

[AVERTISSEMENT]

Le présent dossier, qui est intitulé « Crises extrêmes, commande publique et contrat » est extrait de l'ouvrage *CCAG Marchés publics et autres contrats*.

© Groupe Moniteur (Editions Le Moniteur), Antony, 1995-2020

L'ouvrage [CCAG Marchés publics et autres contrats](#) comporte de plus amples développements sur ces sujets pressants d'actualité.

[SOMMAIRE]

1. Introduction générale
2. Le « grand Confinement »
3. L'Europe dans l'œil du cyclone
4. Le manque d'« Europe » contre l'épidémie
5. Des compétences européennes limitées
6. La primauté européenne donnée à la vie
7. La coordination sanitaire européenne
8. La sécurisation des approvisionnements
9. Le rétablissement du marché intérieur
10. Les frontières à l'épreuve de la pénurie
11. La mobilisation économique européenne
12. Pour une commande publique stratégique
13. Les marchés publics européens à l'aune de l'urgence
14. Les procédures européennes de passation des marchés publics
15. Les interactions des pouvoirs adjudicateurs avec le marché
16. Pour la disponibilité des produits et des services essentiels
17. La crise épidémiologique en France
18. Une logistique défailante
19. La ruine annoncée
20. Une production normative soutenue
21. « Vivre avec le Virus »
22. Le monde « d'après »
23. CCAG et contrats publics dans la tourmente sanitaire

CRISES EXTREMES, COMMANDE PUBLIQUE ET CONTRATS

1.

Quelle décennie et quelle succession de catastrophes, cataclysmes, tsunamis, ouragans, accidents naturels, technologiques (cf. l'accident nucléaire de Fukushima en 2011), techniques etc., et désormais biologiques, épidémiologiques !

Cependant, comme nulle autre pareille, la page ouverte par la nouvelle maladie du coronavirus, étampera à jamais nos sociétés, notre monde, notre conception de l'organisation de la vie, des activités et des échanges humains sur terre.

Le choc « Corona »

En effet, l'épidémie¹ causée par le nouveau virus SARS-CoV-2 (acronyme anglais de "severe acute respiratory syndrome coronavirus 2") et de la maladie subséquente, la² ou le Covid-19³, ont provoqué l'instauration d'un « état d'urgence sanitaire », dans le monde, en Europe et sur l'ensemble du territoire national (cf. la loi n° 2020-290 du 23 mars 2020 d'urgence pour faire face à l'épidémie de covid-19 qui a été publiée au Journal officiel du 24 mars 2020).

Car, depuis l'identification en Chine⁴, en janvier 2020⁵, de ce virus jusqu'alors inconnu, l'épidémie a flambé ; elle est devenue, à compter 11 mars 2020, une pandémie au sens de l'Organisation mondiale de la santé (OMS).

¹ « Du grec épi (« par-dessus ») et démos (« peuple »), l'épidémie caractérise un mal, contagieux ou non, qui se répand brutalement et massivement dans une population donnée. Dès qu'il touche une zone importante, on parle de « pandémie ». La « peste de Justinien », qui touche l'ensemble du pourtour méditerranéen en 541, est l'une des premières grandes épidémies connues. » in Cécile Peletier, Peste, choléra, tuberculose ... les épidémies ont modelé nos villes, https://www.lemonde.fr/smart-cities/article/2020/03/30/comment-les-epidemies-ont-modele-nos-villes_6034868_4811534.html

² « Doit-on dire "le" ou "la" Covid-19 ? », <https://www.franceculture.fr/sciences-du-langage/doit-dire-le-ou-la-covid-19>

³ Le Professeur Philippe Sansonetti, titulaire de la chaire Microbiologie et maladies infectieuses, a donné une conférence intitulée « Covid-19 ou la chronique d'une émergence annoncée » le 16 mars de 13h à 14h en direct sur le site internet du Collège de France, www.college-de-france.fr, https://www.college-de-france.fr/media/philippe-sansonetti/UPL1414529259917354829_Covid_19_Sansonetti.pdf

⁴ « (...), le Moyen Âge a connu, non pas une peste, mais plusieurs. La plus mortelle est celle de 1348, appelée Grande Peste ou Peste Noire, venue d'Extrême-Orient, en suivant la route de la soie, pour atteindre Messine et Marseille.», Quand la Peste noire bouleversait l'Occident, <https://www.lefigaro.fr/vox/histoire/quand-la-peste-noire-bouleversait-l-occident-20200323>

⁵ « Le 31 décembre 2019, l'Organisation mondiale de la Santé (OMS) est informée par les autorités chinoises d'une épidémie de pneumonie d'allure virale dans la ville de Wuhan (province de Hubei, Chine). Le 09 janvier 2020, la cause de cette épidémie est identifiée : il s'agit d'un nouveau coronavirus (puisque jamais décelé chez l'être humain), appelé alors le 2019-nCoV, et renommé depuis SARS-CoV2. La maladie est nommée quelques semaines plus tard COVID-19. Le 30 janvier 2020, l'OMS décrète l'urgence de santé mondiale. Cette mesure n'avait été décrétée que cinq fois depuis sa création : pour Ebola (deux fois), la grippe H1N1, Zika et la poliomyélite. On ne connaît pas encore, avec certitude, l'origine de la contamination humaine », <http://acces.ens-lyon.fr/acces/thematiques/immunité-et-vaccination/thematiques/virus-et-immunité/dossier-coronavirus>

Et, suivant la déclaration de l'OMS du 13 avril 2020, il est possible que cette pandémie planétaire, dix fois plus mortelle que la grippe A (H1N1), puisse causer ses ravages tant qu'un vaccin n'aura pas été mis au point⁶, ou plusieurs, si ce virus venait à évoluer au gré de son fol emportement ...

Cette situation terrible et catastrophique, amenant de profonds bouleversements à la fois créateurs de mutations et forgers d'opportunités, a conduit les institutions et les autorités publiques à intervenir massivement dans de nombreux Etats.

L'exception devenue règle

Qualifiée de « guerre » par le chef de l'Etat, Monsieur Emmanuel Macron, dès le 16 mars 2020⁷, la bataille menée contre « l'ennemi invisible »⁸, « insaisissable », déclenche, à l'échelle de la planète, des actions inédites et mobilise des moyens drastiques.

Une guerre de siège s'est organisée alors que la tranchée de l'assaillant n'est même pas perceptible puisque l'esquive a été anéantie avant même d'avoir pu s'esquisser.

Partout où s'est déployée l'onde de choc provoquée par cette molécule inconnue, sa fulgurance et son extrême virulence, des régimes d'exception ont été installés au fil de ses progressions morbides.

De toutes parts, le temps d'un battement d'ailes ou de cils, l'exception est devenue la règle !

Un si grand nombre d'humains a été confiné, en un temps si court, qu'il sourd depuis, de la planète dans son entièreté, comme une sorte de torpeur virale.

Nos questionnements sur les limites des libertés ont brusquement mué pour se transformer en interrogations sur les tolérances des restrictions.

⁶ OMS, Déclaration publique à l'appui d'une collaboration pour la mise au point d'un vaccin contre la COVID-19, 13 avril 2020, <https://www.who.int/fr/news-room/detail/13-04-2020-public-statement-for-collaboration-on-covid-19-vaccine-development>

⁷ Adresse aux français du président de la République Emmanuel Macron, 16 mars 2020, <https://www.elysee.fr/emmanuel-macron/2020/03/16/adresse-aux-francais-covid19>

⁸ Adresse aux français précitée note 8. Discours de la présidente von der Leyen à la session plénière du Parlement européen, sur la réponse européenne coordonnée à la pandémie de COVID-19, en date du 26 mars 2020, https://ec.europa.eu/france/news/20200326/discours_von_der_leyen_covid_19_fr

2.

Le « Grand Confinement »

A l'échelle du monde et d'un continent - notre continent, ce virus microscopique aura réussi à nous ébranler sans que l'on sache comment endiguer son emballement, édifier des murs pour l'arrêter, construire des barrières pour le repousser.

A défaut néanmoins de pouvoir ériger des murailles, nous nous sommes barricadés, emprisonnés dans les frontières de nos espaces domiciliaires.

En un rien de temps, ce virus microscopique aura non seulement réussi à confiner toutes nos sociétés, mais également mis nos économies à l'arrêt, débordé nos autorités sanitaires par la gestion, dans le même temps, de la pénurie et de la saturation des systèmes de santé...

Or, jamais auparavant de telles politiques publiques n'avaient été décidées, à une telle échelle et avec de telles conséquences !

Assurément donc, la situation de crise causée par l'épidémie/pandémie Covid-19 et subséquemment, par le « Grand Confinement »⁹ du Monde, marquera-t-elle l'Histoire en ce qu'elle se révèle, chaque jour davantage, encore plus délicate et dommageable à la fois qu'aucune autre conjoncture depuis la grande dépression de 1929 et, après elle, la seconde guerre mondiale¹⁰.

