

II

*(Communications)*COMMUNICATIONS PROVENANT DES INSTITUTIONS, ORGANES ET
ORGANISMES DE L'UNION EUROPÉENNE

COMMISSION EUROPÉENNE

COMMUNICATION DE LA COMMISSION

**Orientations de la Commission européenne sur l'utilisation des marchés publics dans la situation
d'urgence liée à la crise de la COVID-19**

(2020/C 108 I/01)

1. Introduction — Options et marges de manœuvre dans le cadre régissant les marchés publics

La crise sanitaire provoquée par la COVID-19 requiert des solutions rapides et intelligentes ainsi qu'une souplesse d'action pour gérer une augmentation considérable de la demande de biens et de services similaires, alors même que certaines chaînes d'approvisionnement sont perturbées. Les acheteurs publics des États membres sont en première ligne pour la plupart de ces produits et services. Ils doivent garantir la disponibilité d'équipements de protection individuelle tels que les masques et les gants de protection, de dispositifs médicaux, notamment les ventilateurs, et d'autres fournitures médicales, mais aussi celle d'infrastructures hospitalières ou informatiques, pour ne citer que quelques exemples.

À l'échelon européen, la Commission et les États membres ont déjà intensifié leurs efforts en lançant des actions conjointes de passation de marchés pour diverses fournitures médicales.

Afin d'adapter davantage son aide à cette situation d'urgence, la Commission explique, dans les présentes orientations ⁽¹⁾, quelles options et marges de manœuvre permet le cadre de l'Union européenne régissant les marchés publics en vue de l'achat des fournitures, des services et des travaux nécessaires pour faire face à la crise.

Les acheteurs publics peuvent envisager plusieurs options:

- Premièrement, en cas d'urgence, ils peuvent recourir à la possibilité de considérablement réduire les délais afin d'accélérer les procédures ouvertes ou restreintes.
- Si ces mesures d'assouplissement ne sont pas suffisantes, une procédure négociée sans publication peut être envisagée. Enfin, même une attribution directe à un opérateur économique présélectionné pourrait être autorisée, à condition que ce dernier soit le seul en mesure de livrer les fournitures requises dans le respect des contraintes techniques et des délais imposés par l'urgence extrême.
- En outre, les acheteurs publics devraient également envisager de rechercher des solutions de substitution et penser à collaborer avec le marché.

⁽¹⁾ Les présentes orientations s'appuient sur la communication de la Commission du 9 septembre 2015 «relative aux règles de passation de marchés publics en lien avec l'actuelle crise de l'asile» (COM/2015/0454 final); Elles reflètent l'interprétation que la Commission donne des traités, des directives sur les marchés publics et de la jurisprudence de la Cour de justice de l'Union européenne (ci-après la «Cour»). Il convient d'observer qu'en tout état de cause, l'interprétation du droit de l'Union appartient en dernier ressort à la Cour. Ces orientations ne modifient pas le cadre juridique.

Les présentes orientations portent plus particulièrement sur la passation de marchés publics en cas d'extrême urgence, qui permet aux acheteurs publics d'acheter en quelques jours, voire en quelques heures, si nécessaire. Précisément pour une situation telle que la crise actuelle de la COVID-19, qui revêt une urgence extrême et imprévisible, les directives de l'Union ne contiennent pas de contraintes procédurales.

Concrètement, la procédure négociée sans publication permet aux acheteurs publics d'acquérir des fournitures et des services dans les plus brefs délais. Dans le cadre de cette procédure, telle qu'établie à l'article 32 de la directive 2014/24/UE du Parlement européen et du Conseil ⁽²⁾ (ci-après la «directive»), les acheteurs publics peuvent négocier directement avec le ou les contractants potentiels, et il n'y a pas d'exigences de publication, de délais, de nombre minimal de candidats à consulter ou d'autres contraintes procédurales. Aucune étape de la procédure n'est régie au niveau de l'Union. Dans la pratique, cela signifie que les autorités peuvent agir aussi rapidement qu'il est techniquement ou physiquement possible de le faire, et la procédure peut constituer de fait une attribution directe, soumise aux seules contraintes physiques/techniques liées à la disponibilité réelle et à la rapidité de la livraison.

Le cadre européen qui régit les marchés publics offre toute la souplesse nécessaire aux acheteurs publics désireux de passer le plus rapidement possible des marchés de biens et de services directement liés à la crise de la COVID-19. Pour accélérer la passation de ces marchés, les acheteurs publics peuvent également envisager:

- de prendre contact avec des contractants éventuels dans l'Union ou en dehors de celle-ci par téléphone, par courrier électronique ou en personne,
- de recruter des agents disposant de meilleurs contacts sur les marchés,
- d'envoyer des représentants directement dans les pays qui disposent des stocks nécessaires et qui peuvent assurer une livraison immédiate,
- de prendre contact avec des fournisseurs éventuels pour convenir d'une mise en production, d'un accroissement de leur production ou du renouvellement d'une production.

