

## LES MARCHES PUBLICS D'ASSURANCE

### Rappel des procédures applicables

#### PLAN DE L'ETUDE

#### INTRODUCTION : « Petit » rappel historique

#### 1 – LES MODALITES DE CALCUL DES SEUILS

- 1.1. Durée des contrats – Prohibition de la tacite reconduction
- 1.2. Contrat à durée ferme ; une illusion couteuse pour le souscripteur
- 1.3. Préavis de résiliation : respecter aussi les contingences des assureurs
- 1.4. Calcul du montant des marchés pour la détermination des seuils de procédure

#### 2 – LES PROCEDURES APPLICABLES – Avantages et inconvénients

- 2.1. Marchés de moins de 40 000 €
- 2.2. Procédures adaptées MAPA
- 2.3. Appel d'offres ouvert
- 2.4. Appel d'offres restreint
- 2.5. Procédure avec négociation
- 2.6. Dialogue compétitif
- 2.7. Procédure négociée après infructuosité

#### 3 – SITUATION PARTICULIERE DES GROUPEMENTS DE COMMANDE ET DES GHT

- 3.1. Appel d'offres ouvert
- 3.2. Procédure avec négociation.

#### CONCLUSION : L'achat d'assurance reste une réalité technique

*Ce document est la propriété intellectuelle de ses auteurs Christian TOURRAIN et Appoline BARBIER et de la Sté ACAOP. Il ne peut être reproduit et diffusé même partiellement qu'avec son accord formel.*

#### INTRODUCTION : « Petit » rappel historique

Je vous parle d'un temps dont les moins de 20 ans (de marchés publics) ne peuvent pas connaître !

Dans cahier spécial très critique, publié dans la revue « la Gazette des Communes » en juillet 2001, sur les marchés publics d'assurance, j'avais baptisé leurs évolutions successives de la formule « **du baroque au surréalisme** » appelant les pouvoirs publics à davantage de bon sens et de continuité dans l'application des textes régissant la passation des marchés d'assurance.

A l'époque déjà, au-delà de la question de la prévalence « *Code des assurances Vs Code des marchés publics* », la polémique portait sur le conflit « *Appel d'offres ouvert* » Vs « *Procédure négociée* ».

Cela est d'autant plus vrai que le décret de 2016 autorise le « **sourcing** » et permet en amont de l'appel d'offres de vérifier les orientations du marché et les capacités de réponse des candidats assureurs notamment sur les risques techniques (RC – Dommages aux biens – RIPH - Cyber risk)

Que dire des contrats pour lesquels les garanties sont directement issues d'obligations d'assurance et de textes législatifs ou réglementaires qui imposent des clauses types qui encadrent totalement la définition et l'application des garanties (Assurance RC automobile – RC médicale – Risques statutaires – Dommages ouvrage) ? Où est la complexité juridique alors qu'il suffit de recopier les clauses types du Code des assurances ?

Enfin, comme dans tous les autres appels d'offres, le Code de la commande public prévoit la « soupape de sécurité » de la **procédure négociée après infructuosité**.

Il paraît donc difficile de prétendre que les conditions actuelles de remise en concurrence des marchés publics d'assurance présentent des difficultés juridiques et techniques nouvelles et complexes qui justifieraient l'abandon des procédures d'appel d'offres ouvert au profit de procédures avec négociation, alors que depuis plus de 25 ans, les premières ont permis d'attribuer sans trop de difficultés les marchés d'assurance dans des conjonctures parfois très difficiles (En dommages aux biens après les violences urbaines de novembre 2005 par exemple).

La passation des marchés d'assurance est aujourd'hui suffisamment complexe sur le plan technique et soumise à des contentieux toujours plus virulents et pointilleux pour ne pas tendre les verges de l'irrégularité de la procédure.

Cependant, le recours à la procédure avec négociation reste possible dans des situations particulières et notamment celles qui ont existées depuis l'origine et qui ont, pour certaines fait l'objet de décision des tribunaux administratifs (CDG – Assurance construction), mais elle peut être désormais étendue à d'autres situations et notamment la passation de marchés d'assurance dans le cadre de groupements de commande ou des Groupements Hospitaliers de Territoire – GHT – non du fait de la complexité de l'opération d'assurance en elle-même, mais par les conditions d'adhésion des membres et du montage juridique et des répartitions financières entre les membres de ces groupements.

