

Circulaire DHOS/F 4 n° 2000-474 du 15 septembre 2000 relative à l'organisation de la fonction achat et à la maîtrise de la commande publique dans les établissements publics de santé.

15/09/2000

Selon les chiffres fournis par l'Inspection générale des affaires sociales dans son rapport annuel 1998, les achats effectués par les établissements publics de santé représentent globalement environ 50 milliards de francs soit, rapportés aux budgets d'exploitation, 25 à 30 % des dépenses, suivant les catégories d'établissements.

Or, les rapports effectués au cours de ces dernières années sur les marchés des établissements publics de santé, notamment par l'Inspection générale des affaires sociales (IGAS)(1) et par les chambres régionales des comptes, ont mis l'accent sur un certain nombre de faiblesses de la fonction achat-approvisionnement. Par ailleurs, force est de constater, de manière générale, que les recours contentieux en matière de marchés publics se développent aujourd'hui, portant autant sur des arguments de fond que sur le respect d'éléments de forme. Enfin, l'intérêt budgétaire et financier d'une recherche, au sein des établissements publics de santé, de l'amélioration de l'efficacité de la fonction achat-approvisionnement est loin d'être négligeable.

(1) Rapport 1986 sur les stimulateurs cardiaques. Difficultés d'application du code des marchés publics par les hôpitaux, rapport n° 95129, novembre 1995. Rapport annuel 1998.

Consciente de l'importance des enjeux économiques et financiers, des difficultés que rencontrent les acheteurs hospitaliers, et des risques auxquels ces derniers s'exposent, la Direction de l'hospitalisation et de l'organisation des soins a donc décidé d'initier une réflexion sur l'ensemble des aspects de la fonction achat-approvisionnement, aspects juridiques et économiques mais aussi organisationnels et stratégiques, ainsi que sur la fonction d'acheteur. Un groupe de travail a été constitué à cet effet auquel participent, entre autres, des hospitaliers reconnus pour leurs compétences en ce domaine.

Sans attendre les conclusions de ce groupe de travail, il a été décidé de publier la présente circulaire qui a pour objet d'une part, de rappeler les règles fondamentales de la commande publique et d'appeler l'attention des gestionnaires hospitaliers sur les risques désormais encourus en cas de non-respect de ces règles (le rappel des règles fait l'objet du fascicule joint à la présente instruction), d'autre part, d'inviter les gestionnaires hospitaliers qui ne l'auraient pas encore fait, à engager une analyse de l'organisation de leur fonction achat-approvisionnement.

En préambule, il est rappelé que les principes fondamentaux qui régissent l'ensemble de la commande publique sont la liberté d'accès aux marchés publics, l'égalité de traitement des candidats qui découle du principe constitutionnel d'égalité face aux charges publiques, et le contrôle du bon usage des deniers publics. Ces principes se traduisent par les procédures de publicité, de mise en concurrence des fournisseurs, de transparence dans l'expression des besoins, de transparence des choix et de contrôles, qui sont mises en oeuvre.

Ces principes sont renforcés par le droit d'origine communautaire des marchés publics qui a pour objet d'assurer aux entreprises privées le meilleur accès aux marchés publics afin de permettre le développement économique :

'La politique de l'Union en matière de marchés publics a pour objectif d'établir dans ce secteur une concurrence loyale et ouverte qui permette aux fournisseurs de tirer pleinement parti du marché unique et aux pouvoirs adjudicateurs d'opérer librement un choix dans un éventail d'offres plus compétitives et plus nombreuses' (Livre vert sur les marchés publics dans l'Union européenne).

Le principe de libre concurrence impose une pré-information et une post-information destinée à ouvrir largement la concurrence et à fournir aux concurrents évincés les arguments nécessaires à l'exercice des recours.

Les règles, d'origine interne ou d'origine communautaire, s'appliquent à toutes les catégories d'achats publics :

- achats de fournitures (alimentation, produits pharmaceutiques, bureautique, informatique, etc.) ;
- achats de services (assurances, expertise, avocats (1), formation, intérim, etc.) ;

(1) Le Conseil d'Etat a jugé que si le recrutement des avocats devait faire l'objet d'une mise en concurrence, celle-ci devait suivre d'autres procédures que celles prévues par le code des marchés publics pour être compatible avec les règles déontologiques de la profession (CE, Ass., 9 avril 1999, Toubol-Fischer).

- achats de travaux.

Le droit d'origine communautaire s'applique également aux 'délégations de service public' ainsi qu'aux achats réalisés par les 'organismes créés pour satisfaire spécifiquement des besoins d'intérêt général ayant un caractère autre qu'industriel ou commercial, et qui répondent à l'un des critères suivants : soit leur activité est financée majoritairement par l'Etat, les collectivités territoriales ou d'autres organismes de droit public, soit leur gestion est soumise au contrôle de ceux-ci, soit leur organe d'administration, de direction ou de surveillance est composé de membres dont plus de la moitié est désignée par l'Etat, les collectivités territoriales ou d'autres organismes de droit public'. En l'état actuel du droit, les groupements (GIP, GIE, GCS) auxquels participent des établissements publics de santé sont donc vraisemblablement concernés par cette dernière disposition, dans un grand nombre de cas.

1. Améliorer la sécurité juridique

Lors des contrôles ponctuels ou thématiques qu'elle a effectués, l'IGAS a constaté le respect global des règles applicables en matière de marchés publics. Cependant, elle a malheureusement pu relever également un certain nombre de maladresses ou de dysfonctionnements, voire de dérives dans l'application du code des marchés publics. Celles-ci ont fait l'objet d'une note de synthèse reprise dans le rapport annuel 1998.

Des manquements sont également relevés notamment par les chambres régionales des comptes et la Cour des comptes recense régulièrement, dans son rapport annuel, divers manquements dans la gestion des achats hospitaliers. La Direction générale de la concurrence et de la répression des fraudes a également régulièrement à connaître des conditions de passation et d'exécution de certains marchés hospitaliers.

1.1. Le constat

Les corps de contrôles ont pu relever des dérives qui exposent non seulement les établissements au risque d'annulation des marchés en cause, mais également les personnes responsables des marchés à des sanctions disciplinaires, voire pénales. L'inventaire qui confirme celui effectué en ce qui concerne l'ensemble des acheteurs publics par le Service central de prévention de la corruption, porte notamment sur les pratiques suivantes :

- découpage artificiel des projets ;
- minoration des coûts ;
- renégociation de prix ;
- importance des achats hors marché (de l'ordre de 20 %) et des procédures sans mise en concurrence (de l'ordre de 30 %) pour des montants pouvant aller jusqu'à dix fois le seuil réglementaire de 300 KF ; fractionnement excessif de certains marchés (médicament, par exemple) ;
- utilisation du marché négocié comme 'appel d'offres simplifié' permettant de dépouiller les offres au fur et à mesure de leur réception et de ne pas avoir à réunir la commission d'appel d'offres ;
- détournement de la procédure applicable aux achats effectués par l'UGAP ;
- grand nombre de marchés de régularisation ;
- utilisation abusive des avenants ;
- absence de dépouillement formalisé des offres ;
- résignation hâtive à une situation de monopole plus apparente que réelle ;
- déclaration abusive du caractère infructueux d'un appel d'offre ;
- abus des procédures d'urgence et d'exception (recours abusif à la conception-réalisation, par exemple) ;
- rédaction 'orientée' de certains cahiers des charges ;
- divulgation sélective d'informations.

Il est clair qu'un certain nombre de ces pratiques est induit par une insuffisante organisation de la fonction achat qui ne permet pas notamment de définir précisément les besoins ou de préciser les critères de choix et qui ne permet pas non plus d'assurer les contrôles internes indispensables.

1.2. Les pistes

1.2.1. Rappeler les règles et améliorer la formation des acheteurs

Les règles applicables à la passation des marchés publics visent la transparence des choix et l'efficacité de la dépense publique. La rigueur des procédures garantit, pour une bonne part, la transparence des marchés publics. Il convient donc d'alerter les acheteurs hospitaliers sur les dérives les plus fréquemment rencontrées et de veiller, au sein des établissements, au respect de la réglementation en la matière, tout en s'assurant que ce souci indispensable du respect de la réglementation ne conduise à paralyser l'activité légitime des acheteurs publics, notamment dans le choix des procédures ou la détermination des critères de sélection des offres.

