

2.4. Définition des procédures

2.4.1. Appel d'offres ouvert (article 36 du CMP)

L'appel d'offres est la procédure par laquelle la personne responsable du marché choisit l'offre économiquement la plus avantageuse, **sans négociation**, sur la base de **critères objectifs** préalablement portés à la connaissance des candidats.

L'appel d'offres est dit ouvert lorsque tout candidat peut remettre une offre.

- Principales étapes de la procédure

a) Appel public à la concurrence

Conformément aux articles 40 et 58 du CMP, le délai normal ne peut être inférieur à 52 jours francs¹⁰ à compter de la date d'envoi de l'avis d'appel public à la concurrence. Ce délai peut toutefois être ramené à 26 jours francs si un avis européen de pré-information a été publié 52 jours francs au moins et 12 mois au plus avant la date d'envoi d'appel public à la concurrence au JOCE.

Selon le montant envisagé du ou des marchés, la publicité peut être effectuée par le Bulletin Officiel Annonces Marchés Publics (BOAMP) ou une publication habilitée à recevoir des annonces légales pour les marchés inférieurs à 200 000 € HT, ou le Journal Officiel des Communautés Européennes (JOCE) et le BOAMP pour les marchés supérieurs à 200 000 € HT.

Le dossier de consultation des entreprises(DCE) est envoyé par la personne publique dans les 4 jours qui suivent la réception de la demande du candidat. Les dossiers des candidats sont transmis par tout moyen permettant de déterminer de façon certaine l'heure et la date de leur réception.

b) Examen des candidatures (article 59 du CMP)

La CAO examine les dossiers de candidatures et en examine le contenu.

La personne responsable du marché, après avis de la commission d'appel d'offres élimine les candidatures irrecevables en application du 1^{er} alinéa de l'article 52 du CMP. Les offres des candidats déclarées irrecevables leur sont rendues sans avoir été ouvertes.

c) Examen des offres (article 59 du CMP)

La CAO procède à l'ouverture des offres. Elle en examine le contenu et l'enregistre. La PRM, après avis de la CAO, élimine les offres non conformes. Les offres sont analysées conformément aux règles de fonctionnement de l'établissement et sont classées par la CAO en fonction des critères annoncés dans l'avis d'appel public à la concurrence ou dans le règlement de la consultation (RC).

d) Choix des offres (article 60 du CMP)

Après avis et classement des offres par la CAO, la PRM choisit l'offre économiquement la plus avantageuse et conclut le marché.

La PRM peut à tout moment ne pas donner suite à la procédure pour des motifs d'intérêt général.

¹⁰ Les délais de procédure sont des délais minimaux et francs - cf décision du TA de PARIS du 4 décembre 1998, n° 9820934/3/RM, comité d'action et d'entraide sociales du CNRS.

2.4.2. Appel d'offres restreint

Définition

L'appel d'offres est dit restreint lorsque seuls peuvent remettre des offres, les candidats que la personne responsable du marché a décidé de consulter dans les conditions prévues aux articles 52, 62 et 63 du CMP.

- Principales étapes de la procédure

a) – Appel public à la concurrence

Conformément aux articles 40 et 61 du CMP, le délai normal est de 37 jours francs.

En cas d'urgence ne résultant pas du fait de la personne publique, le délai peut être ramené à 15 jours francs.

Les dossiers de candidatures contiennent les justifications à produire quant aux qualités et capacités du candidat.

b) – Examen des candidatures par la CMP (article 62 du CMP)

La PRM après avis de la CAO arrête la liste des candidats admis à présenter une offre en tenant compte des garanties professionnelles et financières présentées par chacun des candidats conformément à l'article 52 du CMP.

c) – Envoi du dossier de consultation aux entreprises retenues (article 63 du CMP)

Le délai accordé pour la remise des offres est au minimum de 40 jours francs, éventuellement ramené à 15 jours francs en cas d'urgence.

d) – Ouverture des plis, dépouillement des offres et classement des offres par la CAO (articles 64 et 65 du CMP)

Cette étape est identique à celle pratiquée lors des appels d'offres ouverts. La PRM choisit après avis de la CAO l'offre économiquement la plus avantageuse. Elle se conclut par la passation du marché.

