

**Annexe 3 - La passation de commandes publiques urgentes
ou « de marchés publics en urgence »**

Dans le cadre de la crise sanitaire, le pouvoir adjudicateur peut être contraint de devoir faire face à la nécessité de passer des commandes publiques urgentes.

Le code de la commande publique (CCP) prévoit ainsi déjà des règles de passation spécifiques pour répondre à des situations d'urgence. Il distingue l'urgence simple, qui permet de réduire les délais de consultation, de l'urgence impérieuse, qui permet de recourir à un marché public négocié sans publicité ni mise en concurrence préalables¹.

L'ordonnance n° 2020-319 du 25 mars 2020 portant diverses mesures d'adaptation des règles de passation, de procédure ou d'exécution des contrats soumis au code de la commande publique et des contrats publics qui n'en relèvent pas pendant la crise sanitaire née de l'épidémie de Covid-19, permet la passation d'un marché de substitution sur le fondement de l'urgence dans le cas où le titulaire est empêché par la crise sanitaire d'accomplir des prestations qui ne peuvent attendre.

En outre, dans une communication relative aux orientations sur l'utilisation des marchés publics dans la situation liée à la crise du Covid-19², la Commission européenne rappelle quelles options et marges de manœuvres permet le droit de l'Union européenne et quels sont les critères de recours aux procédures d'urgence.

1. Le recours à la notion d'urgence « simple » permet de réduire les délais de consultation, et doit toujours être justifié³

L'acheteur doit en effet pouvoir démontrer que les délais normaux de réception de candidatures et des offres sont impraticables⁴. L'urgence ne doit toutefois pas résulter d'une carence de la personne publique dans la gestion de la procédure de passation⁵. La motivation de l'urgence figure dans l'avis de publicité⁶. Les délais minimaux sont fixés par le code, selon les procédures.

Ainsi, s'agissant des procédures formalisées, le code prévoit **en procédure d'appel d'offres ouvert**, un délai minimal de réception des candidatures et des offres qui peut être ramené de 35 à 15 jours⁷.

En procédure d'appel d'offres restreint, le délai minimal de réception des candidatures peut être réduit de 30 jours à 15 jours au moins à compter de la date d'envoi de l'avis de marché ou de l'invitation à confirmer l'intérêt⁸, et le délai minimal de réception des offres peut être réduit de 30 à 10 jours⁹ à compter de la date d'envoi de l'invitation à soumissionner.

¹ Les conditions de recours à ces procédures d'urgence, accompagnées de quelques exemples jurisprudentiels concrets, sont rappelées par la fiche de la DAJ de Bercy « L'urgence dans les marchés publics », mise à jour le 01 avril 2019.

² Communication n°2020/C 108 I/01, publiée le 1^{er} avril 2020

³ Les nouvelles dispositions issues de l'ordonnance 2020-319 ne modifient pas les conditions de recours à la notion d'urgence simple.

⁴ CE, 30 septembre 1996, Préfet de la Seine et Marne, n°164114, mentionné au recueil

⁵ CE, 5 mars 1999, Président de l'Assemblée Nationale, n°163328, publié au recueil Lebon. La circonstance que la session parlementaire allait être ouverte n'est pas de nature à constituer un cas d'urgence « dès lors qu'il appartenait aux services de l'Assemblée nationale de prendre en temps utile les mesures nécessaires pour que les marchés en cause fussent passés avant cette date ».

⁶ Cf. Avis de marché standard : https://simap.ted.europa.eu/documents/10184/99206/FR_F02.pdf

⁷ Cf. art. R. 2161-2 et 3° du R. 2161-3 du CCP

⁸ Cf. 1° de l'Art. R. 2161-6 du CCP

⁹ Cf. art. R. 2161-7 du CCP et 3° de l'Art. R. 2161-8 du CCP

En procédure avec négociation, le délai minimal de réception des candidatures peut être ramené de 30 jours à 15 jours au moins¹⁰ tandis que le délai minimal de réception des offres peut être ramené de 30 jours à 10 jours¹¹.

