



BANQUE des
TERRITOIRES



Territoires Conseils
un service Banque des Territoires

Réunion téléphonique

Commande publique : les enseignements de la crise sanitaire

Compte rendu de la réunion téléphonique du 7 octobre 2021

La réunion est organisée et animée par Territoires Conseils, un service Banque des Territoires, avec le concours d'Isabelle Farges, consultante en développement territorial. Elle est présentée par David Legros, juriste associé du service de renseignements téléphoniques de Territoires Conseils.

La présentation s'appuie sur un diaporama annexé au présent compte rendu.

LISTE DES PARTICIPANTS

Type structure	Nom structure	Département
Syndicat Intercommunal	Syndicat Intercommunal d'Alimentation en Eau du Nord Ouest Varois (SIANOV)	83
Commune	Lognes	77
Communauté d'agglomération	Lubéron Monts de Vaucluse	84
Commune	Octeville-sur-Mer	76
Commune	Mondonville	31
Commune	Saint-Marcel-lès-Annonay	07

PRÉSENTATION

DAVID LEGROS, JURISTE ASSOCIÉ DU SERVICE DE RENSEIGNEMENTS TÉLÉPHONIQUES DE TERRITOIRES CONSEILS

1. Introduction : l'impact de la crise sanitaire

L'épidémie de coronavirus a produit des conséquences sur les acteurs de la commande publique. En effet, certains détenteurs de contrats n'ont pas été en mesure de respecter leurs engagements pris en leur qualité de titulaires de marchés publics.

Pour tenter de pallier ces désagréments, le gouvernement a introduit dans l'urgence divers textes, afin d'aider les acteurs de la commande publique à surmonter le choc de cette crise sanitaire sans précédent. De ces dispositions introduites en urgence pendant la crise, certaines ont été pérennisées par les pouvoirs publics et d'autres ont été codifiées dans le code de la commande publique, afin de se prémunir contre la survenue d'une éventuelle nouvelle crise.

Par ailleurs, la crise a également eu pour conséquence de mettre en exergue de nouveaux enjeux environnementaux et sociétaux. Le gouvernement a décidé d'utiliser le levier des marchés publics pour la réalisation de son plan de relance et d'intégrer, par le biais de nouvelles lois, des enjeux de développement durable.

Au cours de cette réunion, nous aborderons successivement les dispositions prises durant l'état d'urgence et qui sont toujours en vigueur, la modification du code de la commande publique par le biais de la loi ASAP et de la loi environnement (laquelle prend en compte les préoccupations toujours plus grandes en matière de développement durable), et la relance économique et son impact sur les marchés publics du fait de la flambée des prix des matières premières.

Les mesures prises durant la crise pouvant toujours être appliquées

Durant la crise sanitaire, afin de prendre en compte les difficultés engendrées pour les titulaires de marchés publics, **la loi n° 2020-290 du 23 mars 2020 d'urgence pour faire face à l'épidémie de covid-19** a autorisé le gouvernement à prendre par ordonnance toute mesure destinée à adapter les règles de passation, de délais de paiement, d'exécution et de résiliation – notamment celles relatives aux pénalités contractuelles – prévues par le code de la commande publique ainsi que par les stipulations des contrats publics ayant un tel objet.

Par le biais de cette loi, **l'ordonnance n° 2020-319 du 25 mars 2020** a ainsi défini les mesures applicables en matière de passation, de procédure ou d'exécution des contrats soumis au code de la commande publique, ainsi que des contrats publics qui n'en relèvent pas, en cours ou conclus pendant la crise sanitaire née de l'épidémie de covid-19. Parmi les mesures prises par ladite ordonnance figuraient, par exemple, l'allongement des délais de réception des candidatures et des offres, l'adaptation des mesures de passation, la prolongation des contrats, etc.

Bien que ces mesures ne soient plus d'actualité – puisqu'elles s'appliquaient aux contrats qui étaient conclus jusqu'au 23 juillet 2020 –, certaines d'entre elles ont pu produire des effets au-delà de cette date. Il est donc possible que les personnes publiques puissent encore mettre en œuvre ces dispositions. Ainsi, les entreprises dont le contrat a été conclu jusqu'au 23 juillet 2020 pourront continuer à bénéficier, après cette date, des reports de délais contractuels et de l'exonération des pénalités en démontrant que les difficultés qu'elles rencontrent dans l'exécution du contrat sont directement liées à l'épidémie ou aux mesures prises pour contenir sa propagation. **L'article 5 de l'ordonnance n° 2020-319 du 25 mars 2020** relatif aux avances a en outre été étendu aux contrats conclus jusqu'au 10 septembre 2020.

