

n° 6177/SG

Paris, le 9 juin 2020

À

Mesdames et Messieurs les ministres,
Mesdames et Messieurs les secrétaires d'État

Objet : prise en charge des surcoûts liés à l'épidémie de covid19 dans le cadre de la reprise des chantiers de bâtiment et de travaux publics exécutés au titre de marchés publics de l'Etat soumis au chapitre Ier du Titre Ier du livre I de la première partie du code de la commande publique.

Depuis plusieurs semaines, notre pays fait face à la propagation d'une épidémie sans précédent. Cette épidémie, qui a nécessité des mesures prises pour lutter contre la propagation du virus Covid 19 qui n'ont pas par elles-mêmes interdit la poursuite des activités de travaux publics, ont conduit à un important ralentissement, et dans la plupart des cas à l'arrêt des chantiers.

La reprise s'opère progressivement, chantier par chantier, dès que les parties prenantes ont pu définir collectivement de nouvelles modalités d'organisation qui permettent le respect des préconisations du guide OPPBTP, et au fur et à mesure de la levée de freins périphériques à cette reprise (disponibilité en équipements de protection individuelle, reprise des chaînes logistiques d'approvisionnement et d'évacuation des déchets, disponibilité des moyens de déplacement, d'hébergement et de restauration, etc.).

Pour assurer la menée à bonne fin des chantiers, dans des conditions sanitaires et économiques optimales, et parer au risque de défaillance de certains contractants, il convient désormais de clarifier les dispositions à adopter en matière de prise en charge, par la maîtrise d'ouvrage, d'une partie des surcoûts directement induits par cet événement exceptionnel vis-à-vis de l'interruption des chantiers et de l'impact de la prise en compte des préconisations du guide OPPBTP et des nouvelles organisations de travail sur le déroulement du chantier.

Sauf situations particulières ou traitements contractuels spécifiques en particulier les clauses particulières du CCAP, les principes ci-après trouvent donc à s'appliquer pour tous les marchés de travaux publics ou de bâtiment conduits sous votre maîtrise d'ouvrage en application du chapitre Ier du Titre Ier du code de la commande publique et viennent en complément des mesures déjà prévues dans l'ordonnance 2020-319 du 25 mars 2020 modifiée.

La présente note traduit donc la nécessaire exemplarité de l'Etat, en sa qualité de maître d'ouvrage, par la définition d'une méthode de négociation et d'un principe de répartition

de la prise en charge des surcoûts. L'application de cette méthode s'adaptera, au cas par cas, aux caractéristiques de chaque contrat, dont notamment sa durée d'exécution.

Vous pourrez inviter les opérateurs de l'Etat soumis au chapitre Ier du Titre Ier du livre I de la première partie du code de la commande publique sous votre tutelle à suivre les mêmes recommandations, dans le respect de leur autonomie.

Vous êtes invités, en tant que maître d'ouvrage, à mettre en place un dispositif formalisé de concertation en vue d'évaluer, avec les entreprises, les surcoûts de différentes natures induits par la pandémie Covid. Ce dispositif a pour but de limiter les procédures contentieuses ultérieures. Il ne s'agit en revanche pas de rouvrir des discussions pour les chantiers ayant repris pour lesquels des accords ont déjà été trouvés

Compte tenu de la prévisibilité variable des divers surcoûts, les démarches recommandées, qui peuvent être concomitantes ou postérieures à la reprise des chantiers, viseront à sérier les sujets. Pour réussir, elles supposent que l'ensemble des intervenants fassent leurs meilleurs efforts en termes de gestion et d'organisation des chantiers pour garantir la sécurité des intervenants, tout en minimisant les surcoûts induits.

La Médiation des entreprises peut aider les parties à trouver des solutions rapides et opérationnelles. Le recours au comité national ou aux comités consultatifs interrégionaux de règlement amiable des différends ou litiges, dont il s'agira d'adapter les moyens et l'organisation en conséquence, peut s'envisager également pour des différends qui ne demandent pas à être traités rapidement.

