



FEDERATION DES ENTREPRISES PUBLIQUES LOCALES

**ACHAT MUTUALISE DE MASQUES AU PROFIT DES MEMBRES DU
RESEAU AU TRAVERS DE LA CONSTITUTION D'UN GROUPEMENT DE
COMMANDES PORTE PAR UNE EPL ADHERENTE**

NOTE JURIDIQUE COMPLEMENTAIRE

27 avril 2020

Nous revenons vers vous afin de vous apporter les compléments que vous avez souhaités au sujet de notre note en date du 17 avril dernier relative à la mise en place d'un groupement de commandes pour un achat mutualisé de masques.

En effet, vous nous avez indiqué que le directeur d'une EPL adhérente de la Fédération s'est dit prêt à agir comme coordonnateur d'un groupement de commandes pour l'ensemble des EPL intéressées par la démarche d'achat mutualisé de masques.

Ainsi, la Fédération des EPL souhaite obtenir des précisions sur les étapes du montage du groupement de commandes, dans la perspective où le coordonnateur serait chargé de l'ensemble des opérations pour la livraison des masques. En bref, la question se pose de savoir « *qui doit faire quoi, comment, et quand* ».

1. Sur les étapes de création du groupement de commandes

En premier lieu, il s'agit de présenter, de manière chronologique, les étapes qui seront nécessaires à la mise en place d'un groupement de commandes.

1.1. Tout d'abord, chaque membre du futur groupement devra procéder au recensement de ses besoins en masques pour les jours ou semaines à venir et devra transmettre cette information à l'EPL qui s'est proposée d'assurer le rôle de coordonnateur.

A cet égard, précisons que, lors de ce recensement des besoins, il conviendrait de définir les besoins du groupement concernant le stockage et la livraison des masques. Pour cela, il serait utile de déterminer si l'EPL qui s'est proposée d'assurer le rôle de coordonnateur serait en mesure d'assurer le stockage des masques ainsi que leur distribution auprès de tous les autres membres ou si une autre EPL membre du futur groupement pourrait prendre en charge cette mission.

Dans l'affirmative, il conviendra de préciser, dans la convention constitutive du groupement, les conditions dans lesquelles, d'une part, le coordonnateur ou un autre membre du groupement assurera le stockage et la livraison des masques (lieu de stockage et de livraison, délais de livraisons...) et, d'autre part, les conditions financières encadrant cette mission (prise en charge à titre gratuit ou non).

Dans la négative, il conviendra de confier au coordonnateur le soin de conclure un contrat portant sur la fourniture des masques mais aussi sur leur livraison auprès de tous les membres du groupement.

1.2. Ensuite, et parce que les textes qui régissent la création d'un groupement de commandes imposent l'obligation de conclure une convention constitutive préalablement à la conclusion du contrat devant être passé par le groupement mais ne précisent pas ce que doit contenir cette convention (laissant ainsi une liberté aux membres du groupement), il sera indispensable que les EPL engagent une discussion pour déterminer les conditions de fonctionnement du groupement et les missions qu'elles souhaiteront être assurées par le coordonnateur du groupement en leur nom et pour leur compte.

Ainsi, pour compléter les premières recommandations que nous vous avons faites dans notre note du 17 avril dernier, il faudra que l'ensemble des membres du groupement expriment ce qu'ils souhaitent confier au coordonnateur. Etant donné qu'une EPL s'est proposée d'assurer la passation et l'exécution du contrat, il conviendra de définir dans la convention que les membres du groupement ont décidé de confier au coordonnateur la charge de :

- rédiger le projet de contrat ;
- mener la consultation d'un ou de plusieurs opérateurs économiques ;
- de signer le contrat avec l'opérateur économique retenu au nom et pour le compte de tous les membres du groupement – cela permettra donc au coordonnateur de signer un seul acte d'engagement et d'éviter que chaque membre du groupement ait à signer un acte d'engagement ;
- d'exécuter ce contrat (émission des commandes et règlement financier de ces commandes) ;
- et éventuellement d'assurer le stockage et la livraison des masques, sauf à ce que cela soit effectué par un autre membre du groupement auquel cas celui-ci devra être identifié dans la convention comme étant en charge de ces missions, ou encore sauf à ce que la livraison soit confiée au titulaire du contrat.