Ces mesures ne peuvent toutefois être mises en œuvre que dans la mesure où elles sont nécessaires pour faire face aux conséquences, dans l'exécution de ces contrats, de la propagation de l'épidémie de covid-19 et des mesures prises pour limiter cette propagation. Par conséquent, le titulaire du marché doit apporter tous les éléments de preuve des incidences de la crise sur les contrats en cours. Étant donné que le marché public est avant tout un contrat, si certaines de ses clauses sont contraires aux dispositions de l'ordonnance, il faudra les privilégier, excepté si les secondes sont plus favorables.

Une réponse ministérielle résume assez bien la situation : « *Les mesures prévues par l'ordonnance du 25 mars 2020 n'ont pas pris fin au 23 juillet 2020. Elles demeurent applicables même après cette date aux contrats en cours ou conclus durant la période du 12 mars au 23 juillet 2020. Ainsi, dès lors que le contrat a été conclu avant le 24 juillet 2020, l'acheteur peut toujours conclure un marché de substitution pour pallier les difficultés rencontrées par le titulaire à cause de l'épidémie ou des mesures prises pour contenir sa propagation. Le Gouvernement n'envisage pas, dans les circonstances actuelles, de prendre de nouvelles mesures spécifiques d'adaptation des règles de la commande publique pour les contrats conclus après le 23 juillet 2020.*

Les contrats conclus après cette date ont en effet été passés alors que le contexte économique et sanitaire était mieux connu. Le caractère imprévisible des circonstances qui ont justifié qu'un texte d'exception intervienne dans l'exécution des contrats en cours n'est plus démontré et le risque sanitaire a pu être pris en compte tant par les acheteurs publics dans les documents de la consultation que par les entreprises dans la présentation de leur offre. »

Il est à noter que **l'article 3 de l'ordonnance n° 2020-738 du 17 juin 2020** reste applicable jusqu'au 31 décembre 2023. Celui-ci dispose que « *lorsque la capacité économique et financière des opérateurs économiques nécessaire à l'exécution du marché ou du contrat de concession est appréciée au regard du chiffre d'affaires, l'acheteur ou l'autorité concédante ne tient pas compte de la baisse du chiffre d'affaires intervenue au titre du ou des exercices sur lesquels s'imputent les conséquences de la crise sanitaire liée à l'épidémie de covid-19.* »

2. La loi ASAP (Accélération et simplification de l'action publique)

Publiée le 8 décembre 2020, **la loi d'accélération et de simplification de l'action publique (ASAP)** a été prise pour faire évoluer le code de la commande publique à l'heure de la crise sanitaire, tout en codifiant certaines des mesures prises pendant celle-ci, ces mesures étant destinées à se servir des marchés publics comme d'un instrument de la relance économique.

La plus connue de ces mesures est celle relative au relèvement du seuil des marchés publics de travaux. Pour assouplir les procédures en phase de relance, le seuil au-dessous duquel les marchés publics de travaux sont dispensés de publicité et de mise en concurrence préalable est en effet passé à 100 000 euros hors taxes. Ce nouveau seuil, qui restera en vigueur jusqu'au 31 décembre 2022, permettra de passer des marchés plus facilement et plus rapidement, de procéder à des mises en chantier plus efficaces et, ainsi, de relancer sans tarder le secteur du bâtiment. Il faut toutefois garder à l'esprit que les marchés publics d'un montant inférieur à 100 000 euros, quoique dispensés de publicité et de mise en concurrence préalable, restent soumis aux grands principes de la commande publique.

Si le gouvernement a relevé ce seuil, c'est en raison du poids économique du secteur bâtiment. Avec 18,5 milliards de marchés publics en 2020, ce dernier reste le premier bénéficiaire de la commande publique. Les collectivités et leurs groupements sont les principaux acheteurs dans le domaine des travaux.

