MINISTÈRE
DE L'ÉCONOMIE
ET DES FINANCES

Liberté
Égalité
Fraternité

Direction des Affaires Juridiques

Les conséquences

de la crise sanitaire sur la commande publique

Questions-réponses

Rappel préliminaire sur la notion de cas de force majeure :

Les conditions de la **force majeure** sont réunies si les décisions à prendre (cessations ou réductions d'activité, résiliation…) résultent d'une cause échappant au contrôle des parties au contrat, si elles ont un caractère inévitable et si cette situation était imprévisible pour les parties aux contrats.

Quand bien même, les conditions de la force majeure seraient réunies, il convient encore de vérifier les stipulations du contrat pour déterminer si les entreprises sont bien déchargées de leur responsabilité contractuelle.

En effet, les conditions et les effets de la force majeure ne jouent pas si des clauses contractuelles en empêchent l'application. Les cocontractants sont libres d'organiser leurs relations contractuelles comme ils le souhaitent. Ils peuvent notamment adopter une définition plus restrictive ou plus extensive de la notion de force majeure, conduisant à exclure cette qualification pour des événements particuliers. Ils peuvent également avoir prévu une clause de garantie excluant l'effet exonératoire de la force majeure.

Les entreprises peuvent également invoquer **l'imprévision**, lorsqu'elles sont confrontées à une situation mettant en péril l'équilibre économique des contrats. Cela leur permet, sauf clause contraire, de solliciter une renégociation des contrats concernés.

Enfin, 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 pendant la crise sanitaire née de l'épidémie de covid-19 prévoit des dispositions qui, dans un certain nombre de situations, dérogent temporairement au droit commun.

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

1) Au regard de la crise sanitaire actuelle, la date limite de remise des candidatures et des offres doit-elle être prolongée ? Si oui, selon quelles modalités ?

Les procédures de passation des contrats de la commande publique se déroulent dans des délais minima de publicité et de mise en concurrence dont la finalité est de permettre aux entreprises intéressées un accès effectif à la commande publique et aux pouvoirs adjudicateurs de conclure leurs contrats aux meilleures conditions économiques, grâce à une concurrence suffisante. En raison de la crise sanitaire actuelle liée à l'épidémie de covid-19, des entreprises peuvent rencontrer des difficultés à formaliser leur candidature et leur offre dans les délais fixés en temps normal.

Lorsque c'est nécessaire pour faire face aux conséquences de l'épidémie (art.1er de l'ordonnance), les procédures en cours doivent être prolongées d'une durée suffisante pour permettre aux entreprises de présenter leur candidature et leur offre dans des conditions satisfaisantes (article 2 de l'ordonnance). La durée de la prolongation est appréciée par l'acheteur.

L'article 2 de l'ordonnance prévoit une dérogation à cette obligation de prolongation lorsque les prestations ne peuvent souffrir d'aucun retard.

La durée de la prolongation doit être suffisante, au regard notamment de la complexité des dossiers à constituer, pour donner le temps aux opérateurs économiques qui ont rencontré des difficultés, ralentissements ou blocages dans leur activité de présenter leur candidature ou de soumissionner. Les obligations de prolongation ne s'imposent à l'acheteur que si « *elles sont nécessaires pour faire face aux conséquences (…) de la propagation de l'épidémie (…) et des mesures prises pour limiter cette propagation* » (art . 1er de l'ordonnance). Dans le cas d'une procédure restreinte dans lesquelles tous les candidats admis à présenter une offre, l'ont déjà fait, aucune prolongation n'est requise.

Si la date limite de réception des candidatures et des offres n'est pas encore close, les acheteurs peuvent la modifier en publiant un avis rectificatif qui motive le report du délai. Il est possible de doubler cette information par l'envoi d'un message d'information à l'ensemble des opérateurs économiques qui auraient déjà retiré le dossier de consultation concerné, auraient déjà fait acte de candidature ou auraient déjà déposé une offre, et de faire apparaître un message en ce sens sur la page dédiée à cette procédure sur le profil acheteur de l'autorité contractante.

