

Passation des contrats de la commande publique en situation d'urgence

On recense plusieurs degrés dans l'urgence. Elle peut être « simple » permettant dans ce cas d'assouplir les modalités de passation des marchés publics. L'urgence peut être « impérieuse » et constituer ainsi un motif de dispense de publicité préalable. Par ailleurs, quel que soit le niveau d'urgence, certaines règles de conclusion des marchés publics peuvent faire l'objet de dérogations en cas d'urgence impérieuse ou de crise.

La commande publique constitue souvent, pour les acteurs publics, l'un des leviers pour atténuer les effets des crises sur le plan économique. Alors que la commande publique représentait jusqu'à présent un volume financier annuel avoisinant les 8 % du PIB⁽¹⁾, l'avenir nous dira si la crise sanitaire actuelle ralentira, ou non, le rythme des achats publics.

Au-delà de la nécessité de maintenir la cadence de l'achat public, la crise actuelle fait ressurgir la question fondamentale de savoir si notre droit est adapté pour permettre aux acheteurs publics de répondre aux situations d'urgence comme celle que nous connaissons actuellement avec la pandémie de Covid-19.

D'un côté, la Commission européenne défend sans ambiguës l'arsenal juridique existant en matière de commande publique, considérant qu'il est suffisant pour fournir la souplesse nécessaire à l'achat en masse de biens et de services similaires et se contentant de fournir des explications⁽²⁾.

De l'autre, certains élus et praticiens n'ont pas manqué de rappeler la rigidité de notre droit en la matière et appellent à « nous entendre plus clairement sur la notion de légalité, en séparant celle édictée pour le service des citoyens et celle pour le besoin des administrations »⁽³⁾.

Pour l'acheteur, l'urgence est une notion souvent ambiguë car le Code de marchés publics, aujourd'hui abrogé, a longtemps exigé que la cause de l'urgence, même simple, soit extérieure à l'acheteur.

Pour lever les éventuelles contradictions, la présente analyse se propose de faire un état des lieux des outils

Auteur

Philippe Guellier

Avocat associé

Akif Ekinci

Avocat à la Cour

SCP Seban & Associés – bureau de Lyon

Mots clés

Critères de l'urgence • Procédure accélérée • Publicité
• Urgence impérieuse

(1) « Pour une commande publique au service des acheteurs et des PME innovantes » - Communiqué de presse de la secrétaire d'État auprès du MINEFI en date du 16 janvier 2019.

(2) Commission européenne, 1^{er} avril 2020, Orientations sur l'utilisation des marchés publics dans la situation d'urgence liée à la crise de la Covid-19 (2020/C 108 I/01).

(3) A. Lambert, « Les vendanges de la crise », 2 avril 2020, achat-public.info.

et marges de manœuvre dont bénéficient les acheteurs publics confrontés à des situations d'urgence comme la crise sanitaire actuelle. Étant précisé que le décret n° 2020-293 du 23 mars 2020, prescrivant les mesures générales nécessaires pour faire face à l'épidémie de covid-19 dans le cadre de l'état d'urgence sanitaire, est tout simplement silencieux sur la notion d'urgence.

En droit interne comme européen, il est intéressant de relever que c'est le niveau ou l'intensité de l'urgence qui détermine les marges de manœuvre des acheteurs publics. En effet, l'urgence recouvre un sens bicéphale qui peut constituer un motif d'assouplissement des modalités de passation, lorsqu'il s'agit d'une urgence simple, voire dispenser de publicité, lorsque l'urgence est considérée comme impérieuse. Par ailleurs, quel que soit le niveau d'urgence, certaines règles de conclusion des marchés publics peuvent faire l'objet de dérogations en cas d'urgence impérieuse ou de crise.

L'urgence « simple », motif d'assouplissement des modalités de passation des marchés publics

Dans l'hypothèse où l'acheteur public se retrouve face une situation d'urgence dite « simple », le Code de la commande publique prévoit une réduction des délais de consultation. Par exemple, pour les marchés publics classiques, le délai de remise des candidatures peut être abaissé à 15 jours, au lieu de 30 ou 35^[4] ; celui de remise des offres peut être réduit à 10 jours, au lieu de 30^[5] ; tandis que le délai minimum d'envoi des renseignements complémentaires peut être ramené à 4 jours, au lieu de 6^[6]. Il existe également des réductions de délais de consultation pour les marchés publics de défense, lesquels connaissent d'ailleurs un type d'urgence particulier « résultant d'une crise en France ou à l'étranger »^[7]. Rien n'est prévu en revanche pour les délais de consultation de concessions en cas d'urgence « simple ».