Nous conserverons, à ce sujet, la mémoire de ces mots prononcés par Madame Ursula von der Leyen, en sa qualité de Présidente de la Commission européenne, lors de son discours à la session plénière du Parlement européen le 26 mars 2020 : « D'un jour à l'autre, nos modes de vie ont changé. Nos rues se sont vidées. Nos portes se sont fermées. Et nous sommes passés de la routine quotidienne au combat de notre vie. Pendant ce temps, nous avons vu la fragilité de la vie mise à nu sous nos yeux. Et nous avons vu une tragédie au cœur de l'Europe d'une ampleur inimaginable il y a quelques semaines encore. »¹¹.

⁹ « Au cours des trois mois qui se sont écoulés depuis notre dernière mise à jour des *Perspectives de l'économie mondiale*, en janvier dernier, le monde a considérablement changé. Une catastrophe rare, une pandémie de coronavirus, a malheureusement causé la mort de nombreuses personnes. Les pays instaurent les mises en quarantaine et les pratiques de distanciation sociale qui s'imposent pour endiguer la pandémie : le monde est placé en « Grand confinement ». », Gita Gopinath, FMI, Le « Grand confinement » : pire récession économique depuis la Grande dépression, 14 avril 2020, <https://www.imf.org/fr/News/Articles/2020/04/14/blog-weo-the-great-lockdown-worst-economic-downturn-since-the-great-depression>

¹⁰ OMC, https://www.wto.org/french/tratop_f/covid19_f/covid19_f.htm

¹¹ Discours de la présidente von der Leyen à la session plénière du Parlement européen, sur la réponse européenne coordonnée à la pandémie de COVID-19, en date du 26 mars 2020 : https://ec.europa.eu/france/news/20200326/discours_von_der_leyen_covid_19_fr

Resteront à jamais gravés, dans les consciences et les souvenirs, les symboles de cette crise : les rues désertes à Paris, Rome ou Barcelone alliées à la souffrance des hôpitaux milanais, lombards, lorrains, londoniens...

3.

L'Europe dans l'œil du cyclone

Dans sa déclaration à la presse du 16 avril 2020¹², dont le titre est « La transition vers une "nouvelle normalité" pendant la pandémie de COVID-19 doit être régie par des principes de santé publique », le docteur Hans Henri P. Kluge, qui est le directeur régional de l'OMS pour l'Europe, a mis en exergue le lourd tribut déjà payé par l'Europe à cette infection et a présagé, non pas la fin des hostilités mais, au contraire, un avenir encore tourmenté.

En témoigne l'extrait suivant de son propos : « Cette pandémie peu clémente fait toujours rage dans la Région européenne. Dans toute la Région, le nombre de cas continue d'augmenter. Ces 10 derniers jours, le nombre de cas signalés en Europe a presque doublé, pour atteindre près d'un million. Cela signifie qu'environ 50 % de la charge mondiale de COVID-19 pèse sur cette Région. (...) Ne vous y trompez pas, malgré ce temps printanier, nous restons au cœur d'une tempête. (...) En conclusion, nous restons dans l'œil du cyclone. (...) ».

Loin de connaître une accalmie, l'Europe reste dans la tourmente malmenée par l'épidémie/Pandémie de COVID-19 mais pour combien de temps encore ?

Nul n'étant en capacité d'y répondre, c'est avec tristesse et constance que les statistiques, tant sanitaires qu'économiques, telles que quotidiennement égrenées au niveau des Etats, de l'Europe, du Monde, comptabilisent les conséquences fâcheuses de ce fléau.

Elles appuient et confortent le douloureux réalisme clinique des constatations de l'OMS.

Car, toujours pour le docteur Hans Henri P. Kluge, « La COVID-19¹³ est impitoyable et a la capacité de noyer rapidement le plus solide des systèmes de santé d'Europe. Si les pays ne disposent pas de stratégies de préparation et d'intervention adéquates, pansociétales et pangouvernementales, si vos personnels de santé ne sont pas formés, équipés et protégés, si vos concitoyens ne sont pas informés et responsabilisés grâce à des informations factuelles, alors la pandémie se propagera au sein de vos communautés, vos

¹² OMS, <http://www.euro.who.int/fr/health-topics/health-emergencies/coronavirus-covid-19/statements/statement-transition-to-a-new-normal-during-the-covid-19-pandemic-must-be-guided-by-public-health-principles>

¹³ S'agissant de la désignation de cette maladie, le masculin et le féminin sont usités. « Doit-on dire "le" ou "la" Covid-19 ? », <https://www.franceculture.fr/sciences-du-langage/doit-dire-le-ou-la-covid-19>

entreprises et vos systèmes de santé, emportant avec elle des vies et des moyens d'existence. ».

Or, dans les faits, les systèmes de santé ont bien été noyés.

La brutalité et la force de la secousse ont révélé des failles.

4.

Le manque d'« Europe » contre l'épidémie

Entre autres failles initiales, le manque « d'Europe » a été largement sinon dénoncé du moins décrié.

Aux demandes pressantes d'actions d'urgence et de logistique, l'Europe, au commencement de la crise, a résonné de « musiques contrariées, qui faisaient des cacophonies¹⁴ ».

A l'échelle d'un continent - notre continent, ce virus microscopique aura ébranlé, tout à la fois, la croissance économique de l'Europe, sa cohésion et l'aptitude de celle-ci à répondre aux demandes sociétales de protection, de solidarité et de sécurité de ses populations.

Mais, sensibles à la dissonance, les institutions européennes, dès le moment où elles ont mesuré l'ampleur et la gravité des difficultés présentes et à venir, n'ont plus failli.

Pour elles, l'enjeu aura été d'aider en mobilisant toute la capacité de coordination dont elles sont capables et d'intervenir en vue de contenir, dans l'espoir de les enrayer à terme, les conséquences de cet « impitoyable » virus.

Toutefois, dans un contexte international de perturbations, favorisé par la conjonction de l'émergence d'un nouveau virus et d'une pandémie à même de menacer le genre humain, la seule présence des institutions - institutions européennes et nationales – rassérène, quelques maladdresses il y eût.

¹⁴ Aragon, Les Beaux quartiers, 1936, p. 164

5.

Des compétences européennes limitées

Paradoxalement, alors même qu'elle ne dispose pas d'une plénitude de compétence et que la santé publique, n'étant pas une politique commune, ressortit a priori aux Etats membres, « l'Europe » s'est retrouvée au front face à la crise sanitaire, en première ligne, à devoir également combattre les effets dévastateurs du virus.

Pour autant, les institutions européennes ne se sont pas dérobées devant « l'ennemi invisible »¹⁵ et, après avoir réagi à la crise, elles ont agi avec force et détermination en assumant une présence constante et continue à l'international, au niveau géographique régional qui correspond à leur ressort mais aussi, sur un plan plus local, dans le dessein de pouvoir soutenir, à la fois, tous et chacun.

Au premier plan, la Commission européenne qui, en dépit de sa mission subsidiaire d'appui aux Etats membres, a néanmoins, par la voix de sa Présidente et dans les limites de ses compétences, appelé à la cohésion, à la coordination, à la solidarité et a mobilisé toutes les ressources en capacité de soutenir des interventions sanitaires européennes.

En revanche, dans le champ de ses compétences, la Commission est intervenue vite et plus massivement ayant compris que le caractère inédit de la situation engendrerait une crise d'autant plus profonde qu'elle n'avait pas été, ou correctement, anticipée.

Circulation des services, des biens, des marchandises, économie, marché intérieur etc. les mesures adoptées sont sans précédent, la gageure relevée par les institutions étant celle de devoir adapter, en temps réel, leurs politiques publiques volontaires, concertées ou communes, aux connaissances progressivement acquises sur ce virus et les pathologies subséquentes.

6.

La primauté européenne donnée à la vie

Le trait a été souligné par de nombreux observateurs : « l'Europe » a privilégié la vie à l'économie, l'être humain au marché : d'abord sauver les vies, ensuite traiter avec vigueur et rigueur les conséquences de la crise sanitaire par la mise en place de plans de sauvegarde de l'économie et d'aide appropriés.

En témoigne, cette très belle phrase de la présidente, Madame Ursula von der Leyen : « L'épidémie de coronavirus est avant tout une urgence de santé publique. Et nous ne reculerons devant rien pour sauver des vies¹⁶. »

¹⁵ Cette expression étant devenue une figure de la rhétorique internationale se rapportant au virus

¹⁶ Discours de la présidente von der Leyen à la session plénière du Parlement européen, sur la réponse européenne coordonnée à la pandémie de COVID-19, en date du 26 mars 2020 : https://ec.europa.eu/france/news/20200326/discours_von_der_leyen_covid_19_fr

En hissant l'étendard de la sauvegarde et de la préservation de la vie humaine, « l'Europe » souligne son humanisme, se reconnaît en son humanité et proclame sa priorité absolue en situation de crise sanitaire aiguë : celle de préserver, avant toute chose, la santé et le bien-être de ses citoyens.