Les candidats ayant déjà déposé une offre avant le report du délai peuvent bénéficier du nouveau délai pour en déposer une nouvelle. Le cas échant, conformément à l'article R. 2151-6 du code de la commande publique, seule la dernière offre reçue sera examinée par l'acheteur.

L'acheteur doit fixer les délais de réception des offres en tenant en compte du marché, de la complexité des prestations, voire 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.

De même que l'ordonnance les y oblige pour les procédures en cours, il est conseillé, pour tout nouveau projet de marché ou de concession, de prendre en compte les difficultés occasionnées aux entreprises par la crise sanitaire et économique dans la détermination de ces délais.

Ces principes ne font pas obstacle à ce qu'elles puissent également recourir aux dispositions spécifiques liées à l'urgence simple (réduction des délais de passation) ou à l'urgence impérieuse (passation sans procédure de publicité ni de mise en concurrence préalables) prévues par le code de la commande publique, dans les conditions prévues par ces dispositions.

2) Peut-on prolonger le délai de validité des offres ? Quelle est la procédure à suivre ?

La situation actuelle peut occasionner des prolongations de l'examen des offres remises, des prolongations des négociations et retarder la décision d'attribution des contrats. Dans ce cas, l'autorité contractante peut solliciter de l'ensemble des soumissionnaires une prorogation du délai de validité des offres, amené à expirer pendant la période de confinement ou peu de temps après.

Il est toutefois rappelé que, même en cas de circonstances exceptionnelles, l'acheteur ne peut pas décider unilatéralement de prolonger la durée de validité des offres. Il doit nécessairement obtenir l'accord des entreprises qui ont déposé une offre, sur cette prorogation et sur sa durée.

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. 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.

Le nouveau délai doit être suffisant pour permettre à l'acheteur d'étudier les offres et de se prononcer. Cependant, il ne doit pas être excessif afin que l'offre demeure viable pour les entreprises. En outre, le nouveau délai doit être le même pour l'ensemble des candidats, y compris dans le cadre des procédures avec négociation, en application du principe d'égalité de traitement des candidats.

3) Les circonstances actuelles rendent impossibles le respect de certaines mentions du règlement de consultation. Peut-il y être dérogé ?

Le règlement de consultation est en principe obligatoire dans toutes ses prescriptions et le pouvoir adjudicateur ne peut attribuer le contrat à un candidat ne respectant pas l'une des conditions imposées ab initio. Toutefois, le contexte actuel peut autoriser, en raison des mesures de restriction d'activité et de confinement prises pour endiguer l'épidémie de Covid-19, à apporter certains aménagements en raison des difficultés rencontrées par les autorités contractantes comme par les entreprises, tout en respectant les principes de transparence et d'égalité de traitement des soumissionnaires.

La possibilité de modifier ou de ne pas appliquer les conditions prévues au règlement de la consultation

Seules les modifications non substantielles, et ne remettant donc pas en cause les conditions initiales de la mise en concurrence sur le fond, sont possibles. Certaines de ces modifications sont possibles y compris après la réception des offres.

Par application des articles 2 et 3 de l'ordonnance du 25 mars 2020, seraient possibles les modifications suivantes :

- Les prolongations des délais de remise des candidatures ou des offres,
- la suppression ou le report de l'obligation de visite sur place,
- l'introduction de méthodes de négociation ou de dialogue dématérialisées et non plus en présentiel,
- le renoncement à l'obligation de signer la candidature ou l'offre si une telle obligation avait été prévue,
- l'acceptation des signatures manuscrites scannées en lieu et place d'une signature électronique exigée du marché.

Seraient en revanche des modifications substantielles et donc irrégulières celles qui toucheraient notamment à la définition même de l'objet du contrat, aux acheteurs susceptibles de bénéficier des prestations, qui, par ailleurs, supposeraient une modification des cahiers des charges du projet de contrat.

Dans tous les cas, le pouvoir adjudicateur doit respecter le principe d'égalité de traitement des candidats et soumissionnaires, autant ceux déjà déclarés que les candidats et soumissionnaires potentiels. En conséquence, il doit les informer des modifications décidées et, le cas échéant, leur octroyer un délai suffisant afin qu'ils puissent en prendre connaissance et s'y adapter.