Par ailleurs, la complexité des règles, l'évolution rapide du droit et de la jurisprudence, au plan national comme désormais <http://affairesjuridiques.aphp.fr/textes/circulaire-dhosf-4-n-2000-474-du-15-septembre-2000-relative-a-lorganisation-de-la-fonction-achat-et-a-la-maitrise-de-la-commande-publique-dans-les-etablissements-publics-de-sante/>

au plan européen, la spécialisation qu'elles impliquent, imposent la formation permanente (initiale et continue) des acheteurs hospitaliers et la mise en commun des connaissances au niveau local par des relations formalisées ou non, notamment, entre acheteurs publics.

Enfin, au-delà du respect du droit, s'impose l'établissement de règles déontologiques applicables à tous les acheteurs publics.

1.2.2. Etre vigilant

Eviter la concentration des décisions.

La séparation des tâches, au-delà de la simple séparation ordonnateur/comptable prévue par le décret n du 29 décembre 1962 portant règlement général de la comptabilité publique qui s'impose également au comptable-matière (directeur des services économiques, pharmacien), apparaît grandement nécessaire afin d'éviter la concentration de l'ensemble des décisions en matière d'achats entre les mains d'une seule personne (décision, émission des bons de commandes, réception des produits, attestation du service fait, liquidation de la dépense).

Eviter le colloque singulier entre fournisseurs et utilisateurs.

Les relations entre utilisateurs et fournisseurs ne doivent pas influencer les choix ultérieurs de l'établissement qui relèvent de la compétence de la seule commission d'appel d'offres. Cependant, la spécialisation des fonctions au sein de l'hôpital confère à certaines personnes un pouvoir de transaction important. Il en va ainsi notamment des médecins, pharmaciens ou des techniciens qui sont susceptibles d'intervenir dans la définition des besoins, la rédaction des cahiers des charges ou la définition des critères de sélection, voire en tant que personne qualifiée dans les commissions d'appel d'offres. Les règles de déontologie doivent imposer une stricte neutralité à l'ensemble de ces acteurs.

Ainsi, lorsqu'un lien existe, par exemple, entre un fabricant et un praticien hospitalier, membre d'une commission d'appel d'offres, il convient que ce dernier se récuse avant l'appel d'offres, sauf à tomber sous le coup des incriminations des articles 432-11 à 432-14 du nouveau code pénal.

Il n'est pas inutile, à l'occasion, de rappeler aux fournisseurs les risques auxquels ils s'exposent également en vertu notamment des articles 433-1 et 433-2 du nouveau code pénal (corruption active et trafic d'influence).

Eviter l'intervention d'associations 'transparentes'.

Il est souvent constaté que des associations 'hospitalières' acquièrent des matériels, à titre onéreux ou même à titre 'gratuit' qu'elles mettent ensuite 'à la disposition' de l'hôpital. D'autres associations sont créées pour recueillir des dons en vue de l'organisation de séminaires ou de formations ou en vue d'expérimenter certains matériels. D'autres encore qui sont chargées des actions de communication de l'hôpital sont financées par des subventions de l'établissement mais aussi par des 'contributions volontaires' des fournisseurs de ce dernier.

Il est précisé que :

- des associations ne sauraient être créées ou utilisées pour s'affranchir des règles de passation et d'exécution des marchés publics ;
- les associations 'transparentes' sont soumises au CMP ainsi qu'aux dispositions en la matière d'origine communautaire ;
- au-delà des risques pénaux, les gestionnaires de ces associations s'exposent également au risque de qualification de comptable de fait (acquisition, au moyen de dons, de matériel utilisé pour le fonctionnement du service) ;
- les acceptations à titre gratuit sont interdites aux associations de même que les donations déguisées (C. cass. 18 avril 1958, prix de cession dérisoire par rapport à la valeur des biens cédés).

Il convient, en tout état de cause, de mettre fin aux mises à disposition 'sauvages', que celles-ci soient effectuées directement auprès de l'établissement ou par le biais d'associations.

1.2.3. Evaluer

Des procédures de contrôle interne doivent être mises en place afin de protéger l'acheteur public des risques juridiques
<http://affairesjuridiques.aphp.fr/textes/circulaire-dhosf-4-n-2000-474-du-15-septembre-2000-relative-a-lorganisation-de-la-fonction-achat-et-a-la-maitrise-de-la-commande-publique-dans-les-etablissements-publics-de-sante/>

(sécuriser la signature de l'acheteur) :

- veiller au respect des dispositions législatives et réglementaires en recherchant systématiquement la possibilité que la procédure ait été faussée ;
- éviter de choisir les procédures favorisant les ententes ;
- tout mettre en oeuvre pour interdire tout risque de favoritisme (détermination de critères impartiaux de sélection et de choix, choix du type de procédure contractuelle, etc.).

1.2.4. Mettre en place un code de déontologie de l'acheteur public

Indépendamment du respect du droit positif, il apparaît indispensable que les acheteurs publics hospitaliers élaborent au sein de chaque établissement leur propre code de déontologie.

Ce code, connu de tous, doit être le garant du respect du principe de neutralité, d'objectivité et de totale indépendance de l'institution et des individus qui la composent vis-à-vis des fournisseurs. Sa mise en oeuvre contribue à l'image que l'établissement donne de lui et de ses agents à l'extérieur et, notamment, auprès de ses fournisseurs.

Il convient, en effet, d'éviter tous risques de collusion, de conflits d'intérêts, de prise illégale d'intérêts voire le seul risque de suspicion d'avoir influencé directement ou indirectement la décision de choix, ceux-ci étant susceptibles de faire l'objet de sanctions administratives, disciplinaires ou pénales. Il convient donc d'être extrêmement prudent et vigilant lors des relations avec les fournisseurs, que ceux-ci soient titulaires d'un marché ou non, candidats à un marché ou non.

L'achat de biens ou de services dans le cadre de l'exercice professionnel ne doit valoir à l'acheteur ou à sa famille aucun passe-droit, aucune remise ou ristourne (risque de corruption active ou passive : Cass. crim. 29 septembre 1993, n° 91-82-674, 6 février 1995, n° 94-85-462). Des agents publics qui avaient reçu de la part de fournisseurs de l'établissement auquel ils appartenaient, des gratifications proportionnelles au montant des achats effectués ont, en outre, été déclarés comptables de fait par le juge des comptes, nonobstant les conséquences des autres poursuites dont ils ont pu faire l'objet. C'est pourquoi l'ensemble des acteurs doit être invité à la plus grande circonspection en ce qui concerne :

- les cadeaux et invitations diverses qui peuvent mettre en jeu leur indépendance ;
- les mises à disposition de matériel qui conditionnent des choix ultérieurs ou imposent l'acquisition de consommables ou de prestations de maintenance ;
- le démarchage direct des services utilisateurs (produits pharmaceutiques, par exemple) qui peut influencer la définition des besoins.

Au-delà, l'organisation de la fonction achat, la composition des commissions d'appel d'offres doivent faire l'objet d'une attention particulière permettant de prévenir tout risque tant pour l'hôpital que pour les acteurs eux-mêmes.

La confidentialité des informations dont dispose l'acheteur public doit être respectée, qu'il s'agisse d'informations concernant l'établissement public de santé (stratégie, projets, techniques de gestion, études techniques, contrats en cours, etc.) ou d'informations concernant les fournisseurs de l'établissement ou les candidats à des marchés. La transparence vis-à-vis de la direction de l'établissement et des utilisateurs doit être assurée (notamment en matière de motivations et de critères de choix).

2. Améliorer l'efficacité économique de la fonction achat-approvisionnement

Si l'organisation de la fonction achat dans le secteur public doit avoir pour objet et pour effet d'assurer l'égalité des candidats à la commande publique, elle doit également avoir pour objet et pour effet, comme pour l'ensemble des autres gestionnaires publics ou privés, de permettre la meilleure performance de l'outil de production au meilleur coût. Une telle exigence ne saurait être satisfaite sans une réelle maîtrise de la totalité des achats et des approvisionnements. Cette exigence est d'autant plus impérative dans les établissements publics de santé que la contrainte qui pèse sur l'évolution des budgets impose de rechercher et de mobiliser la totalité des marges de manoeuvre internes : l'amélioration de la performance de l'ensemble de la fonction achat/approvisionnement est l'un des éléments qui peuvent encore aujourd'hui constituer cette marge de manoeuvre interne.

