Une nouvelle ordonnance n°2020-738 du 17 juin 2020, concernant directement les contrats de la commande publique, a été prise sur le fondement de la loi n°2020-290 du 23 mars 2020 d'urgence pour faire face à l'épidémie de Covid-19.

Une nouvelle ordonnance n°2020-738 du 17 juin 2020 [1], concernant directement les contrats de la commande publique, a été prise sur le fondement de la loi n°2020-290 du 23 mars 2020 d'urgence pour faire face à l'épidémie de Covid-19 [2].

En effet, selon le Rapport au président de la République « *dans ce contexte de crise sanitaire, et afin de favoriser la relance de l'économie* », le gouvernement a entendu « *proposer différentes mesures ayant pour objectifs de soutenir les entreprises (notamment les PME) fragilisées par cette crise* ».

En l'occurrence, 3 nouvelles mesures ont été adoptées en matière de commande publique par cette ordonnance :

1. Faciliter l'accès aux marchés publics et aux contrats de concessions pour les entreprises admises à la procédure de redressement judiciaire

On le sait, l'article L.2141-3 du Code de la commande publique prévoit que :

« *Sont exclues de la procédure de passation des marchés les personnes :*

1° (...)

3° Admises à la procédure de redressement judiciaire instituée par l'article L. 631-1 du code de commerce ou à une procédure équivalente régie par un droit étranger, et qui ne justifient pas avoir été habilitées à poursuivre leurs activités pendant la durée prévisible d'exécution du marché ».

La même interdiction est prévue à l'article L.3123-3 du Code de la commande publique pour les procédures de passation des contrats de concession.

Il s'agit dans les deux cas d'un motif d'exclusion de plein droit, c'est-à-dire que l'acheteur public n'a aucun pouvoir d'appréciation pour rejeter la candidature d'un opérateur économique qui se trouverait dans cette situation.

Cependant, l'article 1er de l'ordonnance n°2020-738 du 17 juin 2020, vient instaurer un dispositif dérogatoire en la matière, jusqu'au 10 juillet 2021, soit un an après la fin de l'état d'urgence.

Jusqu'à cette date, il est désormais dans tous les cas interdit à un acheteur public d'exclure les entreprises se trouvant dans une situation de redressement judiciaire, et ce, sans qu'elles aient à justifier être habilitées à poursuivre leurs activités pendant la période prévisible d'exécution du marché :

« *Les entreprises admises à la procédure de redressement judiciaire instituée par l'article L. 631-1 du code de commerce ou à une procédure équivalente régie par un droit étranger* ***ne peuvent être exclues, pour ce motif****, de la procédure de passation des marchés et des contrats de concessions lorsqu'elles bénéficient d'un plan de redressement* ».

2. Faciliter l'accès des PME aux marchés globaux

Conformément à l'article L.2171-1 du Code de la commande publique :

« *Sont des marchés globaux passés par dérogation au principe d'allotissement :*

1° Les marchés de conception-réalisation ;

2° Les marchés globaux de performance ;

3° Les marchés globaux sectoriels ».

L'article 2 de l'ordonnance n°2020-738 du 17 juin 2020 indique à cet égard que ces marchés doivent désormais prévoir « *la part minimale de l'exécution du marché que le titulaire s'engage à confier directement ou indirectement à des petites et moyennes entreprises ou à des artisans* ».

Il précise encore que « ***cette part ne peut être inférieure à 10% du montant prévisionnel du marché*** *que le soumissionnaire sauf lorsque la structure économique du secteur concerné ne le permet pas* ».

Par ailleurs, ce même article étend à tous les contrats globaux le dispositif en faveur des PME prévu par l'article L.2222-4 du Code de la commande publique, à savoir intégrer **un critère obligatoire d'attribution** lié à la part que l'entreprise s'engage à confier à des PME ou des artisans.

Il ressort en effet du Rapport au Président de la République, que le gouvernement pense que « *La période de relance de l'économie après l'épidémie de covid-19 pourrait s'accompagner d'un fort recours à des marchés de ce type* », et que « *Etendre ce critère à l'ensemble des contrats globaux du CCP permettrait de soutenir les PME fragilisées par cette crise en leur facilitant l'accès à ce type de contrat ».*

Ces dispositions sont également applicables jusqu'au 10 juillet 2021, mais les marchés de défense et de sécurité sont expressément exclus de ces mesures exceptionnelles.

3. L'absence de prise en compte au stade de l'analyse des candidatures de la baisse du chiffre d'affaires liée à la crise sanitaire

Habituellement, au stade de la candidature, les acheteurs doivent en principe préciser les conditions de participations auxquelles les candidats doivent répondre pour s'assurer qu'ils disposent de l'aptitude à exercer l'activité professionnelle, ou la capacité économique et financière, ou des capacités techniques et professionnelles nécessaires à l'exécution du marché (article L.2142-1 du Code de la commande publique).

Le candidat doit donc en principe notamment disposer d'une capacité financière suffisante pour pouvoir exécuter le marché, ce que l'acheteur est tenu de vérifier.

L'acheteur peut notamment exiger par exemple des opérateurs économiques qu'ils réalisent un chiffre d'affaires annuel minimal, qu'ils fournissent des informations sur leurs comptes annuels ou qu'ils soient suffisamment assurés.

L'article 3 de l'ordonnance commentée vient toutefois limiter la possibilité pour les acheteurs publics d'écarter une candidature en raison d'un chiffre d'affaires insuffisant :

« 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*** *».*

Contrairement aux deux premières mesures prévues aux articles 1 et 2 (Cf. supra), les dispositions de l'article 3 sont applicables jusqu'au 31 décembre 2023.

Publié le 29 juin 2020

URL de la source (modifié le 29/06/2020 - 18:24): http://www.cabinet-gros-hicter.fr/fr/actualites/ordonnance-ndeg-2020-738-du-17-juin-2020-portant-diverses-mesures-en-matiere-de-commande

Liens
[1] https://www.legifrance.gouv.fr/affichTexte.do?cidTexte=JORFTEXT000042007254&categorieLien=id
[2] https://www.legifrance.gouv.fr/affichTexte.do?cidTexte=JORFTEXT000041746313&dateTexte=20200629