2. Le recours à la situation d'urgence « impérieuse », qui s'apprécie plus strictement, permet de conclure un marché public négocié sans publicité ni mise en concurrence préalables

Régie par les dispositions de l'article R. 2122-1 du CCP, « l'urgence impérieuse » permet la passation de marchés négociés sans publicité ni mise en concurrence afin de mettre en œuvre dans les meilleurs délais les prestations strictement nécessaires pour faire face à la situation d'extrême urgence¹².

Elle est motivée dans un rapport de présentation¹³.

➤ Sur les circonstances impérieuses

Le recours à l'urgence impérieuse suppose satisfaites trois conditions cumulatives :

- le caractère **imprévisible** de l'événement pour le pouvoir adjudicateur en question,
- l'**impossibilité de respecter les délais** généraux des autres procédures,
- et le **lien de causalité** entre l'événement imprévisible et l'urgence impérieuse.

Comme le rappelle la DAJ de Bercy, dans sa fiche sur les passations en situation d'urgence, elle est circonscrite aux phénomènes extérieurs, imprévisibles et irrésistibles pour l'acheteur, ainsi d'une catastrophe naturelle¹⁴, ou de la survenance d'actes terroristes, situations qui peuvent justifier une action immédiate.

➤ Sur les cas légaux de recours à l'urgence impérieuse

L'urgence impérieuse est par ailleurs justifiée pour des travaux exécutés d'office sur décision du préfet ou du maire usant des pouvoirs de police qui leur sont conférés par le code de la santé publique ou du code de la construction et de l'habitation en cas notamment de danger ponctuel imminent pour la santé publique (art. L. 1311-4 du code de la santé publique), ou de danger pour la santé des occupants d'un immeuble insalubre (art. L. 1331-24 du code de la santé publique).

Le recours à l'urgence impérieuse ne dispense pas de veiller à respecter les principes tenant à la pertinence de l'offre, à la bonne utilisation des deniers publics, à la durée compatible avec la nature des prestations.

10 Cf. 2ème alinéa de l'art. R. 2161-12 du CCP

11 Cf. art. R 2161-14 du CCP, 3° de l'art. R. 2161-15 du CCP

12 Cf. art. L.2122-1 et R.2122-1 du CCP selon lequel « L'acheteur peut passer un marché sans publicité ni mise en concurrence préalables lorsqu'une urgence impérieuse résultant de circonstances extérieures et qu'il ne pouvait pas prévoir ne permet pas de respecter les délais minimaux exigés par les procédures formalisées. / Tel est notamment le cas des marchés rendus nécessaires pour l'exécution d'office, en urgence, des travaux mentionnés aux articles L. 1311-4, L. 1331-24, L. 1331-26-1, L. 1331-28, L. 1331-29 et L. 1334-2 du code de la santé publique et des articles L. 123-3, L. 129-2, L. 129-3, L. 511-2 et L. 511-3 du code de la construction et de l'habitation ainsi que des marchés passés pour faire face à des dangers sanitaires définis aux 1° et 2° de l'article L. 201-1 du code rural et de la pêche maritime. / Le marché est limité aux prestations strictement nécessaires pour faire face à la situation d'urgence ».

13 Cf. art. R. 2184-3 du CCP

14 CAA Marseille, 12 mars 2007, n° 04MA00643

En outre, l'acheteur doit garantir la transparence et la traçabilité de la procédure de passation (rédaction d'un cahier des charges, conservation des pièces) lui permettant d'éviter tout conflit d'intérêts et de prévenir le délit de favoritisme susceptible d'entraîner des risques pénaux.

Dans sa communication publiée le 1^{er} avril 2020 relative aux orientations sur l'utilisation des marchés publics dans la situation liée à la crise du Covid-19¹⁵, la Commission européenne rappelle que les critères à satisfaire pour la passation de marché en raison de l'urgence impérieuse apparaissent vraisemblablement satisfaits s'agissant d'achats d'équipements médicaux par les établissements hospitaliers.

Néanmoins, elle confirme que les critères de l'urgence impérieuse doivent être examinés au cas par cas.

Enfin, cette communication précise que l'utilisation de la notion d'urgence impérieuse n'est possible que dans l'attente de solutions plus stables.