Si ces aménagements permettent de concilier les obligations de publicité et de mise en concurrence avec les nécessités d'une situation de crise, encore faut-il que l'acheteur justifie que la situation d'urgence est caractérisée. Dans l'affirmative, l'acheteur public devra néanmoins prendre certaines précautions pour garantir la conformité de sa procédure de passation aux principes cardinaux de la commande publique.

[4] CCP, art. R. 2161-3,3° [appel d'offres ouvert] ; CCP, art. R. 2161-6,1° [appel d'offres restreint], CCP, art. R. 2161-12 [procédure concurrentielle avec négociation].

[5] CCP, art. R. 2161-3,3° [appel d'offres ouvert] ; CCP, art. R. 2161-8,3° [appel d'offres restreint], CCP, art. R.2161-15,3°[procédure concurrentielle avec négociation].

[6] CCP, art. R. 2132-6.

[7] CCP, art. R. 2322-3.

La caractérisation de l'urgence « simple » au regard de la crise sanitaire

● Rappel des critères de l'urgence « simple » et de leur appréciation par le juge

Ni les directives européennes, ni les dispositions du Code de la commande publique ne définissent clairement la notion d'urgence. Ces textes se bornent à énoncer que l'existence d'une situation urgente doit être « dûment justifiée » par l'acheteur.

Si l'on se reporte au dictionnaire « Larousse », l'urgence est définie comme une situation « qui ne souffre aucun retard » ou comme une « situation qui peut entraîner un préjudice irréparable s'il n'y est porté remède à bref délai ». Au-delà de cette définition littéraire, le Code de la commande publique circonscrit l'urgence par l'impossibilité de respecter le délai minimal prévu par les textes^[8], sans exiger – conformément au considérant n° 46 de la directive « Marchés » du 26 février 2014 – que la situation d'urgence ne résulte pas de l'acheteur^[9]. Cette condition d'extériorité ne demeure que pour les marchés de défense et de sécurité^[10].

Les exemples fournis par la jurisprudence résultent encore de cette distinction liée à l'extériorité. Le juge administratif a admis l'abrégement des délais procéduraux lorsqu'une situation d'urgence résulte du fait d'un tiers, par exemple en cas de retard d'un tiers dans la remise à l'acheteur d'ouvrages de voirie nécessaires à l'ouverture imminente d'un parc d'attraction^[11] ou pour tenir compte des demandes d'entreprises destinées à s'implanter sur une zone d'aménagement^[12]. À l'inverse, il a rejeté l'existence d'une situation d'urgence lorsqu'un retard est imputable au fait du maître d'ouvrage, quand bien même l'ouverture de l'établissement projeté est imminente^[13].

La jurisprudence est sans doute appelée à évoluer sur ce point. Toutefois, il convient bien entendu de rester prudent dans la mise en œuvre de délais réduits de publicité et de mise en concurrence, en qualifiant en amont l'urgence qui justifie ces délais.

[8] CCP, art. R. 2161-3, R.2161-6, R.2161-8, R.2161-12, R.2161-15.

[9] « Lorsqu'une situation d'urgence ne résult[e] pas du fait de l'acheteur ». Le considérant n° 46 de la directive « marchés » n'exige pas que l'urgence semble moins restrictif puisqu'il indique : « Les pouvoirs adjudicateurs devraient être autorisés à raccourcir certains délais applicables à des procédures ouvertes, restreintes ou concurrentielles avec négociation, lorsque les délais en question seraient impossibles à respecter en raison d'une situation d'urgence que les pouvoirs concernés devraient être tenus de justifier en bonne et due forme. Il convient de préciser qu'il ne s'agit pas nécessairement d'une urgence extrême résultant d'événements imprévisibles par le pouvoir adjudicateur et qui ne lui sont pas imputables. ».

