a) ou selon d'autres d'autres mécanismes modificatifs (b).

a) Les modifications selon la voie classique de l'avenant

Outre le cas de prolongation de la durée des marchés arrivés à leur terme pendant la période concernée⁴ (art. 4)⁵, l'ordonnance prévoit des cas de modifications par voie d'avenant pour :

- **la modification du versement et du taux de l'avance (art. 5)**

En période normale, les dispositions relatives aux avances en limitent le versement à un maximum de 30 % du montant total du marché, voire de 60 % sous la condition expresse de la constitution d'une garantie à première demande (CCP, art. R. 2197-7 et CCP, art. R. 2197-8).

En application de l'ordonnance, les acheteurs pourront « *par avenant* », compte tenu des circonstances exceptionnelles que crée la crise sanitaire, modifier les conditions de versement de l'avance dont le taux peut désormais être porté à **un montant supérieur à 60 %** du montant du marché ou du bon de commande (art. 5, 1er al.).

La modification des conditions de versement de l'avance et l'augmentation de son taux n'ont pas de caractère automatique.

A cet égard, le rapport remis au Président de la République lors de la publication de l'ordonnance, exige une analyse préalable à chaque situation : « (...) Il est en outre nécessaire d'assouplir les règles d'exécution financières des contrats de la commande publique, notamment en permettant aux acheteurs de verser des avances d'un montant supérieur au taux maximal de 60 % prévu par le code de la commande publique. Comme le prévoit l'article 1er de l'ordonnance, l'application de ces dispositions requiert une analyse au cas par cas de la situation dans laquelle se trouvent les cocontractants qui devront justifier la nécessité d'y recourir. (...) ».

Dans ce cadre, les suites qu'il conviendra de réserver, le cas échéant, aux demandes des entreprises devront être appréciées en considération des difficultés financières que celles-ci seront en mesure de justifier et ne peuvent être déterminées à priori.

Au demeurant, outre la traçabilité des motifs attestant des difficultés financières liées à l'épidémie, il semble que la vérification de la capacité de l'opérateur à poursuivre les prestations et donc à rembourser l'avance soit également opportune, quand bien même est rappelée la priorité de faire en sorte que les entreprises ne se retrouvent dans une situation extrêmement difficile.

Au vu de ces éléments, il n'existe aucune automaticité à l'ouverture d'un taux d'avance plus avantageux. Une simple évocation du contexte ou de l'ordonnance n° 2020-319 ne peut suffire à

<https://www.economie.gouv.fr/daj/modalites-modif-contrats-en-cours-2019-2>

4 état d'urgence sanitaire + 2 mois

5 L'article 4 de l'ordonnance prévoit la possibilité de prolonger par avenant les contrats arrivés à échéance pendant la période d'état d'urgence sanitaire « *lorsque l'organisation d'une procédure de mise en concurrence ne peut être mise en œuvre* », permettant par la même de déroger à la limitation de durée des accords-cadres mentionnée à l'article L. 2325-1 du code de la commande publique. La durée de cette prolongation est néanmoins limitée : elle ne peut excéder la période de l'état d'urgence sanitaire, augmentée le cas échéant de la durée nécessaire à la remise en concurrence.

satisfaire la demande du cocontractant qui devra au contraire l'accompagner des justificatifs avérant ses difficultés financières provoquées par la crise du COVID 19.

Pour le cas où la situation des entreprises justifierait la modification des modalités de versement de l'avance et de son taux, ce qu'il leur appartiendra de démontrer, il y aura ainsi lieu de procéder par voie d'avenant conformément aux dispositions de l'article 5 de l'ordonnance précitée.

- **la prise en compte des conséquences de la suspension d'un marché à prix forfaitaire (art.6 4°)**

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. 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.

Ces dispositions constituent une dérogation temporaire à la règle du service fait. Le paiement des échéances doit être poursuivi, selon la périodicité initialement prévue, et ce quand bien même les prestations du contrat sont suspendues temporairement, ou ne sont que partiellement exécutées.

Précision tenant à la spécificité des marchés de travaux : ce mécanisme de poursuite des paiements ne pourra pas s'appliquer aux marchés qui n'ont pas prévu des dates précises d'échéances de versement ou n'en ont pas déterminé le montant.

Précisément, un marché de travaux stipulant que le montant des acomptes mensuels est déterminé en fonction de l'état d'avancement des travaux à chaque mois, comme le prévoit l'article 13 du CCAG travaux, ne pourra pas bénéficier de la poursuite des paiements.

b) les autres mécanismes emportant modification du contrat : le cas particulier de la prolongation du délai d'exécution (art. 6 1°)

Selon le texte de l'ordonnance, « *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 nécessiterait des moyens dont la mobilisation ferait peser sur le titulaire une charge manifestement excessive, ce délai est prolongé d'une durée au moins équivalente à celle mentionnée à l'article 1er, sur la demande du titulaire avant l'expiration du délai contractuel* ».

Selon les précisions apportées par la DAJ de Bercy dans la FAQ actualisée au 7 avril 2020, il s'agit **d'une prolongation obligatoire** du délai d'exécution du contrat d'une durée correspondant à la durée de l'état d'urgence sanitaire majorée de deux mois, dès lors que celui-ci en fait la demande. Il s'agit là d'une garantie offerte par la loi au titulaire, notamment en cas d'absence d'accord entre les parties.

