



Bruxelles, le 9.9.2015
COM(2015) 454 final

**COMMUNICATION DE LA COMMISSION AU PARLEMENT EUROPÉEN ET AU
CONSEIL**

relative aux règles de passation de marchés publics en lien avec l'actuelle crise de l'asile

COMMUNICATION DE LA COMMISSION AU PARLEMENT EUROPÉEN ET AU CONSEIL

relative aux règles de passation de marchés publics en lien avec l'actuelle crise de l'asile

L'Union européenne est actuellement confrontée à de nombreux défis liés à un afflux soudain de demandeurs d'asile dont le nombre s'accroît nettement. En particulier, les États membres doivent répondre de manière adéquate et rapide aux besoins les plus immédiats de ces demandeurs d'asile (logement, fournitures et services).

La présente communication donne une vue d'ensemble des possibilités pour les acheteurs publics, les pouvoirs adjudicateurs¹, de mettre rapidement à disposition les infrastructures (logement), fournitures et services de première nécessité.

Les règles européennes de passation des marchés publics fournissent tous les outils nécessaires pour répondre à ces besoins, en vertu des dispositions de la directive 2004/18/CE² (ci-après la «directive») actuellement en vigueur ainsi que dans le cadre de la récente directive 2014/24/UE³ sur les marchés publics. Cette dernière doit être transposée au plus tard le 18 avril 2016 et n'est actuellement applicable que dans les États membres dans lesquels les mesures de transposition sont déjà entrées en vigueur.

La présente communication se fonde sur la directive 2004/18/CE, mais fait apparaître les spécificités de la directive 2014/24/UE lorsque celles-ci sont pertinentes dans la situation actuelle⁴.

La présente communication ne crée pas de nouvelles règles législatives. Elle présente 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 de noter que, en tout état de cause, l'interprétation contraignante du droit de l'Union appartient en dernier ressort à la Cour.

¹ 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.

² 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 (JO L 134 du 30.4.2004, p. 114).

³ 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).

⁴ Cela concerne en particulier les modifications sensibles de la réglementation applicable dans le domaine des services (voir le point 1.3 ci-dessous) et la mise en place d'une procédure ouverte accélérée (voir le point 3 ci-dessous).

1. CHAMP D'APPLICATION DES REGLES DE L'UNION EN MATIERE DE MARCHES PUBLICS

1.1. Infrastructures - travaux

Les infrastructures (des logements, par exemple) peuvent être fournies soit par la location de bâtiments existants ne nécessitant pas d'importantes adaptations (travaux,...), soit par la construction de nouveaux bâtiments ou par la rénovation de bâtiments existants.

La location de **bâtiments existants** n'est pas soumise aux règles de passation des marchés publics [article 16, point a), de la directive⁵]. Pour autant qu'il soit disponible, le logement peut être fourni sans qu'il faille recourir à une procédure de passation des marchés publics, par la location de bâtiments existants sur le marché ou l'affectation d'infrastructures publiques existantes (casernes, écoles, installations sportives, par exemple) à une telle utilisation. Lorsqu'il s'avère nécessaire de construire de nouveaux bâtiments, de rénover ou d'adapter des bâtiments existants, les règles de l'Union en matière de marchés publics peuvent être applicables⁶.

Pour que la directive soit applicable, la valeur estimée du projet concret de construction/de rénovation/d'adaptation doit être égale ou supérieure au seuil en vigueur, à savoir 5 186 000 EUR⁷. Cela s'applique à chaque projet fonctionnellement indépendant. En règle générale, une commune qui envisage la mise en œuvre de plusieurs projets de logement calculera la valeur de chaque projet séparément afin de déterminer si le seuil est atteint. Il n'est pas permis de scinder un projet d'ouvrage en vue de le soustraire à l'application de la directive (article 9, paragraphe 3, de la directive).

Sous le seuil précité, la législation nationale s'applique. Toutefois, les principes de base du droit de l'Union dans ce domaine — non-discrimination sur la base de la nationalité, égalité de traitement et transparence — s'appliquent si le projet concret présente un intérêt transfrontalier certain⁸.

⁵ Voir également l'article 10, point a), de la directive 2014/24/UE.

⁶ Article 1^{er}, paragraphe 2, point b), de la directive 2004/18/CE, et article 2, paragraphe 1, point 6, de la directive 2014/24/UE, concernant la définition d'un marché public de travaux.

⁷ Tous les deux ans, les seuils applicables et leur contre-valeur dans les monnaies nationales des États membres dont la monnaie n'est pas l'euro sont révisés selon une méthode purement mathématique, prévue directement dans les directives sur les marchés publics elles-mêmes. La prochaine révision sera applicable à partir du 1^{er} janvier 2016.

