

## Note juridique – Passation d'un "marché public pour la commande de produit ou matériel"

Note rédigée avec le Cabinet MARILLER Avocats

La présente note juridique a pour but de présenter les obligations à respecter en matière de marché public pour la commande de produit ou matériel (médical ou autre), et identifie différentes hypothèses de passation d'un tel marché.

Préalablement à tout lancement de marché public, et afin de retenir la meilleure solution d'un point de vue pratique et économique et la solution la plus sécurisée juridiquement, chaque Territoire devra déterminer :

- Sa **compétence matérielle**, ainsi que celle des communes et EPCI de son territoire,
- Son **besoin**, ainsi que celui des communes et EPCI de son territoire,
- Et le "**modèle économique**" **privilégié** (charge financière assumée par le Territoire seul (hypothèse n° 1 ci-dessous) ou partagée avec les communes et EPCI du territoire (hypothèse n° 2 ci-dessous)).

### Hypothèse n° 1 : le Territoire assume seul la charge financière de la commande pour tout son territoire

#### → Mécanisme

Dans cette hypothèse, le Territoire passera seul commande.

Celle-ci devra s'inscrire dans son **champ de compétences territorial et matériel** :

- Le Territoire est *a priori* **compétent territorialement** pour équiper l'ensemble de sa population en masques par exemple (même s'il existe des échelons inférieurs aux niveaux communal et intercommunal)
- S'agissant de sa **compétence matérielle**, il conviendra d'analyser ses statuts pour voir à laquelle de ses compétences l'objet du marché peut être rattaché. On peut peut-être espérer que, dans le contexte spécifique de lutte contre le COVID-19, l'interprétation du rattachement à une compétence exercée soit plus souple

Si le Territoire peut et souhaite assumer la charge financière pour tout son territoire, il pourra alors **redistribuer gratuitement** la commande aux communes et EPCI de son territoire. En revanche, il ne pourra **pas leur revendre** : sinon, les communes et EPCI passerait eux outre les règles de la commande publique.

#### → Règles de passation

Dans cette hypothèse, il n'y aura qu'un marché public, passé par le Territoire seul.

**A priori, le Territoire ne pourra pas s'affranchir des règles de publicité et de mise en concurrence**, dans la mesure où :

- Le marché sera *a priori* supérieur à 40.000 € HT,
- Le marché ne sera probablement pas considéré comme répondant à une urgence impérieuse ne permettant pas de respecter les délais minimaux exigés par les procédures formalisées (art. R. 2122-1 du CCP), **sauf s'il y a une urgence immédiate à équiper des agents travaillant actuellement par exemple.**

**En revanche, les délais de passation pourront être réduits, afin de gagner du temps :**

- Pour un marché d'une valeur estimée entre 40.000 et 214.000 € HT ("*procédure adaptée*"), un **délai de 7 jours** pourrait être laissé aux opérateurs pour répondre au marché du fait de l'urgence à conclure le marché,

- Pour un marché d'une valeur estimée à plus de 214.000 € HT ("*procédure formalisée*"), un appel d'offres ouvert (réception simultanée des candidatures et des offres) pourrait être organisé en laissant aux opérateurs un délai de réponse de **15 jours**, au lieu de 35 jours (art. R. 2161-3 du CCP).

Dans cette hypothèse, encore faudrait-il expliquer l'impossibilité de respecter le délai habituel de 35 jours, mais cela semble toutefois se justifier en l'espèce par le fait de vouloir être prêts pour le "*déconfinement*", qui aura potentiellement lieu à partir du 11 mai prochain, et par le temps que prendra la production au vu de la situation mondiale.

**Hypothèse n° 2 : chacun (communes, EPCI et Territoire) assume la charge financière des masques dont il a besoin**

**Hypothèse n° 2.1 – chacun passe un marché public pour répondre à ses propres besoins**

→ Mécanisme

Dans ce cas, on retrouve le même schéma que l'hypothèse n° 1 : comme le Territoire, chaque EPCI passe également, dans son champ de compétences territorial et matériel, un marché public. Pour les communes, seul le champ de compétence territorial doit être pris en compte, puisque les communes disposent de compétences générales.