En outre, la loi ASAP permet au gouvernement de déroger aux règles de passation classiques des marchés pour un motif d'intérêt général. Le gouvernement dispose ainsi de la possibilité de définir, à l'avenir, des motifs permettant de déroger aux règles de passation des marchés publics.

De la même façon, la loi ASAP autorise le gouvernement à introduire, par décret et en cas de circonstances exceptionnelles, des règles de dérogation aux procédures de passation des marchés publics. Il s'agit là de se laisser la possibilité d'agir plus rapidement et plus efficacement en cas d'apparition d'une nouvelle crise majeure nécessitant une prise de décision rapide et efficace. Ces circonstances exceptionnelles devront toutefois être définies par la loi. Dans le cadre de ces mesures, le gouvernement pourra ainsi décider de :

- L'aménagement des modalités pratiques de la consultation (délai de remise des plis, visite de chantier, etc.), étant précisé que la procédure en elle-même devra continuer d'être respectée ;
- La prolongation, par voie d'avenant, des contrats en cours d'exécution pendant la période des circonstances exceptionnelles et pour lesquels une procédure de mise en concurrence ne peut être organisée ;
- La prolongation, au-delà de la durée maximale de quatre ans, des accords-cadres en cours d'exécution pendant la période des circonstances exceptionnelles ;
- La prorogation proportionnée des délais d'exécution des contrats, quand l'exécution des prestations en temps et en heure représente une charge manifestement excessive pour le titulaire. En pareil cas, il incombera au titulaire de se prévaloir de ladite prorogation. La durée de celle-ci devra être équivalente à la durée des circonstances exceptionnelles empêchant la bonne exécution du contrat ;
- L'interdiction de mettre en œuvre les pénalités de retard prévues au contrat et d'engager la responsabilité contractuelle du titulaire du contrat. Celui-ci ne pourra donc être sanctionné en cas de difficulté de réalisation de ses prestations en cas de circonstances exceptionnelles.

La durée du décret pris par le gouvernement dans le cadre des circonstances exceptionnelles définies par la loi ne pourra excéder 24 mois.

Une quatrième disposition de la loi ASAP modifie les procédures de passation d'un marché public de service ou de consultation juridique. Désormais, les services juridiques, les services de représentation légale d'un client par un avocat et les services de consultation juridique qui se rapportent à un contentieux existant ou à venir pourront être conclus sans publicité ni mise en concurrence préalable. À cet égard, j'observe que n'importe quelle décision d'une collectivité est susceptible de faire l'objet d'un contentieux à venir. Il est donc assez difficile d'appréhender l'étendue de la mesure.

La loi ASAP est également venue pérenniser certaines mesures prises pendant la crise sanitaire, comme la protection des entreprises en redressement judiciaire. Celles-ci peuvent en effet candidater aux contrats de la commande publique si elles bénéficient d'un plan de redressement. En outre, elles ne peuvent se voir imposer la résiliation de marchés en cours au seul motif de leur placement en redressement judiciaire.

La loi ASAP facilite en outre l'accès des PME aux marchés globaux. Il est en effet prévu que le titulaire d'un marché global doit en réserver une part minimale à des PME ou à des artisans. Le taux de sous-traitance constitue donc un critère de sélection. Les marchés globaux pourront être utilisés pour la construction, la conception, l'aménagement, l'exploitation, la maintenance ou l'entretien des infrastructures linéaires de transport de l'État.

Les acheteurs pourront également faciliter l'accès des entreprises d'insertion et du handicap aux marchés réservés, en réservant un même marché ou un même lot aux entreprises adaptées, aux

Réunions téléphoniques | Compte rendu du 7 octobre 2021 — Commande publique : les enseignements de la crise sanitaire — Territoires Conseils, un service Banque des Territoires —

Téléchargeable sur www.banquedesterritoires.fr/territoires-conseils — Rubrique Centre de ressources/Compte rendu

établissements des services d'aide par le travail et aux structures d'insertion par l'activité économique.

Enfin, la loi ASAP permet de faciliter la conclusion d'avenants pour les marchés conclus avant le 1^{er} avril 2016, lorsque des travaux, fournitures ou services supplémentaires sont devenus nécessaires ou lorsque des modifications sont rendues nécessaires par des circonstances imprévues.