- Avantages de la procédure d' appel d'offres restreint

a) – Délai de publicité

Le CMP n'admet l'utilisation de la procédure d'urgence simple que dans le cadre d'appel d'offres restreint.

Appel d'offres ouvert

- Délai normal de réception des offres : 52 jours francs

Appel d'offres restreint

- Délai normal de réception des candidatures normal : 37 jours francs- urgent : 15 jours francs

- Délai normal de réception des offres: normal : 40 jours francs- urgent : 15 jours francs

Si la procédure d'appel d'offres restreint apparaît la plus longue dans le cadre d'une procédure normale, elle est cependant la plus courte en terme de délai de publicité en cas d'urgence simple.

b)– Délai de réalisation des essais

La procédure qui tend à figer une liste de fournisseurs qui seraient susceptibles de présenter une offre, met l'acheteur public à l'abri des candidatures de dernière minute pour lesquelles la réalisation de tests sur les produits présentés peut être compromise.

c)– Meilleure analyse des offres

La diminution du nombre d'offres à examiner permet à l'acheteur public de mieux réaliser son travail d'analyse et de comparaison.

d) – Concentrer la motivation des entreprises sur celles qui ont une chance d'obtenir le marché

- Inconvénients

Fonctionnement de la CAO

La procédure d'appel d'offres restreint multiplie les réunions de la Commission d'Appel d'Offres qui devra siéger deux fois en Commission d'ouverture des plis et deux fois en commission de choix et de classement des offres.

2.4.3. Appel d'offres sur performance

Cette procédure paraît difficilement utilisable dans le domaine de l'achat de produits du domaine pharmaceutique dans la mesure où dans cette procédure, **c'est le fournisseur qui définit les moyens de parvenir au résultat défini par l'administration car ce faisant le fournisseur partagerait avec les prescripteurs une responsabilité qui ne peut être partagée.**

2.4.4. Mise en concurrence simplifiée (articles 32 et 57 du CMP)

Cette procédure s'applique pour des fournitures de produits pharmaceutiques dont le seuil est égal ou supérieur à 90 000 € et inférieur à 200 000 € HT pour les collectivités territoriales. Cependant, il est toujours possible pour l'acheteur public d'utiliser la procédure d'appel d'offres.

Elle vise ainsi les achats de montants intermédiaires pour lesquels il convient de maintenir un minimum de formalisme dans un objectif de transparence sans pour autant atteindre le degré de formalisme de l'appel d'offre.

Elle associe d'une part, une publicité préalable, une mise en concurrence formalisée et l'intervention de la Commission d'appel d'offres et d'autre part, la possibilité de négociation avec les candidats ayant fait les offres les plus intéressantes.

En effet, cette procédure décrite à l'article 57 du CMP, vise à combiner la souplesse de la procédure négociée et la transparence de l'appel d'offres.

Après avoir procédé à l'envoi d'un avis d'appel public à la concurrence et fixé le délai de réception des candidatures qui ne peut être inférieur à 20 jours francs, la PRM dresse la liste des candidats admis à présenter une offre. Après avoir avisé les candidats non retenus, la PRM adresse ensuite aux candidats sélectionnés une lettre de consultation accompagnée, s'il y a lieu, du dossier de consultation.

Le nombre de candidats admis à remettre une offre ne peut être inférieur à 3 sauf si le nombre de candidats à l'issue de l'appel public à candidature est inférieur à ce nombre.

Après examen des offres, la PRM doit engager des négociations avec le ou les candidats ayant présenté les offres les plus avantageuses.

A l'issue des négociations, la PRM attribue le marché après avis de la Commission d'Appel d'Offre ou reprend la négociation.

La CAO ne peut qu'inviter la PRM à reprendre les négociations.

