

---

## Les marchés publics dans la situation d'urgence liée à la crise sanitaire de COVID-19

---



**Geoffrey Ninane**  
*Avocat associé*  
*Assistant à l'ULB et à l'UMons*  
[g.ninane@janson.be](mailto:g.ninane@janson.be)

La crise sanitaire provoquée par la pandémie de COVID-19, qui est sans précédent dans l'histoire récente, a bouleversé toute la société en général et bien entendu aussi les relations qui peuvent exister entre les pouvoirs adjudicateurs et les entreprises. Cette crise n'a toutefois pas mis fin aux besoins qu'ont les pouvoirs publics de recourir à des procédures de marchés publics pour répondre à leurs besoins, bien au contraire. Pour ne citer que quelques exemples, il suffit de songer notamment aux besoins urgents de l'Etat fédéral, des entités fédérées et des hôpitaux d'obtenir rapidement la fourniture de masques, de gants de protection, de ventilateurs et d'autres dispositifs médicaux.

Le 1<sup>er</sup> avril 2020, la Commission européenne a donc publié une [communication sur les règles qui peuvent trouver à s'appliquer dans ces situations d'urgence](#), en rappelant que la directive 2014/24/UE du Parlement européen et du Conseil du 26 février 2014 sur la passation des marchés publics offre la souplesse nécessaire pour faire face à la crise<sup>1</sup>.

Les acheteurs publics peuvent ainsi envisager plusieurs options qui seront examinées ci-après :

- **premièrement**, en cas d'urgence, ils peuvent recourir à la possibilité de considérablement réduire les délais afin d'accélérer les procédures d'attribution de marchés publics ;
- **deuxièmement**, si ces mesures ne sont pas suffisantes (soit en cas d'urgence impérieuse incompatible avec les délais normaux, même réduits, de mise en concurrence), une procédure négociée sans publication peut être envisagée. À cet égard, selon la Commission, même une attribution directe à un opérateur économique présélectionné peut être envisagée, à la condition que ce dernier soit le seul en mesure de livrer les fournitures requises dans le respect des contraintes techniques et des délais imposées par l'urgence extrême.

---

<sup>1</sup> Communication n° COM/2020/C 108 I/01 sur les « orientations de la Commission européenne sur l'utilisation des marchés publics dans la situation d'urgence liée à la crise de la COVID-19 », J.O.U.E., 1<sup>er</sup> avril 2020 ; ces orientations s'appuient une communication antérieure 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).

Enfin, complémentaire aux deux premières options, la Commission européenne encourage les acheteurs publics à avoir recours à des solutions innovantes pour pleinement collaborer avec le marché. Ainsi, les autorités publiques sont encouragées à collaborer avec tous les acteurs économiques et académiques pour, par exemple, faire émerger de nouveaux concepts pour la réutilisation des masques de protection, créer des dispositifs de protection du personnel médical à ou élaborer des méthodes de détection du virus dans l'environnement<sup>2</sup>.

### 1. En cas d'urgence : les délais raccourcis

Si la situation est urgente mais qu'il est possible de passer par une procédure d'attribution classique de mise en concurrence (procédures ouverte, restreinte, concurrentielle, négociée directe avec publication), les pouvoirs adjudicateurs doivent d'abord envisager de recourir à une procédure accélérée.

En effet, en vertu de la loi du 17 juin 2016 relative aux marchés publics et de la directive 2014/24/UE, les délais des procédures « classiques » d'attribution peuvent être réduits de la manière suivante :

Procédures	Délai normal minimal	Délai réduit minimal
<b><i>En procédure ouverte<sup>3</sup></i></b>		
Délai de présentation des offres	35 jours	15 jours
<b><i>En procédure restreinte<sup>4</sup></i></b>		
Demandes de participation (étape 1)	30 jours	15 jours
Délai de soumission des offres par les soumissionnaires sélectionnés (étape 2)	30 jours	10 jours
<b><i>En procédure concurrentielle avec négociation<sup>5</sup></i></b>		
Demandes de participation (étape 1)	30 jours	15 jours
Délai de soumission des offres (étape 2)	30 jours	10 jours
<b><i>En procédure négociée directe avec publication préalable<sup>6</sup></i></b>		
Délai de dépôt des offres	22 jours	15 jours

Dans sa communication précitée du 1<sup>er</sup> avril 2020, la Commission a considéré que le recours à la procédure « accélérée » est conforme aux principes d'égalité de traitement et de transparence et qu'elle garantit la concurrence même en cas d'urgence.

Il convient néanmoins de préciser que l'urgence justifiant l'application d'un délai réduit doit être motivée au regard de la situation concrète du pouvoir adjudicateur. Par ailleurs, même en cas d'urgence, les soumissionnaires devront disposer d'un temps suffisant pour préparer leur offre au regard de la complexité du marché.

<sup>2</sup> A titre d'exemple, l'on songe notamment à l'initiative récente des « FabLab » de l'Université libre de Bruxelles de produire de visières de protection pour les hôpitaux.