La possibilité d'annuler de la procédure de passation

Si l'application du règlement de consultation s'avère impossible (par exemple si le dépôt d'une offre suppose la consultation sur place de certains documents qui ne peuvent être dématérialisés

ou une visite sur place et qu'il n'est pas possible d'y assurer la sécurité sanitaire des personnes), l'acheteur peut être conduit à déclarer sans suite la procédure.

Un abandon de procédure motivé par l'impact de l'épidémie de Coronavirus ne devrait pas donner lieu à indemnisation des opérateurs économiques ayant participé à la procédure (sauf prescription contraire dans le règlement de consultation).

Quelques exemples de modifications apportées à des règlements de consultation

Les visites de chantiers ou de sites prévues

Si la visite sur site est facultative, l'acheteur peut décider de ne pas la maintenir.

Lorsque la visite a été rendue obligatoire, plusieurs démarches sont envisageables :

- soit le pouvoir adjudicateur estime que cette visite n'est finalement pas indispensable et modifie le règlement de consultation, et en informe les entreprises par avis modificatif ou par information aux candidats ayant retiré un dossier ou ayant remis une candidature ou une offre ;
- soit l'acheteur maintient la visite dans des conditions adaptées aux circonstances sanitaires, sauf si un candidat démontre qu'une telle visite lui est rigoureusement impossible ;
- soit le délai de la remise des offres est prolongé jusqu'à une date permettant la tenue de la visite. Cette date ultérieure devra tenir compte du délai nécessaire aux candidats pour former une offre avant la date limite de remise des offres.

Les modalités matérielles de conduite des négociations

Lorsque le règlement de consultation prévoit la tenue de négociations en présentiel, l'autorité contractante:

- peut remplacer une négociation en présentiel par une négociation en audio/visioconférence afin de respecter les mesures strictes de confinement qui concernent aussi bien des personnels des administrations que des entreprises. Le pouvoir adjudicateur doit préalablement informer les candidats de cette modification et s'assurer que ceux-ci disposent des équipements nécessaires pour participer à une négociation dématérialisée afin de s'assurer du respect du principe d'égalité de traitement ;
- dans le cas où l'autorité contractante souhaite maintenir une négociation en présentiel, elle doit s'assurer de pouvoir le faire dans des conditions sanitaires satisfaisantes et doit veiller au consentement des soumissionnaires. Si un ou plusieurs soumissionnaires s'y refusent, rien n'interdit à l'autorité contractante de procéder aux négociations de manière dématérialisée pour ceux qui ne peuvent être présents. Elle pourra cependant veiller à prévenir le risque

contentieux en étant capable de montrer en quoi cette différence de méthode n'a pas été constitutive d'une rupture d'égalité entre les soumissionnaires.

- Enfin, l'acheteur peut repousser la tenue des négociations à une date ultérieure afin de s'assurer de la participation physique de tous les candidats aux négociations.

La signature électronique

Si l'obligation de signer électroniquement un marché public a été prévue dans le règlement de consultation et que le titulaire est dans l'impossibilité de procéder à cette signature du fait des mesures prises pour lutter contre la crise sanitaire actuelle (l'entreprise n'a pas pu obtenir son certificat à cause du confinement ou le détenteur de la signature électronique n'a pas accès à un poste de travail lui permettant d'apposer sa signature, par exemple), l'acheteur peut notifier le marché à partir d'un acte d'engagement signé de manière manuscrite et scanné. Une fois que la situation actuelle aura pris fin, l'acheteur devra récupérer les originaux signés afin de détenir une preuve parfaite des engagements contractuels.

4) La crise sanitaire actuelle peut-elle justifier un arrêt provisoire de l'exécution des prestations d'un marché ? La résiliation du marché peut-elle être envisageable ?

Les mesures prises par le gouvernement dans le cadre de la crise sanitaire actuelle peuvent mettre les entreprises, mais également les acheteurs, dans l'impossibilité d'honorer leurs obligations contractuelles.

