

OBJET : Conséquences de la crise sanitaire sur l'exécution des marchés publics de travaux.

Lignes directrices et recommandations à l'attention des pouvoirs adjudicateurs wallons.

RGE = arrêté royal du 14 janvier 2013 établissant les règles d'exécution des marchés publics et des concessions de travaux publics

Complémentaire à la circulaire du Ministre-Président du 23 mars dernier, la présente note vise à définir quelques lignes directrices et recommandations pour la gestion de l'exécution des marchés les plus susceptibles d'être impactés par la crise du Covid-19 compte tenu des mesures de distanciation sociale et de confinement que cette crise impose.

Dès lors, ces lignes directrices visent seulement les marchés publics de travaux, pour lesquels les règles générales d'exécution (RGE) prévoient des dispositions spécifiques (p.ex. l'ordre de commencer les travaux). Les marchés de fournitures et de services doivent quant à eux – plus encore peut-être que les marchés de travaux – être soumis à une analyse au cas par cas, au regard notamment de ce que prévoient les documents du marché (moins standardisés qu'en travaux – v. notamment le CCT bâtiments et le CCT Qualiroutes).

Ces lignes directrices peuvent néanmoins s'appliquer aux marchés de services apparentés à des travaux (entretien d'installations diverses, parcs et jardins, ...).

Elles peuvent également l'être pour les marchés à commandes et les accords-cadres ainsi que les marchés subséquents. Il conviendra notamment de déterminer si la durée de validité initiale du marché/accord-cadre permet d'atteindre le montant minimum garanti de commandes. A défaut, il faudra envisager la rédaction d'avenants.

Par ailleurs, il est recommandé aux pouvoirs adjudicateurs de vérifier si le cahier spécial des charges ne prévoit de clauses de réexamen spécifiques ou d'autres dispositions à celles prévues ci-après.

La présente note aborde les hypothèses suivantes pour des marchés déjà conclus :

- A.** L'ordre de commencer les travaux n'a pas encore été donné ;
- B.** L'ordre de commencer les travaux a déjà été donné et la date de commencement tombe dans la période de confinement ;
- C.** L'exécution du marché est suspendue ;

D. Les travaux peuvent se poursuivre mais avec des aménagements contractuels ;

E. Des demandes d'indemnisation ont été introduites par les adjudicataires.

Des **canevas de courriers types** sont proposés en annexe pour répondre aux principales hypothèses rencontrées.

Bien que cette note tente de rencontrer les principales hypothèses, il n'est pas possible d'envisager toutes les particularités auxquelles peut être confronté un pouvoir adjudicateur en raison des spécificités de chaque marché.

De manière générale, la gestion de la crise doit avant tout s'effectuer par le **dialogue** entre le pouvoir adjudicateur et l'adjudicataire. Plus que jamais une concertation préalable s'impose. La conclusion de cette concertation sera formalisée par écrit mais le mail peut suffire à ce stade.

Lorsque la réglementation impose le recommandé, il est conseillé, eu égard aux mesures de télétravail généralisées, de communiquer le plus rapidement possible par des **courriers électroniques** qui seront ultérieurement confirmés par des envois recommandés.

NB : Les dispositions réglementaires visées sont celles applicables aux marchés mis en concurrence à partir du 30 juin 2017. Pour les marchés antérieurs, il convient d'appliquer les dispositions correspondantes antérieures des RGE, voire du cahier général des charges.

A. L'ordre de commencer les travaux n'a pas encore été donné

Après la concertation avec l'adjudicataire, plusieurs situations sont possibles :

A.1. L'ordre de commencer peut être délivré et l'exécution ne requiert aucune adaptation.

Dans ce cas, l'ordre de commencer est délivré normalement dans le respect des règles générales d'exécution (art. 76).

A.2. L'ordre de commencer peut être délivré mais des aménagements contractuels doivent intervenir pour permettre une exécution dans le respect des règles de sécurité en vigueur.

Il convient dans ce cas de formaliser les adaptations contractuelles dans un avenant. Cet avenant pourra se fonder sur l'article 38/2, ou les articles 38/5 et 38/6 RGE.

A.3. L'ordre de commencer les travaux n'est pas opportun en raison de la crise sanitaire

Dans ce cas, le pouvoir adjudicateur confirme par écrit le report en indiquant que le début des prestations sera déterminé ultérieurement, de commun accord également, en fonction de l'évolution de la situation.

D'autres aménagements contractuels peuvent être éventuellement convenus dès cet instant en fonction des nécessités propres à chaque marché. Ils doivent être formalisés par avenant.