3. L'évolution du code de la commande publique

L'évolution du code de la commande publique

Depuis le début de la pandémie, le code de la commande publique a connu d'importantes évolutions. La première d'entre elles s'est produite avec **le décret n° 2020-1261 du 15 octobre 2020**. Celui-ci a en effet introduit les mesures de **l'ordonnance n° 2020-319 du 25 mars 2020** sur les avances, à savoir la suppression du plafonnement des avances à 60 % du montant du marché, ainsi que de l'obligation pour les acheteurs d'imposer aux titulaires d'un marché public de constituer une garantie à première demande pour les titulaires ayant bénéficié d'une avance supérieure à 30 %. Ce faisant, le gouvernement visait à laisser aux entreprises la trésorerie nécessaire à leur fonctionnement et, ainsi, à encourager la relance économique.

Deux autres évolutions sont ensuite intervenues au mois d'août 2021. En premier lieu, le droit de français a intégré la jurisprudence européenne du 17 juin 2021 concernant les accords-cadres. En application de celle-ci, **le décret n° 2021-1111 du 23 août 2021** a modifié le code de la commande publique en supprimant, à compter du 1^{er} janvier 2022, la possibilité de conclure des accords-cadres sans maximum. De ce fait, la DAJ recommande aux acheteurs de fixer le montant maximum à un montant plus élevé que le montant estimé prévisible des achats sur la base de la consommation moyenne des dernières années ou de la programmation budgétaire pour les années à venir. Cela permettra aux acheteurs d'avoir une marge de sécurité permettant de répondre à de possibles très fortes hausses du besoin. Par exemple, si une collectivité ayant conclu un marché sans maximum pour de la papeterie, consomme habituellement 100 000 euros de papier par an, il est recommandé de fixer une marge de sécurité de 20 à 30 % de ce montant.

En second lieu, **l'article 1 de la loi n° 2021-1109 du 24 août 2021 confortant le respect des principes de la République** est venu modifier le code de la commande publique : *« Lorsqu'un contrat de la commande publique, au sens de l'article L. 2 du code de la commande publique, a pour objet, en tout ou partie, l'exécution d'un service public, son titulaire est tenu d'assurer l'égalité des usagers devant le service public et de veiller au respect des principes de laïcité et de neutralité du service public. Il prend les mesures nécessaires à cet effet et, en particulier, il veille à ce que ses salariés ou les personnes sur lesquels il exerce une autorité hiérarchique ou un pouvoir de direction, lorsqu'ils participent à l'exécution du service public, s'abstiennent notamment de manifester leurs opinions politiques ou religieuses, traitent de façon égale toutes les personnes et respectent leur liberté de conscience et leur dignité.*

Le titulaire du contrat veille également à ce que toute autre personne à laquelle il confie pour partie l'exécution du service public s'assure du respect de ces obligations. Il est tenu de communiquer à l'acheteur chacun des contrats de sous-traitance ou de sous-concession ayant pour effet de faire participer le sous-traitant ou le sous-concessionnaire à l'exécution de la mission de service public.

Les clauses du contrat rappellent ces obligations et précisent les modalités de contrôle et de sanction du cocontractant lorsque celui-ci n'a pas pris les mesures adaptées pour les mettre en œuvre et faire cesser les manquements constatés. »

Ces obligations étant d'application immédiate, la DAJ prépare actuellement une fiche d'information destinée à préciser les modalités pratiques de mise en œuvre de ces dispositions.

Enfin, il convient de rappeler que **la loi Egalim n° 2018-938 du 30 octobre 2018** a introduit un certain nombre de mesures en matière de restauration collective publique et privée, laquelle constitue un levier d'action essentiel du programme national pour l'alimentation. La loi Egalim prévoit ainsi que les repas servis en restauration collective à partir du 1^{er} janvier 2022 devront comprendre au moins 50 % de produits durables et de qualité, dont au moins 20 % de produits biologiques.

COMMUNAUTE D'AGGLOMERATION LUBERON MONTS DE VAUCLUSE

Notre communauté d'agglomération s'est heurtée à **quelques difficultés dans la mise en œuvre du pourcentage minimum de matières recyclées ou valorisées dans la commande publique. Ayant passé un marché pour du linge à destination des crèches, elle s'est aperçue que les entreprises n'étaient pas informées de la réglementation sur le sujet. Bien que la loi le lui impose, notre collectivité n'est donc pas en mesure d'acheter le pourcentage requis de produits recyclés.**

DAVID LEGROS, JURISTE ASSOCIE DE TERRITOIRES CONSEILS

Le code de la commande publique s'impose aux collectivités. Par conséquent, si aucune des offres ne respecte la part minimale de produits recyclés, votre communauté d'agglomération ne peut conclure de marché.