Sous l'autorité de sa Présidente, la Commission européenne a, conséquemment, usé de tous les instruments et de tous les moyens qu'elle pouvait mobiliser dans l'urgence.

7.

La coordination sanitaire européenne

Dans son « discours à la session plénière du Parlement européen, sur la réponse européenne coordonnée à la pandémie de COVID-19 »¹⁷, Madame la présidente von der Leyen a exposé la vision européenne de cette crise sanitaire, explicité les interventions successivement déployées, la coordination ou les actions conduites n'ayant pu qu'être proportionnées aux compétences dont les organes et institutions européens disposent réellement.

Ainsi, l'action seulement coordinatrice de la Commission supplée son absence de compétence juridique pour s'emparer de la matière de la santé publique et la traiter à un niveau européen.

D'où les initiatives de « coordination » et l'insistance sur ce vocable en ce qu'il paraît tracer la limite au-delà de laquelle la Commission ne saurait rayonner.

Cela étant, le bilan de la coordination atteste d'une implication constante de la Commission à soulager la souffrance des Etats membres et des citoyens.

8.

La sécurisation des approvisionnements

Employée, sans relâche, à satisfaire la demande et les besoins sanitaires essentiels, la Commission s'est notamment attachée à sécuriser les filières d'approvisionnement et la constitution de stocks.

Dans son « discours à la session plénière du Parlement européen, sur la réponse européenne coordonnée à la pandémie de COVID-19 »¹⁸, Madame la présidente von der Leyen a évoqué la souffrance des hôpitaux en ces termes : « (...) nous avons la chance de pouvoir compter sur les meilleurs professionnels de la santé au monde. De Milan à Madrid et au-delà, ils font des miracles chaque jour. Mais comme nous l'avons vu - tant là-bas qu'ailleurs - l'ampleur de l'épidémie les pousse au point de rupture. Ils ont besoin d'urgence des bons équipements, ils en ont besoin en quantité suffisante, et ils en ont besoin

¹⁷ Discours de la présidente von der Leyen à la session plénière du Parlement européen, sur la réponse européenne coordonnée à la pandémie de COVID-19, en date du 26 mars 2020 : https://ec.europa.eu/france/news/20200326/discours_von_der_leyen_covid_19_fr

¹⁸ Discours de la présidente von der Leyen à la session plénière du Parlement européen, sur la réponse européenne coordonnée à la pandémie de COVID-19, en date du 26 mars 2020 : https://ec.europa.eu/france/news/20200326/discours_von_der_leyen_covid_19_fr

immédiatement. Au lieu de cela, nous avons pu constater que du matériel crucial était bloqué pendant des jours dans des goulots d'étranglement ou aux frontières. »¹⁹

Puis elle a détaillé les actions concrètement réalisées dont des achats de fournitures médicales, directement par la Commission, à destination des hôpitaux des Etats membres : « C'est pourquoi nous avons dû prendre les choses en main autant que possible pour résoudre ces blocages. C'est la raison pour laquelle nous sommes en train de constituer le premier stock européen de matériel médical, incluant des respirateurs, masques et fournitures de laboratoire. La Commission financera 90 % de ce stock par l'intermédiaire du programme RescEU. C'est pourquoi nous avons pris de grandes mesures pour protéger la sécurité des approvisionnements essentiels d'équipements tels que masques et vêtements de protection, en les soumettant à une autorisation d'exportation. C'est la raison pour laquelle nous avons lancé plusieurs achats conjoints avec les États membres pour des kits de tests, des appareils respiratoires et des équipements de protection, auxquels participent 25 États membres. Depuis mardi, nous savons que les fabricants peuvent répondre à leurs demandes de masques, gants, lunettes et masques de protection. Les premières livraisons devraient démarrer dans les semaines à venir. »²⁰.

Aux préoccupations logistiques, s'ajoute l'impulsion qui a été donnée à la recherche-développement et à son suivi, en vue d'une meilleure coordination des politiques publiques sanitaires nationales.

Sur ce sujet, est rappelé l'extrait suivant du même discours précité : « Et parce que la connaissance sauve des vies en cas de pandémie, nous avons mis en place une équipe européenne d'experts scientifiques pour nous aider à élaborer des mesures de coordination en Europe que nous pourrions tous suivre. Je préside personnellement ces discussions deux fois par semaine. »²¹.

Au choc, au début de la crise épidémiologique, des images des appels de détresse des hôpitaux italiens, aux meurtrissures et souffrances aiguës par les pénuries logistiques, la Commission a largement répondu mais dans le cadre des limites de ses attributions.

9.

Le rétablissement du marché intérieur

Ayant dysfonctionné au début des événements par suite d'initiatives régaliennes intempestives et désordonnées, le marché intérieur a nécessité des interventions éclatantes.

Par conséquent, la Commission a œuvré au rétablissement d'une situation aussi satisfaisante que possible et conforme aux règles de ce marché.

¹⁹ Discours de la présidente von der Leyen précité

²⁰ Discours de la présidente von der Leyen précité

²¹ Discours de la présidente von der Leyen précité

Les liens entretenus entre, d'une part, le marché intérieur et, d'autre part, la solidarité intra-européenne, ressortent toujours du « discours à la session plénière du Parlement européen, sur la réponse européenne coordonnée à la pandémie de COVID-19 »²², que Madame la présidente von der Leyen a prononcé le 26 mars 2020.

L'équation paraît être posée sur ces bases : point de solidarité sans marché intérieur, celui-ci étant le seul levier possible en vue d'une réponse globale et immédiate aux besoins sanitaires urgents de l'ensemble des Etats membres.

L'extrait suivant dudit même discours l'exprime : « Cela n'a fait qu'approfondir ma conviction que nous devons puiser dans tout ce qui nous rend forts pour traverser cette épreuve ensemble et nous remettre ensuite sur pied. Pour cela, nous n'avons pas d'atout plus fort que notre marché intérieur unique. Une réponse européenne efficace et coordonnée n'est possible que si notre marché unique et nos frontières fonctionnent comme il se doit. Nous ne pouvons pas résoudre une crise qui ne connaît pas de frontières en érigeant des barrières entre nous. C'est pourtant le premier réflexe que de nombreux pays européens ont eu. Cela n'a aucun sens. Et c'est aussi fondamentalement contraire à notre esprit européen. En effet, aucun État membre n'est capable de couvrir ses propres besoins en matériel et équipements médicaux vitalement nécessaires. Aucun. Par conséquent, la libre circulation des biens et des services est notre meilleur atout, et même notre seul atout, pour que les livraisons puissent se faire là où elles sont le plus nécessaires. Le fait que certains pays aient décidé unilatéralement de mettre un terme aux exportations vers d'autres pays du marché intérieur n'a aucun sens. »²³.

10.

Les frontières à l'épreuve de la pénurie

La réaffirmation des principes généraux régissant le marché intérieur unique a donc dû s'accompagner d'interventions adéquates en vue d'en préserver le bon fonctionnement et, notamment, la libre circulation des biens et des services, chaque fois que cela a été rendu nécessaire ; et « C'est la raison pour laquelle la Commission est intervenue lorsqu'un certain nombre de pays ont bloqué l'exportation d'équipements de protection vers l'Italie. C'est pourquoi nous avons publié des lignes directrices relatives aux mesures de gestion des frontières visant à protéger la santé publique et à garantir la disponibilité des biens et des services essentiels. C'est pourquoi nous demandons des « voies vertes » prioritaires pour les transports essentiels de marchandises. Celles-ci garantiront que le temps d'attente à la frontière ne dépasse pas 15 minutes. Et elles contribueront à ce que les biens et les livraisons puissent parvenir là où ils sont nécessaires et nous permettrons à tous d'éviter les pénuries. Je regrette

²² Discours de la présidente von der Leyen à la session plénière du Parlement européen, sur la réponse européenne coordonnée à la pandémie de COVID-19, en date du 26 mars 2020 : https://ec.europa.eu/france/news/20200326/discours_von_der_leyen_covid_19_fr

²³ Discours de la présidente von der Leyen précité

que nous ayons dû le faire, mais notre approche coordonnée porte ses fruits. Le marché unique recommence déjà à mieux fonctionner. Et nous nous félicitons tous que des hôpitaux de Saxe aient accueilli des patients de Lombardie, tandis que des malades du Grand Est de la France sont actuellement traités au Grand-Duché de Luxembourg. Cela prouve que nous ne pourrions nous sortir de cette situation qu'en nous soutenant mutuellement. »²⁴.

En effet, l'allocation optimale des rares ressources disponibles, dans un contexte d'urgence absolue, présuppose la fluidité des échanges intra-européens sans laquelle la solidarité serait entravée.

11.