➤ Conditions :

Aux termes de l'ordonnance, la prolongation répond aux conditions suivantes⁶ :

- d'une part le titulaire doit en faire la demande (i) avant l'expiration du délai contractuel (ii) ;
- d'autre part, le titulaire ne doit pas pouvoir respecter les délais d'exécution ou démontrer que

⁶ Quelques interrogations demeurent sur l'application pratique de ces dispositions auxquelles la FAQ actualisée de la DAJ de Bercy ne répond pas à ce jour. En tout état de cause, il s'agit là d'une garantie offerte par la loi au titulaire que les parties peuvent librement aménager.

l'exécution en temps et en heure nécessiterait des moyens dont la mobilisation ferait peser sur lui une charge manifestement excessive.

➤ Formalisation :

L'ordonnance ne prévoyant pas le formalisme attaché à cette prolongation, il y a lieu de faire application des règles de droit commun. À cet égard, et dès lors que la prolongation pourrait être rattachée à « une rencontre de difficultés imprévues au cours du chantier » au sens de l'article 19.2.2 du CCAG-Travaux, elle ne donnera pas nécessairement lieu à la formalisation d'un avenant⁷. Dans un tel cas de figure, la prolongation pourra résulter d'une décision du MOA prise sur proposition du MOE après avis du titulaire (article 19.2.2 al. final)⁸.

➤ Durée :

Le « délai est prolongé d'une durée au moins équivalente à celle mentionnée à l'article 1er ». Il s'agit ainsi d'un délai de **4 mois** mais les parties peuvent convenir « de ne pas faire jouer cette garantie minimale, le fait pour elles de prévoir un délai inférieur ne sera pas irrégulier. Les parties peuvent également décider d'une durée supérieure »⁹.

2.2. Sur l'application des règles de droit commun en l'absence de dispositions spécifiques dans l'ordonnance ou dès lors que les stipulations contractuelles seraient plus favorables au titulaire

a) L'application du code de la commande publique

L'épidémie de Coronavirus est susceptible d'engendrer pour les acheteurs de nouveaux besoins.

Pour y répondre, des modifications des contrats de la commande publique en cours d'exécution sont envisageables si elles s'inscrivent dans l'une des hypothèses prévues au code de la commande publique, parmi lesquelles, notamment :

- le cas où les documents contractuels initiaux comportent une clause de réexamen prévoyant une modification précise du contrat pour des événements auxquels les difficultés consécutives à la crise sanitaire pourraient être rattachables (art. L. 2194-1 /1°) ;
- le cas où des travaux, fournitures ou services supplémentaires sont devenus nécessaires (art. L. 2194-1 /2°) , voire où ce besoin de prestations supplémentaires ou de toute autre modification résulte de circonstances imprévues (art. L. 2194-1 /3°);

7 Interprétation résultant d'une lecture a contrario de l'article 19.2.1. « En dehors des cas prévus aux articles 19.2.2 et 19.2.3, la prolongation du délai d'exécution ne peut résulter que d'un avenant ».

8 19.2.2. « Une prolongation du délai de réalisation de l'ensemble des travaux ou d'une ou plusieurs tranches de travaux ou le report du début des travaux peut être justifié par :
— un changement du montant des travaux ou une modification de l'importance de certaines natures d'ouvrages ;
— une substitution d'ouvrages différents aux ouvrages initialement prévus ;
— une rencontre de difficultés imprévues au cours du chantier ;
— un ajournement de travaux décidé par le représentant du pouvoir adjudicateur ;
— un retard dans l'exécution d'opérations préliminaires qui sont à la charge du maître de l'ouvrage ou de travaux préalables qui font l'objet d'un autre marché.

L'importance de la prolongation ou du report est proposée par le maître d'œuvre après avis du titulaire, et décidé par le représentant du pouvoir adjudicateur qui la notifie au titulaire ».

9 Précisions DAJ du Ministère de l'économie et des finances, Les conséquences de la crise sanitaire sur la commande publique – Questions-Réponses, actualisée au 7/04/2020

- le cas où les modifications ne sont pas substantielles ou sont de faible montant (10% maximum du montant initial pour les services et fournitures, 15% maximum pour les travaux)(art. L. 2194-1 /6°).

En tout état de cause, les modifications envisagées ne sauraient modifier la nature globale du contrat et ne doivent pas avoir pour but d'empêcher une remise en concurrence périodique.

Pour la direction des affaires juridiques du ministère de l'économie et des finances « *la crise sanitaire du Coronavirus est manifestement une circonstance imprévue susceptible de justifier des modifications, pour autant que l'autorité contractante puisse bien démontrer un lien de causalité entre les conséquences de la crise et le besoin de modifier le contrat, ainsi que le caractère strictement nécessaire des modifications qu'elle souhaite apporter au contrat* »¹⁰.

S'agissant plus particulièrement des circonstances imprévues, l'article R. 2194-5 précise que : « *Le marché peut être modifié lorsque la modification est rendue nécessaire par des circonstances qu'un acheteur diligent ne pouvait pas prévoir* ».

