



BANQUE des
TERRITOIRES

Territoires Conseils
un service Banque des Territoires



Commande publique : les enseignements de la crise sanitaire

Sommaire

01 Introduction : l'impact de la crise sanitaire 3

03 L'évolution du code de la commande publique 11

02 La loi ASAP 7

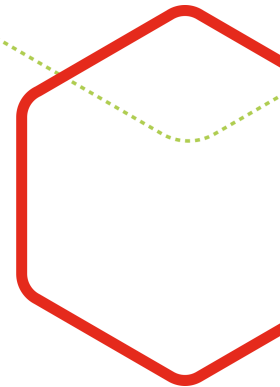
04 La sortie de la crise sanitaire et la reprise économique 17

01

**Introduction :
l'impact de la crise
sanitaire**

Introduction : l'impact de la crise sanitaire

- *La commande publique a été fortement impactée par la crise sanitaire.*
- *Tous les acteurs de la commande en ont subi les conséquences, aussi bien les titulaires de marché que les personnes publiques pour la satisfaction de leurs besoins.*
- *Prenant en compte cette situation, le gouvernement a pris des dispositions afin d'essayer de palier les conséquences de cette crise.*
- *Ces textes devaient avoir une durée limitée au temps de la crise, mais certains ont vu leurs effets perdurer dans le temps.*
- *Le gouvernement a décidé de pérenniser certaines mesures.*
- *Le code de la commande publique a été modifié pour en intégrer directement, afin d'avoir des outils de lutte en cas de survenue d'une nouvelle crise.*
- *Des enjeux nouveaux ont été mis en évidence durant cette crise au-delà des marchés publics.*
- *Le gouvernement entend se servir de la commande publique comme d'un instrument de la relance économique.*



Les mesures prises durant la crise pouvant toujours être appliquées

- *La loi a autorisé le gouvernement à agir par le biais d'ordonnance afin d'adapter la réglementation des marchés publics pour faire face à la crise sanitaire.*
- *L'ordonnance du 25 mars 2020 a ainsi été prise pour prendre en compte les conséquences de la crise sur les marchés publics.*
- *Cette ordonnance a défini des mesures afin de protéger les acteurs de la commande publique (allongement des délais de réception des candidatures et des offres, prolongation des contrats...)*
- *Ces mesures ne peuvent être mises en œuvre pour les contrats qui ont été conclus depuis le 24 juillet 2020.*
- *Pour les contrats antérieurs à cette date ces dispositions peuvent toujours s'appliquer.*
- **ATTENTION** *pour pouvoir les mettre en œuvre il sera nécessaire de démontrer que les difficultés dans l'exécution du contrat sont directement liées à la crise sanitaire ou aux mesures prises pour pallier ses conséquences.*
- *Les dispositions spécifiques aux avances peuvent être mises en œuvre pour les contrats conclus jusqu'au 10 septembre 2020.*

Les mesures prises durant la crise pouvant toujours être appliquées

- Une réponse ministérielle fait assez bien le bilan de la situation :

« ...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 justifiées 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. »

- Une disposition de l'ordonnance du 17 juin 2020 est applicable jusqu'au 31 décembre 2023 : le chiffre d'affaires à prendre en compte pour vérifier les capacités du candidat au marché ne doit pas tenir compte de la baisse éventuelle de celui-ci due à la crise sanitaire.
- Certaines de toutes les dispositions prises durant cette crise ont été perpétuées.

02

La loi ASAP

La loi ASAP

- *Rappel loi ASAP : Loi d'accélération et de simplification de l'action publique.*
- *Cette loi doit prendre en compte les conséquences de la crise sanitaire en modifiant le code de la commande publique. Elle doit aussi permettre la relance économique.*
- *Les marchés de travaux représentent une manne économique très importante. Les personnes publiques sont les plus gros investisseurs des marchés de travaux.*
- *Afin de servir utilement la relance, le gouvernement permet aux acheteurs de faciliter la passation de marchés de travaux de moins de 100 000 Euros.*

Ainsi les marchés de travaux de moins de 100 000 Euros pourront être passés sans publicité ni mise en concurrence préalable. Le secteur du bâtiment pourra être plus facilement relancé.

