

## Conséquences des mesures sanitaires liées au COVID-19 sur les marchés publics en région Bruxelles-Capitale

### Recommandations à l'attention des pouvoirs adjudicateurs bruxellois

---

#### A. Objectifs généraux

La crise sanitaire du Covid-19 a déjà des impacts perceptibles sur les marchés publics bruxellois, tant au niveau de la passation (p.ex. difficulté pour les soumissionnaires de remettre offre dans les délais ou de déterminer leurs prix) que de l'exécution (impossibilité d'exécuter les obligations, difficultés d'approvisionnement, personnel en confinement ou malade, délais non tenus, etc.).

Face à ce constat, la présente note vise à informer le Gouvernement de la Région de Bruxelles-Capitale d'une série de recommandations et de lignes directrices qui devraient être adoptées par les pouvoirs adjudicateurs bruxellois. Chaque membre du Gouvernement diffusera à ses administrations respectives les présentes recommandations.

Il convient toutefois d'attirer l'attention sur le fait que chaque marché public est singulier et que chaque situation doit faire l'objet d'un examen approfondi et circonstancié. Dès lors, la présente note n'a pas pour objet de détailler de manière exhaustive l'ensemble des situations qui pourraient se présenter mais bien de recommander certaines bonnes pratiques dans l'intérêt tant des pouvoirs adjudicateurs bruxellois que des opérateurs économiques, afin que les intérêts légitimes des deux parties puissent être sauvegardés au mieux dans la période de crise que nous connaissons.

#### B. Impacts sur les marchés publics

##### 1. Au stade de la passation

En fonction de l'avancement de la procédure de passation, les recommandations suivantes peuvent être formulées :

- **Pour les nouveaux marchés**, Il est **recommandé de ne pas suspendre le lancement de toute nouvelle procédure de passation**. Néanmoins, il faut tenir compte d'une flexibilité quant au délai de remise des offres afin de permettre une participation plus importante des entreprises et d'assurer une concurrence appropriée et d'éviter la remise d'un nombre d'offre insuffisant.

Cette flexibilité ne s'applique pas dans les cas suivants :

- besoin spécifique lié précisément à la résolution de la crise sanitaire ;  
pour les marchés non impactés par le confinement, afin de maintenir un niveau d'activité et d'éviter un engorgement en sortie de crise. Un contact préalable avec les représentants du secteur peut s'avérer utile. Urgence : pour les marchés publics qui doivent être lancés en urgence pour faire face à la situation sanitaire actuelle (ex : marchés publics de fourniture de masques, marchés publics de travaux pour la construction d'annexe temporaire aux hôpitaux, etc.), nous rappelons la possibilité de recourir moyennant motivation formelle à la procédure négociée sans publication

préalable pour « urgence impérieuse » et ce, dans la mesure strictement nécessaire pour faire face à la situation d'urgence (article 42, §1er, 1°, b de la loi 17 juin 2016). Par ailleurs, l'urgence peut pour rappel justifier le raccourcissement de délais de publications, dans les conditions prévues par la réglementation (voir notamment art. 36, §3 ou 37, §4 de la Loi du 17 juin 2016).

- **Pour les avis de marchés déjà publiés ou les invitations à remettre offre qui ont déjà été notifiées**, un report du délai pour assurer une concurrence appropriée et éviter un nombre d'offre insuffisant est conseillé (via un *avis rectificatif* ou un courrier suivant le cas). Si le marché prévoit une visite des lieux obligatoire ou la consultation de documents sur place, si les mesures de distanciation sociale ne peuvent être respectées, le report du délai de remise d'offre semble même s'imposer vu le confinement.
- **Pour les procédures en cours permettant la remise d'offre en version papier**, veillez à ce que les offres puissent être réceptionnées à l'adresse et aux horaires repris dans le cahier des charges. Si nécessaire, procédez à temps à une modification des documents du marché sur ce point via un erratum. Pour les procédures non encore initiées, il est recommandé d'utiliser exclusivement les plateformes électroniques (mise en ligne sur e-Procurement) même pour les procédures où cela n'est pas obligatoire, et ce en privilégiant les formulaires « ouverts » (F50 pour les PNSPP ou les marchés de faible montant).

**Pour les marchés dont les offres sont en cours d'analyse**, il est conseillé de poursuivre l'analyse et le parcours administratif interne mais de suspendre la notification de l'attribution et de demander si nécessaire aux opérateurs économiques de prolonger la durée de validité de leur offre conformément à l'article 89 de l'AR du 18 avril 2017.

- **Pour les marchés dont l'attribution a déjà fait l'objet d'une notification sans que l'exécution ait formellement commencé**, un report du commencement de l'exécution est conseillé. Il est recommandé de se concerter avec l'adjudicataire pour la fixation du démarrage de l'exécution.