Il conviendrait également que les membres du groupement définissent, d'un commun accord, les conditions dans lesquelles le coordonnateur du groupement sera remboursé des dépenses qu'il sera amené à exposer dans le cadre de la passation du contrat et surtout de son exécution. A ce titre, il pourra être prévu que ce remboursement se fasse soit par le versement d'avances soit par un remboursement après paiement des commandes par le coordonnateur, sur présentation par ce dernier à chaque membre du groupement des factures correspondant aux commandes émises.

1.3. Une fois ces éléments définis, l'EPL destinée à devenir le coordonnateur pourra rédiger une convention constitutive du groupement de commandes sur la base des recommandations que nous vous avons faites dans notre note du 17 avril dernier et, surtout, sur la base des éléments précités qui auront été définis par tout ou partie des membres du futur groupement de commandes, dont la Fédération.

Et, l'EPL futur coordonnateur devra alors transmettre la convention constitutive du groupement de commandes à l'ensemble des EPL intéressées par la démarche.

1.4. La convention constitutive devra alors être signée par chaque EPL membre du futur groupement de commandes et être retournée signée à l'EPL futur coordonnateur.

A ce titre, et comme exposé dans notre note du 17 avril, il importera, au sein de chaque EPL, que la convention soit signée par l'autorité ayant la capacité de le faire (il devrait s'agir, sauf stipulation particulière des statuts d'une EPL, du directeur général ou directeur général délégué).

1.5. Une fois que l'EPL futur coordonnateur aura reçu la convention constitutive signée par tous les membres du futur groupement de commandes, le groupement de commandes sera créé et cette EPL sera alors valablement investie du mandat l'autorisant à exercer le rôle de coordonnateur.

L'EPL coordonnateur pourra alors exercer toutes les missions qui lui auront été confiées dans la convention constitutive, et n'aura donc pas besoin d'obtenir, pour chaque opération mise à sa charge, un accord express de chaque membre du groupement, la signature de la convention valant mandat pour toutes les opérations menées par le coordonnateur.

Etant donné toutefois l'urgence attachée à l'achat de masques, l'EPL futur coordonnateur pourra, dans l'attente d'une convention constitutive finalisée et signée par l'ensemble des EPL intéressés, engager dès avant les démarches nécessaires à une contractualisation avec un ou des fournisseurs de masques et, éventuellement, une entreprise de logistique en vue de leur livraison.

2. Sur la passation du contrat et les modalités relatives à la livraison des masques

En second lieu, vous trouverez ci-après les compléments que nous sommes en mesure de vous apporter au sujet de la passation du contrat et des modalités relatives à cette livraison des masques.

2.1. Tout d'abord, notons que dans l'hypothèse où les membres du groupement auraient décidé de confier au coordonnateur la charge de conclure un contrat portant sur la fourniture et sur la livraison des masques – du fait de l'absence d'identification d'un membre du groupement capable d'assurer le stockage et la livraison des masques –, il nous semble que le coordonnateur pourrait opportunément choisir de rédiger un contrat dans lequel il serait prévu deux lots avec un lot portant sur la fourniture des masques et un second lot portant sur leur livraison.

En effet, en ce qu'il n'est pas certain que tous les fabricants de masques soient en mesure d'assurer la livraison auprès de chaque membre du groupement, cet allotissement permettra :

- soit de confier les deux lots à un seul opérateur si celui-ci est capable de tout prendre en charge ;
- soit de confier à un opérateur économique un contrat portant sur la fabrication des masques et de confier à un autre opérateur économique un contrat portant sur la livraison de ces masques.