COMMUNAUTE D'AGGLOMERATION LUBERON MONTS DE VAUCLUSE

L'entreprise avec laquelle nous avons négocié s'inscrit dans une démarche environnementale, mais ne peut nous assurer qu'elle respectera le pourcentage de matières recyclées imposé par la réglementation. Peut-être y parviendra-t-elle l'an prochain, mais rien n'est moins certain.

DAVID LEGROS, JURISTE ASSOCIE DE TERRITOIRES CONSEILS

Je comprends. Néanmoins, si vous passez ce marché et que celui-ci fait l'objet d'un recours devant le tribunal administratif, le contrat sera probablement résilié, à moins que vous parveniez à démontrer, sur le fondement de la théorie de la formalité impossible, qu'aucune entreprise n'est en mesure de répondre aux exigences légales. Pour mémoire, la théorie de la formalité impossible a été consacrée par **un arrêt du Conseil d'État rendu le 12 octobre 1956 dans l'affaire Baillet**. Pour s'en prévaloir, il faut pouvoir prouver au juge administratif que la collectivité se trouvait dans l'impossibilité matérielle de respecter la réglementation, malgré ses diligences. En pareil cas, la collectivité doit donc rapporter la preuve qu'elle a tout fait pour respecter la réglementation.

COMMUNE D'OCTEVILLE-SUR-MER

Notre commune n'était pas informée de l'exigence réglementaire d'une part minimale de matières recyclées dans les marchés publics. **Pourriez-vous nous en indiquer le fondement juridique ?**

COMMUNAUTE D'AGGLOMERATION LUBERON MONTS DE VAUCLUSE

Il s'agit du **décret n° 2021-254 du 9 mars 2021**, pris en application de **la loi AGECE n° 2020-105 du 10 février 2020**.

DAVID LEGROS, JURISTE ASSOCIE DE TERRITOIRES CONSEILS

J'en viens maintenant aux incidences de la loi « Climat et résilience » sur la commande publique.

L'évolution du code de la commande publique : la loi environnement

La loi n° 2021-1104 du 22 août 2021 portant lutte contre le dérèglement climatique et renforcement de la résilience face à ses effets (dite loi « Climat et résilience ») emporte d'importants effets sur le droit de la commande publique. Elle comporte en effet plusieurs mesures destinées à mieux prendre en compte le développement durable lors de la passation et de l'exécution

des contrats de la commande publique. Certaines de ces dispositions découlent de la Convention citoyenne sur le climat.

La loi n° 2021-1104 du 22 août 2021 introduit d'abord un nouvel article L. 3-1 dans le code de la commande publique. Cet article dispose que « *la commande publique participe à l'atteinte des objectifs de développement durable, dans leurs dimensions économique, sociale et environnementale.* » La place qu'occupe cet article dans ce code n'est pas anodine, puisqu'elle fait suite aux trois grands principes de la commande publique. Le critère environnemental devient donc extrêmement important dans le droit de la commande publique.

En outre, la loi « Climat et résilience » renforce les schémas de promotion des achats publics socialement et écologiquement responsables (SPASER). Elle enrichit leur contenu et améliore leur gouvernance afin de mieux accompagner les acheteurs dans la voie d'achats responsables. Ainsi, le code de la commande publique modifié renforce les obligations de publicité des SPASER en prévoyant qu'ils devront, à compter de 2023, être rendus publics, notamment par une mise en ligne sur le site internet (s'il existe) des acheteurs concernés. Le renforcement de la publicité des SPASER permettra de valoriser les acheteurs responsables et de diffuser les bonnes pratiques. Surtout, les SPASER deviennent obligatoires pour les acheteurs dont le montant total de leurs achats est supérieur à cent millions d'euros hors taxes.