La mobilisation économique européenne

L'épidémie/pandémie de Covid-19 a provoqué une crise sanitaire qui a généré le confinement (la suspension et la restriction des déplacements poursuivant l'objectif d'enrayer la circulation et la propagation du virus), lequel confinement a provoqué, à son tour, la mise à l'arrêt de l'économie et, partant la crise économique actuelle et à venir, sauf retournement immédiat ou différé.

A ces circonstances inédites, la Commission, de concert avec les autres institutions européennes et les Etats membres, a répondu par un train inégalé de mesures de sauvegarde monétaire, économique, financière et d'aide, dont le contenu précis a été dévoilé au fur et à mesure de leur élaboration, notamment par voie de presse.

L'ensemble est impressionnant, sans précédent, mais la crise économique annoncée sera une grande dépression par référence aux dérèglements de 1929-1930.

En témoignent les commissaires européens à l'économie et au marché intérieur respectivement, Messieurs Paolo Gentiloni et Thierry Breton, dans une libre tribune publiée par voie de presse : « Enfin, et comme le prévoit la législation européenne, la Commission d'Ursula von der Leyen a temporairement levé les règles de discipline budgétaires pour permettre aux Etats de s'endetter hors du respect des critères de Maastricht dans ces circonstances exceptionnelles. Cette première riposte sur la ligne de front était primordiale pour se donner les moyens d'assurer la sécurité financière et donc la survie des acteurs de l'économie, c'est-à-dire de l'économie tout court. Mais il nous faut aujourd'hui aller plus loin pour faire barrage à la crise, pour préserver les entreprises, protéger les salariés, puis bientôt relancer, pays par pays, l'outil industriel et le marché intérieur de l'Union. »²⁵.

²⁴ Discours de la présidente von der Leyen à la session plénière du Parlement européen, sur la réponse européenne coordonnée à la pandémie de COVID-19, en date du 26 mars 2020 :

https://ec.europa.eu/france/news/20200326/discours_von_der_leyen_covid_19_fr

²⁵ « Aucun Etat européen ne dispose des moyens propres lui permettant de faire face seul à un tel choc », Paolo Gentiloni, commissaire européen à l'économie, Thierry Breton, commissaire européen au marché intérieur, Le Monde, 5 avril 2020, https://www.lemonde.fr/idees/article/2020/04/05/coronavirus-aucun-etat-europeen-ne-dispose-des-moyens-propres-lui-permettant-de-faire-face-seul-a-un-tel-choc_6035657_3232.html

Ces différents agencements européens ont vocation à être modulés selon l'atteinte finale à l'économie, globalement et par secteurs d'activité.

La crainte d'une deuxième vague tant que l'immunité collective n'aura pas été atteinte et/ou les traitements et vaccin(s) mis au point ralentira la reprise pour certains opérateurs et, si rebond il y avait, peut-être que les effets bénéfiques attendus en seraient différés les concernant.

12.

Pour une commande publique stratégique

Bien évidemment, au sein du dispositif vigoureux et global tel que porté par la Commission européenne, la commande publique, qui constitue l'un des outils de la réponse à la crise sanitaire, n'est pas en reste.

Sur le court terme, la pénurie de produits et d'équipements essentiels, à l'échelle et de l'Europe et des Etats membres, a projeté la lumière sur les aspects stratégiques de la commande publique.

Dans quelle mesure les autorités publiques peuvent-elles se démunir et sacrifier les politiques prudentielles et prévisionnelles d'achats de précaution ?

Pour l'avenir, quelques questions ont germé : les procédures d'encadrement des contrats réglementés à raison de l'intérêt public qui s'y attache, si louables soient-elles en période de stabilité et de continuité, sont-elles adaptées aux situations de rupture ? aux évènements de crises extrêmes ?

Une réponse immédiate et massive afin de satisfaire des besoins urgents, dans un contexte de pression exacerbée de la demande sur une offre raréfiée, peut-elle se concilier avec quelque contrainte procédurale que ce soit ?

Comment pourvoir à la rareté sans sacrifier l'exigence de transparence ?

Plus fondamentalement, la commande publique a-t-elle vocation à être accommodée à la logique d'un marché débridé, systématiquement tiré vers la recherche du prix le plus bas, à l'intérieur d'une organisation économique et productive à flux toujours plus tendus ?

Dans les faits, quand l'offre disponible n'a plus permis de satisfaire les besoins sanitaires les plus criants, des initiatives se sont manifestées en vue d'adapter localement les productions.

Une offre de produits substituables s'est développée en vue de pallier, autant que faire se peut, les situations de pénuries même si les tensions restent fortes.

La dépendance vis-à-vis de l'extérieur ayant été vécue comme un facteur de vulnérabilité sanitaire, le concept de « relocalisation stratégique » des produits et services essentiels s'est imposé comme un impératif de survie à la crise.

Passée la tourmente, de nouvelles stratégies d'approvisionnement seront assurément élaborées.

13.

Les marchés publics européens à l'aune de l'urgence

Les situations imprévues de crise et d'urgence extrêmes nécessitant dérogations et flexibilité, la Commission européenne a publié, au Journal officiel de l'Union européenne du 1er avril 2020²⁶, une Communication intitulée « Orientations (...) sur l'utilisation des marchés publics dans la situation d'urgence liée à la crise de la COVID-19 ».

- **Sur la forme.** D'après la mention en note 1 de ce texte²⁷, il s'agit d'un acte strictement interprétatif, qui n'a dès lors pas vocation à créer des normes juridiques nouvelles mais, seulement, à orienter le sens de la compréhension, par les adjudicateurs et les opérateurs économiques, de l'ordonnancement juridique en vigueur au cas de l'épidémie/pandémie générée par le virus SARS-CoV-2.

Exprimé différemment, ce texte ne constitue pas une législation nouvelle mais un avis juridique autorisé quant aux modalités d'application des normes existantes.

Ce sont donc les règlements et les directives en cours, dûment transposés, qui continuent de régir la commande publique de seuil communautaire mais, dans le doute sur les marges de manœuvre légales qu'offrent lesdits textes, la position de la Commission se veut éclairante y compris pour les juridictions nationales en cas de contentieux.

Mais, dans le dessein d'aider du plus et du mieux qu'elle le peut, la Commission européenne répond par anticipation à toutes les questions que les adjudicateurs, sous la pression du fait, seraient susceptibles de se poser.

Elle le déclare elle-même au long de sa Communication précitée : « Afin d'adapter davantage son aide à cette situation d'urgence, la Commission explique, dans les présentes orientations, 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. ».

- **Sur le fond.** Dévoilé par l'épidémie/pandémie de Covid-19, le sous-équipement des structures d'intervention et de santé publics (non pas dans l'absolu mais au regard des besoins générés par cette crise sanitaire) ne pouvait pas être laissé en l'état sauf à faillir.

²⁶ 2020/C 108 I/01, [https://eur-lex.europa.eu/legal-content/FR/TXT/PDF/?uri=CELEX:52020XC0401\(05\)&from=EN](https://eur-lex.europa.eu/legal-content/FR/TXT/PDF/?uri=CELEX:52020XC0401(05)&from=EN)

²⁷ 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.

Il fallait, faut et faudra satisfaire, au plus vite, une demande croissante de certains fournitures, équipements et services – une demande inhabituellement soutenue tant en intensité qu'en durée : « 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 ce, alors même que certaines chaînes d'approvisionnement sont perturbées. »²⁸.

De plus, dans ce contexte de pression généralisée de cette demande sur les marchés, l'offre s'est raréfiée au point que, au sein même des Etats, les gouvernements centraux et sous-centraux se sont livrés des batailles logistiques que nul théâtral n'aurait osé imaginer, même dans ses rêveries les plus folles, dans le monde « d'avant », celui de « l'avant Covid » s'entend²⁹.

A l'international, des Etats polissés en d'autres temps se seraient même livrés, d'après la presse, à des rapt de stocks à coups de pratiques « mafieuses » de valises de billets !³⁰

Or, la Communication interprétative de la Commission du 1^{er} avril 2020 répond à l'impératif de vitesse mais dans la dignité et la légalité.