Lorsque l'ordre de commencement est donné avec une date de début d'exécution fixée de commun accord, l'adjudicataire renonce, jusqu'à cette date, à l'application de l'article 76 §3 des RGE (résiliation du marché).

La date initialement convenue peut bien sûr être reportée si les circonstances l'exigent.

Un canevas de courrier repris en **annexe n° 1** est mis à votre disposition.

B. L'ordre de commencer les travaux est donné et la date de commencement tombe dans la période de confinement

On vise ici l'hypothèse où :

- L'ordre de commencer a déjà été donné ;
ET
- La date de commencement des travaux postérieure au 18 mars 2020 tombe durant la période de confinement.

Pour rappel, une concertation préalable doit avoir lieu avec l'adjudicataire. Celle-ci est concrétisée par écrit mais le mail peut suffire. Sauf si l'adjudicataire a déjà fourni suffisamment d'informations, il peut lui être demandé des précisions écrites (un mail suffit) quant à l'impact concret de la crise sanitaire sur son entreprise afin de déterminer si un ajournement est nécessaire.

Si cet ajournement s'avère nécessaire ou simplement opportun, la date de commencement des travaux est reportée de commun accord. La date effective de commencement des travaux est concertée, en principe à la fin de la crise sanitaire.

Lorsque la date de début d'exécution est fixée de commun accord, l'adjudicataire renonce, jusqu'à cette date, à l'application de l'article 76 §3 des RGE (résiliation du marché).

D'autres aménagements contractuels peuvent être éventuellement convenus anticipativement, en fonction des nécessités propres à chaque marché. Ils doivent être formalisés par avenant.

Un canevas de courrier repris en **annexe n° 2** est mis à votre disposition.

C. L'exécution du marché est suspendue à l'initiative de l'adjudicataire

On vise ci-dessous différentes hypothèses relatives à un arrêt de chantier dans le contexte de la crise sanitaire.

C.1. L'adjudicataire a informé le pouvoir adjudicateur des difficultés rencontrées et a justifié l'interruption du chantier

Le pouvoir adjudicateur adresse un courrier d'accusé de réception (le mail peut suffire dans un premier temps) par lequel il confirme la suspension de commun accord en précisant qu'il s'agit d'une suspension temporaire pour force majeure, avec effet rétroactif à la date effective d'interruption de chantier et jusqu'à ce que les obligations de confinement et de distanciation sociale soient levées.

L'article 38/12 §1 et 2 des RGE ne doit pas être mentionné puisque la suspension n'intervient pas à l'initiative du pouvoir adjudicateur mais de commun accord. Il convient de préciser dans le courrier :

- Que les délais contractuels/d'exécution sont en conséquence suspendus ;
- Si le délai d'exécution est déjà dépassé, que le cours des amendes de retard et le cas échéant, certaines pénalités spéciales prévues par les documents du marché, est suspendu.

Eventuellement, un procès-verbal peut être établi pour décrire les éléments objectifs de l'arrêt de chantier constatés sur place. Il est joint au courrier précité. Il ne s'agit pas dans ce cas d'un PV de constat de manquement au sens de l'article 44 des RGE.

Parallèlement, s'il existe, le journal des travaux doit décrire dès que possible la situation exacte du chantier.

Le cas échéant, un état des lieux contradictoire est dressé pour préciser la situation du chantier au moment de son interruption.

L'adjudicataire est tenu de prendre (à ses frais), toutes les précautions nécessaires pour préserver les travaux et matériaux des dégradations pouvant provenir de conditions météorologiques défavorables, du vol ou d'autres actes de malveillance.

Un canevas de courrier repris en **annexe n° 3** est mis à votre disposition.

C.2. L'adjudicataire n'a pas justifié l'arrêt du chantier ou n'en a pas informé le pouvoir adjudicateur

Dans ces hypothèses, il est recommandé d'adresser un courrier à l'adjudicataire (le mail peut suffire dans un premier temps) en lui demandant selon le cas :

- Des compléments d'information ; on peut éventuellement y joindre un PV de simple constat de l'état du chantier (v. ci-dessus) ;

- Des informations précises permettant de déterminer si le chantier peut être suspendu en tout ou partie pour cause de force majeure ; on peut éventuellement y joindre un PV de simple constat (v. ci-dessus).

En fonction de la réponse reçue (ou de l'absence de réponse) :

- Soit acter la suspension « de commun accord » dans un courrier similaire à celui visé **au point C.1** ci-dessus ;
- Soit dresser un PV de manquement et le notifier à l'adjudicataire en lui demandant de formuler ses justifications dans le délai de 15 jours conformément à l'article 44 des RGE. Il est conseillé de contextualiser éventuellement cette demande en soulignant que le pouvoir adjudicateur est conscient des difficultés susceptibles d'être engendrées par la crise actuelle.