L'acheteur devra définir les travaux, fournitures et services répondant à ses besoins par référence à des spécifications techniques dont la loi « Climat et résilience » indique qu'ils devront prendre en compte des objectifs de développement durable dans leurs dimensions économique, sociale et environnementale. Au stade de la définition de ses besoins, l'acheteur devra ainsi concrétiser l'obligation qui lui est faite d'introduire ces considérations. La même obligation s'étendant à l'exécution des marchés publics, les acheteurs et les autorités concédantes devront désormais fixer dans leurs contrats des conditions d'exécution prenant en compte ces considérations. Le code de la commande publique modifié dispose en effet que les acheteurs devront impérativement prévoir dans leurs marchés publics des conditions d'exécution prenant en compte l'environnement. Je précise néanmoins que ces dispositions ne sont pas d'application immédiate.

Le code de la commande publique modifié prévoit en outre l'obligation, pour les acheteurs et les autorités concédantes, de retenir au moins au moins un critère d'attribution prenant en compte les caractéristiques environnementales de l'offre (celles-ci n'étant pas énumérées par la loi, les acheteurs ont toutefois la liberté de retenir les critères qui leur paraissent les plus appropriés au regard des caractéristiques du contrat concerné). Il en résulte que si l'acheteur fait le choix de ne retenir qu'un seul critère de sélection, ce ne pourra plus être celui du prix, mais seulement celui du coût global intégrant nécessairement des considérations environnementales. Étant donné la difficulté de définir ce coût global, l'État mettra à disposition des acheteurs, au plus tard le 1^{er} janvier 2025, des outils opérationnels de définition et d'analyse du coût de cycle de vie des biens pour les principaux segments d'achat. Dans le cadre de la fourniture de produits agricoles et de denrées alimentaires, les acheteurs, lorsqu'ils détermineront la nature des besoins à satisfaire, devront prendre en compte les conditions de fraîcheur, la nécessité de respecter la saisonnalité et le niveau de transformation attendu des produits.

La loi « Climat et résilience » dispose également que les marchés et les concessions dont le montant est supérieur aux seuils européens doivent en principe comprendre des conditions d'exécution prenant en compte des considérations relatives au domaine social ou à l'emploi, notamment en faveur des personnes défavorisées. Ce principe comprend quatre exceptions :

- Si le besoin peut être satisfait par une solution immédiatement disponible ;
- Si cette prise en compte n'est pas susceptible de présenter un lien suffisant avec l'objet du marché.
- Si cette prise en compte devait restreindre la concurrence ou rendre techniquement ou économiquement difficile l'exécution de la prestation.

- S'il s'agit d'un marché de travaux d'une durée inférieure à six mois.

L'acheteur qui se prévaut de l'une de ces exceptions doit la justifier dans le rapport de présentation s'il agit en tant que pouvoir adjudicateur ou par tout moyen approprié s'il agit comme entité adjudicatrice.

Par ailleurs, la loi « Climat et résilience » inscrit la possibilité pour un acheteur ou une autorité concédante d'exclure un soumissionnaire qui, soumis par le code de commerce à l'obligation d'établir un plan de vigilance (c'est-à-dire les entreprises qui emploient au moins 5 000 salariés), ne satisfait pas à cette obligation pour l'année qui précède celle de l'engagement de la consultation. Cette nouvelle interdiction de soumissionner à l'appréciation de l'acheteur renforce la prise en compte du développement durable dans la commande publique, en permettant à l'acheteur d'écarter la candidature d'une entreprise qui ne respecterait pas ses obligations de transparence sur les actions menées en faveur de la prévention des risques sociaux et environnementaux dans le cadre de son activité.

La loi « Climat et résilience » oblige également les concessionnaires à remettre chaque année, à l'autorité concédante, un rapport incluant la description des mesures mises en œuvre pour garantir la protection de l'environnement et l'insertion par l'activité économique dans le cadre de l'exécution du contrat.

Enfin, la loi « Climat et résilience » rend obligatoire l'utilisation de matériaux biosourcés ou bas carbone dans au moins 25 % des rénovations lourdes et des constructions relevant de la commande publique. Cette obligation entrera en vigueur à compter du 1^{er} janvier 2030. Ses modalités seront précisées par décret pris en Conseil d'État.

À l'exception de cette dernière mesure, les dispositions de la loi « Climat et résilience » entreront en vigueur à une date fixée par décret et au plus tard le 22 août 2026. Ce délai doit permettre à tous les acteurs de la commande publique de se préparer à ce changement.