²⁸ Communication du 1er avril 2020 précitée

²⁹ Coronavirus : une « guerre des masques » sur les tarmacs entre l'Etat et les collectivités locales, https://www.lemonde.fr/societe/article/2020/04/10/coronavirus-l-etat-tente-d-eteindre-sa-guerre-des-masques-avec-les-collectivites-locales_6036169_3224.html

³⁰ « La ruée mondiale sur le matériel de protection chinois est source de vives crispations diplomatiques. Le ministre de l'intérieur du Land de Berlin, Andreas Geisel, a ainsi accusé les Etats-Unis de « piraterie moderne » dans un article de vendredi du Tagesspiegel révélant qu'une cargaison de masques de type FFP2 de la marque américaine 3M, produits en Chine à destination des soignants de la capitale allemande, a été « confisquée » lors d'un transbordement à l'aéroport de Bangkok. L'entreprise du Minnesota résiste à une injonction de l'administration de Donald Trump d'expédier l'intégralité de sa production asiatique vers les Etats-Unis et de cesser de fournir le Canada et l'Amérique latine. Cet ordre, qui aurait des « implications humanitaires importantes », selon l'industriel, suscite l'ire du premier ministre canadien, Justin Trudeau. Les Etats américains eux-mêmes se plaignent de voir l'administration fédérale se montrer plus offrante à chaque fois qu'ils tentent de passer une commande aux Etats-Unis. Au point que le gouverneur du Massachusetts, Charlie Baker, a utilisé un avion de l'équipe de football des New England Patriots pour aller chercher une livraison en Chine pour sa région. Cette concurrence américaine nourrit la guerre au plus offrant. Un membre de l'état-major américain, l'amiral John Polowczyk, chargé de l'approvisionnement, a assumé avoir une équipe qui « parcourt le monde » pour prendre tous les équipements nécessaires que les Etats-Unis peuvent récupérer. Il a précisé que six avions-cargos avaient déjà ramené du matériel médical et que 28 autres avions étaient prévus dans les jours à venir. Il parle lui aussi de « pont aérien ». », https://www.lemonde.fr/international/article/2020/04/04/coronavirus-foire-d-empoigne-mondiale-pour-l-achat-de-masques-chinois_6035560_3210.html

- **Sur la qualification de la situation créée par l'infection de Covid-19.** Pour la Commission, les événements occasionnés par l'épidémie/pandémie caractérisent une situation exceptionnelle d'urgence impérieuse résultant d'événements imprévisibles.

Cette qualification fonde le recours à procédures de passation accélérées ou dérogatoires.

14.

Les procédures européennes de passation des marchés publics

Gagner en temps et en efficacité requiert, de la part des acheteurs, qu'ils hiérarchisent l'urgence.

Ainsi, la Communication de la Commission européenne du 1er avril 2020³¹, intitulée « Orientations (...) sur l'utilisation des marchés publics dans la situation d'urgence liée à la crise de la COVID-19 », les invite-t-elle à réfléchir au délai utile et réellement nécessaire à la satisfaction du besoin avant de choisir la procédure de passation à mettre en œuvre.

- **La hiérarchie suggérée.** Il est préconisé d'agir d'abord, sur les délais de remise des candidatures et des offres, pour les raccourcir dans les limites inscrites dans les textes ; puis, si l'urgence ne le permet pas, de se dispenser des mesures de publicité préalable ; enfin, si l'urgence le commande, de se dispenser des mesures de publicité et de mise en concurrence préalables à la passation du contrat ; l'ordonnancement juridique en vigueur comportant des procédures appropriées et permettant ainsi de répondre à tous ces cas de figure.

- **La souplesse préconisée.** Il est conseillé aux adjudicateurs d'aller au contact des fournisseurs par tous moyens à leur disposition, y compris l'intermédiation. Le comportement des acheteurs est dynamique. « 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.»³².

- **L'objectif recherché.** « 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

³¹ 2020/C 108 I/01, [https://eur-lex.europa.eu/legal-content/FR/TXT/PDF/?uri=CELEX:52020XC0401\(05\)&from=EN](https://eur-lex.europa.eu/legal-content/FR/TXT/PDF/?uri=CELEX:52020XC0401(05)&from=EN)

³² Communication du 1er avril 2020 précitée

actuelle de la COVID-19, qui revêt une urgence extrême et imprévisible, les directives de l'Union ne contiennent pas de contraintes procédurales. »³³.

- **Par synthèse.** Le tableau ci-dessous synthétise la gradation telle que suggérée par la Communication précitée.

Degré d'urgence	Procédure préconisée	Assouplissement
Relatif	Procédure de publicité et de mise en concurrence ouverte ou restreinte de l'article 26, paragraphe 2, de la directive 2014/24/UE	Procédure accélérée, les délais étant réduits en raison de l'urgence
Fort	Procédure négociée de l'article 32, paragraphe 2, point c), de la directive 2014/24/UE	Dispense de publication préalable
Impérieux	Attribution directe à un opérateur économique (si un seul opérateur économique « est en mesure de respecter les contraintes techniques et de temps imposées par l'urgence impérieuse »)	Dispense de publication préalable et de mise en concurrence

15.

Les interactions des pouvoirs adjudicateurs avec le marché

La Commission européenne, dans sa Communication du 1er avril 2020³⁴, intitulée « Orientations (...) sur l'utilisation des marchés publics dans la situation d'urgence liée à la crise de la COVID-19 », recommande aux adjudicateurs de se montrer actifs sur les marchés, de stimuler leurs fournisseurs et de rechercher aussi des solutions de substitution. « 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. »³⁵.

- **Le comportement des adjudicateurs.** La Commission européenne leur conseille également « de penser à collaborer avec le marché »³⁶.

Dans les faits, quand l'offre disponible n'a plus permis de satisfaire les besoins en produits et en équipements les plus criants, des initiatives se sont manifestées en vue d'adapter localement les productions.

³³ Communication du 1er avril 2020 précitée

³⁴ 2020/C 108 I/01, [https://eur-lex.europa.eu/legal-content/FR/TXT/PDF/?uri=CELEX:52020XC0401\(05\)&from=EN](https://eur-lex.europa.eu/legal-content/FR/TXT/PDF/?uri=CELEX:52020XC0401(05)&from=EN)

³⁵ Communication du 1er avril 2020 précitée

³⁶ Communication du 1er avril 2020 précitée

Une offre de produits substituables s'est développée en vue de pallier, autant que faire se peut, les situations de pénuries même si les tensions restent fortes.

La dépendance vis-à-vis de l'extérieur ayant été vécue comme un facteur de vulnérabilité sanitaire, le concept de « relocalisation stratégique » des produits et services essentiels s'est imposé comme un impératif de survie à la crise.

Passée la tourmente, de nouvelles stratégies d'approvisionnement seront assurément élaborées.

- **L'innovation stimulée.** La Commission européenne encourage l'innovation, la commande publique étant conçue également comme un levier ou un vecteur en la matière. L'innovation se rapporte aussi bien aux produits et services qu'aux démarches : « (...) - les acheteurs publics peuvent avoir recours à des outils numériques innovants pour susciter un large intérêt parmi les acteurs économiques capables de proposer des solutions de remplacement. Ils pourraient ainsi lancer des hackathons³⁷ destinés à faire émerger de nouveaux concepts (...) - 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. »³⁸.

- **Les contrats.** Les contrats étant écrits, la Commission recommande d'y inscrire des normes élevées en matière de sécurité et de qualité.

- **Les exigences sociales et environnementales.** Elles sont promues même dans un contexte de crise majeure qui n'incite pas forcément des acteurs sous pression à y penser. « 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. »³⁹.

³⁷ Événement durant lequel des groupes de développeurs volontaires se réunissent pendant une période de temps donnée afin de travailler sur des projets de programmation informatique en mode collaboratif

³⁸ Communication du 1er avril 2020 précitée

³⁹ Communication du 1er avril 2020 précitée

16.

Pour la disponibilité de produits et de services essentiels

En appui aux Etats membres, la Commission européenne a initié une politique volontariste et solidaire en vue de garantir les systèmes de santé en approvisionnements de produits et équipements médicaux sensibles et essentiels.

Son action s'est déployée notamment autour des axes suivants :

- la mutualisation des achats sur le fondement d'un accord de passation conjointe de marchés et le lancement d'appels d'offres directement au niveau de l'échelon européen. Il semblerait que l'initiative soit couronnée de succès⁴⁰ ;
- l'harmonisation des normes applicables à l'industrie sanitaire de sorte à accroître les capacités de production européennes⁴¹ ;
- la recherche de l'adéquation entre l'offre et la demande de matériel médical par la création d'une chambre de compensation opérant au niveau de l'échelon communautaire ;
- la constitution d'une réserve de fournitures et d'équipements essentiels ;
- la soumission de l'exportation hors de l'Union Européenne de fournitures et d'équipements essentiels à autorisation (délivrée par les Etats membres) ;
- le déclenchement d'aides en vue de favoriser la coopération sanitaire transfrontière et de soutenir les systèmes de soins de santé au sein de l'Union.

Devenue « forces de frappe » européenne dans cette bataille sans répit contre et le virus et l'infection, la Commission s'est également intéressée aux médicaments, leur disponibilité et leur accessibilité.

La recherche et développement constitue également un sujet majeur sous l'aspect préventif (vaccin) et curatif (tests, diagnostic, traitement), un groupe d'experts européens, dédié au suivi de ces questions, ayant été institué par la Commission européenne agissant sur mandat des Etats membres⁴².

