

MARCHÉS PUBLICS

Quand l'urgence commande...

• **Le passage de la tempête Xynthia a soulevé de façon dramatique la question de la gestion des situations d'urgence, de prime abord difficilement compatible avec le respect des règles du Code des marchés publics.**

• **Pourtant, plusieurs dispositions du Code prévoient ces circonstances exceptionnelles, allant même, dans certains cas, jusqu'à dispenser l'acheteur public du respect des règles de publicité et de mise en concurrence préalables.**

• **Etat des lieux.**

Par **SOPHIE LAPISARDI**
Avocat au barreau de Paris
cabinet Barraquand Lapisardi

Les acheteurs publics sont régulièrement confrontés à des situations d'urgence pour lesquelles la conclusion rapide d'un marché de travaux, de fournitures ou de services s'impose. L'actualité nous livre l'exemple des dégâts provoqués par le passage d'une tempête. Mais d'autres événements, moins dramatiques, peuvent également être considérés par les acheteurs publics comme des situations d'urgence: c'est notamment le cas d'une procédure de passation qui serait annulée pour un marché portant sur la construction d'un collège, alors que la rentrée approche. Les règles de la commande publique fournissent des solutions plus ou moins efficaces et rapides, *ad hoc* ou non. Ces mesures sont graduées en fonction du degré d'urgence.

Urgence impérieuse: plusieurs conditions cumulatives

L'article 35.II.1° du Code des marchés publics (CMP) prévoit qu'en cas d'urgence impérieuse, l'acheteur public peut recourir à une procédure négociée sans publicité

ni mise en concurrence préalables. Cette situation est appréciée de façon stricte. Pour qu'une situation soit qualifiée « d'urgence impérieuse », il faut que trois conditions cumulatives soient réunies:

- les circonstances doivent être imprévisibles pour le pouvoir adjudicateur;
- les circonstances ne doivent pas lui être imputables (condition d'extériorité);
- les conditions de passation du marché doivent être incompatibles avec les délais exigés par les procédures d'appel d'offres ou de marchés négociés avec publicité et mise en concurrence préalables. L'exemple donné par le CMP est celui des marchés conclus pour gérer des situations d'urgence impérieuse liées à une catastrophe technologique ou naturelle.

Ces marchés ne pourront porter que sur des interventions immédiatement et strictement nécessaires après la catastrophe (exemples: déblaiements, mise hors d'eau, démolition à titre préventif d'ouvrages menaçant ruine, délimitation d'un périmètre de sécurité, fourniture de couvertures, rétablissement du fonctionnement des réseaux d'eau, d'éclairage public, etc).

Comme l'indique la direction des affaires juridiques (DAJ) du ministère de l'Économie dans sa fiche du 8 mars 2010 (*), les marchés ainsi passés ne pourront pas porter sur la reconstruction des bâtiments publics effondrés, sur la réalisation de nouveaux ouvrages ou même sur des prestations permettant d'assurer le relogement pérenne des sinistrés.

Le recours à l'article 35.II.1° a ainsi été jugé légal pour des travaux de consolidation et de réfection partielle d'une voirie, à la suite d'in-

tempéries et avant l'arrivée de nouvelles précipitations de même ampleur (CAA Marseille, 12 mars 2007, « Commune de Bollène », n°04MA00643).

Une stricte interprétation jurisprudentielle

Certes, le Conseil d'État a jugé que l'infructuosité d'un appel d'offres pouvait créer une situation d'urgence impérieuse. Toutefois, cette décision est isolée (CE, 11 octobre 1985, « Compagnie générale de construction téléphonique », n° 38788). Ainsi, plus récemment, la suspension d'une procédure de passation par le juge des référés n'a pas été regardée comme une circonstance imprévisible et extérieure au pouvoir adjudicateur permettant le recours à l'article 35.II.1° (TA Versailles, 27 novembre 2007, « Société Sita Ile-de-France », n°0611590).

De même, n'a pas été considérée comme une urgence impérieuse, la nécessité de faire réaliser des travaux, sept mois après le passage d'une dépression tropicale, alors qu'un premier marché avait été passé entre-temps (CE, Sect., 28 juillet 1991, « Commune de Sainte-Marie-de-la-Réunion », n°117717).