L'article R. 2194-3 limite néanmoins le montant des modifications faites sur ce fondement à 50 % du montant du marché initial¹¹.

Dans l'hypothèse où la modification envisagée ne constituerait pas une modification autorisée, il conviendra de passer un nouveau marché.

Par ailleurs, l'administration a toujours la possibilité d'user de son **pouvoir de modification unilatérale** en application de l'article L. 2194-2¹² du code de la commande publique.

b) L'application des stipulations contractuelles issues du CCAG-Travaux

Il convient avant tout, pour chaque marché, de se référer aux pièces contractuelles particulières, et en particulier au cahier des clauses administratives particulières (CCAP), lequel peut prévoir des stipulations spécifiques.

Ces modifications s'inscrivent dans le cadre général issu du code de la commande publique, en particulier, elles ne doivent pas avoir pour effet de modifier la nature globale du contrat.

➤ Sur la modification du contrat en application de l'article 6.2 du CCAG-Travaux

Aux termes de l'article 6.2 du CCAG-Travaux, « *En cas d'évolution de la législation sur la protection de la main-d'œuvre et des conditions de travail en cours d'exécution du marché, les modifications éventuelles demandées par le représentant du pouvoir adjudicateur, afin de se conformer aux règles nouvelles, donnent lieu à la signature, par les parties au marché, d'un avenant* ».

10 Ministère de l'économie et des finances, Les conséquences de la crise sanitaire sur la commande publique – Questions-Réponses

11 Lorsque plusieurs modifications successives sont effectuées, cette limite s'applique au montant de chaque modification. Pour le calcul du montant de la modification, l'acheteur tient compte de la mise en œuvre de la clause de variation des prix (articles R. 2194-3 et R. 2194-4).

12 « *Lorsque l'acheteur apporte unilatéralement une modification à un contrat administratif soumis au présent livre, le cocontractant a droit au maintien de l'équilibre financier du contrat, conformément aux dispositions du 4° de l'article L. 6* ».

➤ Sur la modification du contrat en application de l'article 14 du CCAG-Travaux

L'article s'applique en cas « de prestations supplémentaires ou modificatives, dont la réalisation est nécessaire au bon achèvement de l'ouvrage, qui sont notifiées par ordre de service et pour lesquelles le marché n'a pas prévu de prix ».

Dans ce cadre, lorsque le représentant du pouvoir adjudicateur et le titulaire sont d'accord pour arrêter les prix définitifs, ceux-ci font l'objet d'un avenant au marché.

Dans les circonstances actuelles, un tel cas de figure se rencontrera dès lors que la reprise du chantier nécessitera des prestations modificatives ou supplémentaires.

➤ Sur le cas particulier de la prolongation des délais en application de l'article 19 du CCAG-Travaux

Les circonstances actuelles pourront conduire le MOA à accorder une prolongation sur le fondement des dispositions de l'ordonnance n°2020-319 ou, pour le cas où les conditions d'application ne seraient pas réunies¹³, en application de l'article 19 du CCAG-Travaux.

➔ **Par principe, la prolongation des délais d'exécution sur le fondement de l'article 19 du CCAG-Travaux donne lieu à la conclusion d'un avenant.**

Que la prolongation des délais d'exécution soit à l'initiative du maître d'ouvrage ou demandée par l'entreprise, elle doit être actée par un avenant, ainsi que le prévoit l'article 19.2.1 du CCAG travaux, en dehors des cas visés aux dispositions des articles 19.2.2 et 19.2.3 du CCAG.

➔ **Par exception la prolongation de délai peut donner lieu à une décision du MOA dans le cadre des dispositions des articles 19.2.2 et 19.2.3**

Dans les cas visés, la prolongation des délais d'exécution se traduit par une décision du RPA.

Au nombre des cas visés au 19.2.2, qui peuvent se rencontrer dans les circonstances actuelles, figurent :

- la **décision d'ajournement** des travaux prononcé par le maître d'ouvrage. Au regard des remontées de terrain, ce cas de figure est susceptible de se présenter ;
- le **changement du montant des travaux** ;
- une **rencontre de difficultés imprévues** au cours du chantier.

Dans cette hypothèse, il appartient au MOE de proposer, après avis du titulaire, la durée de la prolongation puis au représentant du pouvoir adjudicateur de décider de cette prolongation et de la notifier au titulaire.

A ce jour, il n'est pas possible de connaître l'impact en termes de délais de la situation actuelle. Il apparaît ainsi préférable, dans la mesure du possible que cette décision soit prise une fois la situation stabilisée.

13 **D'une part**, le titulaire doit en faire la demande (i) avant l'expiration du délai contractuel (ii). **D'autre part**, le titulaire ne doit pas pouvoir respecter les délais d'exécution ou démontrer que l'exécution en temps et en heure nécessiterait des moyens dont la mobilisation ferait peser sur lui une charge manifestement excessive.

3. Les modifications du contrat par voie conventionnelle supposent l'accord des deux parties, lequel peut ne pas être acquis au moment de la reprise de l'exécution du contrat

Lorsque la reprise de l'exécution du contrat devient possible, le MOA acte, par une décision prise en lien avec l'ensemble des intervenants, la fin de la suspension.