## 1 – MODALITES DE CALCUL DES SEUILS POUR LES MARCHES D'ASSURANCE

La procédure de passation des marchés d'assurance résulte d'une doctrine parfaitement stable et ancienne rappelées dans les différentes circulaires d'applications des décrets successifs et plus fondamentalement, désormais à l'article R2121-6 du Code de la commande publique :

### **Article R 2121-6 -**

*« Pour les marchés de fourniture ou de services, la valeur estimée du besoin est déterminée, quels que soient le nombre d'opérateurs économiques auquel il est fait appel et le nombre de marchés à passer, en prenant en compte **la valeur totale des fournitures ou des services qui peuvent être considérés comme homogènes soit en raison de leurs caractéristiques propres, soit parce qu'ils constituent une unité fonctionnelle.** »*

Bien qu'il s'agisse de principes généraux évidemment connus des services des marchés, (nous nous en excusons par avance), nous rappelons ci-après les règles applicables pour la détermination et le choix des procédures de passation des marchés.

D'une manière générale la passation des marchés d'assurance ressortira le plus souvent pour les entités publiques importantes, **des procédures formalisées** sauf éventuellement dans le cadre de groupements de commande, pour des collectivités ou établissements plus petits, en application de l'article R 2121-2 du code de la commande publique sur l'autonomie des « unités opérationnelles ».

Ainsi, **des préavis de résiliation de 4 mois avant l'échéance pour les 2 parties**, semblent la formule la mieux équilibrer entre les intérêts respectifs des souscripteurs et des assureurs.

Attention un préavis de résiliation trop long et refusé par les assureurs rend **leurs offres irrégulières**, ce qui dans la situation actuelle du marché de l'assurance des collectivités locales et des hôpitaux publics peut être très préjudiciable car aboutissant à éliminer, sur un élément purement formel, des offres potentiellement intéressantes pour l'acheteur public tant en termes de garanties que sur le plan tarifaire.

#### **1.4 - Calcul du montant des marchés pour la détermination des seuils de procédure.**

Les modalités de calcul des seuils qui déterminent les procédures applicables ont été précisés par une directive européenne du 26 février 2014 (N° 2014/24/UE) et par les nouvelles dispositions du code de la commande publique (articles R 2121-1 à 7 du CCP).

Elles rappellent que ce calcul doit être effectué sur la base de la notion « **d'opération d'assurance** » constituant une catégorie homogène au sens des directives européennes.

Le calcul des seuils résulte donc d'un **double cumul** :

- Celui de l'ensemble des contrats de même nature souscrits par l'acheteur public **pris séparément** :
  - Contrats dits IARD : dommages aux biens – responsabilité – automobile – risques statutaires – protection juridique etc.
  - Contrats d'assurance construction rattachés à l'opération de construction sauf dans le cas de « contrats cadres à aliments »
- Celui du calcul des primes hors taxes et hors contributions obligatoires, sur la durée prévisible des marchés. Ainsi, si les marchés sont passés pour une durée de 5 ans le calcul s'effectue donc sur la base des primes de tous les contrats, multipliées par 5.

Par contre l'article R 2121-2 du code de la commande publique précise que dans un groupement de commande, ces seuils peuvent être déterminés **par unité opérationnelle**, c'est-à-dire par membre du groupement.

##### **Article R 2121-2 - Calcul de la valeur estimée (unité opérationnelle)**

*« Lorsqu'un acheteur est composé d'unités opérationnelles distinctes, la valeur totale estimée des marchés passés pour les besoins des différentes unités opérationnelles est prise en compte. Toutefois, lorsqu'une unité opérationnelle est responsable de manière autonome de ses marchés ou de certaines catégories d'entre eux, la valeur du besoin peut être estimée au niveau de l'unité en question ».*

Le respect de ces règles est important car sa transgression serait considérée comme du « saucissonnage » avec des conséquences évidemment préjudiciables pour l'acheteur public non seulement au niveau des procédures de publicité et sur celle de la passation des marchés d'assurance, mais aussi au plan pénal et médiatique.

Le calcul des seuils détermine les procédures applicables et n'agit pas sur les possibilités d'allotissement qui sera fixé en fonction des réalités techniques propre à chacun des risques à assurer.

