https://affairesjuridiques.aphp.fr/textes/circulaire-dhosf-4-n-2004-420-du-6-septembre-2004-relative-a-la-competence-du-directeur-en-matiere-de-marches-publics/
Circulaire DHOS/F 4 n° 2004-420 du 6 septembre 2004 relative à la compétence du directeur en matière de marchés publics
06/09/2004
Date d'application : immédiate.
Textes de référence :
Article L. 6143-7 du code de la santé publique ;
Article R. 714-7 du code de la santé publique ;
Décret n° 2004-15 du 7 janvier 2004

portant code des marchés publics ;
Circulaire du 7 janvier 2004
portant manuel d'application du code des marchés publics.
Le ministre de la santé et de la protection sociale à Mesdames et Messieurs les directeurs d'agence régionale de l'hospitalisation (pour diffusion aux établissements de santé) ; Mesdames et Messieurs les préfets de région (directions régionales des affaires sanitaires et sociales [pour information]) ; Mesdames et Messieurs les préfets de département (directions départementales des affaires sanitaires et sociales [pour information]) ; Mesdames et Messieurs les directeurs d'établissements publics de santé
Si la publication du

décret n° 2004-15 du 7 janvier 2004
portant code des marchés publics (CMP) est porteuse de nombreux assouplissements (hausse des seuils de passation des marchés formalisés, introduction de la procédure innovante du dialogue compétitif, assouplissement du régime juridique des groupements de commande, possibilité de désigner plusieurs personnes responsables du marché au sein d'une même personne publique, etc.), elle n'a pas eu pour effet de modifier la répartition des compétences en la matière entre le directeur d'un établissement public de santé (EPS) et son conseil d'administration, qui résulte de la combinaison de dispositions législative et réglementaire du code de la santé publique (CSP).
En effet, le directeur demeure seul compétent pour passer les marchés de travaux, de fournitures ou de services pour le compte de l'établissement.
Toutefois, l'attribution aux acheteurs publics de deux nouvelles compétences éminemment importantes - la définition de la cartographie de leurs besoins (art. 5 du CMP) et des modalités de publicité et de mise en concurrence pour les marchés passés selon la procédure adaptée (art. 28) - me conduisent à inciter les directeurs d'EPS à soumettre ces matières à concertation.
La présente circulaire vise donc à attirer l'attention des gestionnaires hospitaliers sur le fait que si le directeur est seul compétent en matière de marchés publics (I), la bonne gestion, la sécurité juridique et le souci d'associer les principaux intéressés aux décisions conduisent à conseiller, pour la définition du niveau de computation des besoins et des règles applicables aux marchés passés selon la procédure adaptée, d'engager préalablement une procédure de concertation (II).
I. - LA COMPÉTENCE EXCLUSIVE DU DIRECTEUR EN MATIÈRE DE MARCHÉS PUBLICS
1. La répartition des compétences est organisée par le code de la santé publique
Aux termes du CSP, le directeur jouit d'une compétence exclusive en matière de marchés publics. En effet, l'article R. 714-7 dispose que : « Dans le respect des dispositions du code des marchés publics et sans préjudice des délégations de signature consenties par application de l'article L. 6143-7, le directeur est seul compétent pour passer les marchés de travaux, fournitures ou services pour le compte de l'établissement ».
Par ailleurs, et afin de lever toute ambiguïté sur la question, je vous rappelle que, aux termes de l'article L. 6143-1 dudit code, le conseil d'administration ne dispose que d'une compétence d'attribution pour les matières limitativement énumérées, au nombre desquelles ne figure aucune compétence en matière de marchés publics.
2. Le CMP réaffirme la compétence du directeur
Le CMP consacre, lui aussi, la compétence du directeur en matière de procédure de marchés publics.
En effet, il prévoit que la procédure est conduite par la personne responsable du marché (PRM) - le directeur dans un EPS - comme pour les marchés de l'Etat, et non par l'assemblée délibérante, comme c'est le cas pour les collectivités territoriales.