Un avenant, emportant accord des deux parties, semble s'imposer dans tous les cas de figure compte tenu de l'impact des modifications sur les modalités d'exécution des contrats en termes de délai, durée et coûts. Il déterminera ainsi les modifications du contrat rendues nécessaires par les circonstances, et actera les conditions et délais de reprise et de prolongation.

L'avenant pourra, le cas échéant, intégrer un volet transactionnel déterminant les indemnités qui seraient dues à l'entreprise du fait de la suspension de l'exécution des travaux.

La reprise des prestations n'est pas subordonnée dans le temps à la conclusion de l'avenant.

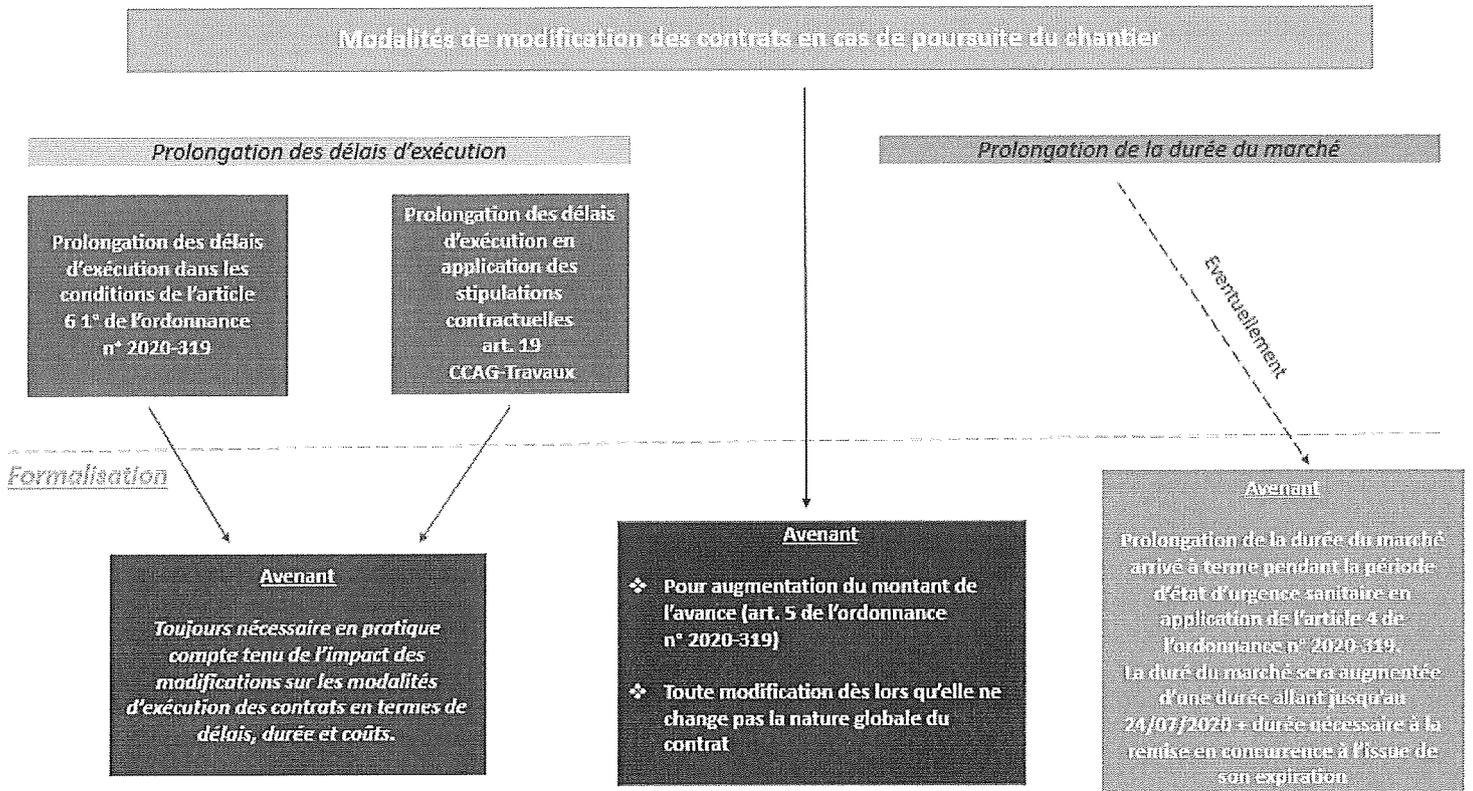
L'avenant peut intervenir après cette reprise et constater que cette reprise a bien eu lieu.

L'essentiel est qu'en cas de modifications, le contrat en tienne compte par la conclusion de l'avenant.

Si, une fois la situation normale rétablie, le titulaire refusait de signer l'avenant, le MOA pourra utiliser son pouvoir de modification unilatérale du contrat¹⁴ en application des dispositions du 4° de l'article L. 6 du code de la commande publique qui prévoit : « *L'autorité contractante peut modifier unilatéralement le contrat dans les conditions prévues par le présent code, sans en bouleverser l'équilibre. Le cocontractant a droit à une indemnisation, sous réserve des stipulations du contrat* ».