Dès lors que l'entreprise se trouve dans l'impossibilité matérielle de continuer à exécuter tout ou partie des prestations du marché, elle doit en informer l'acheteur dans les conditions prévues au marché. Si cette impossibilité est suffisamment démontrée et notamment si le titulaire ne dispose pas des moyens suffisants pour réaliser les prestations ou que la mobilisation de ces moyens ferait peser sur lui une charge excessive, l'acheteur prend alors les mesures nécessaires afin de suspendre l'exécution du marché.

En cas d'impossibilité pour le titulaire de respecter les délais contractuels, le 1° de l'article 6 de l'ordonnance n° 2020-319 du 25 mars 2020 prévoit 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. Toutefois, si les deux parties sont d'accord pour 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.

La suspension de l'exécution du marché peut également intervenir à l'initiative de l'acheteur. Celui-ci doit notifier la suspension au titulaire dans les conditions prévues au marché.

L'acheteur peut s'y trouver contraint, par exemple, en raison d'une décision administrative l'empêchant temporairement de continuer l'exécution du contrat.

L'acheteur peut également décider de suspendre l'exécution d'un marché, quand bien même les conditions permettant de caractériser une situation de force majeure ne seraient pas réunies, par exemple, par simple mesure de précaution. L'acheteur est alors susceptible de devoir indemniser le titulaire si cette suspension lui occasionne un préjudice, à condition que l'entreprise en apporte la preuve et justifie l'évaluation du montant du préjudice.

Enfin, si les conditions de la force majeure sont réunies et notamment si le titulaire démontre qu'il ne dispose pas des moyens suffisants pour exécuter le marché pendant la crise sanitaire actuelle, il n'est pas possible à l'acheteur de résilier le marché. En effet, dès lors que la suspension suffit à surmonter les difficultés rencontrées par le titulaire et que l'exécution du contrat peut reprendre, l'acheteur ne peut résilier le marché, sous peine de voir sa responsabilité engagée.

5) L'acheteur doit-il faire droit à une demande de suspension du marché que lui adresserait un titulaire ?

La décision de suspension doit être prise au cas par cas. Les règles de protection sanitaire et les mesures de confinement n'obligent pas à suspendre toute activité économique et administrative et n'empêchent pas l'exécution de tous les marchés en cours. Lorsque la poursuite de l'exécution des contrats est nécessaire et si elle est possible dans le respect de règles sanitaires permettant de protéger les salariés du virus, elle doit pouvoir continuer.

Le titulaire est invité à produire tous les éléments dont il dispose pour démontrer de réelles difficultés d'exécution et établir notamment qu'il ne dispose pas des moyens suffisants pour exécuter les prestations ou que leur mobilisation ferait peser sur lui une charge manifestement excessive. Avant de prendre une décision de suspension, ou à défaut une décision de prolongation des délais d'exécution, il convient donc de s'assurer que le titulaire est mis dans l'impossibilité de réaliser les prestations prévues au marché et notamment en prenant en considération le respect des règles sanitaires de protection des salariés.

En cas de suspension le pouvoir adjudicateur aura le droit de conclure, éventuellement sans publicité ni mise en concurrence, un marché de substitution pour qu'une entreprise tierce puisse assurer la continuité des prestations le temps de cette suspension.

6) Comment suspendre un marché de travaux ?

En cas de suspension de l'exécution des travaux, le pouvoir adjudicateur prend un ordre de service qui doit être 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). Bien qu'il n'existe pas à proprement parler de mentions obligatoires dans un ordre de service, il est conseillé néanmoins de faire figurer une motivation de cette décision dans l'ordre de service.

Une fois la décision de suspension de l'exécution du marché prise, il doit être procédé à la constatation des ouvrages et parties d'ouvrages exécutés et des matériaux approvisionnés. La date de la constatation est déterminée par le maître d'œuvre. Cette constatation doit être contradictoire et donner lieu à la rédaction immédiate d'un constat. L'entrepreneur dispose de la faculté de signer le constat avec réserves ; si tel est le cas, il doit confirmer ses réserves par écrit au maître d'œuvre.

Le maître d'ouvrage peut également décider de lui-même de prendre une décision d'ajournement des travaux sur le fondement de l'article 49 du CCAG Travaux.