[10] CCP, art. R.2361-2, R.2361-6, R.2361-8.

[11] CE, 30 septembre 1996, Préfet de la Seine-et-Marne, req. n° 164114.

[12] CAA Lyon 18 décembre 2003, Préfet du Rhône, req. n° 99LY02245.

[13] CE 4 avril 1997, Département d'Ille-et-Vilaine, req. n° 145388.

● L'application des critères aux besoins des acheteurs du fait de la crise sanitaire

Dans le cadre de l'actuelle crise sanitaire, la situation d'urgence semble pouvoir être reconnue relativement aisément. La doctrine administrative a rapidement proposé des exemples concrets de situation d'urgence, comme « la continuité des prestations le temps de [la] suspension » d'un marché public^[14]. On peut aussi penser au besoin de remplacement d'un titulaire réquisitionné par l'État ou à l'émergence de besoins nouveaux qui, sans être immédiats, deviennent urgents du fait de la crise (acquisition de fournitures en vue de faciliter la sécurité ou le télétravail d'agents...).

Les précautions à prendre par les acheteurs

Il est important de noter que, pour bénéficier de l'assouplissement des délais de consultation en cas d'urgence « simple », l'avis de publicité doit nécessairement indiquer les motifs justifiant le recours à une procédure accélérée^[15].

L'acheteur conserve également l'obligation de notifier, en fin de procédure, les décisions de rejet des candidatures ou offres aux opérateurs évincés et d'apporter une réponse appropriée aux demandes des motifs de rejet^[16]. Outre cette obligation d'information, les acheteurs sont tenus de respecter le délai de « stand still » avant la signature du marché public, cette période de suspension permettant ainsi à toutes personnes ayant un intérêt de conclure ou susceptibles d'être lésées par un manquement procédural, d'exercer une référé précontractuel conformément aux articles L. 551-1 et suivants du Code de justice administrative.

Enfin, pour les marchés publics répondant à un besoin dont la valeur est égale ou supérieure aux seuils européens, demeure l'obligation de rédiger un rapport de présentation^[17].

L'urgence « impérieuse », motif de dispense de publicité préalable

Lorsque les acheteurs publics sont confrontés à une situation dite d'urgence « impérieuse », les contraintes procédurales sont drastiquement réduites, de sorte qu'ils peuvent conclure tant des marchés publics^[18] que des concessions^[19] sans publicité préalable, sous réserve que cette urgence soit caractérisée et que les acheteurs respectent certaines conditions.

[14] MINEFE, DAJ, 30 mars 2020, mise à jour le 7 avril 2020, Les conséquences de la crise sanitaire sur la commande publique, Questions-réponses.

[15] Fiche technique DAJ - MINEFI, « Comment utiliser les formulaires européens ? », mise à jour le 1^{er} avril 2019.

[16] CCP, art. R. 2181-1 à R. 2181-6 (marchés classiques) et CCP, art. R. 2381-1 à R. 2382-3 (marchés de défense et sécurité).

[17] CCP, art. R. 2184-1.

[18] CCP, art. R. 2122-1 (marchés classiques) et CCP, art. R. 2322-4 (marchés de défense et sécurité).

[19] CCP, art. R. 3121-6, 3^o.

La caractérisation de l'urgence « impérieuse » au regard de la crise sanitaire

● Rappel des critères de l'urgence « impérieuse » et de leur appréciation par le juge

L'urgence « impérieuse » n'est pas davantage définie mais fait néanmoins l'objet de critères par les textes.

Au niveau européen, la directive « Marchés » considère que l'urgence impérieuse doit résulter (1) d'événements imprévisibles et extérieurs au pouvoir adjudicateur (2) rendant impossible le respect des délais procéduraux et (3) qui sont directement et certainement à l'origine de l'urgence impérieuse (lien de causalité)^[20]. La Cour de justice l'Union européenne a notamment rappelé dans une décision du 20 juin 2013 que ces trois critères étaient cumulatifs et doivent être interprétés de manière restrictive^[21].

Au niveau interne, les critères de la directive sont repris par les articles R. 2122-4 et R. 2322-4 du Code de la commande publique s'agissant des marchés publics, le recours à une procédure négociée sans publicité ni mise en concurrence préalable étant strictement limité aux seuls besoins nécessaires pour faire face à la situation d'urgence.