En tout état de cause, les recommandations suivantes doivent être prises en considération :

- **Si vous deviez recevoir un nombre d'offres insuffisant ne permettant pas une mise en concurrence appropriée**, la possibilité de renoncer à attribuer le marché peut être envisagée sur la base de l'article 85 de la Loi du 17 juin 2016, moyennant motivation et avec prudence. Cependant, nous recommandons d'anticiper cette situation en instaurant des délais qui permettent d'assurer une concurrence appropriée.
- Il est conseillé en cette période d'être particulièrement attentif à **ne pas attribuer un marché à un soumissionnaire dans un état de faillite ou analogue** (art. 69, 2° de la Loi du 17 juin 2016).
- De manière générale, dans tous vos échanges avec les soumissionnaires (compléments d'informations, négociations, vérification des prix, etc.), **veillez à laisser des délais de réponse suffisamment longs**, en vous assurant préalablement que les sociétés concernées seront en mesure de vous répondre.

## 2. Au stade de l'exécution

La crise sanitaire engendrera nécessairement des incidents lors de l'exécution des marchés en cours. Il convient autant que faire se peut de communiquer avec les adjudicataires et de privilégier le règlement amiable de tout différend qui surgirait. En fonction des circonstances, les aménagements convenus feront l'objet d'un échange de courriers, d'un PV ou d'un avenant formalisé dans les conditions des articles 37 et suivants de l'arrêté royal du 14 janvier 2013 (ci-après RGE).

Plusieurs cas de figure pourront se présenter, suivant l'impact de la crise sanitaire sur l'exécution du marché :

- Il n'y a pas d'impact de la crise sur l'exécution du marché (2.1.) ;
- L'exécution du marché est possible mais des retards sont/seront inévitables. Il y a donc un impact mineur de la crise mais il faut régler la question de **l'aménagement des délais** et du **sort des amendes pour retard** (2.2)
- L'exécution du marché est devenue temporairement impossible. Il y a donc un impact important de la crise sur le marché et il faut envisager **la suspension du marché** (2.3)
- L'exécution du marché est devenue totalement impossible. Il y a donc un impact d'une importance déterminante et il faut envisager **la résiliation** du marché (2.4.).

#### **2.1. La crise sanitaire n'a pas d'impact sur l'exécution du marché**

Dans un certain nombre de cas, la crise sanitaire sera sans aucune influence notable sur l'exécution du marché.

Il conviendra dans ce cas de veiller au respect des délais convenus et d'appliquer le cas échéant les sanctions et/ou mesures d'office prévues par la réglementation ou les documents du marché.

Afin d'éviter toute revendication dans le chef des adjudicataires (remises des amendes, révision des conditions du marché), il conviendra que chaque pouvoir adjudicateur, malgré l'organisation plus difficile du travail en cette période de crise, veille à ce qu'aucune carence ou lenteur ne puisse lui être reprochée.

#### **2.2. La crise sanitaire a un impact mineur mais il faut aménager les délais et régler le sort des amendes et des pénalités**

Sont ici visés les marchés dont l'exécution peut se poursuivre, mais qui connaîtront certains retards directement imputables à la crise Covid-19.

##### **a) L'aménagement des délais**

###### **Soit à l'initiative du pouvoir adjudicateur**

**L'idéal consiste à anticiper et à formaliser un réaménagement des délais**, après une discussion avec l'adjudicataire permettant de prendre en compte les difficultés concrètes auxquelles il doit faire face et qui ne lui sont pas imputables. L'éventuel avenant peut se fonder, suivant le cas, sur les articles 38/2 RGE (événement imprévisible dans le chef e l'adjudicataire) ou 38/4 RGE (la règle de « minimis »).

###### **Soit à l'initiative de l'adjudicataire**

L'adjudicataire peut aussi demander la révision des délais et introduire sa demande sur pied de l'article 38/9 RGE (circonstances imprévisibles dans le chef de l'adjudicataire). Normalement cette clause de réexamen obligatoire doit figurer dans le CSC mais même si ce n'est pas le cas, le pouvoir adjudicateur ou l'adjudicataire veillera au respect des formalités prévues aux articles 38/14 à 38/16 RGE, à savoir :

- Dénonciation des faits par écrit dans les trente jours de leur survenance ou de la date à laquelle l'adjudicataire ou l'adjudicateur aurait normalement dû en avoir connaissance.
- Information succincte : l'adjudicataire doit faire connaître de manière succincte à l'adjudicateur l'influence de ces faits ou circonstances sur le déroulement et le coût du marché
- Justification chiffrée : l'adjudicataire doit, sous peine de déchéance, transmettre par écrit à l'adjudicateur la justification chiffrée de sa demande avant l'expiration des délais contractuels.