Une décision de modification unilatérale ne pourra toutefois intervenir que dans des cas limités compte tenu du principe d'interdiction de modifier unilatéralement les clauses financières du contrat.

¹⁴ Cette possibilité paraît néanmoins limitée en pratique compte tenu du principe d'interdiction de modifier unilatéralement les clauses financières d'un contrat.



ANNEXE 3 : La suspension du contrat¹

Confrontés aux demandes de suspension des marchés de travaux, le MOA peut être tenté de prendre rapidement une décision de suspension. Cette décision implique cependant de solliciter les solutions juridiques disponibles afin de ne pas s'exposer ultérieurement à certaines difficultés. Le MOA est ainsi susceptible d'encourir le risque de devoir supporter seul les conséquences de la suspension du marché (indemnités d'attentes, frais de location de matériel, notamment), ce à quoi il convient d'être vigilant.

1. En droit, si le titulaire demande la suspension, voire la suppression de ses obligations contractuelles, il lui appartient d'établir l'impossibilité dans laquelle il se trouve d'exécuter l'ensemble des prestations objet du marché.

Tout en rappelant que « *comme le demande le Gouvernement, il est recommandé aux acheteurs publics, eu égard au caractère exceptionnel de la crise, de ne pas hésiter à reconnaître que les difficultés rencontrées par leur co-contractants sont imputables à un cas de force majeure* »², **la direction des affaires juridiques du ministère de l'économie et des finances** ne manque pas de rappeler les conditions, inchangées, d'application du régime juridique de la force majeure, constituée « au cas par cas dès lors que les trois conditions cumulatives suivantes sont réunies :

a) *L'événement était imprévisible. Cette condition est remplie en l'espèce ;*
b) *Cet événement est extérieur aux parties. Cette condition est également remplie ;*
c) *Le prestataire ou l'acheteur public se trouve dans l'impossibilité absolue de poursuivre, momentanément ou définitivement, l'exécution de tout ou partie du marché public (délais, quantités, respect de certaines spécifications des prestations à réaliser...).*
Il convient de vérifier si la situation résultant de la crise sanitaire actuelle, notamment le confinement, ne permet effectivement plus au prestataire de remplir ses obligations contractuelles ».

Les mesures gouvernementales de confinement et de distanciation sociales n'imposent pas mécaniquement la suspension des contrats.

En pratique, il importe donc de demander préalablement à l'entreprise titulaire du marché un mémoire, ou même un simple écrit daté sans formalisme particulier autre que la possibilité d'identifier son signataire, dans lequel elle exposera l'impossibilité où elle se trouve :

- de respecter les mesures de distanciation sociales ;
- de faire exécuter le marché par télétravail (impossibilité évidente pour la réalisation des travaux, mais discutable pour les plans d'exécution) ;
- ou encore de s'approvisionner, etc.

Ce n'est qu'au terme de cette démonstration appliquée au contrat en cours d'exécution et à ses spécificités propres, que la force majeure générée par l'épidémie en cours sera juridiquement constituée et que la décision de suspension pourra intervenir régulièrement sur ce fondement.

¹ Avertissement : Les éléments qui suivent ne sont pas totalement stabilisés juridiquement, ils résultent de l'interprétation qui peut être faite, à ce stade, des textes applicables et en particulier de l'ordonnance 2020-319.

² Fiche DAJ du ministère de l'économie et des finances : La passation et l'exécution des marchés publics en situation de crise sanitaire

2. Formalisation de la décision de suspension

2.1. Selon les précisions apportées par la direction des affaires juridiques du ministère de l'économie et des finances³, la suspension du contrat, à l'initiative du MOA, peut intervenir selon deux modalités :

- **un ordre de service du pouvoir adjudicateur⁴**, écrit, daté, numéroté et adressé au titulaire du marché par lettre recommandée avec accusé de réception ou par tout moyen équivalent permettant d'obtenir une date certaine de réception (article 3.8 du CCAG Travaux) ;
- **une décision d'ajournement** dans les conditions de l'article 49.1 du CCAG-Travaux.

2.2. En pratique, la situation ne paraît pas appeler de décision d'ajournement.

L'article 49.1.1 du CCAG Travaux prévoit que « *l'ajournement des travaux peut être décidé par le représentant du pouvoir adjudicateur. Il est alors procédé, suivant les modalités indiquées à l'article 12, à la constatation des ouvrages et parties d'ouvrages exécutés et des matériaux approvisionnés.*

Le titulaire, qui conserve la garde du chantier, 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. Une indemnité d'attente de reprise des travaux peut être fixée suivant les modalités prévues aux articles 14.3. et 14.4 ».

La décision d'ajournement traduit la seule volonté du maître d'ouvrage de suspendre l'exécution des travaux, l'ajournement permettant d'**instaurer un régime de responsabilité contractuelle sans faute-du maître d'ouvrage** vis-à-vis du titulaire du marché.