Toute cette logistique démontre que l'Europe solidaire avance malgré tout : « Si un État membre est l'objet d'une attaque terroriste ou victime d'une catastrophe naturelle ou d'origine humaine, l'Union européenne et ses États membres agissent de manière solidaire — le cas échéant par des moyens militaires — pour venir en aide à cet État. » (Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne, version consolidée, art. 222).

⁴⁰ Commission européenne, https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/fr/ip_20_523

⁴¹ Commission européenne, https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/fr/ip_20_522

⁴² Commission européenne, https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/fr/ip_20_440

Certes, au commencement, l'impératif de solidarité tarda à s'imposer avec l'énergie attendue et « Ce mauvais départ, nous l'avons payé cher »⁴³ même s'il ne saurait occulter des défaillances également nationales⁴⁴.

Pour autant, les hostilités et les luttes à soutenir encore sont annoncées longues et coûteuses : gageons qu'avec le temps, l'impératif d'avenir confortera l'idée que l'espace européen constitue l'échelon pertinent de reconquête des cohésions sociales et de la souveraineté économique : « C'est une crise et personne ne peut être blâmé, ni les banquiers, ni les migrants. Si nous la gérons avec succès, cela pourrait également renforcer le contrat social comme l'ont fait les guerres. Cette crise est différente de celle de 2008. Elle unit plus qu'elle ne divise. La crise démontre l'importance des services publics et, surtout, elle prouve que la société existe bien.»⁴⁵.

17.

La crise épidémiologique en France

Dans l'attente du « monde de l'après », les débats européens se réfléchissent *mutatis mutandis* dans les Etats membres.

A leur échelle, les Etats membres ont donc été contraints de relever les mêmes défis. Comment affronter une menace d'une telle ampleur⁴⁶, d'abord sanitaire⁴⁷, ensuite économique⁴⁸, enfin sociale⁴⁹ ?

Sur un plan national, comme pour toute gestion de crise, l'Etat a d'abord recherché à fixer un cap, puis à définir une méthode, ensuite à en arrêter les

⁴³ « Face à la pandémie l'Union européenne doit faire bloc et préparer pour l'après « un budget robuste » avec des investissements massifs, explique, dans une tribune au « Monde », la présidente de la Commission européenne.", https://www.lemonde.fr/idees/article/2020/04/04/ursula-von-der-leyen-cette-solidarite-est-au-c-ur-meme-de-l-europe-et-c-est-ce-qui-va-lui-permettre-de-renaitre_6035513_3232.html

⁴⁴ Roberto Saviano, « La faiblesse, c'est de se croire invincible », https://www.lemonde.fr/idees/article/2020/04/12/roberto-saviano-la-faiblesse-c-est-de-se-croire-invincible_6036361_3232.html

⁴⁵ Moritz Schularick, « La zone euro est mal équipée pour faire face aux catastrophes qui ne se produisent qu'une fois par siècle », https://www.lemonde.fr/politique/article/2020/04/21/moritz-schularick-la-zone-euro-est-mal-equipee-pour-faire-face-aux-catastrophes-qui-ne-se-produisent-qu-une-fois-par-siecle_6037333_823448.html

⁴⁶ « L'épidémie de Covid-19 a une croissance très forte en France », https://www.lemonde.fr/planete/article/2020/03/13/l-epidemie-de-covid-19-a-une-croissance-tres-forte-en-france_6032910_3244.html

⁴⁷ « Une étude menée par des chercheurs EHESP de l'équipe Repères chiffre l'impact du confinement sur un mois en termes d'hospitalisation, de lits de réanimation et de morts évitées. Dans ce modèle, en l'absence de confinement, le nombre de décès quotidien double tous les 4 à 5 jours à partir du 19 mars, et atteint 10.000 le 19 avril. L'étude montre qu'un mois de confinement aurait permis d'éviter jusqu'à 60 000 morts et que sans confinement, plus de 100 000 lits de réanimation auraient été nécessaires au 20 avril 2020 », <https://www.ehesp.fr/2020/04/23/une-etude-inedite-de-chercheurs-de-lehesp-montre-que-le-confinement-aurait-sauve-au-moins-60-000-vies/>

⁴⁸ Perspectives économiques de l'OCDE, Rapport intermédiaire mars 2020, https://www.oecd-ilibrary.org/economics/perspectives-economiques-de-l-ocde/volume-2019/issue-2_0262bc62-fr

⁴⁹ « Cette période est encore plus difficile à vivre lorsqu'on habite à plusieurs dans un appartement exigu, lorsqu'on ne dispose pas chez soi des moyens de communications nécessaires pour apprendre, se distraire, échanger. Encore plus difficile à vivre lorsque les tensions sont là, que les risques de violence dans la famille scandent le quotidien et nous mesurons tous, dans cette période, la solitude et la tristesse de nos aînés. », Adresse aux français du président de la République Emmanuel Macron, 13 avril 2020, <https://www.elysee.fr/emmanuel-macron/2020/04/13/adresse-aux-francais-13-avril-2020>

modalités, les problématiques rencontrées étant les mêmes qu'à l'échelon européen.

D'un côté, la situation ne semble pas avoir été, ou correctement, anticipée, tant en étendue qu'en profondeur, dévoilant, dès lors, dans le premier temps, des faiblesses et des défaillances ; de l'autre, une fois que la compréhension de l'évènement est assimilée, un défi majeur ne reste pas moins à relever et ce, quotidiennement : celui d'adapter en temps réel les politiques publiques aux connaissances progressivement acquises sur le virus et les pathologies subséquentes.

Difficile dans ces conditions de borner l'horizon ... sauf à court terme.

18.

Une logistique défaillante

Les rues désertes et la souffrance des hôpitaux resteront à jamais gravés, dans les consciences et les souvenirs, comme autant de symboles de la crise épidémiologique.

Demeurera également le souvenir des batailles logistiques qu'au sein même des Etats⁵⁰, les gouvernements centraux et sous-centraux se sont livrés pour obtenir des équipements de protection individuelle (masques etc.), ce que nul théâtral n'aurait osé imaginer, même dans ses rêveries les plus folles, dans le monde « d'avant », le monde de « l'avant Covid-19 » s'entend...

L'affaire s'étant même corsée à l'international, des Etats, en d'autres temps amis et polissés, se seraient même livrés, d'après la presse, à des rapt de stocks de masques à coups de pratiques « mafieuses » de valises de billets⁵¹ !

50 Coronavirus : une « guerre des masques » sur les tarmacs entre l'Etat et les collectivités locales, https://www.lemonde.fr/societe/article/2020/04/10/coronavirus-l-etat-tente-d-eteindre-sa-guerre-des-masques-avec-les-collectivites-locales_6036169_3224.html

51 « La ruée mondiale sur le matériel de protection chinois est source de vives crispations diplomatiques. Le ministre de l'intérieur du Land de Berlin, Andreas Geisel, a ainsi accusé les Etats-Unis de « piraterie moderne » dans un article de vendredi du Tagesspiegel révélant qu'une cargaison de masques de type FFP2 de la marque américaine 3M, produits en Chine à destination des soignants de la capitale allemande, a été « confisquée » lors d'un transbordement à l'aéroport de Bangkok. L'entreprise du Minnesota résiste à une injonction de l'administration de Donald Trump d'expédier l'intégralité de sa production asiatique vers les Etats-Unis et de cesser de fournir le Canada et l'Amérique latine. Cet ordre, qui aurait des « implications humanitaires importantes », selon l'industriel, suscite l'ire du premier ministre canadien, Justin Trudeau. Les Etats américains eux-mêmes se plaignent de voir l'administration fédérale se montrer plus offrande à chaque fois qu'ils tentent de passer une commande aux Etats-Unis. Au point que le gouverneur du Massachusetts, Charlie Baker, a utilisé un avion de l'équipe de football des New England Patriots pour aller chercher une livraison en Chine pour sa région. Cette concurrence américaine nourrit la guerre au plus offrant. Un membre de l'état-major américain, l'amiral John Polowczyk, chargé de l'approvisionnement, a assumé avoir une équipe qui « parcourt le monde » pour prendre tous les équipements nécessaires que les Etats-Unis peuvent récupérer. Il a précisé que six avions-cargos avaient déjà ramené du matériel médical et que 28 autres avions étaient prévus dans les jours à venir. Il parle lui aussi de « pont aérien ».», https://www.lemonde.fr/international/article/2020/04/04/coronavirus-foire-d-empoigne-mondiale-pour-l-achat-de-masques-chinois_6035560_3210.html

L'intervention du chef de l'Etat à ce propos souligne la douloureuse gravité de cette crise dans l'enchaînement des crises « (...) Je mesure pleinement que, lorsque l'on est au front, il est difficile d'entendre qu'une pénurie mondiale empêche les livraisons. Les commandes sont désormais passées. Surtout, nos entreprises françaises et nos travailleurs ont répondu présent et une production, comme en temps de guerre⁵², s'est mise en place : nous avons réouvert des lignes pour produire et nous avons réquisitionné. D'ici trois semaines, nous aurons, imaginez-le, multiplié par cinq la production de masques pour nos soignants en France et nous aurons produit 10 000 respirateurs supplémentaires de plus sur notre sol. Ces respirateurs si précieux en réanimation. Grâce à ces efforts, nous saurons faire face et nous allons continuer à distribuer davantage d'équipements. Mais comme vous, j'ai vu des ratés, encore trop de lenteur, de procédures inutiles, des faiblesses aussi de notre logistique. Nous en tirerons toutes les conséquences, en temps voulu, quand il s'agira de nous réorganiser.⁵³».