De plus, la signature de marchés de rénovation de collèges à quelques semaines de la rentrée scolaire a été considérée comme illégale car cette échéance n'était pas imprévisible et le retard pour la réalisation de ces travaux était imputable à la collectivité (CE, 1^{er} octobre 1997, « M. Hemmerdinger », n° 151578).

Autre exemple où la situation d'urgence impérieuse n'a pas non plus été retenue: l'arrivée de nouvelles familles dans une commune suite à une opération sociale d'ac-

L'ESSENTIEL

- ▶ **Le Code des marchés publics dispense l'acheteur public du respect des règles de publicité et de mise en concurrence en cas d'urgence impérieuse ou, dans le cas des Mapa, lorsque les « circonstances le justifient ».**
- ▶ **Il permet également de raccourcir les délais de procédure en cas d'urgence simple.**
- ▶ **La jurisprudence interprète très strictement ces dispositions et opère un contrôle au cas par cas.**



Après une catastrophe, l'acheteur public peut être dispensé du respect des règles de publicité et de mise en concurrence préalables. *Ci-dessus*, travaux de pompage à La Faute-sur-Mer (Vendée) après le passage de la tempête Xynthia.

Travaux exécutés d'office

L'article 35.II. 1° du Code prévoit la même dérogation aux règles de publicité et de mise en concurrence pour les travaux exécutés d'office, en urgence, en application des articles L. 1311-4 (danger ponctuel imminent pour la santé publique), L. 1331-24 et L. 1331-26-1 (locaux ou installations présentant un danger pour la santé ou la sécurité des occupants), L. 1331-28 et L. 1331-29 (immeuble insalubre à titre irrémédiable) et L. 1334-2 (présence de plomb dans les habitations) du Code de la santé publique et des articles L. 123-3 (travaux d'office en cas d'insécurité manifeste d'un immeuble), L. 129-2 et L. 129-3 (équipements d'un immeuble présentant des risques sérieux pour la sécurité des occupants), L. 511-2 (immeubles menaçant ruine) et L. 511-3 (péril imminent) du Code de la construction et de l'habitation. Pour ces marchés aussi, il doit s'agir de prestations strictement nécessaires pour faire face à la situation d'urgence. Comme pour les marchés passés en cas d'urgence impérieuse, le prix pourra être provisoire (article 19.I.1°), la commission d'appel d'offres n'aura pas à être réunie (article 25) et le délai dit de *standstill* n'aura pas à être respecté (article 80.I.1°).

cession à la propriété imposant l'extension de l'école communale (CAA Paris, 31 octobre 1995, « Société Debruyne », n° 94PA01442). Lorsque les conditions de l'urgence impérieuse sont réunies, celle-ci permet à l'acheteur public de conclure un marché à prix provisoire (article 19.I.1°), de ne pas réunir la commission d'appel d'offres (article 25) et de ne pas respecter le délai dit de *standstill*, délai entre la notification de la décision de rejet aux candidats non retenus et la signature du contrat (article 80.I.1°).

Cependant, la rapidité de la procédure ne sécurise pas le contrat: Si l'acheteur public ne publie pas

un avis relatif à son intention de conclure un marché (article 40-1) et ne respecte pas le délai de onze jours entre sa publication et la signature du contrat (délai qui paraît incompatible avec une urgence impérieuse), le marché pourra faire l'objet d'un référé contractuel (articles 80.I.3° du Code des marchés publics et L551-15 du Code de justice administrative).

En tout état de cause, les acheteurs publics ne devront pas oublier de publier un avis d'attribution afin de réduire les délais de recours du référé contractuel et circonscrire ceux du recours «Tropic».

Le cas des marchés à procédure adaptée (Mapa)

L'article 28 du Code des marchés publics permet aux acheteurs publics, « quand les circonstances le justifient », de conclure des marchés à procédure adaptée (Mapa) sans publicité, ni mise en concurrence préalables.

La jurisprudence n'a pas eu l'occasion de se prononcer sur l'application de cette disposition, si bien que les contours de cette notion sont difficiles à tracer. L'urgence paraît pouvoir entrer dans la catégorie des « circonstances » visées, ce que confirme le ministre de l'Economie, de l'Industrie et de l'Emploi.