Le maître d'ouvrage étant responsable de plein droit, la décision d'ajournement ouvre un droit du titulaire à être indemnisé des conséquences de l'interruption des travaux

Une fois la réalité du préjudice et le lien avec l'ajournement démontrés, le titulaire a droit à une indemnisation de tous les préjudices subis⁵, ce qui recouvre l'ensemble des frais, charges et préjudices en lien avec l'ajournement parmi lesquels : les prestations rendues nécessaires par l'arrêt des travaux⁶, les mesures conservatoires⁷, les frais financiers⁸ la perte ou la baisse de recettes d'exploitation⁹, les rémunérations versées pendant l'arrêt, et en cas de difficultés économiques consécutives, les frais consécutifs au licenciement des salariés¹⁰.

La décision d'ajournement ne peut concerner qu'une période à venir¹¹ dès lors qu'elle suppose préalablement l'établissement d'un constat.

3 Précisions apportées au 6° de la fiche question-réponse sur les conséquences de la crise sanitaire sur la commande publique

4 Toutefois, en application de l'article 2 du CCAG-Travaux, « L' « ordre de service » est la décision du maître d'œuvre qui précise les modalités d'exécution de tout ou partie des prestations qui constituent l'objet du marché ».

5 Ajournement des travaux : T. Janvier, « La juste indemnisation de l'entrepreneur », Le Moniteur, 26 août 2016.

6 CE, 21 février 2000, OPHLM de la ville de Nice et des Alpes-Maritimes, n° 187257

7 CAA Versailles, 29 décembre 2011, Société CARL et Demathieu et Bard bâtiment Ile-de-France, n° 08VE2420

8 CAA Marseille, 11 janvier 2013, Société Ingenium, n° 10MA02908

9 CAA Paris 16 juin 2015, Région Ile-de-France, n° 13PA00368

10 CAA Lyon, 9 mars 2017, SARL Lansard Entreprises, n° 15LY03168

11 CE, 12 juin 2019, n° 421545

Dans les circonstances exceptionnelles actuelles, une décision d'ajournement ne paraît pas pertinente car elle présente le risque de reporter toute la responsabilité de l'interruption des travaux sur le maître d'ouvrage.

2.3 Une suspension formalisée par un OS¹² du MOE fondé sur la « *rencontre de difficultés imprévues au cours du chantier* ¹³», paraît l'hypothèse la plus adaptée à la situation actuelle ne serait-ce que parce qu'elle comporte une référence, au moins partielle, au cas de force majeure et permet ainsi de ne pas faire peser la responsabilité sur le seul maître d'ouvrage.

L'ordre de service devrait ainsi précisément comporter l'indication du motif précis qui empêche la poursuite de l'exécution de tout ou partie des prestations prévues par le marché et « renvoyer aux » ou « annexer les » des documents fournis par l'entreprise pour justifier de son impossibilité de poursuivre l'exécution du contrat dans les conditions de sécurité sanitaire imposées.

Un constat préalable contradictoire est en principe obligatoire dans les conditions de l'article 12 du CCAG-Travaux.

Si le constat n'est pas possible en l'état, un état des lieux le plus précis possible devra être réalisé et signé de tous les cocontractants.

Dans ce cadre, l'expertise du maître d'œuvre, au titre de sa mission de direction de l'exécution des marchés de travaux et d'ordonnancement, de pilotage et de coordination du chantier (art. R. 2431-1 du code de la commande publique) ainsi que celle du coordinateur SPS (art. R. 4532-11 du code du travail) sont essentielles.

3. La décision de suspension formalisée par OS donnera lieu à l'indemnisation du titulaire dans les conditions de droit commun¹⁴

En particulier, et selon l'article 3.8.2. du CCAG-Travaux, « *lorsque le titulaire estime que les prescriptions d'un ordre de service appellent des réserves de sa part, il doit, sous peine de forclusion, les notifier au maître d'œuvre, dans un délai de quinze jours* ».

La demande d'indemnisation devra faire l'objet d'un mémoire en réclamation dans les conditions de l'article 50 du CCAGT-Travaux.

12 Attention, le CCAG-Travaux ne prévoit la délivrance des OS que par le maître d'œuvre, mais les CCAP peuvent disposer différemment. Il y a lieu de se référer aux pièces particulières du contrat.

13 Mention relevée aux termes de l'article 19.2.2 du CCAG-Travaux relatif aux délais d'exécution

14 Voir Annexe 2 Fiche indemnisation

ANNEXE 4 : La résiliation du contrat¹

1. Pour l'administration, il est toujours possible de mettre un terme à une relation contractuelle.

Les différents cas de résiliation du marché public en cours d'exécution sont envisagés par le code de la commande publique aux articles L. 2195-1 et suivants. Ces articles prévoient notamment les hypothèses suivantes :

- la résiliation en cas de force majeure ;
- la résiliation pour faute d'une gravité suffisante du cocontractant ;
- la résiliation pour motif d'intérêt général ;
- la résiliation lorsque le contrat ne peut être exécuté sans une modification illicite de celui-ci.

S'agissant de la résiliation par l'administration pour motif d'intérêt général, l'article L. 6 du code précise par ailleurs que celle-ci donne lieu à l'indemnisation du titulaire, sous réserve des stipulations du contrat.