Dès lors, certaines parmi les « mesures de crise », législatives et gouvernementales, ne pouvaient pas ne pas affecter la logistique et les approvisionnements, partant la matière contractuelle et, spécifiquement, la commande publique.

En effet, qu'il s'agisse d'effectuer des achats en situation d'urgence absolue, de modifier les conditions d'exécution des engagements en cours ou de remédier aux effets de la suspension ou de l'inexécution de certains contrats, les pouvoirs publics se sont vus contraints par la vitesse et, usant de tous moyens, interviennent et opèrent depuis lors, tant par adresses, annonces, directives, communications, déclarations, allocutions, concertations que par l'usage de leurs pouvoirs de police et de réglementation.

19.

La ruine annoncée

En face de la ruine, la question ne cessera pas d'être posée : cette crise aurait-elle pu être prévenue⁵⁴ ?

52 https://www.lemonde.fr/economie/article/2020/04/07/en-france-les-fabricants-de-masques-textiles-accelerent-la-cadence_6035873_3234.html

53 Adresse aux français du président de la République Emmanuel Macron, 13 avril 2020

54 « J'avais demandé à Wolfgang Preiser d'identifier un virus qui pourrait tuer 95 % de la population mondiale. Magnanime et indulgent, le professeur a non seulement joué le jeu avec enthousiasme, mais il a aussi fait appel à un illustre collègue à lui, le professeur Richard Tedder, de l'University College de Londres, pour qu'il l'aide. Tous deux ont identifié le coronavirus comme le meilleur candidat, bien qu'ils aient dit que mon chiffre de 95 % était bien trop pessimiste, et m'ont donné tous les détails sur la façon dont cela pourrait se produire. Détails que j'ai inclus dans le roman.», Deon Meyer, https://www.lemonde.fr/afrique/article/2020/04/11/beaucoup-de-scientifiques-ont-averti-qu-une-pandemie-se-preparait-et-personne-n-a-semble-les-ecouter_6036307_3212.html

D'aucuns se livreront au processus de questionnement pour rechercher et établir des responsabilités ; d'autres, pour y réfléchir et peut-être en retirer des enseignements et préconiser les modèles du lendemain...

Or, si les principes de « précaution » et de « prévention » ont été structurés au point de recevoir une portée et des effets juridiques, peut-être que, dans l'avenir, « (...), en temps voulu, quand il s'agira de nous réorganiser.⁵⁵» conviendra-t-il de considérer aussi celui de « préparation »⁵⁶.

Le concept de « préparation » se définit comme visant « (...) à anticiper l'explosion d'une grave épidémie, ou de toute autre catastrophe, afin d'en limiter l'impact et d'amener la société à définir à l'avance son plan de réaction. Cela signifie stocker des masques, des antiviraux, etc. Elle s'intéresse à la maladie inconnue, à celle qui pourrait survenir. »⁵⁷.

Or, parmi les lacunes repérées par le chef de l'Etat dans son adresse du 13 avril 2020, la logistique de crise semble appartenir à la catégorie des « ratés » ; et, de manière réflexive, la citation présidentielle ne peut que faire écho aux débats européens relatifs à la commande publique stratégique.

Dans l'attente de textes, de normes ou de chartes qui pourraient, suivant l'air du temps, augmenter « la résilience » de la collectivité, partant, sa capacité à résister aux chocs, « l'ennemi invisible »⁵⁸ a, pour l'heure, commandé l'instauration, sur l'ensemble du territoire national, d'un dispositif réactif massif porté par l'« état d'urgence sanitaire » et dont le régime juridique se répartit entre la loi et le règlement.

20.

Une production normative soutenue

Dans ce cadre singulier, des mesures de prévention, de lutte, de combat, de confortement, de soutien et de réparation ont été édictées, en France, par les pouvoirs publics, dans l'urgence, à l'instar des nombreux autres Etats également touchés par l'épidémie/pandémie.

55 Adresse aux français du président de la République Emmanuel Macron, 13 avril 2020

56 Andrew Lakoff, « Les maladies infectieuses ont fait l'objet de mesures de préparation à la fin des années 1990 », https://www.lemonde.fr/idees/article/2020/04/22/andrew-lakoff-les-maladies-infectieuses-ont-fait-l-objet-de-mesures-de-preparation-a-la-fin-des-annees-1990_6037360_3232.html

57 Article précité en note 45.

58 Adresse aux français du président de la République Emmanuel Macron, 16 mars 2020. Discours de la présidente von der Leyen à la session plénière du Parlement européen, sur la réponse européenne coordonnée à la pandémie de COVID-19, en date du 26 mars 2020 :

https://ec.europa.eu/france/news/20200326/discours_von_der_leyen_covid_19_fr

En effet, tout en prémunissant la population contre le risque de menace sanitaire, il s'agit de continuer à la faire vivre : lui permettre de satisfaire ses besoins essentiels, garantir ses moyens de subsistance, la soigner, assurer la sécurité, la justice (il existe un contentieux des funérailles) et autres fonctions régaliennes, éduquer les plus jeunes, indemniser les victimes économiques, organiser la société par temps de restrictions etc.

D'où, la production normative soutenue de textes d'exception, par essence dérogatoires et éphémères, en ce qu'ils ne sont réputés répondre qu'à une situation certes exceptionnelle et ponctuelle mais dont, au final, nul ne se hasarderait à prédire la durée.

Nos institutions, dans un tel cas de figure, propulsent l'exécutif en première ligne. Les interventions du législateur cadrent les dispositifs mais renvoient aux ordonnances, décrets, arrêtés etc. la mise en œuvre.

La descendance de la loi n° 2020-290 du 23 mars 2020 d'urgence pour faire face à l'épidémie de covid-19⁵⁹ ne se compte plus.

Le seul décret n° 2020-293 du 23 mars 2020 prescrivant les mesures générales nécessaires pour faire face à l'épidémie de covid-19 dans le cadre de l'état d'urgence sanitaire⁶⁰, a été complété et/ou modifié, entre le 23 mars 2020 et le 24 avril 2020, par douze publications au Journaux officiels des 26⁶¹, 27⁶², 28⁶³,

59 JO du 24 mars 2020,

<https://www.legifrance.gouv.fr/affichTexte.do?cidTexte=JORFTEXT000041746313&categorieLien=id>

60 JO du 24 mars 2020,

<https://www.legifrance.gouv.fr/affichTexte.do?cidTexte=JORFTEXT000041746694&categorieLien=id>

61 Décret n° 2020-314 du 25 mars 2020 complétant le décret n° 2020-293 du 23 mars 2020 prescrivant les mesures générales nécessaires pour faire face à l'épidémie de covid-19 dans le cadre de l'état d'urgence sanitaire (JO du 26 mars 2020),

<https://www.legifrance.gouv.fr/affichTexte.do?cidTexte=JORFTEXT000041746694&categorieLien=id>

62 Décret n° 2020-337 du 26 mars 2020 complétant le décret n° 2020-293 du 23 mars 2020 prescrivant les mesures générales nécessaires pour faire face à l'épidémie de covid-19 dans le cadre de l'état d'urgence sanitaire (JO du 27 mars 2020),

<https://www.legifrance.gouv.fr/affichTexte.do?cidTexte=JORFTEXT000041759437&categorieLien=id>

63 Décret n° 2020-344 du 27 mars 2020 complétant le décret n° 2020-293 du 23 mars 2020 prescrivant les mesures générales nécessaires pour faire face à l'épidémie de covid-19 dans le cadre de l'état d'urgence sanitaire (JO du 28 mars 2020),

<https://www.legifrance.gouv.fr/affichTexte.do?cidTexte=JORFTEXT000041762421&categorieLien=id>

29⁶⁴, 31⁶⁵ mars 2020 et 2⁶⁶, 3⁶⁷, 6⁶⁸, 14⁶⁹, 17⁷⁰, 19⁷¹, 24⁷² avril 2020 respectivement.

21.

« Vivre avec le virus »

Non seulement donc ce virus aura bouleversé nos sociétés mais il nous faudra apprendre à « vivre avec » et, peut-être même, dans la durée.

D'après l'OMS, en effet, la phase de déconfinement impliquera nécessairement une adaptation des comportements : « Nous voulons rappeler que l'assouplissement des restrictions ne marque pas la fin de l'épidémie dans un pays. Pour en finir avec l'épidémie, il faudra que les personnes, les communautés et les autorités publiques maintiennent leurs efforts pour continuer à contenir et à combattre ce virus mortel. »⁷³.