En effet, en définissant précisément les besoins et en pesant traditionnellement sur le prix des produits dans le cadre de la passation des marchés, en comparant les coûts induits (coût de fonctionnement, de maintenance ou d'exploitation, coût de formation des utilisateurs, gestion des stocks, etc.), mais également, en recherchant la performance des produits et des équipements comme en optimisant l'organisation de l'approvisionnement, il est possible de dégager des moyens budgétaires et humains qui pourront contribuer soit immédiatement à la satisfaction des missions premières de l'hôpital, soit à la constitution d'excédents de gestion qui viendront renforcer les capitaux propres de l'établissement et ainsi

<http://affairesjuridiques.aphp.fr/textes/circulaire-dhosf-4-n-2000-474-du-15-septembre-2000-relative-a-lorganisation-de-la-fonction-achat-et-a-la-maitrise-de-la-commande-publique-dans-les-etablissements-publics-de-sante/>

assurer sa pérennité. Il ne faut pas non plus perdre de vue que 'la société a le droit de demander compte à tout agent public de son administration' (article 15 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789).

La passation des marchés des établissements publics de santé doit donc être au nombre des actes de gestion qui permettent la meilleure utilisation des deniers publics et cette recherche d'économies de gestion a pour principal avantage de ne remettre en cause le volume ni des activités ni du personnel de l'établissement. L'achat ne doit plus être perçu comme le respect formel de règles extérieures contraignantes mais comme un outil stratégique à part entière.

2.1. Le constat

Les principales insuffisances recensées par les divers corps de contrôle dans la passation des marchés hospitaliers sont les suivantes :

- insuffisante définition des besoins ;
- justification insuffisante des choix (modes de passation, types de marchés) ;
- faiblesse des critères de choix affichés dans le règlement de la consultation ;
- poids trop important donné au prix et non au coût de possession ;
- faiblesse de la coordination des achats ;
- ordres de services ou bons de commandes délivrés par des personnes non habilitées ;
- absence de contrôles internes.

Le code des marchés publics est trop souvent considéré comme un corpus de règles contraignantes et peu efficaces. Or celui-ci, tant dans ses principes que dans les procédures qu'il contient, doit permettre de se procurer le meilleur service au meilleur coût.

Ce sont des décisions de choix trop hâtives ou mal préparées, le choix systématique du moins-disant, etc. qui conduisent, le plus souvent, à engager les deniers publics au-delà de ce qui avait été prévu et accepté, voire au-delà de ce qui aurait été nécessaire.

Par ailleurs, la recherche de la plus grande sécurisation juridique des procédures ne doit pas occulter les avantages que peuvent comporter certaines dispositions méconnues du code des marchés publics.

2.2. Les pistes

2.2.1. Structurer la fonction achat-approvisionnement

L'efficacité de la fonction achat-approvisionnement passe par une organisation qui assure la maîtrise de l'ensemble du processus, de l'analyse des besoins et de leur expression à la mesure de la satisfaction des utilisateurs. Or, cette fonction souffre encore d'une grande dispersion des responsabilités, parfois aggravée par un manque de coordination entre les différents acteurs concernés (entre services administratifs, services économiques et services techniques ; entre acheteurs, techniciens et utilisateurs). Il est donc indispensable qu'une réflexion d'ensemble soit lancée dans chaque établissement, sur l'organisation de la fonction achat-approvisionnement afin de parvenir rapidement à une nécessaire rationalisation de cette dernière.

Il est clair que la problématique se pose en des termes différents s'il s'agit d'un hôpital local, d'un centre hospitalier ou d'un centre hospitalier universitaire, le montant des marchés, les procédures liées aux différents seuils, la taille des équipes hospitalières et, notamment, des équipes de direction dépendant étroitement de la taille des établissements. Les solutions qui pourront être retenues dépendent elles aussi de la taille de l'établissement : ainsi la nécessité de plus en plus prégnante de constituer des binômes acheteur + technicien. Cependant la démarche doit être la même pour tous.

2.2.2. Promouvoir la recherche de l'efficience de l'achat

La définition et la programmation des besoins.

Nul ne conteste qu'une mauvaise passation des marchés se traduit par des surcoûts potentiels : risque fournisseur, faillite, délai de livraison, risque de contentieux.

Cependant, il convient d'avoir conscience que l'essentiel des gains sur les achats est réalisable lors de la définition des besoins et non lors de la passation du ou des marchés, qu'il y ait ou non possibilité de négociation.

En effet, une expression des besoins mal formulée se traduit par de nombreux et importants risques de surcoûts ultérieurs : inadéquation des offres aux besoins (le juste nécessaire), inadaptation des délais de livraison, contre-performances des produits, manque de fiabilité, non-qualité, surcoûts de réalisation, d'exploitation ou de maintenance.

Le recensement des besoins, la hiérarchisation des priorités, la programmation des achats et des travaux sont donc aussi indispensables que la précision des cahiers des charges et doivent permettre une réponse strictement adaptée aux besoins de l'établissement.

La standardisation des produits.

La standardisation des produits au sein d'une famille d'articles facilite la gestion, la formation du personnel à l'utilisation du produit.

La globalisation des demandes.

La globalisation ou l'agrégation des demandes similaires ou proches, provenant de différents sites ou de différents services, voire de plusieurs établissements de santé, permet de lancer une consultation unique. Son intérêt est double : elle permet, d'une part, de diminuer le nombre de procédures, d'autre part, d'obtenir de meilleures conditions en raison de l'effet volume (économies d'échelle). En effet, la globalisation des achats permet un accroissement du pouvoir de négociation.

La recherche du mieux-disant.

L'acheteur public doit rechercher le meilleur service au meilleur coût et non au meilleur prix. L'un des moyens d'y parvenir est le raisonnement en coût complet.

La prise en compte des coûts de possession (raisonnement en coût complet).

Trop souvent encore, c'est la notion de prix d'acquisition qui prévaut dans les marchés hospitaliers. L'intégration de l'ensemble des coûts de possession (coûts d'acquisition, coûts de maintenance, consommables, durée de vie du matériel, impact sur l'organisation du service, formation du personnel, etc.) et du coût de la performance escomptée du bien ou du service (coûts de la non-qualité, coût de l'inadaptation du produit au besoin strict) permet de choisir l'offre la plus économique.

2.2.3. Promouvoir une démarche qualité

La qualité de l'achat qui contribue de manière importante à la qualité finale des prestations fournies par l'hôpital retentit également sur les conditions de travail au sein de l'établissement et influence la qualité des offres des entreprises qui se portent candidates aux marchés lancés par l'hôpital.

Il convient donc de promouvoir une réelle politique de qualité dans l'ensemble du processus d'achat visant à garantir, en permanence, que le produit ou le service acheté est conforme aux besoins et au niveau d'exigence qui ont été définis par l'établissement :

- les produits et les prestations demandés doivent être précisément définis (délais de livraison, conditionnement, lieu de réception, maintenance, etc.) ;
- les procédures doivent être clairement précisées ;
- les produits et les prestations fournis doivent être vérifiés et faire régulièrement l'objet d'évaluations (fiches incident : conditionnements défectueux, dysfonctionnements, effets indésirables, etc.) ;
- les fournisseurs eux-mêmes doivent faire l'objet d'une évaluation de la part de l'établissement (caractéristiques générales, positionnement, aptitude à tenir ses engagements, existence d'un système qualité et évaluation, etc.).

Les établissements intéressés pourront se référer utilement à diverses normes (chapitre 6 des normes ISO 9001 et ISO 9002, NF X 50-128). Ils pourront également se référer à différents guides, notamment à ceux édités par les différents <http://affairesjuridiques.aphp.fr/textes/circulaire-dhosf-4-n-2000-474-du-15-septembre-2000-relative-a-lorganisation-de-la-fo>
nction-achat-et-a-la-maitrise-de-la-commande-publique-dans-les-etablissements-publics-de-sante/

groupes permanents d'étude des marchés (GPEM ; articles 22 à 26 du CMP) qui ont pour mission de rationaliser les clauses techniques des marchés publics.