COMMUNE DE LOGNES

Dans l'éventualité où une collectivité souhaiterait intégrer les caractéristiques environnementales de l'offre dans les critères d'attribution avant que la loi « Climat et résilience » n'entre en vigueur, les marchés attribués en considération de ce critère environnemental pourraient-ils être remis en cause par le juge administratif au motif que ce critère n'est pas encore obligatoire ?

DAVID LEGROS, JURISTE ASSOCIE DE TERRITOIRES CONSEILS

En tant que personne publique, il appartient à votre commune de définir ses besoins, les modalités de sélection des candidats et les critères d'attribution des marchés. Par conséquent, je ne vois pas comment le juge administratif pourrait annuler une procédure de passation ou un marché au motif que vous auriez choisi de tenir compte d'un critère environnemental.

4. La sortie de la crise sanitaire et la reprise économique

La sortie de la crise sanitaire a pour corollaire une reprise économique mondiale. En sommeil depuis de longs mois, les économies se heurtent de ce fait à une forte demande de matériaux et de denrées. Dans ce contexte, de fortes tensions se font jour dans de nombreux secteurs. Devant les difficultés d'approvisionnement touchant des pans entiers de l'économie, le Premier ministre a invité les ministères à veiller à ce que les services de l'État aménagent les conditions d'exécution des contrats en cours. Il a également invité les collectivités locales à entreprendre des démarches analogues pour leurs contrats de la commande publique.

Ainsi, pour les marchés de l'État, consigne a été donnée de ne pas appliquer les pénalités de retard lorsque le retard de livraison ou d'exécution est imputable aux difficultés d'approvisionnement actuelles (que celles-ci soient directement liées à la crise sanitaire ou non). Lorsque cela est compatible avec le bon fonctionnement des services publics, le gouvernement a également demandé aux acheteurs d'accorder des reports de délai. Les autres acheteurs, dont les collectivités locales, ont été invités à faire de même.

En effet, les acheteurs publics ont toujours la possibilité d'aménager les délais d'exécution lorsque des circonstances extérieures mettent le titulaire dans l'impossibilité de les respecter. Ces délais d'exécution peuvent être suspendus ou prolongés quand le titulaire du contrat apporte la démonstration qu'il n'est pas en mesure de respecter certains délais d'exécution ou que l'exécution des prestations encadrées par ces délais entraînerait pour lui un surcoût manifestement excessif. Il lui est alors possible de solliciter l'autorité contractante afin d'obtenir la prolongation de ces délais spécifiques.

En outre, les pénalités de retard peuvent ne pas être appliquées. Le juge a validé cette possibilité à la condition qu'elle ne s'apparente pas à une libéralité. À cet égard, je rappelle que le juge est en droit de moduler les pénalités contractuelles s'il l'estime nécessaire. En tout état de cause, le titulaire pourra se prévaloir de la force majeure.

S'agissant du prix stipulé au contrat, il ne peut être modifié après la conclusion du contrat qu'en application de clauses contractuelles comme la clause de révision des prix. Or, l'augmentation du prix des matières premières dans le cadre des marchés publics est susceptible de produire un certain nombre d'effets sur le titulaire du contrat. Elle pourrait même s'analyser comme un bouleversement de l'économie générale du contrat. En pareil cas, le titulaire pourrait tout à fait demander une indemnité sur le fondement de la théorie de l'imprévision, en faisant valoir que cette augmentation était imprévisible dans son montant ou dans son ampleur. Les matières premières étant soumises à des fluctuations de cours brutales, cela signifie qu'il lui faudra démontrer que la hausse actuelle du prix des matières premières concernées était imprévisible dans son ampleur et qu'elle a provoqué un déficit d'exploitation. L'indemnité accordée ne pourra toutefois couvrir qu'une partie du déficit subi par le cocontractant de l'administration. En effet, ce dernier devra prendre à sa charge le coût de l'aléa économique « normal » inhérent à tout contrat. Selon la jurisprudence, l'indemnité versée par la collectivité locale devra représenter environ 90 % de cette charge extracontractuelle.

Cependant, la mise en œuvre de la théorie de l'imprévision ne peut être que temporaire. Si les circonstances bouleversent définitivement l'économie du contrat, les parties se trouvent alors face à un cas de force majeure administrative permettant au titulaire de solliciter la résiliation du contrat devenu manifestement inéquitable.