A] les surcoûts liés à la période d'interruption

Il est indispensable que la reprise du chantier s'accompagne des garanties sanitaires appropriées. Il est également souhaitable que des échanges soient rapidement organisés afin de chiffrer le coût d'interruption du chantier et de déterminer si le maître d'ouvrage le prendra en charge en tout ou partie.

A ce titre vous êtes invités à :

- Utiliser en tant que de besoin, les dispositions offertes par l'ordonnance 2020-319 pour prolonger le délai contractuel d'exécution du chantier de manière à neutraliser la période d'interruption et renoncer à toute pénalité de retard.
- Faire chiffrer les coûts directs d'interruption correspondant aux mesures de mise en sécurité du chantier, de démobilisation des matériels, de gardiennage et de maintien en condition ayant permis une reprise rapide du chantier, dès lors qu'elles sont raisonnables et justifiées.
- Dans le cas où vous prendriez en charge tout ou partie de ces coûts, que l'interruption ait été de l'initiative des entreprises ou de la vôtre, payer rapidement cette dépense supplémentaire après la reprise du chantier.

Cette prise en charge est évidemment strictement limitée dans le temps. Elle ne s'étend pas au-delà de la date de reprise effective du chantier, dès lors que l'entreprise aura, avec les moyens dont elle dispose, fait ses meilleurs efforts en vue de cette reprise.

Cette prise en charge ne peut s'étendre à la couverture des dommages ou avaries qui auraient été consécutifs à des négligences ou défaillances des entreprises dans l'arrêt et la mise en sécurité du chantier.

Cette approche repose sur un accord à matérialiser, sous une forme adaptée (par exemple un avenant au contrat), avec les cocontractants pour :

- Une prise en charge par eux-mêmes, chacun pour ce qui le concerne, des immobilisations du matériel, des frais de personnels non déjà pris en charge en partie par l'Etat au titre du chômage partiel, des frais généraux, de la marge, de la perte de chiffre d'affaires, et tout autre surcoût indirect.
- Une renonciation de leur part à toute indemnité pour les coûts d'études et de conduite d'opération en vue de la préparation de la reprise du chantier.

B] surcoûts liés aux nouvelles modalités d'exécution du chantier

Les modalités d'exécution du chantier définies pour sa reprise dans des conditions de sécurité sanitaire telles que définies entre les parties contractantes sur la base des préconisations du guide OPPBTP peuvent se traduire par :

- des coûts directement liés aux mesures sanitaires pouvant être déjà chiffrés ;
- des coûts liés à des pertes de rendement, voire à des surcoûts d'approvisionnement, plus difficiles à chiffrer et susceptibles d'évoluer dans le temps ;
- et un impact sur le calendrier d'exécution du chantier.

Un travail collectif et collaboratif mené par l'ensemble des parties prenantes doit viser à :

- objectiver ces éléments ;
- maîtriser et limiter les impacts financiers et de calendrier ;
- compenser, autant que faire se peut, ces impacts négatifs par des mesures d'organisation ou des économies ne portant atteinte ni à la sécurité sanitaire ni à la qualité globale de l'ouvrage.

1. La prise en compte des préconisations de sécurité sanitaire

Pour ce qui concerne les mesures sanitaires nécessaires à la sécurité du chantier et pouvant être chiffrées rapidement (modification des installations de chantier, acquisition d'équipements individuels de protection, nettoyages supplémentaires (matériaux et temps de travail), modification des modalités d'acheminement voire d'hébergement des personnels intervenant sur le chantier), vous pourrez, le cas échéant, commander des travaux ou des prestations supplémentaires ou encore modifier des prestations en raison des circonstances imprévues, à partir de la reprise effective du chantier, de manière à prendre en charge tout ou partie des coûts correspondants. Vous procéderez par voie d'avenant, le cas échéant sur le fondement de l'article 6.2 du CCAG Travaux

Sont évidemment exclues de cette démarche toutes les augmentations de prix qui sont retracées dans les index utilisés pour la révision des prix du marché (comme par exemple les coûts des matériels et matériaux, de l'énergie ou des transports).