2.2.4. Moderniser l'approvisionnement et la gestion des stocks

Les mauvaises conditions de stockage et d'approvisionnement sont sources de dépenses improductives pour les établissements de santé : coûts liés aux difficultés de réception, pertes et dégradations des biens stockés (vol, péremption), risque de sur-stockage dans les services, etc. Elles peuvent parfois être également sources de risques liés au stockage de certains produits (certains médicaments, les produits inflammables ou explosifs, etc.).

Les règles de bonne gestion imposent de limiter les coûts de logistique (livraison et distribution), les stocks immobilisés et les risques (déperdition, sinistres, etc.). Les gestionnaires hospitaliers sont donc invités à étudier les conditions dans lesquelles les approvisionnements, les stockages et les distributions de fournitures sont effectués au sein de leur établissement et les mesures d'amélioration qui s'imposent (rénovation des locaux, adaptation des lieux et des horaires de livraison, réorganisation du stockage, mise en place d'une logistique fiable et performante afin d'éviter les ruptures de charges et donc les stocks de précaution, etc.).

Il n'est pas inutile non plus de rappeler ici les règles applicables à la comptabilité-matière, les inspections et les contrôles faisant régulièrement état d'une insuffisante pratique des inventaires et de l'absence de traitement des écarts entre inventaires et fiches de stocks.

2.2.5. Former et informer

L'accélération de l'innovation technologique, l'évolution des techniques de gestion, la modification régulière du droit (lois et règlements, jurisprudence) imposent une technicité croissante de l'acheteur public.

En outre, la contrainte budgétaire et financière qui pèse sur les établissements publics de santé impose, à l'ensemble des acteurs, une prise de conscience des enjeux économiques de l'achat public.

Or, les acheteurs publics ne disposent pas toujours de l'expertise indispensable en matière économique et de gestion et les autres acteurs au sein de l'hôpital ne sont pas forcément non plus sensibilisés à l'importance et aux enjeux de la fonction achat.

Des actions de formation et de sensibilisation sont donc indispensables afin de permettre la professionnalisation des acheteurs et l'information des autres agents de l'établissement. Les plans de formation à mettre en place portent sur :

- l'adaptation à l'emploi et la formation continue de tous les agents chargés de la préparation, de la passation, de l'exécution et du contrôle, en interne, des marchés, des gestionnaires des stocks et des approvisionnements ;
- la sensibilisation des utilisateurs, en direction des autres personnels, médicaux et non médicaux, afin de les impliquer dans la recherche des meilleurs coûts et d'une gestion économique des moyens.

De nombreuses possibilités de stages existent en la matière. Outre les stages agréés par la Direction des affaires juridiques (DAJ) du ministère de l'économie, des finances et de l'industrie (ex-secrétariat général de la Commission centrale des marchés) :

- l'ENSP (Ecole nationale de la santé publique) organise une formation de base et de perfectionnement sur les marchés publics pour les directeurs d'établissement, ingénieurs et cadres des services déconcentrés ;
- l'ANFH (Association nationale pour la formation permanente du personnel hospitalier) met en place, dans le cadre des actions de formation nationales et en partenariat avec la direction de l'hospitalisation et de l'organisation des soins, un cycle long de formation destiné plus particulièrement aux agents des services financiers et économiques afin de professionnaliser les personnels dans le domaine budgétaire et comptable et leur permettre de mesurer les enjeux liés à l'achat et aux marchés publics.

La mise en place de plans de formation est nécessaire mais n'est pas suffisante. Il est en effet indispensable d'organiser une veille, veille juridique et veille technologique, afin de se tenir au courant de l'évolution non seulement du droit et de la jurisprudence mais également des produits et du marché ainsi que des techniques de marketing et de négociation.

Le partage de l'information, au sein des établissements comme entre établissements, est un élément important de modernisation et d'efficacité de la fonction achat-approvisionnement.

2.2.6. Coopérer

La coopération entre acheteurs publics hospitaliers doit être renforcée, en matière de marchés publics.

La coordination des commandes doit être encouragée en raison des gains tant en termes financiers (effets de seuils) comme en termes de sécurité juridique et d'efficacité de la commande publique, même s'il convient de bien étudier, dans toutes ses conséquences, l'impact des décisions des groupements (par exemple, les contraintes supplémentaires liées à la multiplication des sites de livraison ont un coût).

Par ailleurs, la mise en commun des connaissances, la désignation de personnes ressources dont les compétences en matière de marchés publics sont reconnues, doivent être favorisées (rapprochement des services achats des établissements).

2.2.7. Evaluer

Des procédures de contrôle interne doivent être mises en place afin de mesurer l'efficacité économique de la fonction achat-appvisionnement-distribution :

- mesurer la satisfaction des services utilisateurs ;
- instaurer une démarche qualité ;
- instaurer un contrôle de gestion permettant de mesurer l'efficacité de la fonction achat-appvisionnement-distribution.

3. Perspectives

La réflexion engagée par la direction de l'hospitalisation et de l'organisation des soins sur la fonction achat-appvisionnement s'appuie très largement sur le groupe de travail constitué à cet effet. Les objectifs fixés à ce groupe de travail sont, d'une part, de recueillir les principales difficultés rencontrées dans l'organisation de la fonction achat-appvisionnement dans les établissements de santé et de proposer des pistes de réflexions, voire de réforme, d'autre part de valoriser les expériences en cours au travers notamment de la diffusion de fiches méthodologiques sur le site Internet du ministère (<http://www.sante.gouv.fr>, rubrique 'Hôpital' : dossier en cours de création).

Cette réflexion sur le processus d'achat-appvisionnement intervient alors que se poursuivent, dans un cadre interministériel mais aussi européen, des travaux sur la commande publique. Il s'agit pour l'essentiel :

- du projet de réforme du code des marchés publics ;
- du projet de refonte des directives européennes ;
- de la directive européenne 2000/35/CE du Parlement européen et du Conseil du 29 juin 2000 concernant la lutte contre les retards de paiement dans les transactions commerciales (les Etats disposent d'un délai de deux ans pour effectuer la transposition) ;
- de la définition d'une nomenclature hospitalière des pièces justificatives de la dépense (projet de décret en cours).

Ces différents dossiers constituent l'environnement réglementaire de la fonction achat dont les évolutions doivent être intégrées dans les procédures d'achat-appvisionnement mises en place par les établissements publics de santé. La direction de l'hospitalisation et de l'organisation des soins participe activement à l'ensemble de ces travaux et souhaite, dans ce cadre, recueillir les remarques, suggestions et expériences que ces différents thèmes ont pu vous inspirer, afin d'assurer la nécessaire cohérence entre ces différents dossiers ainsi que l'adéquation des évolutions envisagées aux besoins des établissements.

Dans cet esprit de dialogue que je souhaite instaurer, je ne manquerai pas de vous tenir informés des résultats de ces différentes actions.

Date d'application : immédiate. Références : Code des marchés publics ; Loi n° 75-1334 du 31 décembre 1975 relative à la sous-traitance ; Loi n° 85-704 du 12 juillet 1985 modifiée relative à la maîtrise d'ouvrage publique et à ses rapports avec la maîtrise d'œuvre privée ; Loi n° 91-3 du 3 janvier 1991 modifiée relative à la transparence et à la régularité des procédures de marchés et soumettant la passation des certains contrats à des règles de publicité et de mise en concurrence ; Ordonnance n° 86-1243 modifiée du 1er décembre 1986 relative à la liberté des prix et de la concurrence.

ANNEXE

**PREMIERS ELEMENTS POUR UN VADE-MECUM DE L'ACHETEUR HOSPITALIER
RAPPEL DE DIVERSES DISPOSITIONS APPLICABLES EN MATIERE DE MARCHES PUBLICS**

Avertissement : le présent développement n'a pas pour ambition de rappeler de manière exhaustive les différentes règles applicables en matière de marchés publics, mais uniquement de préciser les principales dispositions dont le respect n'est pas systématiquement assuré ou qui font l'objet régulièrement d'interrogations de la part des acheteurs hospitaliers. Pour plus d'informations, il est possible de se référer à la bibliographie jointe en annexe IV.

Les dix commandements de l'achat public

1. Connaître les grands principes de l'achat public.
2. Définir les besoins avec le plus grand soin.
3. Vérifier la disponibilité budgétaire.
4. Déterminer la procédure d'achat.
5. Rédiger un contrat écrit.
6. Choisir le fournisseur après une mise en concurrence, même réalisée de manière informelle dans le cadre des achats hors marché, en fonction de critères préalablement définis.
7. Affecter les crédits.
8. Notifier le marché afin de permettre le début de la réalisation de la prestation.
9. Veiller à la bonne exécution des commandes.
10. Solder le marché et vérifier que toute la commande est régulièrement payée.