Par ailleurs, les retards provoqués par les pénuries ou les bouleversements de l'équilibre économique du contrat peuvent justifier la conclusion d'un avenant sur le fondement de **l'article R. 2194-5 du code de la commande publique**, afin de modifier le périmètre des prestations ou d'adapter les conditions d'exécution du marché. Ces modifications ne sont possibles que si elles sont indispensables pour faire face aux circonstances imprévues et permettre la poursuite de l'exécution du contrat.

Enfin, **l'article R. 2112-13 du code de la commande publique** dispose que les marchés publics doivent être conclus à prix révisable lorsque les prestations sur lesquelles il porte sont exposées à des aléas majeurs du fait de l'évolution raisonnablement prévisible des conditions économiques pendant la période d'exécution des prestations (attention, la méconnaissance de cette obligation constitue un manquement aux obligations de publicité et de mise en concurrence susceptible d'entraîner l'annulation de la procédure de passation). Dans le cadre de l'achat de matières premières, il faudra donc absolument prévoir une clause de révision des prix pour les futurs marchés. Les clauses de révision des prix prévoyant habituellement une révision annuelle, il sera

cependant nécessaire de les adapter à l'évolution très rapide des cours mondiaux des matières premières. À cet égard, **l'article 10.2.2 du Cahier des clauses administratives générales applicables aux marchés publics de fournitures courantes et de services (CCAG-FCS)** dispose que *« lorsque le marché a pour objet l'achat de matières premières agricoles et alimentaires ou nécessite pour sa réalisation le recours à une part importante de fournitures, notamment de matières premières, dont le prix est directement affecté par les fluctuations de cours mondiaux, il est procédé à une révision des prix au minimum tous les trois mois à compter de la date de notification du marché. »*

Le fait que certains secteurs soient soumis à de fortes fluctuations sur les prix ou les coûts ne prémunit pas contre de tels événements qui, lorsqu'ils surviennent, peuvent aussi bien mettre en difficulté les entreprises titulaires des marchés que conduire les acheteurs à payer plus cher. Il est donc recommandé de prévoir des prix révisibles pour les marchés répondant à des besoins connus et réguliers, conclus pour une ou plusieurs années. Pour les marchés conclus à prix fermes, il est recommandé de prévoir un délai d'actualisation du prix inférieur au maximum de trois mois. Par ailleurs, les acheteurs pourraient utilement prévoir dans leurs marchés à venir des clauses exonérant le titulaire de pénalités de retard et prévoyant la prolongation du délai d'exécution en cas de circonstances échappant à la responsabilité du titulaire et le mettant dans l'impossibilité de respecter les délais contractuels.

COMMUNE DE LOGNES

Notre commune a reçu, de son fournisseur en bois, un courrier faisant état d'une augmentation du prix de 15 %. Or, le marché comprend une clause offrant à la commune la possibilité de résilier le marché en cas d'augmentation du prix supérieure ou égale à 2 %. Pour le moment, nous n'avons pas souhaité résilier le contrat, étant donné que les prix proposés par d'autres prestataires ne seraient sans doute pas inférieurs. Cette clause nous impose-t-elle néanmoins de résilier le contrat ?

DAVID LEGROS, JURISTE ASSOCIE DE TERRITOIRES CONSEILS

À partir du moment où la clause en question indique que votre commune se réserve la possibilité de résilier le contrat, elle n'est aucunement tenue de le faire. Au demeurant, je ne vois ni la préfecture ni un concurrent vous attaquer sur ce point, puisque l'augmentation des prix est mondiale.

Certaines questions posées par les participants renvoient à des situations très particulières, qui nécessitent une réflexion plus approfondie qui dépasse le cadre de ces réunions. Afin d'obtenir la meilleure réponse possible, contactez le service de renseignements téléphoniques de Territoires Conseils :

par téléphone au 0970 808 809

par mail sur le site Internet www.banquedesterritoires.fr en cliquant dans le menu la rubrique « Service de renseignements juridiques et financiers » puis « poser une question ». Vous y trouverez également une rubrique « Questions-réponses ».

Dans le cadre des missions d'intérêt général de la Banque des Territoires, ce service est accessible gratuitement à toutes les intercommunalités, quels que soient leur taille et leur type, ainsi qu'aux communes de moins de 10 000 habitants.