La PRM peut à tout moment ne pas donner suite à la procédure pour des motifs d'intérêt général.

2.4.5. Procédure négociée

Cette procédure particulière n'est pas fonction d'un seuil et elle n'est utilisable que dans des cas limitativement énumérés à l'article 35 du CMP.

Pour les produits du domaine pharmaceutique, seules sont utilisables les procédures suivantes :

- Avec publicité et mise en concurrence : article 35 I 1° relatif aux marchés qui n'ont reçu aucune offre ou pour lesquels, il n'a été proposé que des offres irrecevables ou inacceptables et l'article 35 I 3°, relatifs aux marchés qui sont conclus uniquement à des fins de recherche, d'essais ou d'expérimentation ou de développement sans finalité commerciale.¹¹
- Sans publicité préalable mais avec mise en concurrence : article 35 II 1° relatif aux marchés pour lesquels l'urgence impérieuse résultant de circonstances imprévisibles pour la PRM n'est pas compatibles avec les délais exigés par les procédures d'appel d'offres ou de marché négocié précédé d'un avis d'appel public à la concurrence et l'article 35 II 3°¹² correspondant aux marchés que la personne publique doit faire exécuter en cas de défaillance du titulaire.
- Sans publicité préalable et sans mise en concurrence : article 35 III 1° relatif aux marchés complémentaires à condition que le marché initial ait été passé après mise en concurrence.

Exemple: un établissement de santé dispose d'un parc de générateurs de dialyse de dix appareils. La PRM ou la personne publique déléguée passe un marché de fournitures pour les consommables lié à ces machines. L'augmentation du parc en machines identiques faisant suite à une autorisation nouvelle de cinq postes, conduit à rédiger un marché complémentaire pour la fourniture des consommables nécessaires pour la mise en œuvre de ces nouvelles machines

Remarque: les marchés complémentaires sont susceptibles de compléter des marchés au delà de la date d'échéance du marché initial. Les avenants (articles 19 et 118 du CMP) ne peuvent concerner que les marchés en cours d'exécution et jusqu'à l'échéance de ceux-ci.

Procédure de l'article 35-III-4° du CMP

Dans certains cas, le caractère monopolistique d'un produit pharmaceutique est évident : médicament nouveau titulaire d'un brevet de médicament (ou brevet plus CCP exclusif), médicament destiné à traiter une pathologie orpheline, dispositif médical captif indissociable d'un équipement biomédical.

Dans les autres cas, la décision de classer un produit pharmaceutique comme concurrentiel ou non dépend de l'AMM, de l'avis de la CMDMS, de l'inscription au répertoire des génériques mais aussi d'autres instances locales référentes telles que le CLIN.

La décision peut-être différente d'un établissement public de santé à l'autre.

¹¹ L'article 35 I 3° ne peut pas s'appliquer pour les achats de produits déjà mis sur le marché, prévus dans les missions des pharmacies à usage intérieur.

¹² L'article 35 II 3° correspond à la défaillance du fournisseur et non à une défaillance partielle du fournisseur.

Les produits considérés comme non concurrentiels peuvent être traités par la procédure de marché négocié sans concurrence, une argumentation sera produite dans le rapport de présentation pour expliquer le choix de cette procédure en s'appuyant sur l'avis motivé et argumenté de la CMDMS.

Ces produits pourront être traités par le biais de l'article 35 III 4° du CMP s'ils répondent aux critères posés par cet article, sinon, une mise en concurrence devra être effectuée pour, le cas échéant, susciter une telle concurrence.

S'agissant des certificats d'exclusivité détenus par des entreprises (exclusivité de commercialisation, de distribution, de maintenance) et des brevets de médicaments, la production d'attestations des entreprises bénéficiaires de ces certificats et brevets de médicaments, est un des éléments pour justifier le recours au marché négocié (article 35 III 4° du CMP).