7) En cas de suspension de l'exécution des prestations, à quel paiement le titulaire a-t-il droit ? Doit-il être indemnisé ?

Si, en raison des mesures prises dans le cadre de l'état d'urgence sanitaire, les prestations objet du marché public ne peuvent plus être exécutées et entraînent la suspension de celui-ci par l'acheteur, le titulaire peut prétendre aux paiements et indemnisations suivantes.

Le règlement des prestations des marchés à prix forfaitaire

Le 4° de l'article 6 de l'ordonnance n° 2020-319 du 25 mars 2020, prévoit que l'acheteur est tenu, en cas de suspension d'un marché à prix forfaitaire de procéder sans délai au règlement du marché selon les modalités et pour les montants prévus par le contrat. Cette disposition concerne essentiellement les marchés forfaitaires ayant prévu des échéances de paiement étalées dans le temps selon une périodicité précise (mensuelle, trimestrielle…) et ayant déterminé le montant de ces versements forfaitaires échéancés.

La disposition de l'ordonnance constitue une dérogation à la règle du service fait. Le paiement des échéances doit continuer, selon la périodicité prévue, quand bien même les prestations du contrat sont suspendues temporairement, ou ne sont que partiellement exécutées. Lors de la reprise de l'exécution du contrat, à l'issue de l'état d'urgence sanitaire, un avenant devra déterminer les modifications du contrat rendues nécessaires, acter sa reprise ou procéder à sa résiliation. Au regard des prestations effectivement réalisées et des sommes forfaitaires versées par l'acheteur, l'avenant devra également préciser les sommes éventuellement dues au titulaire ou, au contraire, les sommes dues par ce dernier à l'acheteur.

L'indemnisation des charges d'ajournement occasionnées par une suspension décidée par l'acheteur alors que le titulaire voulait et pouvait continuer l'exécution du contrat

Lorsque l'acheteur décide d'une suspension de l'exécution du marché alors que le titulaire était en capacité d'en continuer l'exécution, il est susceptible de devoir indemniser le titulaire si cette suspension occasionne des charges d'attente avant reprise des prestations.

C'est notamment le cas pour les marchés publics de travaux en application de l'article 49.1 du CCAG travaux, pour lesquels il appartient le cas échéant au titulaire d'évaluer et de justifier les frais d'ajournement qu'il supporte.

Cela pourra aussi être le cas pour les marchés autres que de travaux si le titulaire démontre qu'il subit des charges d'attente du fait de cette suspension.

L'indemnisation des frais de garde et de surveillance ainsi que des dommages sur chantier, pour les marchés de travaux suspendus

En marchés publics de travaux, les titulaires, en cas de suspension du chantier, conservent la garde du chantier et ont droit, à ce titre, à une indemnisation des frais engendrés par cette garde.

Sauf stipulation contractuelle contraire, les entreprises attributaires qui subissent sur le chantier des pertes, des avaries ou des dommages sur les matériels et installations qu'elles stockent sur le chantier pour son exécution ainsi que sur les ouvrages objet des marchés de travaux, peuvent réclamer une indemnisation au titre de la perte subie en s'appuyant sur l'article 18.3 du CCAG travaux.

Le cas échéant, elles auront droit au paiement de la valeur non amortie des matériels perdus en raison du cas de force majeure ayant empêché d'éviter les pertes, avaries ou dommages.

Les entreprises n'auront en revanche pas droit à l'indemnisation de ces pertes, avaries ou dommages si ces risques leur incombent contractuellement ou si ces préjudices résultent de causes qui leur sont imputables (voir l'article 18 du CCAG travaux).

La suspension des loyers et redevances en cas de suspension par l'autorité contractante d'un contrat de concession

Le 5° de l'article 6 de l'ordonnance du 25 mars 2020 prévoit, en cas de suspension d'un contrat de concession, que le versement des sommes dues par le concessionnaire à l'autorité concédante, telles que les loyers, les redevances d'occupation domaniale, les redevances destinées à contribuer à l'amortissement des investissements qu'elle a réalisés, les redevances de contrôle et de sécurité, est suspendu.