Délais de procédure en cas d'urgence simple

Procédure	Phases de la procédure	Délais normaux	Jours	Délais d'urgence simple	Jours
Appel d'offres restreint	Réception des candidatures (article 60)	Sans préinformation	37	Sans préinformation	15 (a)
		Avec préinformation	30	Avec préinformation	10 (a)
	Réception des offres (article 62)	Sans préinformation	40	10 (b)	
		Avec préinformation	22		
Marchés négociés	Réception des candidatures (article 60)		37		15 (c)
		Avis envoyé par voie électronique	30	Avis envoyé par voie électronique	10 (c)
	Renseignements complémentaires (article 66)	6 (d)		4 (d)	

(a) article 60.II.1; (b) article 62.III; (c) article 65.II.1°; (d) article 66.II du Code des marchés publics

(●●●) Faisant la distinction avec l'article 35.II.1° visant les marchés passés selon une procédure formalisée, il indique que la dérogation de l'article 28 «est directement liée au caractère adaptable de cette procédure, prévu pour tenir compte, notamment, du contexte de l'achat, du degré d'urgence ou du nombre très réduit, voire limité, à un des prestataires, susceptibles d'effectuer la prestation. Mais d'autres situations peuvent être prises en compte en fonction du contexte de l'achat» (réponse min. «JO Débats Sénat», 20 mars 2008, p.549, confirmée dans «JO Débats Sénat», 19 novembre 2009, p.2699).

Les hypothèses de recours à ces dispositions du Code paraissent donc plus nombreuses que celles visées à l'article 35.II.1° pour l'urgence impérieuse.

Pour autant, on peut raisonnablement penser qu'il faudra être en mesure de prouver que l'urgence rendait impossible le respect des règles, pourtant «allégées», de publicité et de mise en concurrence dans le cadre des Mapa. En revanche, la condition d'extériorité, qui empêche souvent le recours à l'article 35.II.1°, ne devrait pas être imposée. Ainsi, en cas d'annulation d'une procédure de passation, l'acheteur public pourrait recourir à l'article 28, le temps que la procédure de passation soit relancée (d'autant que la prudence commande de ne plus utiliser le seuil de l'article 28).

En cas d'urgence simple, les délais de procédure sont raccourcis

Dans le cadre des procédures formalisées, l'urgence simple permet de raccourcir les délais normaux de la consultation. La transposition de la directive 2004/18/CE du Parlement européen et du Conseil du 31 mars 2004 relative à la coordination des procédures de passation des marchés publics de travaux, de fournitures et de services, a réduit les hypothèses dans lesquelles les délais sont raccourcis. Ces dispositions ne concernent plus que les appels d'offres res-

La réquisition : une solution contestable

La réquisition est une décision unilatérale qui permet à l'administration d'imposer certaines prestations de services (notamment) dans un but d'ordre public (sécurité, salubrité ou tranquillité). Lors des tempêtes de décembre 1999, le ministre de l'Intérieur avait indiqué que les ordonnateurs pouvaient réquisitionner des entreprises pour effectuer des prestations urgentes dans les heures ou les jours suivants ces événements climatiques «en dehors du cadre défini par le Code des marchés publics» (circulaire NOR INTB000003C du 7 janvier 2000).

Il est vrai que le Code des marchés publics alors en vigueur imposait, même en cas d'urgence impérieuse, une mise en concurrence préalable. La légalité de cette pratique serait probablement remise en cause

aujourd'hui au regard des moyens mis à la disposition des acheteurs publics par le CMP pour gérer de telles situations. D'ailleurs, la réquisition n'est pas mentionnée par la DAJ dans sa fiche du 8 mars 2010 : pour gérer les situations de catastrophe, elle renvoie au Code des marchés publics.