En effet, l'urgence impérieuse doit correspondre rigoureusement à la phase de gestion de crise et à l'issue de laquelle l'acheteur public devra alors se tourner vers une situation de simple « urgence », si toutefois elle est toujours dûment justifiée, ou, à défaut, vers une procédure de droit commun.

3. Sur les nouvelles dispositions issues de l'ordonnance n° 2020-319 du 25 mars 2020 portant diverses mesures d'adaptation des règles de passation, de procédure ou d'exécution des contrats soumis au code de la commande publique et des contrats publics qui n'en relèvent pas pendant la crise sanitaire née de l'épidémie de Covid-19

3.1. La conclusion d'un marché de substitution avec un tiers peut se fonder sur l'urgence simple ou impérieuse par application du b du 2° de l'article 6 de l'ordonnance.

Dans l'hypothèse où le titulaire d'un marché rencontre des difficultés d'exécution d'un contrat du fait de la crise sanitaire, l'acheteur peut pallier la défaillance du titulaire en faisant appel à un tiers pour l'exécution des prestations qui ne peuvent souffrir d'aucun retard.

L'acheteur doit dans ce cas pouvoir établir que les mesures mises en œuvre « *sont nécessaires pour faire face aux conséquences, dans la passation et l'exécution de ces contrats, de la propagation de l'épidémie de covid-19 et des mesures prises pour limiter cette propagation* » (art. 1 de l'ordonnance n°2020-319).

La FAQ de Bercy¹⁶ indique que l'acheteur peut conclure un marché de substitution soit sur le fondement de l'urgence simple, soit sur le fondement de l'urgence impérieuse, s'il en remplit les conditions.

L'ordonnance instaure un équilibre des parties. Elle précise, d'une part, que l'exécution du marché de substitution par un tiers ne pourra pas, contrairement à la situation normale, être effectuée aux frais et risques du titulaire, s'il démontre qu'il ne dispose pas des moyens

15 Communication n°2020/C 108 I/01, publiée le 1^{er} avril 2020

16 FAQ de Bercy mise à jour le 7 avril 2020, p. 4.

La fiche technique de la DAJ de Bercy du 26 mars 2020 dédiée à l'ordonnance indique dans le même esprit que dans le cadre des mesures prises pour pallier aux effets de la crise liée au Covid-19, « *en raison de l'urgence impérieuse qui s'attache à la réalisation des prestations, le marché de substitution peut être conclu sans publicité ni mise en concurrence préalable en application des articles R. 2122-1 (pour les marchés publics) et R. 2322-4 (pour les marchés de défense et de sécurité) du code de la commande publique* ».

suffisants ou que leur mobilisation ferait peser sur lui une charge manifestement excessive. En contrepartie, le pouvoir adjudicateur ne pourra pas voir sa responsabilité contractuelle engagée alors même que le contrat initial contiendrait une clause d'exclusivité.

Une telle hypothèse de recours à l'urgence impérieuse afin de conclure un marché de substitution a déjà été reconnue par le juge à la suite de la défaillance d'un titulaire pour des *prestations d'entretien d'équipements sanitaires alimentés en gaz afin de garantir notamment la sécurité des locataires et des logements*¹⁷.

3.2. Le recours à l'urgence est possible dans le cas où le titulaire du marché en cours refuserait la prolongation du contrat par application de l'article 4 de l'ordonnance.

Dans l'hypothèse où il serait impossible d'organiser une nouvelle procédure de mise en concurrence ou bien d'en mener une à terme à temps avant l'échéance du marché en cours, l'ordonnance prévoit la possibilité de prolonger un marché dont le terme arriverait pendant la période de l'état d'urgence sanitaire augmentée de deux mois, soit, à ce stade, jusqu'au 24 juillet 2020.

Toutefois, et dans le cas où le titulaire refuserait la prolongation du marché, la FAQ de Bercy indique qu'il serait possible au pouvoir adjudicateur de passer un marché sur le fondement de l'urgence impérieuse, sous réserve de satisfaire les critères rappelés au point 2, pour faire face aux besoins dont la satisfaction ne peut souffrir d'aucun retard.

17 CAA de Nancy, 23 juillet 2019, n°18NC01517 et 18NC011518, inédit au recueil Lebon, point 13