Si la situation économique du concessionnaire le justifie, une avance sur le versement des sommes qui lui sont dues par l'autorité concédante (notamment les subventions), peut alors lui être versée. Cette disposition vise essentiellement les concessions pour lesquelles la situation économique du concessionnaire sur la durée totale du contrat, ne lui permettrait pas de surmonter les difficultés passagères auxquelles il est confronté.

8) En cas de résiliation du contrat, le titulaire doit-il être indemnisé ?

Si, en raison des mesures prises dans le cadre de l'état d'urgence sanitaire, un marché public est résilié, le titulaire peut prétendre aux indemnisations suivantes.

L'indemnisation des dépenses engagées directement imputables à l'exécution des prestations non réalisées ou annulées

Le titulaire peut être indemnisé des dépenses engagées directement imputables à l'exécution des prestations non réalisées ou annulées.

Conformément au 3° de l'article 6 de l'ordonnance n° 2020-319 du 25 mars 2020, il y a droit **même en présence d'une stipulation contractuelle excluant une telle indemnisation** (c'est l'effet principal de l'ordonnance sur ce point que de faire obstacle au jeu des stipulations défavorables au titulaire). Seules les clauses prévoyant une indemnisation plus favorable pour le titulaire du contrat auront vocation à s'appliquer.

L'indemnisation du manque à gagner si le contrat ne l'exclut pas et en dehors des cas de force majeure

Sous réserve cette fois que le contrat ne s'y oppose pas, et si la résiliation ne résulte pas d'une situation de force majeure, le titulaire peut prétendre à une indemnisation complémentaire au titre de son manque à gagner résultant de l'inexécution des prestations (cf. jurisprudence relative à la résiliation pour motif d'intérêt général).

Cette indemnisation concerne les hypothèses où la résiliation du contrat décidée par l'acheteur ne résulte pas d'un cas de force majeure, c'est-à-dire lorsque les difficultés rencontrées dans l'exécution du contrat ne présentent pas un caractère irrésistible, mais pour lesquelles la résiliation présente un caractère d'intérêt général.

L'indemnisation du manque à gagner sera en revanche exclue si la résiliation du marché est la conséquence d'une situation de force majeure.

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

9) Est-il possible de modifier un marché en cours pour prendre en compte de nouveaux besoins liés à la crise sanitaire actuelle ?

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 ;
- les cas où des travaux, fournitures ou services supplémentaires sont devenus nécessaires, voire où ce besoin de prestations supplémentaires ou de toute autre modification résulte de circonstances imprévues ;
- les 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).

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.

Il est rappelé que les modifications envisagées ne sauraient changer la nature globale du contrat et ne doivent pas avoir pour but d'empêcher une remise en concurrence périodique.

Aussi, nonobstant les circonstances sanitaires actuelles et ses conséquences immédiates, et à défaut d'avoir été prévu dans le marché via une clause de réexamen, un avenant qui aurait pour objet d'étendre, en cours d'exécution, le bénéfice des prestations à de nouveaux pouvoirs adjudicateurs ne pourrait être envisagé. En effet, un tel avenant aurait un caractère substantiel tant par son objet que, très probablement, par le montant prévisible du surcroît de commandes qu'il générerait au bénéfice du titulaire.

Si des besoins urgents surviennent du fait de la crise sanitaire actuelle et qu'ils ne peuvent être satisfaits par la voie d'un avenant, l'acheteur peut alors :
- passer un marché dans des délais de publicité réduits (3° de l'article R. 2161-8 du code de la commande publique) ;
- voire, si même les délais réduits sont incompatibles avec la satisfaction des besoins, un marché sans publicité ni mise en concurrence préalables sur le fondement de l'urgence impérieuse (article R.2122-1 du code de la commande publique), dans la limite du montant et de la durée strictement nécessaires pour répondre à la situation d'urgence. Si le besoin est durable, ils doivent, à plus long terme, préparer la passation de nouveaux marchés selon les procédures de droit commun de mise en concurrence.

10) Que devient ma commande si mon fournisseur est réquisitionné par l'Etat ? Est-ce que je peux récupérer l'avance que j'ai versée ?