A titre d'illustration, en matière d'attribution des contrats (art. 33 pour les appels d'offres ; article 66 pour les marchés négociés ; article 67 pour les procédures de dialogue compétitif, etc.), le CMP consacre la compétence de la PRM pour les marchés des établissements publics de santé, alors que pour les collectivités territoriales cette compétence relève de la commission d'appel d'offres.
II. - LA RECONNAISSANCE DE DEUX NOUVELLES COMPÉTENCES NÉCESSITANT UNE CONCERTATION
1. La définition de la cartographie des besoins
En application de l'article 5-II du CMP, les EPS sont désormais tenus de définir le niveau auquel leurs besoins sont évalués, c'est-à-dire le niveau auquel ils doivent être appréciés au regard des seuils fixés pour la passation des marchés publics.
En pratique, il s'agit donc de réaliser une véritable cartographie des besoins, en indiquant pour chaque besoin à quel niveau il sera pris en compte (personne publique, établissements, voire services, etc.).
Or, cette tache de détermination du niveau d'évaluation des besoins revêt une importance stratégique. En effet, elle conditionne la mise en oeuvre des dispositions et des principes du CMP et, de fait, la sécurité juridique des marchés et de leurs procédures de passation. En effet, comme le rappelle la circulaire du 7 janvier 2004 portant manuel d'application du code des marchés publics : « Le niveau de prise en compte des besoins se situe normalement au niveau de la personne publique elle-même. Le choix de tout niveau inférieur d'agrégation doit être justifié par des éléments objectifs ».
En conséquence, et compte tenu de la nécessité d'élaborer une cartographie des besoins tenant compte de la situation réelle des principaux intéressés à la passation des marchés, je conseille vivement aux directeurs d'établissements d'engager, à l'occasion de l'accomplissement de cette tache, une démarche de réflexion et de concertation associant, autant que possible, les instances délibératives et consultatives de l'établissement.
2. La définition des règles applicables aux marchés passés selon la procédure adaptée
L'article 28 du CMP définit un nouveau type de marché, les marchés « passés selon la procédure adaptée », pour lesquels il ne prescrit aucune règle particulière (à l'exception des règles de publicité prévues par l'article 40-III et IV), à charge pour chaque PRM de déterminer des règles de publicité et de mise en concurrence.
Dans un souci de cohérence et d'uniformité des règles applicables au sein d'un même EPS, cette notion de « PRM » doit être comprise comme désignant le seul directeur, et non pas les éventuelles « PRM déléguées » en application de l'article 20 du CMP.
Pour les marchés publics des EPS, le seuil en dessous duquel il peut être recouru à cette procédure est de 230 000 euros (HT).
Bien que présentée comme un assouplissement significatif du droit de la commande publique, cette liberté accordée à la personne responsable du marché de définir librement, jusqu'à 230 000 euros (HT), la procédure applicable à ses marchés, est perçue par les acheteurs publics comme un facteur d'insécurité juridique, l'absence de définition de procédures dans le CMP ne les exonérant pas du respect des principes européens et nationaux applicables en la matière. De fait, des EPS élaborent, en interne, des règles de passation pour leurs marchés relevant de la procédure adaptée, l'objectif étant de disposer, en cas de contentieux, d'un document attestant que l'établissement s'est fixé des règles et qu'il les a suivies.
Dans l'hypothèse, qui n'est en aucun cas obligatoire, où le directeur d'un EPS souhaiterait le doter de telles règles, et s'agissant, comme pour la détermination de la cartographie des besoins, d'élaborer des règles générales, j'invite également les directeurs d'établissement à associer les instances délibératives et consultatives de l'établissement à cette démarche.
Pour le ministre et par délégation :
Le directeur de l'hospitalisation et de l'organisation des soins, E. Couty