Selon les hypothèses rencontrées, des canevas de courriers repris en **annexe n° 4 et 5** sont mis à votre disposition.

D. Les travaux peuvent se poursuivre complètement ou partiellement moyennant des aménagements contractuels

Le pouvoir adjudicateur se concerta avec l'adjudicataire pour convenir des modalités de la poursuite des activités et des aménagements contractuels nécessaires.

Il convient d'établir sans délai des avenants pour formaliser le résultat de la concertation et les modifications contractuelles convenues (prolongation de délai d'exécution et/ou autres modalités) en respectant les conditions posées par l'article 38/2 ou les articles 38/5 et 38/6 des RGE.

Le cas échéant, il conviendra de préciser explicitement que la suspension partielle des prestations, si elle est nécessaire et justifiée, est due à un cas de force majeure (voir supra).

Un canevas d'avenant en **annexe 6** est mis à votre disposition.

E. Des demandes d'indemnisation ont été introduites par l'adjudicataire

De nombreux adjudicataires ont déjà dénoncé les difficultés rencontrées auprès des pouvoirs adjudicateurs en invoquant parfois expressément l'article 38/9 RGE.

Il est recommandé dans ce cas d'accuser réception de ce courrier sans préjudice d'autres aménagements contractuels à convenir lors de la reprise du chantier et sans reconnaissance préjudiciable quant au fondement des demandes d'indemnisation et de révision. La recevabilité et le fondement de ces demandes seront examinés à la lumière de l'ensemble des circonstances établies ainsi que des informations transmises à la sortie de la crise sanitaire actuelle et en tenant compte des aménagements contractuels qui se seront déjà révélés nécessaires.

Aucune compensation financière ne pourra être accordée à l'adjudicataire pour le seul fait de la suspension du chantier, le fait générateur de ladite suspension constituant un cas de force majeure, qui délie les parties de certaines de leurs obligations respectives.

Il est vivement recommandé de bien identifier les perturbations d'exécution qui sont la conséquence effective de la crise sanitaire, afin d'éviter :

- De perdre la possibilité de prendre des sanctions/mesures d'office durant cette crise ;
- Que les adjudicataires n'introduisent des réclamations contenant des éléments qui sont sans rapport avec cette crise.

Les fonctionnaires dirigeants des différents marchés sont donc invités à documenter le plus complètement possible les ralentissements et autres perturbations qui sont effectivement dus au COVID-19 et ce afin de pouvoir déterminer le plus précisément possible les éventuelles indemnités qui devront être réglées aux entreprises.

A la sortie de la crise, une fois en possession de la requête chiffrée de l'adjudicataire, il conviendra de vérifier, sans reconnaissance préjudiciable, si les conditions de recevabilité de la demande indemnitaire/de révision sont réunies conformément aux articles 38/14, 38/15 et 38/16 des RGE et d'analyser le bien-fondé de la demande.

Liste des annexes :

- Annexe 1 – Report de l'ordre de commencer
- Annexe 2 – Report du début d'exécution ordre déjà donné
- Annexe 3 – Lettre de suspension pour arrêt de chantier accepté
- Annexe 4 – Suspension éventuelle demande de complément d'information
- Annexe 5 – Chantier arrêté PV de manquement
- Annexe 6 – Avenant

Table des matières

A.	L'ordre de commencer les travaux n'a pas encore été donné	2
A.2.	L'ordre de commencer peut être délivré mais des aménagements contractuels doivent intervenir pour permettre une exécution dans le respect des règles de sécurité en vigueur.....	2
A.3.	L'ordre de commencer les travaux n'est pas opportun en raison de la crise sanitaire.....	3
B.	L'ordre de commencer les travaux est donné et la date de commencement tombe dans la période de confinement.....	3
C.	L'exécution du marché est suspendue à l'initiative de l'adjudicataire	4
C.1.	L'adjudicataire a informé le pouvoir adjudicateur des difficultés rencontrées et a justifié l'interruption du chantier	4
C.2.	L'adjudicataire n'a pas justifié l'arrêt du chantier ou n'en a pas informé le pouvoir adjudicateur.....	4
D.	Les travaux peuvent se poursuivre complètement ou partiellement moyennant des aménagements contractuels	5
E.	Des demandes d'indemnisation ont été introduites par l'adjudicataire	5