En cas de réquisition par l'Etat empêchant un fournisseur d'honorer des commandes qui lui ont été passées dans le cadre de marchés publics, il s'agit d'un cas de force majeure justifiant l'annulation de la commande L'acheteur ne doit pas alors infliger de pénalité contractuelle à l'entreprise.

Si cette commande correspond à un besoin de l'acheteur qui ne peut souffrir aucun retard, alors celui-ci est autorisé, sans que sa responsabilité contractuelle ne puisse être engagée, à conclure un marché de substitution avec un tiers pour couvrir ce besoin (b) du 2° de l'article 6 de l'ordonnance n° 2020-319 du 25 mars 2020.

Enfin, l'acheteur peut obtenir la récupération de l'avance versée. Il n'existe pas de délai limite durant lequel l'ordre de reversement doit intervenir. Aussi, la récupération de l'avance pourra, si nécessaire, être effectuée dans un délai qui permettra au fournisseur de faire face à ses difficultés.

11) Que faire en cas d'impossibilité de conclure un nouveau marché avant l'échéance du marché en cours ?

Lorsqu'un marché en cours arrive à son échéance pendant la période d'état d'urgence sanitaire augmentée de deux mois et qu'il est 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, il est possible de prolonger ce marché par avenant au-delà de la durée initiale prévue.

Cette prolongation ne peut excéder la durée strictement nécessaire à la succession des deux contrats.

S'il s'agit d'un accord-cadre, la prolongation peut, par dérogation à l'article L. 2125-1 du code de la commande publique, excéder la durée maximale de quatre ans pour les pouvoirs adjudicateurs, sept ans pour les marchés de défense ou de sécurité et huit ans pour les entités adjudicatrices, en application de l'article 4 de l'ordonnance n° 2020-319 du 25 mars 2020.

Si l'état d'urgence sanitaire, fixé à deux mois par l'article 4 de la loi d'urgence pour faire face à l'épidémie de covid-19, devait être prorogé par le législateur, un nouvel avenant de prolongation du contrat pourra être signé, dans les mêmes conditions.

Dans le cas où la prolongation du marché existant est refusée par le titulaire, il sera possible, sous réserve d'être en mesure de justifier de l'urgence impérieuse de réaliser les prestations, de conclure un nouveau marché sans publicité ni mise en concurrence préalable sur le fondement de l'article R. 2122-1 du code de la commande publique, pour faire face aux besoins qui ne peuvent souffrir de retard, le temps d'arriver au terme de la nouvelle procédure de remise en concurrence.

12) En cas d’interruption d'un marché en cours à la demande du titulaire, comment l'acheteur peut-il répondre à son besoin ?

Si le titulaire d’un marché est dans l'impossibilité d'exécuter les prestations objet du marché ou d’un bon de commande, 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.

S’agissant de l’urgence impérieuse régie par l’article R. 2122-1 du code de la commande publique, le marché est alors conclu uniquement pour satisfaire les besoins ne pouvant souffrir aucun retard.

Dans le cadre de la suspension du marché d’origine, le titulaire ne peut pas être sanctionné, ni se voir appliquer les pénalités contractuelles, ni voir sa responsabilité contractuelle engagée pour ce motif, après avoir démontré qu'il ne dispose pas des moyens suffisants ou que leur mobilisation ferait peser sur lui une charge manifestement excessive. Dans ce cas, l’exécution du marché de substitution ne sera pas effectuée à ses frais et risques.

En contrepartie, le titulaire du marché d’origine suspendu ne pourra pas engager la responsabilité contractuelle de l’acheteur pour la conclusion de ce marché de substitution. L’acheteur ne devra notamment pas d’indemnité du manque à gagner au titulaire du marché d’origine suspendu si l’exécution du marché de substitution conduit à ce que le montant contractuel minimum du marché suspendu ne soit pas respecté.

En cas de travaux, il est conseillé de procéder à un constat des prestations déjà réalisées avant l’intervention du titulaire « de substitution », ne serait-ce que pour éviter les questions de répartition des responsabilités en cas de dommage ou de défaut.