Dans tous les cas où un allongement des délais est convenu, et principalement lorsque le délai était un critère d'attribution, le pouvoir adjudicateur veillera à n'accorder de report que dans la mesure strictement justifiée par la crise sanitaire du Covid-19.

#### **b) Les amendes pour retard et autres pénalités**

Pour autant qu'aucune anticipation n'ait été possible ou formalisée, le dépassement des délais d'exécution prévus exposera en principe l'adjudicataire aux sanctions prévues par la réglementation (amendes, pénalités et mesures d'office) ou mentionnées dans les documents du marché.

Pour autant que les retards soient exclusivement imputables à la crise, et dans cette mesure seulement, **il est recommandé de ne pas appliquer les sanctions ni de réclamer les amendes ou pénalités**. Si des amendes ou pénalités devaient déjà être appliquées, l'adjudicataire pourrait en obtenir la remise en respectant en principe (et si possible) les formalités prévues à l'article 50 RGE (l'adjudicataire démontre que le retard est dû à une cause imprévisible – voir conditions d'introduction de la demande de remise à l'article 50§2).

Par ailleurs, il est possible de payer les factures sur des travaux partiels, même si la facture intermédiaire n'était pas prévue initialement.

### **2.3. La crise sanitaire a une incidence importante justifiant une suspension du marché**

#### **Soit à l'initiative du pouvoir adjudicateur**

Plusieurs cas de figure pourront être rencontrés :

#### **1) Votre CSC prévoit une clause de réexamen fondée sur l'article 38/12, §2 RGE**

Cette clause pourra le cas échéant être activée par le pouvoir adjudicateur si les conditions stipulées sont remplies (et qu'il n'existe pas d'autre alternative plus intéressante pour les parties) ;

Conséquence de la suspension sur base de l'article 38/12 RGE : le délai d'exécution est prolongé à concurrence du retard occasionné par cette suspension, pour autant que le délai contractuel ne soit pas expiré.

Il est recommandé de discuter avec l'entreprise pour déterminer avec elle la date à laquelle elle pourrait reprendre l'exécution du marché en fonction de sa capacité à respecter les mesures reprises dans l'arrêté ministériel du 23 mars 2020 portant des mesures d'urgence pour limiter la propagation du coronavirus COVID-19

Le pouvoir adjudicateur informe par écrit l'adjudicataire de cette suspension. Cet écrit mentionne que le délai d'exécution est immédiatement suspendu et ce jusqu'à ce que l'entreprise puisse reprendre l'exécution du marché dans le respect des règles reprises à l'arrêté ministériel du 23 mars 2020. Il mentionne également sur la base de quelle clause de réexamen la suspension est prévue et rappelle enfin que le délai d'exécution est prolongé à concurrence du retard occasionné par cette suspension.

## 2) Votre CSC ne prévoit pas de clause de réexamen permettant de suspendre le marché

A défaut d'une telle clause (article 38/10 §4 RGE), le pouvoir adjudicateur pourrait malgré tout notifier l'ordre de suspendre l'exécution du marché ou certains délais d'exécution, en se fondant, suivant les circonstances, sur l'une des hypothèses des RGE :

- 38/2 évènement imprévisible dans le chef de l'adjudicateur ;
- 38/4 modification de minimi ;
- 38/5 modification non substantielle ;
- sur la force majeure.

Conséquence de la suspension sur base des articles 38/2, 38/4 et 38/5 : il est recommandé de prévoir une prolongation du délai d'exécution à concurrence du retard occasionné par cette suspension + un délai complémentaire à convenir avec l'entreprise pour lui permettre d'organiser la reprise de l'exécution du chantier pour autant que le délai contractuel ne soit pas expiré

Une fois de plus, il est recommandé de discuter avec l'entreprise pour déterminer avec elle la date à laquelle elle pourrait reprendre l'exécution du marché en fonction de sa capacité à respecter les mesures reprises dans l'arrêté ministériel du 23 mars 2020 portant des mesures d'urgence pour limiter la propagation du coronavirus COVID-19

Le pouvoir adjudicateur informe par écrit l'adjudicataire de cette suspension. Cet écrit mentionne que le délai d'exécution est immédiatement suspendu et ce jusqu'à ce que l'entreprise puisse reprendre l'exécution du marché dans le respect des règles reprises à l'arrêté ministériel du 23 mars 2020. Il mentionne également la justification de la suspension et rappelle enfin que le délai d'exécution est prolongé à concurrence du retard occasionné par cette suspension augmenté du délai complémentaire convenu avec l'entreprise pour lui permettre d'organiser la reprise de l'exécution du chantier

### **Soit à l'initiative de l'adjudicataire**

Sur base d'une clause de réexamen fondée sur l'article 38/9, §1<sup>er</sup> RGE (ou à défaut sur base de l'article 38/9, § 4 directement), l'adjudicataire pourrait également solliciter (entre autres) la suspension du marché et le prolongement des délais d'exécution. Cette demande devra être introduite suivant les formes prescrites aux articles 38/14 à 38/16 RGE à moins qu'une situation de force majeure ait rendu le respect de ces formalités impossible.