Les principales fautes à éviter

Ne pas évaluer correctement les délais de mise en oeuvre des procédures.

Débuter l'exécution des prestations avant la notification du marché.

Acheter sans crédits disponibles.

Acheter sans mise en concurrence.

Acheter sans commande écrite.

Choisir le titulaire d'un marché sur des critères non prévus au règlement particulier de la consultation.

Faire un marché sans obligation de résultat.

Faire un marché comportant une mise à disposition de personnel (contraire aux dispositions de l'article L. 125-3 du code du travail interdisant le prêt de main-d'oeuvre).

Abuser des procédures d'exception (marchés négociés, conception-réalisation, etc.).

Rédiger un cahier des charges 'sur-mesure'.

Divulguer, sélectivement, des informations privilégiées.

Abus de droit et abus de formalisme

L'administration est liée par ses exigences. Seulement celles-ci doivent être légitimes et ne doivent pas conduire à un traitement inégalitaire des candidats.

Achats sans formalisme

L'article 321 du CMP dispose qu'il est possible de payer sans autre formalité qu'une simple facture 'les travaux, les fournitures ou les services dont le montant annuel présumé, toutes taxes comprises, n'excède pas la somme de 300 000 F'. Au-delà, la passation d'un marché est obligatoire. Tout dépassement est sanctionnable.

Allotissement

Il s'agit de la répartition d'une opération en lots susceptibles de faire l'objet d'une attribution distincte. Ainsi, lorsqu'une opération comporte des prestations extrêmement diverses, des lots peuvent être établis correspondant aux divers ouvrages, spécialités et usages professionnels. L'allotissement facilite l'accès au marché d'entreprises de petite taille ou très spécialisées et donc la concurrence excepté dans les cas où cette procédure est compensée par une stratégie de groupement des entreprises.

L'allotissement ne saurait être utilisé pour 'saucissonner' un marché pour échapper aux contraintes de procédures.

Le regroupement de prestations hétérogènes qui ne permet pas de juger de la pertinence des offres, est susceptible en outre d'interdire la présentation de soumissions dans les conditions normales de concurrence et donc d'être sanctionné en cas de contentieux.

Appels d'offres sans suite

Les établissements publics de santé peuvent, comme les autres collectivités publiques soumises au CMP, ne pas donner suite à un appel d'offres, pour des motifs d'intérêt général.

Appels d'offres infructueux

En application de l'article 300 bis du CMP, une collectivité publique peut déclarer un appel d'offres infructueux si elle n'a pas obtenu de propositions qui lui paraissent acceptables. Dans ce cas, il peut, éventuellement, être recouru au marché négocié. Il est cependant recommandé de relancer la procédure (nouvel appel d'offres) dans le souci tant de favoriser l'émergence d'un réel choix, que de limiter les risques juridiques.

Un appel d'offres déclaré infructueux alors que la commission d'appel d'offres a retenu un candidat est illégal et peut être constitutif d'un détournement de pouvoir, d'un détournement de procédure ou d'une erreur de droit.

Les articles 104-I-2 et 298 du CMP précisent que lorsqu'un appel d'offres a été déclaré infructueux, 'l'autorité compétente est tenue de consulter par écrit au moins la moitié des candidats ayant présenté une offre'.

Cependant, la déclaration abusive du caractère infructueux d'un appel d'offres est sanctionnable lorsque celle-ci a pour objet de pouvoir négocier librement ultérieurement. C'est pourquoi le Conseil d'Etat a sanctionné une collectivité publique qui avait déclaré un appel d'offres infructueux sur la base de prévisions de coût du marché irréalistes (CE, 29 décembre 1997, Préfet de Seine-et-Marne c/office public d'aménagement et de construction de Meaux, n° 160686).

Avenants et décisions de poursuivre (article 255 bis du CMP)

La personne publique 'est tenue de déterminer aussi exactement que possible les spécifications et la consistance [des] prestations avant tout appel à la concurrence ou toute négociation' (art. 75 et 272 du CMP).

En dehors du cas des travaux imprévus (parce qu'imprévisibles au sens de la jurisprudence), le dépassement du montant initial du marché est révélateur d'un manquement de l'administration dans l'évaluation de ses besoins. La modification par avenant ou par décision unilatérale de l'objet du marché, en quantité ou en qualité des prestations, risque d'avoir pour effet de remettre en cause le respect des règles de publicité, de mise en concurrence et d'égalité des fournisseurs face aux marchés publics.

C'est pourquoi le juge administratif sanctionne régulièrement les avenants et les décisions de poursuivre qui ont pour effet de bouleverser l'économie d'un marché :

- la conclusion d'un avenant 'ne saurait bouleverser l'économie d'un marché ou en changer fondamentalement l'objet (TA d'Orléans, 5 mai 1989, préfet d'Eure-et-Loir, Marchés publics n° 245, p. 17) ;
- les décisions de poursuivre qui ne sauraient avoir pour effet de permettre de 's'affranchir de l'obligation générale de mise en concurrence préalable' (TA d'Orléans, 6 juillet 1989, préfet d'Eure-et-Loir, Marchés publics n° 249, p. 15) ;
- un avenant ne peut pas régler le cas de travaux ne se rattachant pas à l'exécution de ceux prévus au marché.

Le recours abusif à des modifications d'un marché peut avoir pour conséquences :

- l'annulation de l'avenant ou de la décision de poursuivre ;
- l'annulation du contrat (CE 29 janvier 1982, Martin, Lebon p. 44).

Les avenants et les décisions de poursuivre ont la même nature juridique que les marchés. A ce titre, ils doivent, pour être exécutoire avoir été transmis préalablement au contrôle de légalité. En outre, depuis la loi n° 95-127 du 8 février 1995 relative aux marchés publics et aux délégations de service public (article 8), tout projet d'avenant entraînant une augmentation du montant initial du marché supérieur à 5 % doit être soumis à l'avis de la commission d'appel d'offres (article 49-1 de la loi n° 93-122 du 29 janvier 1993 modifié par l'article 8 de la loi n° 95-127 du 8 février 1995).

Avis d'appel à candidatures

L'avis d'appel à candidature prévu à l'article 108 ter du CMP, doit indiquer les renseignements exigés par l'article 38-II du CMP, notamment l'objet du marché et le contenu de la mission qui sera confiée au titulaire. Cet avis doit être très précis afin de permettre une concurrence effective ainsi que des réponses recevables et comparables (CE, 19 décembre 1997, département de Paris, n° 159693).

Cahiers des charges

Les cahiers des charges (CCAP et CCTP) doivent être rédigés de manière très précise afin de permettre aux entreprises d'apporter une réponse strictement adaptée aux besoins de la personne publique. Cependant, la rédaction ne doit pas être orientée de telle sorte qu'une seule entreprise puisse se trouver dans la capacité de répondre : une telle rédaction qui ne garantit pas la liberté d'accès et l'égalité des candidats peut être constitutive d'un délit de favoritisme.

Les entreprises ne doivent pas participer, directement ou indirectement, à l'élaboration du cahier des charges. Les études préalables effectuées par une entreprise dans le cadre d'un marché d'études ne doivent pas être l'occasion pour celle-ci de pouvoir présenter l'offre la plus intéressante dans le cadre de l'appel d'offre subséquent.

Il est souhaitable que les marchés fassent référence au CCAG pertinent.

Besoins (identification et détermination de l'enveloppe financière)

'Les prestations qui font l'objet des marchés doivent répondre exclusivement à la nature et à l'étendue des besoins à satisfaire. La collectivité ou l'établissement est tenu de déterminer aussi exactement que possible les spécifications et la consistance de ces prestations avant tout appel à la concurrence ou à la négociation (...) ' (art. 272 du code des marchés publics).

L'identification précise des besoins permet d'obtenir une réponse adaptée, de contenir l'évolution du montant du marché et, partant, d'éviter les avenants, voire les fausses factures. La définition précise du programme par le maître d'ouvrage est indispensable en matière de travaux.