Pour les collectivités locales et établissements hospitaliers, les seuils pour les marchés d'assurance s'établissent comme suit à compter du 1er janvier 2020 :

- Marchés inférieurs à **40 000 €** : possibilité d'une procédure « sans publicité ni mise en concurrence ».
- Marchés inférieurs à **214 000 € HT** : procédure adaptée MAPA

Précédemment, jusqu'en 2018, dans une conjoncture d'assurance des entités publique dite de « soft market », c'est à dire très ouverte aux exigences des cahiers des charges des acheteurs publics ou des AMO et fortement baissière au plan tarifaire, où les offres ne comportaient quasiment plus de réserves et étaient toujours plus intéressantes au plan financier, le recours à la procédure d'appel d'offres ouvert présentait un maximum d'avantages :

- Obligation pour les candidats de présenter immédiatement leurs meilleures offres
- Offres tout de suite performantes tant au plan des garanties que sur le plan tarifaire
- Procédure plus simple et plus rapide
- Pas de suspicion quant à l'équité de traitement des candidats

Pour les motifs largement développés en introduction de cette étude, **la procédure d'appel d'offres ouvert ou restreint reste donc, à notre avis, le fondement de la remise en concurrence des marchés d'assurance**, sauf dans des situations particulières dont certaines sont anciennes (Contrat groupe des risques statutaires souscrits par les CDG ou programmes d'assurance construction complexes et évolutifs) ou d'autres plus récentes, inhérentes à la complexité du montage administratif (Groupements de commande – GHT – voir point 3 ci-après).

#### **2.4- Procédure d'appel d'offres restreint :** (Article L 2124-2 du CCP).

La procédure d'appel d'offres restreint apparaît souvent comme inadapté aux marchés d'assurance pour les raisons suivantes :

- Le nombre minimum de candidats autorisés ne peut pas être inférieur à 5 (Article R 2142-17 du CCP) ce qui constitue une incertitude voire une impossibilité sur certains marchés d'assurance surtout dans la conjoncture actuelle de restriction de l'offre d'assurance (RC Médicale – Dommages aux biens de grosses structures – Cyber risk notamment).
- La sélection des candidats s'effectue sur la base d'un dossier de gestion souvent avantageusement présenté et rarement vérifiable « in concreto » et privilégie donc des groupes nationaux au détriment des agents ou courtiers régionaux ou spécialisés parfois plus présents et efficaces en termes de gestion.
- Le choix du candidat s'effectue en l'absence de deux éléments essentiels de l'offre qui font partie de la 2<sup>ème</sup> phase :
  - o Le texte des contrats et donc l'étendue des garanties
  - o Le niveau de tarification et donc le prix

Hormis les dossiers d'assurance très spécifiques (Programmes de construction très importants et en diverses phases type Grand Paris – Jeux Olympiques etc.) pour lesquels la présentation conceptuelle du programme d'assurance peut être intéressante, l'appel d'offres restreint manque, dans le domaine de l'assurance, du minimum de rigueur technique et financière et peut prêter à critiques quant à l'objectivité des choix.

L'appel d'offres restreint n'est pratiquement pas appliqué dans les marchés publics d'assurance.

#### **2.5- Procédure avec négociation :** (Article L 2124-3 du CCP). (Ex PCN)

La procédure négociée a toujours été considérée dans la passation des marchés publics, que ce soit dans les directives européennes ou dans nos textes nationaux (décrets et ordonnances diverses), comme une **procédure d'exception** car souvent entachée d'une présomption de favoritisme.

Comme indiqué en introduction, la négociation est désormais entrée dans les procédures formalisées dans des hypothèses **limitativement** prévues à l'article R 2124-3 du CCP et pour ce qui concerne les marchés d'assurance :

- *Lorsque le besoin ne peut être satisfait sans adapter des solutions immédiatement disponibles*
- *Lorsque le marché public ne peut être attribué sans négociation préalable du fait de circonstances particulières liées à sa nature à sa complexité ou au montage juridique et financier ou en raison des risques qui s'y attachent,*

La mise en œuvre de cette procédure pour les marchés d'assurance fait l'objet depuis plus le début de l'année 2018 d'avis et de communications contraires de juristes et d'avocats.

Le principal grief **apparent** apporté au choix de la procédure avec négociation pour les marchés d'assurances réside dans l'incertitude des motifs pour les marchés d'assurance, des cas d'ouverture à cette procédure. (Voir introduction).

Cela reste sans doute vrai dans le cas de marchés passés spécifiquement **par et pour un acheteur public unique** puisque globalement depuis 1998 des marchés d'assurance ont été passés sans trop de difficultés par les hôpitaux publics et les collectivités locales sans pouvoir recourir à la négociation.

**En réalité**, pour les candidats aux marchés publics d'assurance, c'est davantage les doutes quant à la confidentialité de leurs offres et à l'équité de la procédure qui motivent leur hostilité vis à vis de cette procédure et les recours qui ont été intentés, sans succès pour le moment, devant les juridictions administratives.

Le recours à une procédure avec négociation paraît donc juridiquement incertain pour des marchés traditionnels d'assurance d'une collectivité locale ou d'un établissement hospitalier **pris comme acheteur unique**.