En tout état de cause, la réquisition, du fait de son caractère unilatéral, présente des inconvénients (absence de négociation préalable du prix, par exemple), qui sont sources de contentieux. Aussi, elle ne paraît pouvoir se justifier aujourd'hui que si, dans les heures ou les jours suivants une catastrophe naturelle, les entreprises locales refusent d'intervenir pour le compte de l'acheteur public et pour la réalisation de travaux urgents.

treints et les marchés négociés et ne visent plus le délai de *standstill*. Pour l'application de ces dispositions sur l'urgence simple, les acheteurs doivent être en mesure de prouver l'urgence et l'impossibilité de respecter les délais normaux de procédure de consultation, pour des raisons sérieuses, ne résultant pas de leur fait (plusieurs articles mentionnent les cas «d'urgence ne résultant pas du fait du pouvoir adjudicateur»). Cette condition d'extériorité est interprétée strictement par la jurisprudence.

Ainsi, a été jugé illégal le recours à ces dispositions dérogatoires pour une procédure d'appel d'offres lancée pour des travaux de réfection de la chaufferie d'un collège, à quelques semaines de la rentrée. En effet, le juge a considéré que la situation était liée au retard pris pour le lancement de la procédure, alors que les travaux étaient prévus depuis plus de six mois (CE, 4 avril 1997, «Département d'Ille-et-Vilaine», n° 145 338). En revanche, le juge a validé le recours aux délais de procédure raccourcis prévus en cas d'urgence, pour des travaux de voirie et de réseaux divers, au regard des circonstances particulières de l'espèce (CAA Lyon, 18 décembre 2003, «Préfet du Rhône c./Syndicat mixte d'aménagement de la plaine de l'Ain et Société Brunet TP», n° 99LY02245). Cette condition d'extériorité pourrait ainsi empêcher le recours à

ces dispositions en cas d'annulation de la procédure de passation par le juge des référés précontractuels. En effet, l'annulation étant nécessairement liée à une violation des règles de publicité et de mise en concurrence, il pourrait être soutenu qu'elle est, en conséquence, imputable au pouvoir adjudicateur.

Modification des contrats en cours

D'autres mesures, non spécifiquement liées à l'urgence, peuvent s'avérer efficaces et rapides :

- Le recours à des avenants si l'économie générale du contrat n'est pas modifiée (par exemple pour des marchés de travaux et/ou des prestations d'entretien de l'éclairage public et de la signalisation lumineuse tricolore après une tempête) ;
- Le recours à une modification unilatérale des contrats en cours, à condition, là aussi, qu'elle n'entraîne pas un bouleversement de l'économie générale du contrat (par exemple pour réduire les délais d'exécution d'un marché en cours en raison de l'ouverture prochaine d'une base de loisirs).

Dans tous les cas décrits, le pouvoir exécutif devra réunir l'assemblée délibérante si celle-ci ne lui a pas préalablement donné compétence pour signer les marchés et/ou si les crédits ne sont pas inscrits au budget.

Certes, les délais de convocation seront alors raccourcis (voir notamment les articles L2121-12 du Code général des collectivités territoriales pour les communes,

L3121-19 pour les départements, L4132-18 pour les régions), mais dans des circonstances aussi pressantes et dramatiques que celles qu'ont connues les collectivités touchées par la tempête Xynthia, la tenue d'un conseil municipal, par exemple, sera difficile et viendra, en tout état de cause, considérablement alourdir la procédure.

Le Code des marchés publics donne donc aux acheteurs les moyens de concilier urgence et règles de la commande publique. Pour gérer au mieux ces situations, ces acheteurs doivent se donner les moyens d'appliquer ces règles :
 - en donnant compétence au pouvoir exécutif pour préparer et passer les marchés et pour signer les avenants,
 - en privilégiant l'envoi de la publicité par voie électronique (quand elle est obligatoire),
 - et en choisissant dans la palette de mesures dont ils disposent, celle qui sera la plus appropriée au regard du degré d'urgence. ■

(*) Accessible sur le site [minefe.gouv.fr/DAJ/Marchés publics](http://minefe.gouv.fr/DAJ/Marchés_publics)

EN SAVOIR PLUS

► **Textes officiels :** articles 28 et 35.II.1° du CMP.

► **Texte de référence :** fiche spécifique : « Xynthia et le Code des marchés publics » sur le site de la DAJ.

► **Ouvrage publié aux Editions du Moniteur :** « Code commenté des marchés publics », par Nicolas Charrel et Michel Guibal, 2^e édition 2009.