Les dispositions du Code visent également le cas de l'urgence impérieuse s'agissant des concessions. L'article R. 3121-6, 3^o du CCP prévoit qu'en « cas d'urgence résultant de l'impossibilité dans laquelle se trouve l'autorité concédante publique, indépendamment de sa volonté, de continuer à faire assurer le service concédé par son cocontractant ou de l'assurer elle-même », elle peut conclure un contrat de concession sans publicité ni mise en concurrence. Une telle possibilité est conditionnée à l'existence d'une impossibilité soudaine de faire assurer le service, à l'existence d'un motif d'intérêt général, et à une durée limitée du contrat qui ne doit pas excéder la durée nécessaire pour la mise en œuvre d'une procédure de passation.

En somme, la notion d'urgence impérieuse vise sans aucun doute des événements présentant une certaine gravité et impliquant une action immédiate des acheteurs publics, à l'instar de catastrophes naturelles (inondations, séismes, tempêtes...) ou technologiques (pollutions extérieures...).

Une différence majeure distingue cependant les droits européen et français : alors que le Code de la commande publique autorise les acheteurs qui invoquent l'urgence impérieuse à passer des marchés sans publicité ni mise en concurrence, la directive « Marchés » n'évoque que la possibilité de recourir la procédure négociée sans publication préalable. Autrement dit, comme l'explique la Commission dans sa Communication précitée, « l'attribution directe à un opérateur économique présélectionné reste l'exception et n'est applicable que si une seule entreprise est en mesure de respecter les contraintes techniques et de temps imposées par l'urgence impérieuse »^[22]. Il faut reconnaître ici

[20] Directive 2014/24/UE du 26 février 2014, art. 32 §2,c).

[21] CJUE 20 juin 2013, Consiglio Nazionale degli Ingegneri c. Comune di Castelvechio Subequo, aff. C-352/12.

[22] Commission européenne, 1^{er} avril 2020, « Orientations sur l'utilisation des marchés publics dans la situation d'urgence liée à la crise de la Covid-19 » [2020/C 108 I/01].

que le droit français offre une « souplesse » par rapport au droit européen !

● L'application des critères aux besoins des acheteurs du fait de la crise sanitaire

Comme pour l'urgence simple, la crise sanitaire actuelle est propice à la reconnaissance d'une situation d'urgence impérieuse. La Commission européenne a ainsi reconnu dans le 1^{er} avril 2020 que les « évènements, et en particulier leur évolution spécifique, doivent être considérés comme imprévisibles pour tout pouvoir adjudicateur », qu'« Il ne fait aucun doute qu'il faut satisfaire le plus rapidement possible aux besoins immédiats des hôpitaux et des établissements de santé (fournitures, services et travaux publics) » et que « S'agissant de la réponse aux besoins immédiats des hôpitaux et des établissements de santé dans un délai très court, le lien de causalité avec la pandémie de Covid-19 ne peut être raisonnablement mis en doute. »

Dans la doctrine administrative, l'urgence impérieuse est évoquée « si le titulaire d'un marché est dans l'impossibilité d'exécuter les prestations objet du marché ou d'un bon de commande » ou « si des besoins urgents surviennent du fait de la crise sanitaire actuelle et qu'ils ne peuvent être satisfaits par la voie d'un avenant »^[23]. La direction des achats de l'État fait, elle, le lien avec les cas visés à l'article R. 2122-4 du Code de la commande publique : « L'article L. 1311-4 du code de la santé publique vise le cas d'un danger ponctuel imminent pour la santé publique et renvoie aux mesures prévues préserver la santé de l'homme, notamment en matière de prévention des maladies transmissibles. Cela correspond pleinement à l'objet d'un contrat qui viserait par exemple à acquérir des moyens de lutte contre la propagation du Covid-19 (équipements médicaux, produits désinfectants, ...) ou encore pour des prestations de nettoyage ou de transports spécifiques rendus nécessaires du fait de l'épidémie »^[24]. On pense encore aux besoins de mise en sécurité des personnes et des sites, à la fourniture de protections pour l'accueil du public ou à des prestations de nettoyage.