⁸ La question de savoir si un marché donné présente ou non un «intérêt transfrontalier certain» doit être déterminée par une analyse au cas par cas fondée sur les différents facteurs entrant en ligne de compte; voir la communication interprétative de la Commission relative au droit communautaire applicable aux passations de marchés non soumises ou partiellement soumises aux dispositions des directives sur les marchés publics (JO C 179 du 1.8.2006, p. 2) et le développement donné dans la jurisprudence récente de la Cour de justice de l'Union européenne. Voir, par exemple, le point 46 de l'arrêt de la Cour du 11 décembre 2014 dans l'affaire C-113/13, et la jurisprudence qui y est citée.

1.2. Fournitures

L'arrivée de nombreux demandeurs d'asile exigera également la mise à disposition d'urgence de fournitures (par exemple, des tentes, des conteneurs, des vêtements, des couvertures, des lits ou de la nourriture).

La directive s'applique à tous les **marchés de fournitures** attribués par un pouvoir adjudicateur⁹ pour autant que leur valeur estimée égale ou dépasse le seuil applicable, qui peut être de 134 000 EUR ou de 207 000 EUR¹⁰ selon la nature du pouvoir adjudicateur¹¹.

Sous les seuils précités, la législation nationale s'applique. Les principes de base du droit de l'Union susmentionnés s'appliquent dans les mêmes conditions que pour les marchés de travaux.

1.3. Services

Enfin, l'arrivée de demandeurs d'asile nécessite aussi de passer des marchés de services (portant par exemple sur le nettoyage, les soins de santé, la restauration ou la sécurité).

Pour les marchés de services, les règles de la directive en vigueur et de la directive 2014/24/UE sont fondamentalement différentes.

En vertu de la directive 2004/18/CE, les services ne sont soumis à la directive dans son intégralité qui s'ils figurent dans la liste exhaustive¹². Parmi ces services, le transport par autobus et les services de nettoyage, en particulier, pourraient s'avérer nécessaires pour les demandeurs d'asile. Pour tous les services autres que ceux énumérés dans la liste exhaustive, la directive¹³ exige seulement la transparence ex post¹⁴ et l'application des dispositions régissant les spécifications techniques.

⁹ Dans certains cas, il peut y avoir des exceptions qui sont précisées dans la directive.

¹⁰ Voir la note de bas de page 7.

¹¹ Le seuil inférieur s'applique aux marchés de fournitures attribués par les autorités gouvernementales centrales (ministères par exemple), qui sont énumérées à l'annexe IV de la directive, alors que le seuil supérieur s'applique aux marchés de fournitures attribués par tout autre pouvoir adjudicateur, y compris en particulier les autorités régionales et locales.

¹² Annexe II A de la directive: services d'entretien et de réparation, services de transports terrestres, services de transports aériens, services de transport de courrier, services de télécommunications, services financiers, services informatiques et services connexes, services de recherche et de développement, services comptables, d'audit et de tenue de livres, services d'études de marché et de sondages, services de conseil en gestion, services d'architecture et services d'ingénierie, services de publicité, services de nettoyage de bâtiments et services de gestion de propriétés, services de publication et d'impression, services de voirie et d'enlèvement des ordures (précisés par leur codes CPV).

¹³ Liste non exhaustive de l'annexe II B de la directive (qui inclut la catégorie générale des «autres services»).

¹⁴ C'est-à-dire l'envoi d'un avis à l'*Office des publications de l'Union européenne* pour information ou pour publication lorsque le marché a été attribué.

Les marchés de services sont soumis aux dispositions de la directive à partir de seuils identiques à ceux qui s'appliquent pour les marchés de fournitures. En outre, les principes de base du droit de l'Union s'appliquent aux marchés de services qui ont un intérêt transfrontalier certain dans les mêmes conditions que pour les marchés de travaux¹⁵.

La directive 2014/24/UE est, en principe, pleinement applicable à tous les services. Toutefois, des règles particulières, dites «régime assoupli»¹⁶, s'appliquent aux «services sociaux et autres services spécifiques»¹⁷. Dans le cadre de la prestation de services aux demandeurs d'asile, ce régime assoupli pourrait être utile, par exemple, pour les services d'alimentation et les services sanitaires et sociaux. Certains services sont totalement exclus du champ d'application de la directive 2014/24/UE. Cette exclusion concerne les services de secours et les services ambulanciers sous certaines conditions¹⁸.