<sup>3</sup> Art. 36 de la loi du 17 juin 2016 relative aux marchés publics ; art. 27 de la directive 2014/24/UE.

<sup>4</sup> Art. 37 de la loi ; art. 28 de la directive.

<sup>5</sup> Art. 38 de la loi ; art. 29 de la directive.

<sup>6</sup> Art. 41 de la loi.



## 2. En cas d'urgence impérieuse incompatible avec les délais (même réduits) de mise en concurrence : la procédure négociée sans publication préalable

Dans sa communication précitée, la Commission européenne a précisé que les pouvoirs adjudicateurs pourraient aussi envisager de recourir à la « procédure négociée sans publication préalable » pour répondre à leurs besoins liés à la pandémie de COVID-19.

Cette procédure est plus rapide et plus souple que les autres procédures d'attribution. Néanmoins, elle réduit significativement la concurrence entre les opérateurs économiques puisque, dans cette hypothèse, aucun avis de marché n'est publié. C'est donc le pouvoir adjudicateur lui-même qui choisit les opérateurs économiques avec lesquels il va négocier.

Pour cette raison, le recours à la procédure négociée sans publication préalable est strictement encadré et il n'est possible d'y avoir recours que « *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* »<sup>7</sup>.

Etant donné que, dans ce cas, les pouvoirs adjudicateurs dérogent au principe de transparence, la Cour de justice de l'Union européenne exige dans sa jurisprudence que le recours à cette procédure reste exceptionnel<sup>8</sup>.

Les trois conditions cumulatives suivantes doivent donc être respectées :

- l'existence d'un **événement imprévisible** non imputable au pouvoir adjudicateur ;
- l'existence d'une **urgence impérieuse** rendant impossible le respect des délais généraux (même réduits) ;
- un **lien de causalité** entre l'événement imprévisible et l'urgence impérieuse.

A cet égard, la Commission considère dans sa communication du 1<sup>er</sup> avril 2020 que ces trois conditions sont *a priori* rencontrées en ce qui concerne les besoins spécifiques actuels des pouvoirs adjudicateurs en terme de matériel médical.

Ainsi, **s'agissant de la condition d'imprévisibilité**, la Commission relève que les événements liés à la pandémie de COVID-19, 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* ».

<sup>7</sup> Art. 32, paragraphe 2, point c), de la directive ; art. 42, § 1<sup>er</sup>, b), (dans les secteurs classiques) et 124, § 1<sup>er</sup>, 5°, (dans les secteurs spéciaux) de la loi.

<sup>8</sup> Voy. not. C.J.U.E., aff. C-275/08 du 15 octobre 2009, Commission/Allemagne ; aff. C-352/12 du 20 juin 2013, Consiglio Nazionale degli Ingegneri ; voy. aussi la jurisprudence du Conseil d'Etat : C.E., 19 janvier 2012, n° 209.316, s.a. SITA Wallonie.



Par ailleurs, **en ce qui concerne la condition d'urgence impérieuse**, elle considère que :

*« 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).*

*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 ».*

Enfin, **en ce qui concerne le lien de causalité** entre l'urgence impérieuse et la pandémie de COVID-19, la Commission précise que ce lien causal ne peut pas être raisonnablement mis en doute.

Ceci laisse penser que la procédure négociée sans publication préalable pourrait, dans la plupart des cas, être mise en œuvre pour faire face aux besoins immédiats des pouvoirs adjudicateurs en matière de matériel médical. Néanmoins, comme il s'agit d'une procédure dérogoire au droit commun et qui est donc de stricte interprétation, il conviendra d'examiner au cas par cas les nécessités réelles des pouvoirs d'adjudicateurs à cet égard, ainsi que leur degré d'urgence.

La question de l'application de cette procédure pourrait également se poser pour les autres marchés publics dont la mise en œuvre a été retardée à cause de la pandémie de COVID-19. A cet égard, les pouvoirs adjudicateurs devront néanmoins faire preuve d'une grande prudence puisque de nombreux marchés publics ne rempliront sans doute pas toutes les conditions d'application de cette procédure d'exception (notamment parce qu'il sera possible dans de nombreux cas recours à une procédure de mise en concurrence accélérée ; cfr. ci-avant).

La Commission a d'ailleurs rappelé que la procédure négociée sans publication ne permet que de répondre aux besoins immédiats des pouvoirs adjudicateurs. Elle n'est utilisée 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.

### **3. Autres questions sur la mise en œuvre des procédures de marchés publics pendant la période de la pandémie de COVID-19**

De nombreuses autres questions sont susceptibles de se poser quant à la mise en œuvre des procédures de marchés publics pendant cette période de pandémie. A cet égard, la plateforme électronique « public procurement » de l'Etat fédéral a tenté d'y apporter une première ébauche de réponses en publiant [une liste de questions/réponses](#) en la matière.

En outre, par une [circulaire du 23 mars 2020](#), publiée au Moniteur belge du 26 mars 2020, le ministre-président de la Région wallonne a également adopté une série de recommandations à l'attention des pouvoirs adjudicateurs wallons.