2.2. Ensuite, précisons que le coordonnateur devra donc rédiger un projet de contrat comportant les clauses qui sont classiquement contenues dans un accord-cadre :

- identification du groupement de commandes (l'opérateur économique devant impérativement être informé de ce que le contrat est conclu pour le groupement ce qui pourrait donner lieu à une annexe au contrat précisant l'identité des membres du groupement) et justification du recours à la procédure d'urgence permettant la conclusion d'un contrat de gré à gré ;
- objet de l'accord-cadre et, le cas échéant, son allotissement (fourniture des masques et livraison) ;
- documents contractuels constitutifs de l'accord-cadre avec renvoi au CCAG-FCS par exemple ;
- durée de l'accord-cadre (nous renvoyons sur ce point à notre note du 17 avril) ;
- forme du prix (l'accord-cadre devrait probablement être conclu sur la base de prix unitaires) ;
- conditions d'émission des bons de commande ;
- identification de l'interlocuteur dédié du titulaire de l'accord-cadre ;
- conditions relatives à toutes les assurances dont le titulaire de l'accord-cadre doit disposer ;
- identification de l'organisme chargé du paiement du contrat (*a priori* le coordonnateur du groupement) ;
- délais de paiement, mécanisme d'avances... ;
- pénalités et autres sanctions telles que la résiliation et la mise en régie ;
- et conditions d'exécution technique (à ce titre, le coordonnateur pourrait réunir les clauses administratives et techniques dans un seul document contractuel au lieu de rédiger un cahier des clauses administratives particulières et un cahier des clauses techniques particulières).

Ajoutons que le coordonnateur devra rédiger, *a minima*, un acte d'engagement (le cas échéant, un acte d'engagement pour chaque lot), un bordereau des prix unitaires et un cahier des clauses particulières.

2.3. Une fois les pièces de l'accord-cadre rédigées, le coordonnateur pourra donc contacter le ou les opérateurs économiques qu'il aura identifiés comme étant capables de répondre aux besoins du groupement et pourra donc transmettre une lettre d'invitation, par courriel, à candidater à l'attribution de contrat.

Nous nous permettons d'insister sur l'importance qu'il y aura pour le coordonnateur, d'une part, à transmettre les pièces du projet de contrat, en laissant la possibilité à l'opérateur économique de pouvoir proposer certaines modifications aux clauses du contrat (par exemple au sujet du prix, de la durée du contrat ou encore des conditions d'exécution technique) et, d'autre part, à solliciter de l'opérateur économique la communication de tous les documents permettant au coordonnateur de s'assurer que celui-ci ne fait pas l'objet d'une interdiction de soumissionner et qu'il dispose des capacités techniques et économiques lui permettant de répondre aux besoins du groupement.

2.4. Lorsqu'il aura procédé à l'étape précédente et qu'il aura obtenu de l'opérateur économique l'ensemble des documents de la candidature et l'ensemble des documents contractuels renseignés et signés, le coordonnateur pourra alors signer directement le contrat avec cet opérateur ou avec les deux opérateurs si le contrat devait être alloti avec la fourniture et la livraison.

En effet, mais à condition que la convention constitutive ait bien prévu cela, le coordonnateur aura reçu un mandat des membres du groupement l'autorisant à signer le contrat en leur nom et pour leur compte et n'aura donc pas à faire valider le choix de l'opérateur par tous les membres.

Et, le coordonnateur n'aura pas non plus à faire valider le choix de ces opérateurs par une commission d'appel d'offres, dès lors que l'intervention d'une telle commission n'est imposée que pour les procédures formalisées ce qui ne sera pas le cas du groupement, celui-ci ayant vocation à conclure un contrat sans procédure de publicité et de mise en concurrence.

2.5. Enfin, et si la convention constitutive prévoit bien de confier l'exécution du contrat au coordonnateur, ce dernier pourra donc émettre les commandes en transmettant au titulaire de l'accord-cadre, par exemple par mail pour une meilleure rapidité des échanges avec une demande d'accusé réception, un seul bon de commandes portant sur la fourniture des masques pour tous les membres du groupement.

Et, à condition là encore que celui-ci ait été autorisé à le faire dans la convention constitutive, le coordonnateur pourra procéder directement au paiement du titulaire de l'accord-cadre au nom et pour le compte de tous les membres du groupement de commandes.

*

Tels sont les éléments complémentaires qu'il nous paraissait utile de vous transmettre s'agissant des modalités pratique de constitution d'un groupement de commandes et de mise en œuvre en urgence de son intervention en vue d'un achat mutualisé de masques pour les EPL adhérentes de la Fédération.

Thomas ROUVEYRAN
Avocat Associé