Le code de la commande publique n'envisage en revanche pas l'hypothèse d'une résiliation au profit du cocontractant, que la jurisprudence reconnaît cependant, lorsque le contrat l'a prévu, en cas de méconnaissance par l'administration de ses obligations contractuelles. Si le contrat ne porte pas sur l'exécution même d'un service public, le cocontractant peut informer l'administration de son intention de résilier le contrat, à laquelle l'administration peut s'opposer pour un motif d'intérêt général².

2. La survenance de l'état d'urgence sanitaire peut remettre en cause l'exécution de certains marchés publics. Les acheteurs, face à ces situations, peuvent s'interroger sur les solutions juridiques dont ils disposent pour mettre un terme à la relation contractuelle et aux conséquences associées à chacune de ces solutions.

De manière plus exceptionnelle, la situation actuelle peut amener les titulaires de marché public à réclamer la résiliation de leur contrat.

2.1. Aux termes des dispositions de l'ordonnance n° 2020-319 du 25 mars 2020 portant diverses mesures d'adaptation des règles de passation, de procédure ou d'exécution des contrats soumis au code de la commande publique et des contrats publics qui n'en relèvent pas pendant la crise sanitaire née de l'épidémie de covid-19 :

- L'acheteur ne peut pas recourir à la résiliation pour faute à l'égard du titulaire qui est dans l'impossibilité d'exécuter tout ou partie du marché, notamment lorsqu'il démontre qu'il ne dispose pas des moyens suffisants ou que leur mobilisation ferait peser sur lui une charge manifestement excessive (article 6-2°a) ;
- En cas de résiliation du fait des mesures prises par les autorités administratives compétentes dans le cadre de l'état d'urgence sanitaire, le 3° de l'article 6 fait obstacle aux stipulations contractuelles prévoyant l'absence d'indemnisation du titulaire et prévoit que **le titulaire peut être indemnisé, par l'acheteur, des dépenses engagées lorsqu'elles sont directement imputables à l'exécution du marché résilié, nonobstant toute stipulation contraire du marché.**

¹ Avertissement : Les éléments qui suivent ne sont pas totalement stabilisés juridiquement, ils résultent de l'interprétation qui peut être faite, à ce stade, des textes applicables et en particulier de l'ordonnance 2020-319.
² CE, 8 octobre 2014, Sté Grenke Location, n° 270644

Les stipulations contractuelles qui seraient plus favorables au titulaire trouvent quant à elles toujours à s'appliquer.

La direction des affaires juridiques du ministère de l'économie et des finances rappelle, dans sa fiche explicative de l'ordonnance, que « ces mesures 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 ».

2.2. Il conviendra ainsi de se reporter aux dispositions de chaque contrat.

S'agissant des CCAG, certaines de leurs dispositions pourraient trouver à s'appliquer :

- Ils prévoient ainsi, en cas de résiliation pour motif d'intérêt général, le versement d'une indemnité équivalent à un pourcentage du montant du marché (article 33 CCAG FCS, article 46.4 CCAG Travaux) ;
- Ils prévoient également la résiliation à la demande du titulaire, en cas d'ordre de service tardif (articles 3.8.3 et 31.2 CCAG FCS et 46.2.1 CCAG Travaux)

Ils reprennent par ailleurs certaines jurisprudences, notamment celles sur la force majeure.

3. Le cas particulier d'une résiliation du contrat pour force majeure

Lorsque l'empêchement d'exécuter le marché est **définitif et/ou que son économie est définitivement bouleversée**³, la force majeure peut justifier sa résiliation.

En ce sens, l'article L. 2195-2 du Code de la commande publique, codifiant les principes jurisprudentiels dégagés en la matière⁴, dispose que « *L'acheteur peut résilier le marché en cas de force majeure* ».

Le cas de force majeure s'apprécie **au cas par cas** et doit répondre à trois critères cumulatifs :

- L'événement doit être **imprévisible** dans sa survenance. Le titulaire doit se trouver en présence d'une difficulté matérielle qui a échappé à toutes les prévisions lors de la conclusion du contrat. Il faut donc que l'événement n'ait pu raisonnablement être envisagé par le cocontractant au moment où il a été conclu (CE, 17 décembre 1926, Société des chantiers de l'Adour) ;
- L'événement doit être **irrésistible** dans ses effets. Cette difficulté ne doit pas venir du fait du cocontractant (CE, 17 juin 1939, Pichol). Elle doit le mettre dans l'impossibilité absolue d'exécuter le contrat et représenter un obstacle insurmontable à l'accomplissement de ses obligations contractuelles ;
- L'événement doit rendre **impossible** l'exécution du contrat. Cette difficulté doit être d'une ampleur ou d'une nature telle qu'elle rende l'exécution des obligations contractuelles impossible, soit provisoirement, soit définitivement. Toutefois, cette dernière condition cumulative n'est pas réalisée lorsque, par suite de circonstances économiques ou sociales, l'exécution du contrat devient seulement plus onéreuse.