2. Les pertes de rendement et autres coûts indirects

Les pertes de rendement, mises en avant par certaines entreprises, liées par exemple aux limites imposées à la coactivité sur le chantier ou à un allongement du délai d'exécution des prestations, ne peuvent, en général, pas être objectivement chiffrées à ce stade. De surcroît, elles peuvent évoluer dans le temps et se réduire progressivement grâce aux effets d'apprentissage qui ne manqueront pas de se produire, ou à l'évolution de la situation sanitaire.

Il n'est donc pas opportun de chercher un accord sur ce sujet dans le moment où vous réglez avec vos cocontractants le sujet des coûts directs traité au point précédent.

En attendant de pouvoir le traiter, vous exercerez votre vigilance pour que tous les intervenants sur le chantier fassent leurs meilleurs efforts pour tracer et réduire progressivement ces surcoûts sans porter atteinte à la sécurité sanitaire du chantier.

Pour ce qui concerne les impacts de calendrier, lorsqu'ils auront pu être établis, vous pourrez engager des négociations avec le titulaire de chaque contrat pour en tirer les conséquences.

L'accord entre les parties sur les questions de modification du délai contractuel et de prise en charge, ou de compensation, d'une partie des surcoûts susmentionnés, établi au cas par cas, pourra prendre la forme d'un avenant ou, selon les cas, d'un protocole transactionnel. Dans cette dernière hypothèse, il conviendra de préciser que le titulaire renonce à toute indemnité supplémentaire en lien avec l'arrêt de chantier et les conséquences de la pandémie.

Lorsque les conditions particulières du chantier amènent à identifier des surcoûts manifestement excessifs par rapport aux bénéfices escomptés d'une reprise rapide de celui-ci, les parties sont invitées à examiner l'opportunité à différer les tâches ayant un impact le plus significatif ou le chantier lui-même.

Enfin, le maître d'ouvrage peut décider de résilier le marché en cours d'exécution, en veillant à prendre en compte les dispositions particulières introduites par l'ordonnance n° 2020-319 du 25 mars 2020.

C] Gestion des avances forfaitaires :

En dehors des chantiers hors normes (plus de 100 millions d'euros), vous accueillerez favorablement le versement d'avances forfaitaires majorées mais avec des dispositifs garantissant et démontrant le ruissellement de ces avances, au prorata de leur participation au chantier, auprès de l'ensemble des sous-traitants, conformément à l'article R.2193-19 du Code de la commande publique.

D] Intégration du risque de pandémie dans les futurs appels d'offres

La prise en compte de l'effet d'une éventuelle recrudescence de la pandémie ou d'une nouvelle pandémie dans les appels d'offres est une nécessité, dans le double but de garantir l'égalité de traitement des candidats et la juste rémunération du titulaire garantissant la sécurité des intervenants. Vous y attacherez une importance particulière dans l'organisation des futurs appels d'offres.

Par ailleurs, du fait de la crise liée à la pandémie et de ses effets dans le temps, certaines entreprises pourraient, malgré les mesures prises pour en atténuer l'impact, se trouver dans une situation financière précaire, pouvant les inciter à chercher à emporter "à tous prix" des appels d'offres. Un tel positionnement, qui pourrait les conduire à présenter des offres "hors marché" doit être évité, notamment en ce que les prix alors proposés ne reflèteraient pas la réalité des coûts et pourraient mettre en danger la bonne réalisation des prestations correspondantes. Vous veillerez, dans ce contexte, à ce que le régime de l'offre anormalement basse prévu aux articles L. 2152-5 et R. 2152-3 à 5 du code de la commande publique soit appliqué avec discernement en tenant compte des circonstances particulières liées à la présente crise et à ses conséquences.

Vous porterez à notre connaissance les difficultés éventuellement rencontrées dans la mise en œuvre de ces préconisations.


Edouard PHILIPPE