Cocontractant public

Le Conseil d'Etat a jugé qu'une convention passée entre deux établissements publics, en vue pour le premier (communauté de communes) de confier au second (syndicat mixte) ses services de traitement et d'assainissement des eaux usées, constituait un marché public, non pas au sens du code des marchés publics (droit d'origine interne) qui n'était pas applicable, en l'espèce, à un tel contrat conclu entre deux personnes publiques, mais au sens de la directive n° 92-50 CEE du 18 juin 1992, désormais transposée en droit interne par le décret n° 98-111 du 27 février 1998 :

'Considérant que si le code des marchés publics ne s'applique pas à un contrat entre deux établissements publics de coopération intercommunale dont l'un est adhérent de l'autre et qui contractent pour gérer, par leurs moyens communs, un service entrant dans le champ de leurs compétences (...), un tel contrat doit être regardé comme un marché public de services au sens de la directive n° 92/50 CEE' (CE, 20 mai 1998, Communauté de communes du Piémont de Barr, req. n° 188239 ; Le Moniteur n° 4931, 29 mai 1998, p. 425, AJDA, 20 juillet-20 août 1998, p. 553).

Par ailleurs, la Cour de justice de la Communauté européenne a également précisé, dans un arrêt récent que, s'agissant de la directive 93/36/CEE 'fournitures', celle-ci 'est applicable lorsqu'un pouvoir adjudicateur [...] envisage de conclure par écrit, avec une entité distincte de lui au plan formel et autonome par rapport à lui au plan décisionnel, un contrat à titre onéreux ayant pour objet la fourniture de produits, que cette entité soit elle-même un pouvoir adjudicateur ou non' (CJCE, 18 novembre 1999, Teckal Srl, aff. C-107/98).

Dès lors que la convention prévoit la délivrance de fournitures ou de services en contrepartie du paiement d'un prix par la personne publique, la convention répond donc à la définition du marché public. A contrario, lorsque la convention a pour objet de permettre la gestion commune d'activités ou d'équipements, chaque utilisateur assumant la part des dépenses qui lui reviennent au prorata de son recours aux prestations, la convention peut être considérée comme une simple convention de coopération.

Le premier cas suppose que les collectivités publiques puissent présenter des offres en concurrence avec les entreprises privées. Si l'on s'en tient aux avis du conseil national de la concurrence, cette possibilité ne semble être ouverte, en dehors du cas de carence de l'offre privée dans la zone pertinente, que dès lors que sont respectées les conditions qui permettent d'assurer le jeu normal de la concurrence : comptabilité analytique permettant de vérifier qu'il n'existe pas de subventions croisées et que l'activité intègre tous les coûts directs et indirects, fiscalité similaire aux entreprises commerciales, etc. (avis n° 95-A-18 du 17 octobre 1995, SERNAM ; avis n° 96-A-10 du 25 juin 1996, diversification des activités d'EDF et de GDF).

Le contrôle du respect de ces conditions n'incombe en aucune façon à l'acheteur public qui ne peut exclure aucune candidature, ni introduire aucune discrimination, en fonction du statut juridique du candidat.

Par ailleurs, le juge administratif fait une interprétation très stricte du principe de spécialité. Il a ainsi jugé qu'un établissement public de santé ne pouvait fournir des prestations de lingerie à un établissement de santé privé quant bien même ce dernier participerait au service public hospitalier, le marché litigieux étant 'sans rapport avec [les] missions principales' de l'EPS (CAA Nantes, 29 mars 2000, 'Centre hospitalier de Morlaix c/Abers-Linge').

Commissions d'appel d'offres

Les commissions d'appel d'offres dont la composition est définie par les articles 279 et 296 ter du CMP, doivent être constituées et fonctionner dans des conditions régulières.

Dans une réponse datée du 23 avril 1996 et adressée à la Fédération hospitalière de France, la Commission centrale des marchés a rappelé que la commission d'appel d'offres d'un établissement public local est composée de membres à voix délibérative : le président ou son représentant et deux membres désignés par le conseil d'administration de l'établissement. Elle précisait également que 'si les dispositions de l'article 279 ne prévoient pas expressément la désignation de suppléants aux membres titulaires désignés par le conseil d'administration, aucune disposition législative ou réglementaire ne l'interdit. Sous réserve de l'appréciation souveraine des tribunaux, il est admis que le conseil d'administration de l'établissement désigne, outre deux membres titulaires et selon les mêmes modalités, deux membres

suppléants susceptibles de les remplacer en cas d'indisponibilité. Pour tenir compte de la charge que représente la participation aux séances des commissions, notamment dans les établissements les plus importants, le conseil d'administration me paraît autorisé à désigner les membres soit pour une durée déterminée, soit pour un marché déterminé, soit encore en fonction de l'objet des marchés'.

Par ailleurs, les hôpitaux, comme les autres personnes publiques soumises au code des marchés publics, ne sont pas tenus de n'avoir qu'une seule commission d'appel d'offres. En outre, le président de la commission d'appel d'offres a le pouvoir de désigner des personnalités qualifiées n'ayant pas voix délibérative.

Convocation

L'absence de convocation des membres et participants à la commission d'appel d'offres et, en particulier, des représentants de l'Etat (DDASS et DDCCRF) invalide la procédure de passation du marché (CE, 16 octobre 1995, SCREG Ile-de-France, req. n° 12936 ; CE, 2 avril 1993, Préfet, Commissaire de la République de l'Aveyron, req. n° 85797). La convocation doit être effectuée dans un délai raisonnable (CE, 20 novembre 1981, Union des chambres syndicales françaises d'affichage et de publicité extérieure, req. n° 19699, Lebon, tab. n° 951, p. 283). Une convocation de la DDCCRF parvenue la veille de la réunion entraîne l'annulation du marché (TA de Rennes, 25 mars 1998, préfet d'Ille-et-Vilaine).

Quorum

Aucun texte ne fixe le calcul du quorum à atteindre pour qu'une commission d'appel d'offres puisse siéger valablement. Cependant, selon les principes généraux dégagés par la jurisprudence, la commission peut valablement délibérer dès lors que plus de la moitié des membres à voix délibératives sont présents ou régulièrement représentés (titulaires ou suppléants) (CE, 18 avril 1969, Sieur Meunié ; CE, 21 octobre 1985, Commune d'Amnéville ; CE, 30 septembre 1996, n° 164114, Préfet de la Seine-et-Marne c/Syndicat de l'agglomération nouvelle des portes de Brie). En outre, la commission ne peut statuer régulièrement en l'absence de son président ou, en cas d'indisponibilité de celui-ci, de son représentant (réponse CCM du 23 avril 1996 parue dans une circulaire de la FHF).

Procès-verbal

Il est nécessaire de tenir des minutes et de rédiger un relevé de décisions de chaque séance de la CAO à faire signer par les membres et à joindre au procès-verbal afin d'éviter les contestations ultérieures du contenu du P.-V.

Compétence

Les marchés doivent être signés par l'autorité compétente.

La passation des marchés conclus en vue de l'équipement des établissements publics de santé relève de la compétence du directeur (art. R. 714-3-44 du CSP) :

'Dans le respect des dispositions du code des marchés publics et sans préjudice des délégations de signature consenties par application de l'article L. 714-12, le directeur est seul compétent pour passer les marchés de travaux, fournitures ou services pour le compte de l'établissement'.

Sa responsabilité peut être mise en cause à la suite d'un contrôle ou d'un contentieux qui ferait apparaître des irrégularités.

'Les prestations qui font l'objet des marchés doivent répondre exclusivement à la nature et à l'étendue des besoins à satisfaire. La collectivité ou l'établissement est tenu de déterminer aussi exactement que possible les spécifications et la consistance de ces prestations avant tout appel à la concurrence ou à la négociation (...)' (article 272 du code des marchés publics).

'(...), l'autorité compétente de la collectivité ou de l'établissement peut passer un marché fractionné (...)' (article 273 du code des marchés publics).

L'autorité compétente 'signe l'acte d'engagement(...). Après signature de l'acte d'engagement et transmission au représentant de l'Etat des pièces nécessaires à l'exercice de son contrôle, le marché est notifié au titulaire par les soins du représentant légal de la collectivité ou de l'établissement. Dans un délai de trente jours à compter de la notification du marché, le représentant légal de la collectivité ou de l'établissement porte à la connaissance du public le nom du titulaire ainsi que le montant du marché par un avis d'attribution...' (article 254 du code des marchés publics).