Toutefois, face à des situations qui entraînent une hausse exceptionnelle de la demande de biens, produits et services similaires, en liaison avec une perturbation majeure de la chaîne d'approvisionnement, il peut toutefois s'avérer physiquement ou techniquement impossible de passer des marchés, même en faisant appel aux procédures les plus rapides. Pour répondre à leurs besoins, les acheteurs publics peuvent être amenés à rechercher des solutions de rechange éventuellement innovantes, qui sont susceptibles d'être déjà sur le marché ou d'être déployées à (très) brève échéance. Les acheteurs publics devront trouver des solutions et interagir avec les fournisseurs éventuels pour vérifier dans quelle mesure ces solutions de rechange répondent à leurs besoins ⁽³⁾. Cette interaction avec le marché pourrait constituer une excellente occasion de tenir compte également d'aspects stratégiques concernant les marchés publics, à savoir l'intégration, dans le processus de passation de marchés, d'exigences environnementales ou sociales ou en matière d'innovation.

Les acheteurs publics sont pleinement habilités, au titre du cadre de l'Union, à jouer un rôle actif sur les marchés et à participer à des actions de mise en relation. Interagir avec le marché en vue de stimuler l'offre peut prendre différentes formes et, pour répondre aux besoins à moyen terme, l'application de procédures d'urgence pourrait s'avérer un moyen plus fiable d'obtenir un meilleur rapport qualité-prix et un plus large accès aux fournitures disponibles. De plus:

- les acheteurs publics peuvent avoir recours à des outils numériques innovants ⁽⁴⁾ pour susciter un large intérêt parmi les acteurs économiques capables de proposer des solutions de remplacement. Ils pourraient ainsi lancer des *hackathons* destinés à faire émerger de nouveaux concepts en vue de la réutilisation de masques de protection après nettoyage, à dégager des idées sur la manière de protéger efficacement le personnel médical ou à élaborer des méthodes de détection du virus dans l'environnement, etc.,
- ces mêmes acheteurs peuvent aussi collaborer plus étroitement avec des écosystèmes de l'innovation ou des réseaux d'entrepreneurs, qui sont susceptibles de proposer des solutions.

⁽²⁾ Directive 2014/24/UE du Parlement européen et du Conseil du 26 février 2014 sur la passation des marchés publics et abrogeant la directive 2004/18/CE (JO L 94 du 28.3.2014, p. 65).

⁽³⁾ Orientations et bonnes pratiques en matière d'achat de produits et de services innovants: https://ec.europa.eu/info/policies/public-procurement/support-tools-public-buyers/innovation-procurement_fr

⁽⁴⁾ La passation de marchés publics numériques favorise les démarches innovantes: https://ec.europa.eu/growth/single-market/public-procurement/digital_fr

Les acheteurs publics peuvent s'appuyer sur le cadre de l'Union en matière de marchés publics, lequel prévoit des moyens de s'adapter à des urgences graves telles que la pandémie de COVID-19.

Ce cadre autorise et encourage les acheteurs publics à appliquer une stratégie en plusieurs étapes. Dans un premier temps, pour trouver la réponse à leurs besoins immédiats ou prévus à court terme, les acheteurs devraient exploiter pleinement la souplesse offerte par ce cadre. Dans un second temps, ils sont incités à tirer parti des outils complémentaires que sont la passation conjointe de marchés ou la participation à des initiatives de passation conjointe de marchés lancées par la Commission. Les procédures à délais réduits les aident à trouver une réponse à leurs besoins à moyen terme, car elles sont en principe plus fiables pour obtenir un meilleur rapport qualité-prix, pour garantir un plus large accès des entreprises aux débouchés et pour assurer un plus large éventail de fournitures disponibles.

La Commission mobilisera l'ensemble de ses ressources pour fournir davantage de conseils et d'assistance ⁽⁵⁾ aux États membres et aux acheteurs publics.

2. **Choix des procédures et délais prévus par le cadre de l'Union européenne régissant les marchés publics — En particulier en cas d'urgence et d'extrême urgence**

L'Union européenne est actuellement confrontée à de nombreux défis en raison de la vaste et soudaine crise sanitaire liée à la COVID-19. Les présentes orientations donnent un aperçu global des possibilités qui s'offrent aux acheteurs publics [pouvoirs adjudicateurs ⁽⁶⁾], pour acquérir des biens et services de première nécessité et, le cas échéant, des infrastructures supplémentaires.