\*\*\*Dans tous les cas, vu les circonstances exceptionnelles que nous connaissons, la voie à privilégier demeure le dialogue constructif et compréhensif entre les parties et la modification du marché de commun accord suivant une des hypothèses visées aux art. 37 et s. RGE (plusieurs bases légales pourront suivant les circonstances être utilisées : 38/2, 38/4, 38/5, 38/9). Cela permettra de définir au mieux les modalités de la suspension envisagée et ses conséquences précises sur les obligations réciproques.

Une décision dûment motivée en fait et en droit doit être prise par l'organe décisionnel compétent.

Dans tous les cas l'adjudicataire pourra ou non prétendre à des dommages et intérêts

#### **2.4. La crise sanitaire a une importance déterminante justifiant la résiliation du marché**

Dans certains cas exceptionnels, une simple suspension ne sera pas suffisante et il conviendra de mettre un terme définitif au marché public.

A nouveau, il convient de privilégier autant que possible le dialogue constructif et compréhensif et de tenter de résoudre cette situation sous forme d'un avenant au marché public constatant de commun accord les conditions dans lesquelles il est mis fin au marché public, avec ou sans indemnité de part et d'autre suivant les circonstances.

A défaut de voie amiable, le constat d'une situation de force majeure peut entraîner la résiliation du marché, à condition toutefois que les conditions de la force majeure soient strictement réunies. Rappelons au besoin que la force majeure n'autorise pas dans tous les cas de mettre fin au marché dans son ensemble et de manière définitive. En effet :

- Un obstacle momentané ne causerait que la suspension ou le report de l'exécution ;
- Si la cause étrangère ne crée qu'une impossibilité partielle d'exécution, le débiteur n'est libéré que dans la mesure de cette impossibilité et le surplus des obligations demeurent.

Cela doit faire l'objet d'une décision de l'organe décisionnel compétent, dûment motivée en fait et en droit.

S'agissant d'une résiliation sans faute, il s'agit de se tourner vers les dispositions du code civil.

#### **C. Impact sur les clauses sociales**

Pour les marchés publics en cours et dont le CSC contient une clause sociale de formation ou d'intégration, il est rappelé que :

- Les différents opérateurs de formation ont suspendu les cours et l'apprentissage.
- Les mesures de distanciations sociales rendent impossible la formation et l'accompagnement des chercheurs d'emploi éloignés du marché

Il en découle que dans certain cas, l'exécution des clauses sociales est rendue impossible.

Dans les cas où l'inexécution de la clause sociale est exclusivement imputable à la crise, et dans cette mesure seulement, **il est recommandé de ne pas appliquer les sanctions ni de réclamer les pénalités y relatives.**

Une fois de plus la voie à privilégier demeure le dialogue constructif et compréhensif entre les parties.

#### **D. Paiement des marchés publics**

Il convient d'être particulièrement attentif **au respect des délais de paiement des factures** afin de ne pas aggraver d'éventuels problèmes de trésorerie et de veiller à ce que les pouvoirs adjudicateurs respectent scrupuleusement leurs propres obligations.

Nous rappelons qu'il est possible de payer les factures sur des travaux partiels, même si la facture intermédiaire n'était pas prévue initialement.

Enfin, il est recommandé de prendre les dispositions nécessaires pour que les états d'avancement non contestés soient payés le plus rapidement possible afin de soulager au maximum la trésorerie des entreprises.

Si ces vérifications ne peuvent être menées en raison de la situation actuelle, nous vous demandons d'à tout le moins payer l'incontestablement dû dans les plus brefs délais.

#### **E. Conclusion et recommandation générale**

Il est recommandé à tous les pouvoirs adjudicateurs de faire preuve de compréhension face aux situations difficiles que rencontreront certains opérateurs économiques à la suite de la crise sanitaire Covid-19 et à faire montre de souplesse lorsque cela ne met pas en péril des intérêts essentiels du pouvoir adjudicateur.

Dans le respect des principes généraux applicables aux marchés publics et de la réglementation dans son ensemble, la prise en compte de la situation particulière de chaque opérateur économique devra faire l'objet d'une attention particulière afin de ne pas aggraver leur situation ni leur causer de préjudice.

Il est recommandé de faire application de ces recommandations avec bon sens et bonne foi.