Les services cliniques, médico-technique ou logistiques ne sauraient s'adresser directement aux fournisseurs de leur choix pour certaines commandes sans passer par le service des achats compétent.

Conception-réalisation

Selon les dispositions de l'article 304 du CMP, cette procédure ne peut être mise en oeuvre 'que si des motifs d'ordre technique rendent nécessaires l'association de l'entrepreneur aux études de l'ouvrage. Ces motifs doivent être liés à la destination ou à la mise en oeuvre technique de l'ouvrage. Sont concernés des opérations dont la finalité majeure est une production dont le processus conditionne la conception, la réalisation et la mise en oeuvre ainsi que des opérations dont les caractéristiques intrinsèques (dimensions exceptionnelles, difficultés techniques particulières) appellent une mise en oeuvre dépendant des moyens et de la technicité des entreprises'. Cette procédure s'applique lorsque l'appel à la concurrence concerne des immeubles placés dans le champ de la loi n° 85-704 du 12 juillet 1985 modifiée relative à la maîtrise d'ouvrage publique et à ses rapports avec la maîtrise d'oeuvre privée. Le jury classe les candidats et la personne responsable du marché choisit le groupement attributaire.

Il convient d'appeler l'attention sur le caractère extrêmement strict des conditions ainsi fixées, aucun ouvrage ne pouvant, par nature, être ipso facto éligible à une telle procédure dérogatoire au droit commun.

Conventions d'un montant inférieur à 300 000 F TTC

Conformément aux articles 123 et 321 du CMP, les achats dont le montant ne dépasse pas 300 000 F TTC sont dispensés des procédures de passation prévues par ce code. Il n'en demeure pas moins que toute commande passée par un établissement public de santé, sous forme d'une convention écrite, ayant pour objet la fourniture de biens ou de services contre paiement d'un prix, est un marché au sens de l'article L. 714-10 du CSP, dès lors que le contrat revêt un caractère administratif soit par détermination de la loi (contrats relatifs à l'exécution de travaux publics ou comportant occupation du domaine public), soit en raison de clauses exorbitantes du droit commun. En conséquence, ces contrats à caractère administratif doivent être transmis au contrôle de légalité du préfet, afin d'acquiescer le caractère exécutoire. Certains contrats de prestations ne sont pas des contrats administratifs (par exemple, CE, 16 novembre 1982, E. Salat c/Commune de Canéjean, conclusions Stirn, à propos d'un contrat d'entretien) mais des contrats de droit privé qui ne sont donc pas soumis au contrôle de légalité. Le Tribunal des Conflits a précisé récemment que la seule soumission au code des marchés publics ne suffisait pas à conférer au marché le caractère de contrat administratif (TC, 5 juillet 1999, Commune de Sauvé c/Sté Gestetner). Il a également confirmé que pour être de nature administrative, le contrat devait impérativement comporter une clause exorbitante du droit commun (TC, 5 juillet 1999, UGAP c/Sté SNC Activ CSA ; en l'espèce, il s'agissait d'un renvoi au cahier des clauses administratives générales applicable aux marchés publics de fournitures courantes et service, lequel confère à la personne publique contractante un pouvoir de résiliation y compris en l'absence de tout manquement du titulaire du marché à ses obligations). Il convient de noter également que le juge, abandonnant la jurisprudence antérieure selon laquelle la référence à un cahier des clauses suffisait à caractériser un contrat administratif (CE, 17 novembre 1967, Roudier de la Brille), vérifie désormais si le cahier des clauses contient lui-même des clauses exorbitantes avant de qualifier le contrat de contrat administratif (par exemple : TC, 5 juillet 1999, UGAP : 'il en va ainsi au cas où le marché se réfère à un cahier des charges qui lui-même comprend une clause exorbitante du droit commun' ; TC, 14 février 2000, Commune de Baie-Mahaut, TC, 17 avril 2000, Crédit lyonnais).

Les simples bons de commande payables sur mémoire ou factures ne sont pas soumis à cette obligation de transmission.

Critères

Dans la procédure d'appel d'offres, les critères de choix des offres sont intangibles. Ils doivent être formalisés à l'avance et figurer dans le règlement de la consultation. Bien que l'article 297 fournisse certains critères de sélection, le représentant légal de la collectivité peut décider que d'autres critères entrent en ligne de compte. Sont toutefois prohibés les critères qui ne seraient pas justifiés par l'objet du marché ou ses conditions d'exécution. Les critères retenus doivent être spécifiés dans le règlement de la consultation.

L'utilisation, lors de la sélection, de critères non spécifiés dans le règlement de l'appel d'offres, est sanctionnable au <http://affairesjuridiques.php.fr/textes/circulaire-dhosf-4-n-2000-474-du-15-septembre-2000-relative-a-lorganisation-de-la-fo>
nction-achat-et-a-la-maitrise-de-la-commande-publique-dans-les-etablissements-publics-de-sante/

contentieux (CE, 26 septembre 1994, Commune de Lattes c/Société 'Pierres et portails du Midi', req. n° 141975 ; CE, 1er avril 1994, SA Etablissements J. Richard Ducros, Lebon, Tab. p. 1035).

Durée des marchés

La durée doit être adaptée à l'objet de chaque marché.

Il est préférable de prévoir des clauses de résiliation anticipée plutôt que des clauses de reconduction tacite. En effet, la reconduction tacite ne paraît pas compatible avec le code des marchés publics, le juge administratif considérant qu'un renouvellement tacite est un nouveau contrat qui suppose donc une remise en concurrence (CE, 23 mai 1979, commune de Fontenay-le-Fleury ; CE, 22 mars 1996, Association de gestion des écoles Saint-Martin ; avis du Conseil d'Etat n° 358 862 du 27 juin 1996 : 'En effet, la tacite reconduction équivaut à la passation d'un nouveau contrat').

De plus, un contrat sans durée déterminée ne permet pas au jeu de la concurrence de produire un résultat optimal, dans la mesure où le calcul de l'équilibre économique du contrat se heurte à une incertitude majeure, celle de sa durée effective future. L'incertitude se traduit toujours par un surcoût pour l'acheteur, l'offreur la prenant en compte dans l'élaboration de son offre.

Rien, en revanche, n'empêche de mettre en concurrence les prestataires en vue de la signature de contrats pluriannuels (par exemple d'une durée de deux ou trois ans) incluant des clauses de résiliation annuelle anticipée.

Il est en règle générale préférable de choisir des durées de contrats courtes dans les secteurs où l'offre connaît d'importantes fluctuations. Des durées courtes permettent aussi parfois d'obtenir de meilleures conditions de la part des entreprises, l'incertitude affectant les conditions économiques d'exécution du contrat étant réduite. Cependant, il faut également tenir compte des autres incidences de la durée des contrats (sur les volumes concernés, sur la charge de travail des services administratifs, etc.).

Estimation

L'estimation par l'acheteur du montant du marché doit rester secrète, afin de ne pas entraver le bon fonctionnement de la concurrence. La divulgation du montant estimé du marché est en effet de nature à influencer la formation des prix de manière préjudiciable à l'acheteur.

Exécution du marché

L'exécution du marché ne peut débuter qu'après sa notification (CE 4 février 1991, ville de Caen, Rec. p. 755 ; CE 27 avril 1987, COREP des Côtes-du-Nord, AJDA 1987, p. 680, observations Auby) et après sa réception par le préfet en vertu des dispositions de l'article L. 714-10 du code de la santé publique. A défaut de transmission du marché et des pièces nécessaires à l'exercice du contrôle de légalité au représentant de l'Etat, le marché n'acquiert pas de caractère exécutoire et un acte d'exécution qui précéderait cette transmission serait illégal (CE, 20 janvier 1989, ville de Millau, RMP 1989, n° 241, p. 12).

Fractionnement des marchés

Le juge administratif sanctionne le fractionnement d'une commande en plusieurs marchés ou en plusieurs achats sur factures ou travaux sur mémoire constituant une méconnaissance volontaire notamment des articles 279 et 308 du code des marchés publics. Celui-ci procède par faisceau d'indices (objet des contrats, unité fonctionnelle du ou des projets, nature des parties, concomitance des contrats, conditions techniques d'exécution, etc.) pour déterminer s'il y a eu fractionnement abusif (cf. en particulier TA de Rennes, 20 mars 1991, req. n° 901818, préfet du département du Morbihan c/ville de Vannes ; TA de Fort-de-France, 3 décembre 1991, préfet de la région Martinique, MP 1992 n° 266, p. 15 ; CE, 14 janvier 1998, req. n° 155 409, conseil régional de la région Centre, DA mars 1998, n° 83, p. 14 ; CE section, 26 juillet 1991, commune de Sainte-Marie-de-la-Réunion, RFDA 1991, concl. Legal, p. 966).