Les précautions à prendre par les acheteurs

Pour autant, les appréciations de la doctrine ne constituent pas un blanc-seing général. Il convient en particulier de souligner le fait que la Commission européenne ne vise, dans sa Communication, que les « besoins immédiats des hôpitaux et des établissements de santé ». Il convient donc que les acheteurs s'assurent, par l'évaluation préalable de leurs besoins, que les achats qu'ils souhaitent réaliser se rattachent bien à leurs besoins et compétences. Dans la situation de crise organisationnelle qui a suivi la crise sanitaire, l'achat d'équipements médicaux et de produits désinfectants a en effet fait l'objet d'initiatives multiples

qui pourraient être critiquées a posteriori si les quantités d'équipements et de produits achetés s'avéraient trop importantes au regard des besoins ou si l'acheteur ne dispose pas d'aucune compétence pour la distribution de tels équipements et produits.

De plus, au vu de l'exigence selon laquelle le marché doit être « limité aux prestations strictement nécessaires pour faire face à la situation d'urgence », l'évaluation des besoins permettra, autant que faire se peut, de tenter d'estimer précisément la quantité ou la durée de prestations dont a besoin l'acheteur pour faire à la crise sanitaire.

Enfin, dans la mesure il en a la possibilité – ce qui n'apparaît pas évident avec le peu de recul dont nous disposons, on recommandera à l'acheteur de négocier avec plusieurs entreprises et, si cela n'a pas été possible, d'indiquer dans le rapport de présentation pourquoi une seule entreprise était en mesure de respecter les contraintes techniques et de temps imposées par l'urgence impérieuse.

L'urgence, motif de dérogation à certaines règles de conclusion des marchés publics

À titre connexe, on soulignera également que la crise sanitaire actuelle est également un motif de dérogation à certaines règles de conclusion des marchés publics.

Aux termes des articles R. 2112-17 et R. 2312-13, l'urgence impérieuse est une des conditions permettant de conclure des prestations à prix provisoire, mécanisme qui peut présenter de l'intérêt pour certaines prestations, en période de crise, mais doit être manié avec précaution pour éviter les dérives financières (notamment en prévoyant un plafond).

Par ailleurs, l'article L. 2196-4 du Code de la commande publique impose aux soumissionnaires et aux titulaires de marchés publics de l'État et de ses établissements publics des obligations de contrôle du coût de revient pour les marchés « pour lesquels (...) des raisons d'urgence impérieuse ou de crise ne permettent pas de faire appel à la concurrence ou de la faire jouer efficacement ». Cet outil pourrait s'avérer utile à l'État compte-tenu de l'incertitude économique actuelle quant aux circuits de production aux prix des matières premières.

Enfin, en dehors du Code, l'article 1^{er} de l'ordonnance n° 2020-391 du 1^{er} avril 2020, visant à assurer la continuité du fonctionnement des institutions locales et de l'exercice des compétences des collectivités territoriales et des établissements publics locaux afin de faire face à l'épidémie de Covid-19, a confié directement aux exécutifs des collectivités, par dérogation, plusieurs attributions des organes délibérants, dont la préparation, la passation, l'exécution et le règlement des marchés et des accords-cadres ainsi que toute décision concernant leurs avenants, lorsque les crédits sont inscrits au budget. Il s'agit d'une souplesse permettant aux acheteurs une réactivité certaine, ce d'autant plus que l'article 20 de l'ordonnance n° 2020-460 du 22 avril 2020, portant diverses mesures prises pour faire face à l'épidémie de Covid-19, a exonéré d'avis préalable de la CDSP et de la CAO « les projets d'avenants aux conventions de délégation de service public et aux marchés publics entraînant une augmentation du montant global supérieure à 5 % ». Il s'agit là d'une autre « souplesse » par rapport au droit européen !

[23] MINEFE, DAJ, 18 mars 2020, « La passation et l'exécution des marchés publics en situation de crise sanitaire » ; 30 mars 2020, mise à jour le 7 avril 2020, « Les conséquences de la crise sanitaire sur la commande publique, Questions-réponses ».

[24] MINEFE, DAE, 17 mars 2020, « La prise en compte de l'épidémie de COVID-19 dans la commande publique, Directives de la DAE ».