De manière générale, la directive 2014/24/UE sera applicable à partir d'un seuil identique à celui prévu par la précédente directive¹⁹. Pour les services faisant l'objet du régime assoupli, le seuil applicable a été fixé à 750 000 EUR²⁰.

Le régime assoupli oblige les pouvoirs adjudicateurs à assurer la publicité des marchés au niveau de l'UE avant et après leur attribution et à respecter certaines obligations de procédure de base (en particulier le respect du principe de non-discrimination). Les procédures d'attribution de marchés relevant de ces catégories de services seront régies par le droit national. Les principes généraux du droit de l'Union s'appliqueront toutefois à ces services pour des marchés d'une valeur inférieure au seuil fixé si ces marchés présentent un intérêt transfrontalier certain²¹.

¹⁵ Pour les marchés d'une valeur inférieure au seuil fixé pour les services énumérés de manière exhaustive à l'annexe II A; quelle que soit la valeur du marché pour tous les autres services.

¹⁶ Considérant 28 de la directive 2014/24/UE.

¹⁷ Articles 74 à 77 de la directive 2014/24/UE; ces services sont énumérés dans la liste exhaustive de l'annexe XIV de la directive: services sanitaires, sociaux et connexes; services administratifs, sociaux, éducatifs et culturels et soins de santé; services de sécurité sociale obligatoire; services de prestations; autres services communautaires, sociaux et personnels; services religieux; services d'hôtellerie et de restauration; services juridiques; autres services administratifs et publics; prestations de services pour la collectivité; services liés à l'administration pénitentiaire, services de sécurité publique et de secours; services d'enquête et de sécurité; services internationaux; services des postes (précisés par leur codes CPV).

¹⁸ Article 10, point h), de la directive 2014/24/UE.

¹⁹ Le seuil inférieur s'applique aux marchés de services attribués par les autorités gouvernementales centrales alors que le seuil supérieur s'applique aux marchés de services attribués par tout autre pouvoir adjudicateur, y compris en particulier les autorités régionales et locales.

²⁰ Contrairement aux autres seuils, qui seront révisés au 1^{er} janvier 2016, ce seuil demeurera inchangé après cette date.

²¹ Les considérants 114 à 117 de la directive 2014/24/UE précisent cette notion dans le contexte particulier du régime assoupli.

2. CHOIX DES PROCEDURES ET DELAIS APPLICABLES EN VERTU DES REGLES DE L'UE SUR LES MARCHES PUBLICS

2.1. Généralités

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 28 de la directive)²². Le délai minimal pour soumettre une offre dans une procédure ouverte est de 52 jours, mais il peut être ramené à 40 jours en utilisant des moyens électroniques (article 38 de la directive). Dans une procédure restreinte, les délais généraux sont de 37 jours pour soumettre une demande de participation et de 40 jours supplémentaires pour soumettre une offre après la sélection des candidats admis à présenter une offre par le pouvoir adjudicateur (article 38, paragraphe 3, de la directive; ces délais peuvent être fixés respectivement à 30 et 35 jours lorsque des moyens électroniques sont utilisés²³).

Pour les procédures ouvertes relevant de la directive 2014/24/UE, un délai de 35 jours pour la présentation des offres sera d'application²⁴. Dans le cas des procédures restreintes, la directive 2014/24/UE 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 offres²⁵. 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 appliqué²⁶.

2.2. Urgence

Si l'urgence le requiert, la directive prévoit une réduction substantielle des délais généraux. Dans ce cas, les pouvoirs adjudicateurs peuvent opter pour une «procédure restreinte accélérée» dans laquelle le délai est de 15 jours pour présenter une demande de participation et de 10 jours pour soumettre une offre²⁷. Une attribution rapide du marché est ainsi possible.

²² 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 la présente communication.

²³ Article 38, paragraphes 5 et 6, de la directive.

²⁴ Article 27 de la directive 2014/24/UE.

²⁵ Article 28 de la directive 2014/24/UE.

²⁶ Article 28, paragraphe 4, de la directive 2014/24/UE.

²⁷ Article 38, paragraphe 8, de la directive.

La directive 2014/24/UE conserve cette procédure²⁸ et introduit en outre une «procédure ouverte accélérée», en prévoyant que le délai de dépôt des offres peut être réduit à 15 jours dans des cas d'urgence dûment justifiés²⁹.

Le recours à une «procédure restreinte accélérée» nécessite le respect d'un niveau minimal d'égalité de traitement et de transparence qui permet de garantir une certaine concurrence même en cas d'urgence. Dans de nombreux cas, il pourrait être possible de passer les marchés nécessaires à l'aide de ces «procédures restreintes accélérées» (ou de «procédures ouvertes accélérées» au titre de la directive 2014/24/UE).