3 CE, 17 juin 1939, *Pichol* : Si l'événement met le cocontractant dans l'impossibilité absolue d'exécuter le contrat, cet événement doit être un obstacle insurmontable à l'accomplissement de ses obligations par le cocontractant

4 CE, ass., 9 déc. 1932, n° 89655, 01000, 01001, Cie des tramways de Cherbourg

Si la force majeure, sans rendre définitivement impossible l'exécution du contrat, la retarde pendant un certain temps, le titulaire s'il poursuit l'exécution du contrat, peut demander qu'il lui soit fait application de la **théorie de l'imprévision** lorsque ce retard aura entraîné le bouleversement de l'économie de son contrat⁵.

3.1. La décision de résiliation nécessitera notamment le respect des formalités suivantes :

- La constatation contradictoire des travaux ou prestations par inventaire des ouvrages ou prestations réalisés, des matériaux approvisionnés et du matériel, afin de dresser un procès-verbal qui vaudra réception des prestations ou ouvrages exécutés ;
- La formalisation d'une décision de résiliation motivée⁶ mentionnant expressément que la résiliation intervient sur le fondement de la force majeure et la date d'effet ;
- La formalisation d'un décompte de liquidation dans les conditions de l'article 47.2. du CCAG-Travaux.

3.2. La force majeure justifie une indemnisation limitée de l'entreprise titulaire du contrat résilié.

La jurisprudence considère ainsi de manière constante que la force majeure n'emporte pas de droit à indemnisation du titulaire, sauf en ce qui concerne les pertes matérielles subies du fait de l'événement de force majeure⁷.

Selon les précisions apportées par la direction des affaires juridiques du ministère de l'économie et des finances au 8° de sa fiche question-réponse sur les conséquences de la crise sanitaire sur la commande publique, le titulaire peut être indemnisé des dépenses engagées directement imputables à l'exécution des prestations non réalisées ou annulées, **même en présence d'une stipulation contractuelle excluant une telle indemnisation.**

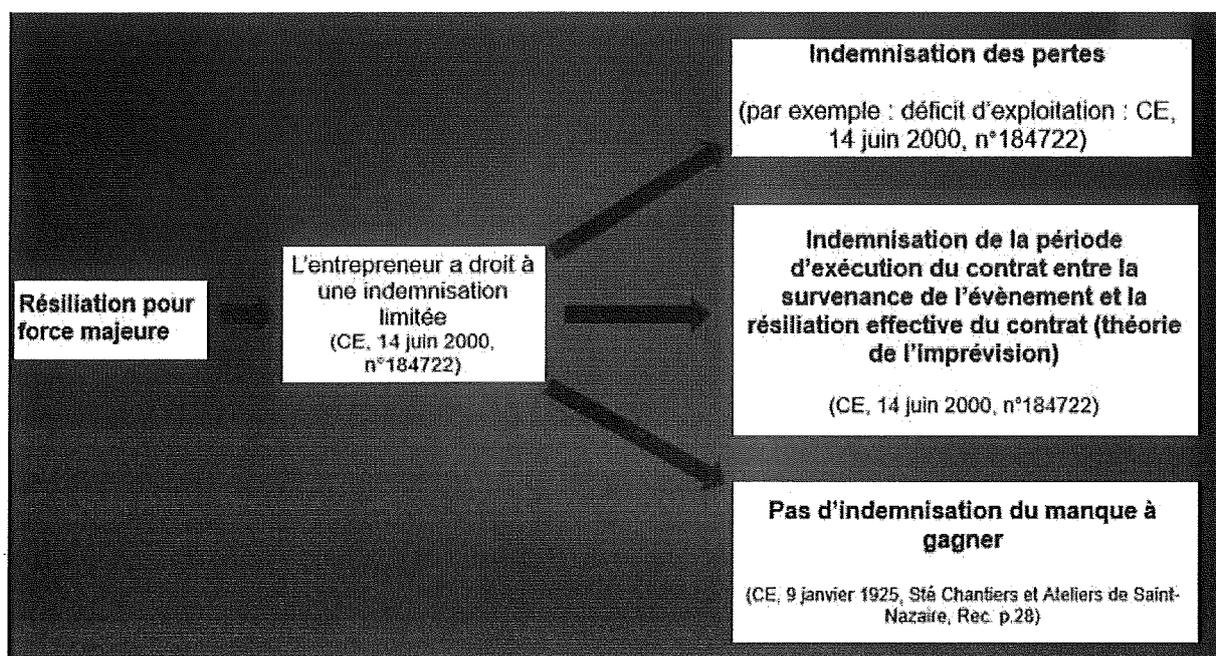
L'indemnisation du manque à gagner est en revanche exclue⁸.

5 Voir Annexe 2 Fiche indemnisation et Circulaire du 29 novembre 1974 relative à l'indemnisation des titulaires de marchés publics en cas d'accroissement imprévisible de leurs charges.

6 En application de la loi n° 79-587 du 11 juillet 1979 relative à la motivation des actes administratifs

7 Fiche de la DAJ « *La résiliation unilatérale par l'administration des marchés publics et des contrats de concession* », 1er avr. 2019

8 CE, 11 décembre 1991, *Société niçoise pour l'extension de l'aéroport (SOPEXA)*, n° 81588.



Il appartient au titulaire de procéder à une évaluation de son préjudice et d'être capable de justifier le montant des sommes réclamées⁹.

⁹ Voir Annexe 2 Fiche indemnisation