Par contre elle pourrait trouver une application plus régulière dans des situations de montage juridique plus complexe tels que les groupements de commande ou Groupement hospitaliers de Territoires (Voir point N°3).

**Attention, cette procédure est particulièrement chronophage** car elle nécessite souvent la participation de différents services à des réunions parfois fastidieuses de coordination ou d'audition des candidats.

Le nombre minimum de candidats autorisés ne peut pas être inférieur à 3 (Article R 2142-17 du CCP) ce qui ne devrait pas présenter trop de difficulté, sauf cas particulier et notamment celui d'une sinistralité excessive.

## **2.6- Dialogue compétitif** : (Article L 2124-3 du CCP).

Ce type de procédure n'est pratiquement pas utilisé sur les marchés d'assurance et ses conditions de mise en œuvre rejoignent, sur le plan juridique la problématique des marchés avec négociation et sur le plan technique les contraintes de l'appel d'offres restreint.

## **2.7- Procédure négociée après infructuosité** : (Article L 2124-5 et R 2124-3 6° du CCP)

Bien évidemment le recours à une procédure négociée dans le cas où, dans la procédure initiale d'appel d'offres, seules des offres irrégulières ou inacceptables au sens des articles L 2152-2 & 3 du CCP ont été présentées, reste possible et justifié, à contrario, la priorité de la procédure d'appel d'offres ouvert. C'est évidemment, comme indiqué précédemment la « soupape de sécurité » indispensable au formalisme et à la rigueur de l'appel d'offres ouvert.

## **3 – SITUATION PARTICULIERE DES GROUPEMENTS DE COMMANDE ET DES GHT**

Autant les principes affirmés ci-avant paraissent **difficilement contestables pour un acheteur unique** de prestations d'assurance ordinaires, autant les évolutions récentes relatives à la performance de l'achat public notamment au travers des Groupements de commande (Article L 2113-6 & 7 du CCP) peuvent justifier **en justifier une analyse différente voire contraire pour ces groupements ou GHT**.

Cette évolution est particulièrement sensible pour les Groupements Hospitaliers de Territoire – GHT pour lesquels l'adhésion d'un établissement à un groupement de commande n'est pas spontanée et à son initiative mais imposé par la Loi de modernisation du système de santé (Loi n° 2016-41 du 26 janvier 2016) avec comme l'un des objectifs, de mutualiser les politiques d'achat des établissements membres du GHT.

Les difficultés de cette conjoncture sur lesquelles nous avons sonné l'alerte dès le mois de mai 2018 pour l'assurance responsabilité hospitalière et dès 2019 pour les dossiers d'assurance de dommages aux biens ou de risques statutaires des collectivités locales\*, vont évidemment être considérablement amplifiées par les conséquences financières de la crise sanitaire du Covid 19 avec certainement à la clef, la remise en cause des politiques de souscription de certains assureurs, tant en termes de cibles commerciales que de conditions de souscription (résiliations de certains types de contrats - hausses tarifaires importantes prévisibles) voire peut être des défaillances d'entreprises d'assurance entraînant des regroupements.

Quoiqu'il en soit, comme toujours, ce sera davantage la situation du marché de l'assurance et les réalités techniques et notamment l'analyse de sinistralité qui vont peser encore plus lourdement sur les conditions de renouvellement des contrats d'assurance des entités publiques que le formalisme même de passation de ces marchés.

Que ce soit sous forme d'appel d'offre ouvert ou de procédure avec négociation, un bon risque reste un bon risque, surtout si les éléments de sa présentation correspondent aux attentes techniques des assureurs et il sera traité avec intérêt par les assureurs et ... un mauvais risque ... reste un mauvais risque, même noyé dans un ensemble plus vaste (GHT ou groupement de commande); non seulement il sera traité comme tel mais en plus, il risque de contaminer l'ensemble du dossier.

Ainsi, même si l'usage de telle ou telle procédure « marché public » peut fluidifier ou au contraire gripper de processus de renégociation des contrats d'assurance des collectivités locales ou hôpitaux publics, **dans cette conjoncture difficile, seule une approche technique et juridique rigoureuse menée par des consultants expérimentés reste le gage d'un succès de la procédure de remise en concurrence des marchés d'assurance.**

ACAOP Mise à jour Avril 2020

Christian **TOURRAIN**

Appoline **BARBIER** juriste

\*Note de conjoncture établie en décembre 2019 par ACAOP disponible à simple demande ; elle sera complétée par une nouvelle note de conjoncture en juin 2020

**ACAOP**  
Audit et Conseil en Assurance des Organismes Publics