Les règles européennes en matière de marchés publics fournissent tous les outils nécessaires pour répondre à ces besoins, conformément aux dispositions de la directive.

2.1. **Choix des procédures en général**

Pour les marchés qui relèvent du champ d'application de la directive, le pouvoir adjudicateur peut choisir d'attribuer le marché à la suite d'une procédure ouverte ou d'une procédure restreinte (article 26, paragraphe 2, de la directive) ⁽⁷⁾.

Pour les procédures ouvertes relevant de la directive, un délai de 35 jours pour la présentation des offres est d'application ⁽⁸⁾.

Dans le cas des procédures restreintes, la directive prévoit un délai de 30 jours pour le dépôt des demandes de participation, suivi d'un délai supplémentaire de 30 jours pour la présentation des offres ⁽⁹⁾. Ce dernier délai peut, lorsque la législation nationale a mis en œuvre cette possibilité, faire l'objet d'un accord entre les pouvoirs adjudicateurs autres que les pouvoirs centraux, tels que les autorités régionales ou locales, et les participants; en l'absence d'accord, un délai minimal de 10 jours peut être appliqué ⁽¹⁰⁾.

En outre, dans les procédures ouvertes et restreintes, ces délais peuvent être raccourcis:

- 1) soit dans le cas d'un avis de préinformation non utilisé comme moyen d'appel à la concurrence, mais qui inclut toutes les informations requises pour l'avis de marché à l'annexe V, partie B, section I, et qui a été envoyé pour publication entre 35 jours et 12 mois avant la date d'envoi de l'avis de marché;
- 2) ou dans le cas d'une urgence qui est dûment justifiée par le pouvoir adjudicateur et qui rend impraticable le délai applicable (voir point 2 ci-après).

2.2. **En cas d'urgence — Délais raccourcis**

Si l'urgence le requiert, la directive prévoit une réduction substantielle des délais généraux: Dans le cadre de la procédure ouverte, le délai de présentation des offres peut être réduit à 15 jours en cas d'urgence dûment justifiée ⁽¹¹⁾. Dans le cadre de la procédure restreinte, le délai peut être ramené à 15 jours ⁽¹²⁾ pour l'introduction d'une demande de participation et à 10 jours pour la présentation d'une offre ⁽¹³⁾. Une attribution rapide du marché est ainsi possible.

⁽⁵⁾ Étant donné que l'Union compte plus de 250 000 pouvoirs adjudicateurs, la Commission communique déjà avec des points de contact nationaux désignés par les États membres par l'intermédiaire d'un wiki, un outil en ligne spécialisé.

⁽⁶⁾ L'État, les autorités régionales ou locales, les organismes de droit public, les associations formées par une ou plusieurs de ces collectivités ou un ou plusieurs de ces organismes de droit public.

⁽⁷⁾ Les procédures négociées avec publication préalable d'un avis de marché ou les procédures de dialogue compétitif ne seraient probablement pas intéressantes dans le contexte examiné étant donné que les conditions de leur utilisation ne seraient pas remplies dans les situations envisagées dans les présentes orientations.

⁽⁸⁾ Article 27 de la directive 2014/24/UE.

⁽⁹⁾ Article 28 de la directive 2014/24/UE.

⁽¹⁰⁾ Article 28, paragraphe 4, de la directive 2014/24/UE.

⁽¹¹⁾ Article 27, paragraphe 3, de la directive 2014/24/UE.

⁽¹²⁾ Article 27, paragraphe 3, de la directive 2014/24/UE.

⁽¹³⁾ Article 28, paragraphe 6, de la directive 2014/24/UE.

Le recours à une procédure ouverte ou restreinte «accélérée» est conforme aux principes d'égalité de traitement et de transparence et garantit la concurrence même en cas d'urgence. En cas d'urgence rendant impossible l'application des délais en vigueur dans des circonstances normales, les pouvoirs adjudicateurs peuvent réduire les délais applicables à une procédure de passation de marchés publics ouverte ou restreinte conformément à la directive.

| Procédure | Délais normaux minimaux | Délais réduits minimaux |
|--|--------------------------|--------------------------|
| Procédure ouverte | 35 jours ⁽¹⁴⁾ | 15 jours |
| Procédure restreinte (étape 1: demande de participation) | 30 jours ⁽¹⁵⁾ | 15 jours ⁽¹⁶⁾ |
| Procédure restreinte (étape 2: soumission de l'offre) | 30 jours ⁽¹⁷⁾ | 10 jours ⁽¹⁸⁾ |

2.3. *En cas d'urgence impérieuse — Procédure négociée sans publication*

Avec la «procédure négociée sans publication», le droit de l'Union fournit un outil supplémentaire qui permet une attribution plus rapide des marchés pour répondre aux besoins liés à la pandémie de COVID-19.