Quant à l'expression « Vivre avec le Virus », elle semble avoir été usitée pour la première fois, le 19 avril 2020, par Monsieur Edouard Philippe, Premier

64 Décret n° 2020-360 du 28 mars 2020 complétant le décret n° 2020-293 du 23 mars 2020 prescrivant les mesures générales nécessaires pour faire face à l'épidémie de covid-19 dans le cadre de l'état d'urgence sanitaire (JO du 29 mars 2020),

<https://www.legifrance.gouv.fr/affichTexte.do?cidTexte=JORFTEXT000041763328&categorieLien=id>
65 Décret n° 2020-370 du 30 mars 2020 complétant le décret n° 2020-293 du 23 mars 2020 prescrivant les mesures générales nécessaires pour faire face à l'épidémie de covid-19 dans le cadre de l'état d'urgence sanitaire (JO du 31 mars 2020),

<https://www.legifrance.gouv.fr/affichTexte.do?cidTexte=JORFTEXT000041768187&categorieLien=id>

66 Décret n° 2020-384 du 1er avril 2020 complétant le décret n° 2020-293 du 23 mars 2020 prescrivant les mesures générales nécessaires pour faire face à l'épidémie de covid-19 dans le cadre de l'état d'urgence sanitaire (JO du 2 avril 2020),

<https://www.legifrance.gouv.fr/affichTexte.do?cidTexte=JORFTEXT000041776790&categorieLien=id>

67 Décret n° 2020-393 du 2 avril 2020 complétant le décret n° 2020-293 du 23 mars 2020 prescrivant les mesures générales nécessaires pour faire face à l'épidémie de covid-19 dans le cadre de l'état d'urgence sanitaire (JO du 3 avril 2020),

<https://www.legifrance.gouv.fr/affichTexte.do?cidTexte=JORFTEXT000041780609&categorieLien=id>

68 Décret n° 2020-400 du 5 avril 2020 complétant le décret n° 2020-293 du 23 mars 2020 prescrivant les mesures générales nécessaires pour faire face à l'épidémie de covid-19 dans le cadre de l'état d'urgence sanitaire (JO du 6 avril 2020),

<https://www.legifrance.gouv.fr/affichTexte.do?cidTexte=JORFTEXT000041782859&categorieLien=id>

69 Décret n° 2020-423 du 14 avril 2020 complétant le décret n° 2020-293 du 23 mars 2020 prescrivant les mesures générales nécessaires pour faire face à l'épidémie de covid-19 dans le cadre de l'état d'urgence sanitaire (JO du 14 avril 2020),

<https://www.legifrance.gouv.fr/affichTexte.do?cidTexte=JORFTEXT000041797938&categorieLien=id>

70 Décret n° 2020-432 du 16 avril 2020 complétant le décret n° 2020-293 du 23 mars 2020 prescrivant les mesures générales nécessaires pour faire face à l'épidémie de covid-19 dans le cadre de l'état d'urgence sanitaire (JO du 17 avril 2020), <https://www.legifrance.gouv.fr/affichTexte.do?cidTexte=JORFTEXT000041804097>

71 Décret n° 2020-447 du 18 avril 2020 complétant le décret n° 2020-293 du 23 mars 2020 prescrivant les mesures générales nécessaires pour faire face à l'épidémie de covid-19 dans le cadre de l'état d'urgence sanitaire (JO du 19 avril 2020), <https://www.legifrance.gouv.fr/affichTexte.do?cidTexte=JORFTEXT000041808417>

72 Décret n° 2020-466 du 23 avril 2020 complétant le décret n° 2020-293 du 23 mars 2020 prescrivant les mesures générales nécessaires pour faire face à l'épidémie de covid-19 dans le cadre de l'état d'urgence sanitaire (JO du 24 avril 2020),

<https://www.legifrance.gouv.fr/affichTexte.do?cidTexte=JORFTEXT000041817203&categorieLien=id>

⁷³ OMS, <https://www.who.int/fr/dg/speeches/detail/who-director-general-s-opening-remarks-at-the-media-briefing-on-covid-19---20-april-2020>

ministre, à l'occasion de la conférence de presse qu'il a consacrée au Covid19, sous la forme d'un point de situation ⁷⁴.

Elle signifie que tant qu'un vaccin et des traitements n'auront pas été mis au point, seule la prévention permettra de retrouver un semblant de normalité.

Elle augure un déconfinement progressif, modulable, différencié et surtout, ajustable à la circulation du virus...

Cela étant, la généralisation des mesures de distanciation physique et sociale à l'échelle de la société continuera d'impacter non seulement la commande publique en tant qu'activité économique mais également les contrats, ne serait-ce qu'en raison des implications que ces mesures entraînent sur les cahiers des charges.

22.

Le monde « d'après »

Néanmoins, « le monde d'après », « le monde post covid-19 » se construit déjà.

La rigueur y sera nécessairement de mise mais, considérant la leçon des évènements récents, les solidarités régionales et, au-delà, les normes sanitaires, sociales et environnementales, dont la dévalorisation ni ne prémunit ni ne protège contre les cataclysmes, en ressortiront-elles renforcées ?

La commande publique, toujours renouvelée mutera-t-elle encore pour répondre aux enjeux de ce nouveau monde en devenir ?

Les mêmes questionnements que ceux qui ont nourri les débats européens se réfléchissent *mutatis mutandis*.

Dans quelle mesure les autorités publiques peuvent-elles se démunir et sacrifier les politiques prudentielles et prévisionnelles d'achats de précaution ?

Pour l'avenir, quelques questions ont germé : les procédures d'encadrement des contrats réglementés à raison de l'intérêt public qui s'y attache, si louables soient-elles en période de stabilité et de continuité, sont-elles adaptées aux situations de rupture ? aux évènements de crises extrêmes ?

Une réponse immédiate et massive afin de satisfaire des besoins urgents, dans un contexte de pression exacerbée de la demande sur une offre raréfiée, peut-elle se concilier avec quelque contrainte procédurale que ce soit ?

⁷⁴ Conférence de presse du 19 avril 2020, https://www.gouvernement.fr/sites/default/files/document/document/2020/04/presentation_-_conference_de_presse_sur_le_covid19_-_19.04.2020

Comment pourvoir à la rareté sans sacrifier l'exigence de transparence ?

Plus fondamentalement, la commande publique a-t-elle vocation à être accommodée à la logique d'un marché débridé, systématiquement tiré vers la recherche du prix le plus bas, à l'intérieur d'une organisation économique et productive à flux toujours plus tendus ?

23.

CCAG et contrats publics dans la tourmente sanitaire

Si l'on excepte les clauses générales de définition ainsi que les clauses d'exécution des contrats de commande de droit public (délais, acceptation ou rejet des prestations, paiement), les CCAG se caractérisent par la contractualisation des pouvoirs unilatéraux d'action dont disposent les adjudicateurs de droit public vis-à-vis de leurs cocontractants : pouvoirs de modification, pouvoirs de sanction, pouvoirs d'exécution d'office, pouvoirs de résiliation.

Ainsi, dans l'intérêt des services publics dont ils ont la charge, les adjudicateurs de droit public disposent-ils d'un pouvoir de contrôle et de direction de l'exécution de leurs contrats dont le régime juridique, usuellement qualifié d' « exorbitant », apparaît relativement étendu et étoffé.

De ces clauses si remarquables les CCAG retirent leur spécificité !

Or, cette exorbitance même, qui s'accommode aux situations de normalité, de continuité et de rationalité, dont la caractéristique intrinsèque est la prévisibilité, ne résiste pas aux conditions de crises extrêmes.

Car, dans une conjoncture en proie aux plus cruels inquiétudes, tourments et déchirures, dans une conjoncture de rupture, c'est sous l'impulsion du législateur que l'exorbitance des CCAG est momentanément sinon mise en sommeil du moins remise, repoussée, différée.

Et telle est bien la visée de l'ordonnance n° 2020-319 du 25 mars 2020 portant diverses mesures d'adaptation des règles de passation, de procédure ou d'exécution des contrats soumis au code de la commande publique et des contrats publics qui n'en relèvent pas pendant la crise sanitaire née de l'épidémie de covid-19⁷⁵, autre texte pris sur le fondement de la loi n°2020-290 du 23 mars 2020 d'urgence pour faire face à l'épidémie de covid-19.

⁷⁵JO du 26 mars 2020,

<https://www.legifrance.gouv.fr/affichTexte.do?cidTexte=JORFTEXT000041755875&categorieLien=id>

En ces circonstances exceptionnelles, la commande publique redevient stratégique.

Aux niveaux européen et nationaux, elle s'instrumentalise dans le dessein, au travers des politiques publiques, des procédures d'acquisition comme des contrats, d'aider et de soutenir.