

## Epidémie liée au Covid-19 et commande publique : mobilisation générale !

**R**edoutée par tous, la menace d'une pandémie s'est concrétisée depuis quelques semaines, frappant de stupeur et d'effroi le monde entier. En présence d'une crise sanitaire majeure dont les conséquences économiques et sociales s'annoncent dévastatrices, l'ensemble des acteurs de la commande publique sont confrontés depuis le mois de mars 2020 à une situation hors du commun. Celle-ci a nécessité une riposte tous azimuts, impactant tous les aspects du droit de la commande publique. Elle impose notamment d'user des règles particulières de passation des contrats de la commande publique pour réaliser des achats en situation d'urgence, lesquelles ne sont que rarement mises en œuvre ; elle conduit à gérer tant bien que mal la poursuite de procédures de mise en concurrence, dont certaines d'entre elles impliquent l'intervention d'élus qui ne sont pas encore pour certains installés.. Cette crise implique aussi la mise en œuvre de règles d'exécution des contrats relevant du champ de la commande publique pour faire face à une détérioration brutale ou à un arrêt de l'exécution de leurs prestations : les débats animés à propos des modalités de suspension et de reprise de l'exécution des marchés de travaux illustrent parfaitement les difficultés rencontrées. Sur le terrain économique enfin, cette pandémie conduit également à mobiliser tous les leviers financiers disponibles, en particulier ceux du droit de la commande publique ; elle n'autorise cependant pas à se soustraire au respect des règles issues des directives communautaires<sup>(1)</sup> et du droit des aides d'Etat.

Cette crise soumet en réalité notre droit de la commande publique à un défi immense et inédit, source de plusieurs interrogations. L'une d'elles est liée au degré de préparation et, plus généralement, à la robustesse de ce droit pour faire face aux conséquences de cette pandémie ? Le droit de la commande publique s'est construit en partie depuis plus d'un siècle sur le fondement de jurisprudences mettant en exergue le rôle de jurislatureur du Conseil d'État ; le régime jurisprudentiel dégagé par ce dernier (théorie de l'imprévision, théorie de la force majeure,...) a traversé les époques et a permis de faire face à toutes les crises rencontrées (guerres, attentats, crises économiques, catastrophes naturelles,...). Ce droit a fait l'objet d'une réglementation nationale puis

communautaire<sup>(2)</sup> bâtie en partie sur cette expérience, laquelle s'est traduite récemment par l'adoption d'un Code de la commande publique unifié<sup>(3)</sup>. L'arsenal législatif et réglementaire existant pouvait sembler suffisant pour faire face à n'importe quelle menace. Pourtant, signe des temps, avec de faiblesse ou volonté de rassurer, une réglementation d'exception a été instaurée sur le fondement des dispositions de la loi n° 2020-290 du 23 mars 2020 d'urgence pour faire face à l'épidémie de covid-19. Cette loi a permis l'adoption d'une série d'ordonnances dont quelques-unes intéressent le droit de la commande publique<sup>(4)</sup>. Était-il nécessaire d'agir de la sorte en la matière ? Toujours est-il que ce choix de recourir à une réglementation provisoire et circonstanciée suscite une nouvelle série d'interrogations : Quel est son champ d'application ? Comment s'articule sa mise en œuvre avec les règles existantes ? Quelles sont les conditions de sa mise en œuvre ? Les mesures décidées sont-elles adaptées ou suffisantes ?

Les différentes contributions au sommaire de ce numéro exceptionnel témoignent en tout cas des facultés offertes par le droit de la commande publique et des réponses conjoncturelles qui ont été apportées à ce jour notamment sur le plan institutionnel pour permettre aux acteurs de la commande publique de gérer au mieux les difficultés rencontrées.

**Laurent SERY**  
*Avocat associé*  
ADAMAS

(2) Directive 2014/23/UE du 26 février 2014 et Directive 2014/24/UE du 26 février 2014.

(3) Ordonnance n° 2018-1074 du 26 novembre 2018 et décret n° 2018-1075 du 3 décembre 2018.

(4) Notamment : - 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-19 ; - l'ordonnance n° 2020-391 du 1<sup>er</sup> avril 2020 visant à assurer la continuité du fonctionnement des institutions locales ; - l'ordonnance n° 2020-306 du 25 mars 2020 relative à la prorogation des délais échus pendant la période d'urgence sanitaire et à l'adaptation des procédures ; - l'ordonnance n° 2020-305 du 25 mars 2020 portant adaptation des règles applicables devant les juridictions de l'ordre administratif.

(1) Notamment celles résultant des dispositions de l'article L. 2194-1 et L. 3135-1 du CCP.