Chacun de ces acheteurs peut en premier lieu avoir un besoin en masques, par exemple, pour ses **agents**. Pour cette hypothèse, il convient d'analyser si la commande ne pourrait pas être rattachée à un marché existant comme celui pour la fourniture d'équipements de protection individuelle ce qui permettrait d'éviter de lancer une nouvelle procédure.

En second lieu, s'agissant de la **population** à équiper le cas échéant, les populations communales constituent les populations intercommunales qui constituent elles-mêmes *in fine* la population du Territoire : chacun des acheteurs est donc *a priori* **compétent territorialement** pour équiper la population en matériel.

En revanche, cela peut poser question s'agissant de la **compétence matérielle** des EPCI et des Territoires et il conviendra d'analyser au cas par cas leurs statuts (cf. remarque faite *supra* à l'hypothèse n° 1).

→ Règles de passation

Il se peut que, seul(e), chaque commune, EPCI et Territoire ait un **besoin en masques estimé à moins de 40.000 € HT, auquel cas un marché public pourra être passé sans publicité ni mise en concurrence** (ex : commune de La Tour-du-Pin en Isère aurait commandé [10.000 masques pour environ 20.000 € >>](#)).

Sinon, **les règles de publicité et de mise en concurrence devront être respectées, sauf s'il y a urgence impérieuse ne permettant pas de respecter les délais minimaux exigés par les procédures formalisées, comme par exemple l'équipement des agents travaillant actuellement.**

**Si publicité et mise en concurrence il y a, les délais de remise des candidatures et des offres pourront être abaissés à 7 ou 15 jours selon le montant du marché (cf. *supra*).**

**Enfin, les communes, EPCI et Territoires pourraient également chacun se tourner vers une centrale d'achats existante**, étant précisé que l'acheteur qui recourt à une centrale d'achats pour l'acquisition de fournitures est considéré comme ayant respecté ses obligations de publicité et de mise en concurrence pour les opérations de passation qu'il lui a confiées.

Si l'UGAP par exemple n'est plus en mesure pour l'instant de fournir les collectivités territoriales puisque ses stocks sont actuellement réquisitionnés par l'Agence nationale de santé publique, on peut espérer qu'elle ait prévu d'autres commandes afin de répondre aux besoins des collectivités.

## **Hypothèse n° 2.2 – la mutualisation des achats**

Si la constitution d'une centrale d'achats au niveau du Territoire ne semble pas adaptée en l'espèce (constitution quelque peu contraignante, nécessaire compatibilité avec ses statuts du Territoire, et caractère permanent de la centrale), la solution du **groupement de commandes** semble l'être davantage (même si elle présente aussi quelques lourdeurs (relatives) procédurales).

Le groupement de commandes permet à **plusieurs acheteurs** de lancer une consultation unique pour répondre à **leurs besoins** de fournitures : encore faut-il donc que chaque membre du groupement soit intéressé par la conclusion du marché (cf. remarques *supra* sur la compétence de chaque échelon).

Sur la forme, les acheteurs devront **signer une convention constitutive** du groupement fixant les règles de fonctionnement de ce dernier (durée, objet, caractère ponctuel ou permanent,...) **après délibération de leurs organes délibérants**.

Ces formalités rallongeront donc nécessairement la procédure de passation du marché, et il n'y a *a priori* pas d'adaptation particulière prévue du fait de l'urgence sanitaire.

Cette convention peut charger un ou plusieurs acheteurs de mener tout ou partie de la procédure de passation ou de l'exécution du marché au nom et pour le compte des autres.

### → Règles de passation

Une fois le groupement constitué, le marché sera passé, pour le compte de l'ensemble des acheteurs.

Comme dans les hypothèses *visa supra* :

- Avec publicité et mise en concurrence *a priori*,

Mais avec une possible adaptation des délais (15 voire 7 jours selon le montant du marché).