Les pouvoirs adjudicateurs peuvent passer des marchés publics en recourant à une procédure négociée sans publication d'un avis de marché *«dans la mesure strictement nécessaire, lorsque l'urgence impérieuse résultant d'événements imprévisibles pour le pouvoir adjudicateur ne permet pas de respecter les délais des procédures ouvertes, restreintes ou concurrentielles avec négociation. Les circonstances invoquées pour justifier l'urgence impérieuse ne sont en aucun cas imputables au pouvoir adjudicateur»* (article 32, paragraphe 2, point c), de la directive).

Étant donné que, dans ce cas, les pouvoirs adjudicateurs dérogent au principe de base du traité en ce qui concerne la transparence, la Cour exige que le recours à cette procédure reste exceptionnel. Toutes les conditions doivent être remplies de manière cumulative et elles doivent être interprétées de manière restrictive (voir, par exemple, les affaires C-275/08, Commission/Allemagne, et C-352/12, Consiglio Nazionale degli Ingegneri). La «procédure négociée sans publication » permet aux pouvoirs adjudicateurs de négocier directement avec les contractants potentiels; 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.

Chaque pouvoir adjudicateur devra évaluer si les conditions de recours à une telle «procédure négociée sans publication d'un avis de marché» sont réunies. Il devra justifier le choix de cette procédure dans un rapport individuel ⁽¹⁹⁾. Les critères cumulatifs ci-dessous devront être remplis dans l'évaluation de chaque cas.

2.3.1. *«Événements imprévisibles pour le pouvoir adjudicateur en question»*

Le nombre de patients atteints de COVID-19 requérant un traitement médical augmente chaque jour et, dans la plupart des États membres, il devrait encore s'accroître jusqu'à ce que le pic soit atteint.

Ces événements, et en particulier leur évolution spécifique, doivent être considérés comme imprévisibles pour tout pouvoir adjudicateur. Les besoins spécifiques des hôpitaux et autres établissements de santé en ce qui concerne le traitement des patients, les équipements de protection individuelle, les ventilateurs pulmonaires, les lits supplémentaires ainsi que les infrastructures de soins intensifs et les infrastructures hospitalières supplémentaires, y compris l'ensemble des équipements techniques, ne peuvent certainement pas être prévus et planifiés à l'avance et constituent donc un événement imprévisible pour les pouvoirs adjudicateurs.

2.3.2. *Urgence impérieuse rendant impossible le respect des délais généraux*

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).

⁽¹⁴⁾ Article 27 de la directive 2014/24/UE.

⁽¹⁵⁾ Article 28 de la directive 2014/24/UE.

⁽¹⁶⁾ Article 28, paragraphe 6, de la directive 2014/24/UE.

⁽¹⁷⁾ Article 28 de la directive 2014/24/UE.

⁽¹⁸⁾ Article 28, paragraphe 6, de la directive 2014/24/UE.

⁽¹⁹⁾ Article 84, paragraphe 1, point f), de la directive 2014/24/UE.

La question de savoir s'il est alors impossible de respecter jusqu'aux délais très courts de la procédure accélérée (ouverte ou restreinte, 15 et 10 jours respectivement pour présenter les offres) devra être évaluée au cas par cas, mais la réponse est probablement affirmative dans la plupart des cas, à tout le moins en ce qui concerne les besoins à court terme considérablement exacerbés par la courbe croissante de l'infection.

Comme le précise la jurisprudence de la Cour ⁽²⁰⁾, si l'urgence impérieuse est invoquée, la passation de marchés publics requise doit s'effectuer dans les meilleurs délais. L'exception ne peut être invoquée pour passer des marchés dont l'attribution demande plus de temps que n'en requerrait l'application d'une procédure transparente, ouverte ou restreinte, ou encore d'une procédure (ouverte ou restreinte) accélérée.

2.3.3. *Lien de causalité entre l'événement imprévisible et l'urgence impérieuse*

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.

2.3.4. *Une utilisation uniquement dans l'attente de solutions plus stables*

Les procédures négociées sans publication préalable peuvent permettre de répondre aux besoins immédiats. Elles ne sont utilisées que dans l'attente de solutions plus stables, telles que des contrats-cadres de fournitures et de services passés selon les procédures normales (y compris accélérées).

⁽²⁰⁾ Voir l'ordonnance de la Cour dans l'affaire C-352/12 du 20 juin 2013, points 50 à 52.