L'acheteur public doit être en mesure d'apporter les éléments justifiant le recours à des produits en exclusivité : c'est donc par l'analyse du besoin intrinsèque, par les arguments – techniques, scientifiques, de formation des équipes – produits par la CMDMS, ou par des éléments de documentation externes – revues médicales, conférences de consensus, directives de santé publique – que l'acheteur public peut justifier son choix.

Ainsi, il ne suffit pas, pour justifier le recours à l'article 35-III-4°, d'obtenir un certificat d'un fabricant attestant qu'il est le seul à pouvoir intervenir sur ses appareils, ou fournir des consommables sur l'appareil en cause : il faut également établir avec l'appui de la CMDMS qu'aucun autre fabricant (ou les principaux d'entre eux) n'est capable – techniquement, juridiquement – de proposer les mêmes prestations et fournitures. Si une preuve exhaustive n'est certes pas possible, un minimum de recherche documentaire (catalogues fournisseurs, revues spécialisées) est souhaitable.

2.4.6. Marchés sans formalités préalables

Ce sont des marchés ou "achats" dont le montant annuel des fournitures ne dépasse pas le seuil de 90 000 € HT par année par numéro de nomenclature (articles 27 et 28 du CMP). Ces marchés passés sans formalités préalables, en raison de leur montant, sont dispensés de l'obligation de transmission au représentant de l'état. Ces marchés sont exécutoires dès leur conclusion (Loi MURCEF n°2001-168 du 11 décembre 2001).

Généralités :

D'une manière générale, l'acheteur public doit définir l'étendue et la nature des besoins qui sont susceptibles de faire l'objet d'un marché et doit déterminer aussi exactement que possible les fournitures homogènes susceptibles de répondre à ces besoins avant tout appel à la concurrence ou toute négociation. Cette évaluation s'effectue au stade de la prévision d'achat et non au stade du règlement. L'acheteur public " doit procéder à une estimation sincère et raisonnable compte tenu des éléments alors disponibles, sous peine de vicier la procédure d'attribution du marché si la sous-évaluation a eu pour effet de soustraire l'opération à la publication – (CE, 14 mars 1997, Préfet des Pyrénées Orientales).

Cette évaluation n'est pas basée sur la notion de fournisseur mais sur celle de fournitures homogènes (article 27 du CMP et arrêté du 13 décembre 2001 définissant la nomenclature prévue aux II et III de l'article 27 du CMP). Les numéros pertinents de la nomenclature et les références des fournisseurs sont transmis par l'ordonnateur au comptable assignataire.

Ce n'est donc que dans le cas où le montant total des achats de fournitures ainsi définis par numéro de nomenclature ne dépassent pas le seuil de 90 000 € HT par année, qu'il est possible de recourir à cette procédure d'achat.

Ces achats prévus par l'article 28 du CMP sont dispensés des formalités préalables des règles de passation du CMP mais non des autres dispositions générales du code telles que les principes généraux de l'achat public : transparence, liberté d'accès à la commande publique, égalité de traitement des candidats (article 1 du CMP et la section 3 du chapitre III du CMP) et tous les articles du titre IV du CMP relatifs aux garanties, règlement et financement, contrôles, règlement des litiges, informations sur l'exécution.

Le seuil de 90 000 € HT par année s'apprécie tous fournisseurs confondus pour des fournitures homogènes ;

- le montant présumé doit être apprécié dans le cadre d'une année civile pour les commandes passées par l'entité administrative (le ou tous les ordonnateurs) à la tête de laquelle se trouve la personne responsable des marchés.

L'acheteur public choisit librement son fournisseur. Cependant, il est recommandé de faire jouer la concurrence, en vertu notamment des principes fixés à l'article 1 du CMP et d'obtenir une offre écrite.

Rien n'interdit de conclure un marché après appel d'offres ou négociation pour un achat inférieur à 90 000 € HT.

Procédure :

Il est conseillé de passer commande par écrit (il n'est pas recommandé de passer commande par oral sauf en cas d'urgence à faire référence au bon de commande qui suit), même si cela ne présente aucun caractère obligatoire. Il est également recommandé de garder toute trace écrite des propositions des fournisseurs.