3. PROCEDURE NEGOCIEE SANS PUBLICATION EN CAS D'EXTREME URGENCE

Avec la «procédure négociée sans publication d'un avis de marché», le droit de l'Union prévoit un outil supplémentaire qui permettra la passation de marchés pour répondre aux besoins des demandeurs d'asile également dans les cas les plus urgents.

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 les pouvoirs adjudicateurs en question, n'est pas compatible avec les délais exigés par les procédures ouvertes, restreintes ou négociées avec publication [...]. Les circonstances invoquées pour justifier l'urgence impérieuse ne doivent en aucun cas être imputables au pouvoir adjudicateur.» (article 31, paragraphe 1, point c), de la directive³⁰).

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 d'un avis de marché» permet aux pouvoirs adjudicateurs de négocier directement avec les contractants potentiels; elle n'autorise pas l'attribution directe à un opérateur économique présélectionné, sauf lorsqu'un seul opérateur sera en mesure de réaliser les tâches demandées compte tenu des contraintes techniques et de temps qu'impose 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

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

²⁹ Article 27, paragraphe 3, de la directive 2014/24/UE.

³⁰ Une disposition identique en substance figure à l'article 32, paragraphe 2, point c), de la directive 2014/24/UE.

son choix d'une telle procédure dans un rapport³¹. Les critères cumulatifs ci-dessous devront être remplis dans l'évaluation de chaque cas.

3.1. «Événements imprévisibles pour le pouvoir adjudicateur en question»

Dans de nombreux États membres, le nombre de demandeurs d'asile a augmenté de manière significative en un laps de temps relativement court.

On peut supposer que, d'une façon générale, un pouvoir adjudicateur ne connaissait pas et ne pouvait pas connaître suffisamment à l'avance le nombre de demandeurs d'asile qu'il aurait à prendre en charge. Les besoins spécifiques d'une commune donnée en matière de logements, de fournitures ou de services à fournir aux demandeurs d'asile ne pouvaient donc pas être planifiés à l'avance, ce qui constituerait ainsi un événement imprévisible pour la commune concernée.

3.2. Urgence impérieuse rendant impossible le respect des délais généraux

Il ne fait aucun doute que les besoins les plus immédiats des demandeurs d'asile arrivant dans les différents États membres (logement, fournitures et services) doivent être satisfaits avec toute la diligence possible.

Il y aura lieu d'apprécier au cas par cas si cela rend impossible le respect des délais déjà très courts de la procédure restreinte accélérée (ou de la procédure ouverte accélérée prévue au titre de la directive 2014/24/UE).

Comme le précise la jurisprudence de la Cour³², 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 (restreinte) accélérée.

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

En ce qui concerne la réponse aux besoins les plus immédiats des demandeurs d'asile dans un délai très court, le lien de causalité entre l'augmentation du nombre des demandeurs d'asile et la nécessité de subvenir à leurs besoins ne saurait raisonnablement être mis en doute.

3.4. «Dans la mesure strictement nécessaire»

Les procédures négociées sans publication préalable peuvent permettre de répondre valablement 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).

³¹ Article 43, point f), de la directive 2004/18/CE et article 84, paragraphe 1, point f), de la directive 2014/24/UE.

³² Voir l'ordonnance de la Cour dans l'affaire C-352/12 du 20 juin 2013, points 50 à 52.

4. CONCLUSIONS

Les pouvoirs adjudicateurs devront déterminer au cas par cas la procédure qu'ils retiennent pour attribuer des marchés visant à répondre aux besoins immédiats des demandeurs d'asile (logement, fournitures ou services).

Pour les projets d'une valeur dépassant les seuils fixés pour l'application des directives de l'Union sur les marchés publics, lorsque les besoins doivent être satisfaits dans le cadre de nouveaux marchés publics³³, les pouvoirs adjudicateurs envisageront dans un premier temps de faire usage de toutes les possibilités de réduire substantiellement les délais en recourant à une procédure accélérée (restreinte, ou ouverte telle que prévue par la directive 2014/24/UE).

Si ces possibilités ne permettent pas la mise à disposition suffisamment rapide de logements, de fournitures et de services, la procédure négociée sans publication préalable peut être prise en considération.

La réglementation de l'Union en matière de passation de marchés contient des règles appropriées pour répondre aux besoins les plus immédiats des demandeurs d'asile dans la situation exceptionnelle qui prévaut actuellement.

³³ Par opposition à une couverture des besoins au moyen, par exemple, de ressources propres, d'une coopération public-public ou de contrats existants.