- *L'inclusion dans le code du motif d'intérêt général est laissé à l'appréciation de l'acheteur. Le gouvernement pourra définir dans le futur des motifs permettant de déroger aux règles de passation des marchés publics.*
- *Il sera aussi possible au gouvernement d'agir par décret dans le cadre de circonstances exceptionnelles. Définies par la loi, ces circonstances permettront d'agir plus rapidement et efficacement en cas de survenue d'une nouvelle crise.*

La loi ASAP

- *Dans le cadre de ces circonstances exceptionnelles il pourra être décidé :*
- *L'aménagement des modalités pratiques de la consultation.*
 - *La prolongation des contrats en cours par avenant et des marchés à bon de commande.*
 - *La prolongation des délais d'exécution en cas de charge manifestement excessive pour le titulaire (ce sera au titulaire de demander l'application de cette mesure).*
 - *De ne pas instituer de pénalité de retard ni de responsabilité contractuelle.*

La durée du décret pris dans ce cadre ne pourra pas excéder 24 mois.

- *La soumission au code des marchés publics de consultation juridique; désormais les services juridiques, 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 préalable ni mise en concurrence.*
- *La loi ASAP pérennise la protection particulière des entreprises en difficultés, en inscrivant dans le code le fait qu'une entreprise soit en redressement judiciaire ne permette pas de résilier le marché pour ce seul motif. Mais il sera aussi possible pour une telle entreprise de candidater à un marché si elle bénéficie d'un plan de redressement.*

La loi ASAP

- *L'accès des PME aux marchés globaux sera facilité en réservant une part minimale à des PME ou des artisans.*
- *Les acheteurs pourront mettre en œuvre des facilités pour les entreprises d'insertion et du handicap en leur réservant un même marché ou un même lot.*
- *La loi ASAP permet aussi de faciliter la conclusion d'avenant pour les marchés conclus avant le 1^{ER} AVRIL 2016, si des travaux, fournitures ou service sont devenus nécessaires.*

03

**L'évolution du code
de la commande
publique**

L'évolution du code de la commande publique

- *La loi ASAP n'est pas le seul texte venant modifier le code de la commande publique.*
- *Durant ces deux années une multiplication de textes (décret, loi) sont intervenus, certains de manière ponctuelle, d'autres s'inscrivant dans la durée.*
- *Il est à noter qu'un décret du 15 octobre 2020 a introduit dans le code de la commande publique les mesures prises pendant la crise sanitaire sur les avances. Le plafonnement est supprimé ainsi que l'obligation d'avoir recours à une garantie à première demande pour les titulaires ayant bénéficié d'une avance supérieure à 30 %.*
- *Au mois de juin 2021, une importante jurisprudence européenne est intervenue. Elle a eu pour conséquence de faire modifier le code de la commande publique par un décret du 23 août.*

A partir du 1 janvier 2022, il ne sera plus possible de conclure des accords-cadres sans montant maximum.

- *La loi du 24 août 2021 confortant le respect des principes de la République prévoit dans son article 1^{ER} des dispositions touchant le droit de la commande publique.*

Lorsqu'un contrat de la commande publique concerne 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.

- *La loi EGAlim, prévoit au moins 50% de produits durables et de qualité, dont au moins 20% de produits biologiques, dans les repas servis en restauration collective à partir du 1^{er} janvier 2022.*

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

- *La loi du 22 août 2021 portant lutte contre le dérèglement climatique et renforcement de la résilience face à ses effets (dite loi « Climat et résilience ») a de lourdes conséquences en terme de droit de la commande publique.*
- *Un nouvel article L 3-1 est introduit dans le code de la commande publique. Il précise que :*

« La commande publique participe à l'atteinte des objectifs de développement durable, dans leurs dimensions économique, sociale et environnementale »

La place de cette article dans le code n'est pas anodine, Il fait suite aux 3 grands principes de la commande publique. Cela montre la place prépondérante de ce principe de développement durable dans le futur de la commande publique.

- *Les schémas de promotion des achats publics socialement et écologiquement responsables (SPASER) devront être mieux pris en compte dans le droit de la commande publique.*

Ils doivent être rendus publics notamment via 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.

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

- *Les SPASER sont obligatoires pour les acheteurs dont le montant total de leurs achats est supérieur à cent millions d'euros hors taxes.*
- *Les spécifications techniques servant de référence pour la définition des besoins des acheteurs devront prendre en compte des objectifs de développement durable dans leurs dimensions économique, sociale et environnementale.*
- *Cette obligation va aussi s'étendre dans le cadre de l'exécution des marchés publics. Les acheteurs devront fixer dans leurs contrats des conditions d'exécution prenant en compte des considérations relatives à l'environnement.*
- ***Le critère du prix ne peut plus être le seul critère d'un marché public.***

Dorénavant les acheteurs devront retenir au moins un critère d'attribution prenant en compte les caractéristiques environnementales de l'offre. Si l'acheteur fait le choix de ne retenir qu'un seul critère de sélection, seul le critère unique du coût global intégrant nécessairement des considérations environnementales pourra désormais être retenu.

- *Pour la fourniture de produits agricoles et de denrées alimentaires, les acheteurs devront tenir compte des conditions de fraîcheur, la nécessité de respecter la saisonnalité et le niveau de transformation attendu des produits ».*

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

➤ *La loi climat et résilience prévoit 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 devrait 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'utilisation des dérogations par l'acheteur devront être justifiées.

➤ *La loi 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, ne satisfait pas à cette obligation pour l'année qui précède celle de l'engagement de la consultation.*

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

- *Les concessionnaires devront 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.*
- *A partir de 2030 la loi va rendre obligatoire l'utilisation de matériaux biosourcés ou bas carbone dans au moins 25 % des rénovations lourdes et des constructions relevant de la commande publique.*

Les dispositions de la loi climat entreront en vigueur à une date fixée par décret et au plus tard le 22 août 2026.

04

**La sortie de la crise
sanitaire et la reprise
économique**

La sortie de la crise sanitaire et la reprise économique

- *La sortie de la crise sanitaire a eu un effet sur la reprise économique. Toutes les économies sont reparties très fortement.*
- *La demande de matériaux, composants et matières premières a eu un effet considérable sur les cours mondiaux.*
- *De nombreuses entreprises doivent faire face à des pénuries dans le cadre de l'exécution des marchés publics.*
- *Le Premier ministre a invité les ministères à veiller à ce que les services de l'Etat aménagent les conditions d'exécution des contrats en cours. Tout en invitant les collectivités locales à mettre en place des démarches analogues.*
- *Pour les marchés de l'Etat, les pénalités de retard ne seront pas appliquées si le retard est dû aux effets de la reprise économique. Des reports de délai pourront aussi être accordés.*
- *La force majeure pourra être invoquée par le titulaire du marché.*
- *Les cours mondiaux vont avoir une influence sur les prix; dans le cadre des marchés, celui-ci est intangible (sauf clause de révision des prix). En cas de bouleversement économique, le titulaire pourra demander une indemnité sur le fondement de la théorie de l'imprévision. Le marché pourra être résilié si ce bouleversement était durable.*

La sortie de la crise sanitaire et la reprise économique

- *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 adapter les conditions d'exécution du marché.*
- *La révision des prix va devenir un outil indispensable afin de prendre en compte la volatilité des prix dans les marchés publics. C'est une obligation dans certains marchés, ce sera un levier afin d'éviter de recourir à la théorie de l'imprévision et ainsi sécuriser des marchés publics.*

Service de renseignement téléphonique juridique et financier

Certaines questions posées par les participants peuvent renvoyer à des situations très particulières, qui nécessitent une réflexion plus approfondie dépassant le cadre de ces webconférences. Afin d'obtenir la meilleure réponse possible, contactez notre service de renseignements téléphoniques * :

- par téléphone au 0970 808 809
- par mail sur le site Internet www.banquedesterritoires.fr, espace Territoires Conseils, Service de renseignements juridiques et financiers – rubrique Contact
- Retrouvez également toutes nos ressources dans un dossier spécial « **Nouveaux élus : nos outils** » sur notre plateforme numérique : <https://www.banquedesterritoires.fr/municipales-2020> (notes juridiques, visioconférences, questions-réponses....)

** Dans le cadre des missions d'intérêt général de la Caisse des Dépôts, ce service de renseignements est accessible gratuitement à toutes les communes de moins de 20 000 habitants, toutes les communes nouvelles et les intercommunalités sans limite de taille.*



banquedesterritoires.fr



@BanqueDesTerr