Information et communication. - Un maître mot : la transparence

Information des candidats non retenus.

<http://affairesjuridiques.aphp.fr/textes/circulaire-dhosf-4-n-2000-474-du-15-septembre-2000-relative-a-lorganisation-de-la-fo-nction-achat-et-a-la-maitrise-de-la-commande-publique-dans-les-etablissements-publics-de-sante/>

Celle-ci doit s'effectuer dans le respect du secret industriel, commercial ou professionnel. Intervention de la commission d'accès aux documents administratifs (CADA). La décision d'une commission d'appel d'offre étant une décision individuelle faisant grief, la lettre de rejet d'une candidature ou d'une offre doit faire apparaître les délais et les voies de recours. A défaut, les délais de recours ne peuvent être opposés au requérant (CE, 8 août 1994, M. Mas).

Les documents administratifs non nominatifs sont communicables aux termes de l'article 2 de la loi n° 78-753 du 17 juillet 1978 relative à l'accès aux documents administratifs (JO du 18 juillet 1978).

En cas d'appel d'offres déclaré infructueux, l'ensemble des candidats doit être informé de la déclaration d'infructuosité du marché.

Publication de l'avis d'attribution.

L'avis d'attribution doit être publié dans la ou les publication (s) dans laquelle (lesquelles) a été inséré l'avis d'appel public à la concurrence.

Information interne.

Les articles 361-1 et 361-2 du CMP imposent désormais d'informer :

- la commission d'appel d'offres du suivi des marchés soldés, dans les trois mois qui suivent la date de mandatement du solde de ce marché ;
- le conseil d'administration sur l'ensemble des marchés soldés dans l'année ou en cours d'exécution, à l'occasion de la présentation du budget.

Jury

L'article 279-1 du CMP fixe la composition et les règles de fonctionnement des jurys de concours des marchés de prestations de services. Le jury doit être composé exclusivement de personnes indépendantes des participants au concours. Tous les membres du jury ont voix délibérative.

En ce qui concerne les concours de maîtrise d'oeuvre, le jury est composé conformément à l'article 279 et à l'article 314 ter du CMP. Il comporte obligatoirement un tiers de maîtres d'oeuvre compétents et des personnalités compétentes dans la matière qui fait l'objet de la consultation.

Marchés négociés

En l'état actuel du droit, il est possible de passer des marchés négociés qui consistent à pouvoir engager librement des discussions avec les candidats choisis par la personne publique. Cependant, cette procédure est rigoureusement encadrée par les textes :

1. L'article 104-II du CMP autorise la passation de marchés négociés sans mise en concurrence préalable 'lorsque l'exécution ne peut être réalisée que par un entrepreneur ou un fournisseur déterminé' soit parce que ce dernier détient un droit exclusif, soit parce que sa désignation s'impose en raison de nécessités techniques, d'un savoir-faire particulier ou de l'importance des investissements préalables. La légalité de tels marchés est rarement admise par le juge (CE 21 mai 1986, société Schlumberger, RDP 1986, p. 1728).

Pour que le marché négocié sans mise en concurrence préalable soit applicable, il faut que l'entreprise retenue soit la seule sur le marché à être capable de fournir la prestation souhaitée par la personne publique (CE, 2e et 6e s.-sect. réunies, 26 octobre 1992, Sté groupe Vidéotron c/ commune de Vaux-le-Pénil ; CE, 2 novembre 1988, commissaire de la République des Hauts-de-Seine c/OPHLM de Malakoff et société NCR, Rec. p. 891).

2. Le 3e alinéa de l'article 308 du code des marchés publics dispose par ailleurs que 'des marchés négociés après mise en concurrence peuvent en outre être passés pour l'achat, par les établissements publics de santé, de certaines catégories de matériels et produits médicaux d'usage courant, limitativement énumérées par un arrêté conjoint du ministre chargé de l'économie et des finances, du ministre chargé de l'intérieur et du ministre chargé de la santé, dans les conditions prévues par ledit arrêté. Les offres présentées à ce titre sont examinées par la commission prévue à l'article 279, qui formule un

<http://affairesjuridiques.aphp.fr/textes/circulaire-dhosf-4-n-2000-474-du-15-septembre-2000-relative-a-lorganisation-de-la-fo-nction-achat-et-a-la-maitrise-de-la-commande-publique-dans-les-etablissements-publics-de-sante/>

avis. Cet avis est consigné dans un procès-verbal transmis au représentant de l'Etat'.

Un arrêté du 18 février 1985 fixait la liste des catégories de produits pouvant être achetés par marchés négociés par les hôpitaux publics. Il s'agissait 'des produits suivants :

- petits instruments médicaux et chirurgicaux ;
- petits matériels médicaux et chirurgicaux consommables ;
- matières premières, produits chimiques et matériels de conditionnement de pharmacie ;
- produits chimiques de laboratoire ;
- gaz et fluides médicaux'.

Cet arrêté, qui précisait que les marchés négociés pouvaient être passés 'sans limitation de montant', n'a plus aujourd'hui de base légale. En effet, il avait été pris sur la base des dispositions, d'une part, de l'article L. 706 du code de la santé publique, d'autre part, de l'article 312-8 du code des marchés publics. Or ces articles ont été abrogés respectivement par la loi n° 91-748 du 31 juillet 1991 portant réforme hospitalière et par le décret n° 92-1310 du 15 décembre 1992 portant simplification du code des marchés publics.

Par ailleurs, cette disposition contrevient aux directives européennes. En effet, le maintien d'un régime spécifique ignorant les seuils européens serait sanctionnable au regard du droit européen (par exemple, CJCE, 3 mai 1994, affaire C-328/92, Commission des communautés européennes contre royaume d'Espagne, marchés publics, n° 283, août-septembre 1994, p. 38).

Le recours aux dispositions de l'article 308-3 est donc aujourd'hui juridiquement contestable.

Dans le cadre de la procédure de marché négocié avec mise en concurrence, la consultation des candidats susceptibles d'exécuter le marché doit être écrite (CE, 1er juin 1994, syndicat intercommunal de réalisation et de gestion du collège de Noyal-sur-Vilaine, req. n° 10542 et 105611).

Les marchés négociés doivent donner lieu à une véritable négociation au cours de laquelle il convient de bien faire la part entre les résultats dus aux efforts commerciaux consentis par le titulaire et les résultats liés à la diminution des prestations.

Marques

Les appels d'offres et les cahiers des charges ne doivent aucun cas faire référence à des marques ou à des dénominations commerciales. Ainsi, pour les spécialités pharmaceutiques, l'emploi de la dénomination commune internationale (DCI) doit être respecté. Son utilisation, dès lors qu'elle n'est pas assortie de mentions restrictives portant sur une forme galénique particulière ou un dosage particulier qui n'est disponible que chez un fabricant, n'est pas susceptible d'orienter le choix du fournisseur.

Mise au point des offres

L'idée essentielle est de ne pas toucher à l'offre initiale car elle est l'expression même du jeu de la concurrence, la demande de précision ou de complément prévue aux articles 297 bis et 300 du CMP ne doit pas être confondue avec une mise au point de l'offre. La révision des prix ou la modification de l'acte d'engagement sont prohibées (CE, 26 octobre 1994, Sivom des communes de Carry-le-Rouet et Sausset-les-Pins, req. n° 110959).

Le marché signé ne peut être que celui qui a fait l'objet de la consultation, en dehors de la mise au point des conditions du marché prévue notamment aux articles 298 et 300 bis du CMP. Les mises au point peuvent porter sur le délai d'exécution (CE 10 janvier 1986, Société des travaux du Midi, Rec. p. 608) ou sur l'adjonction d'une variante (CE 27 juillet 1984, Soc. Biro, RFDA 1985, p. 23, note Moderne). En aucun cas, la mise au point ne peut conduire à une modification substantielle du marché.

Moins-disant et mieux-disant

'Le moins cher n'est pas forcément le meilleur marché !'

De nombreuses circulaires ont rappelé à de multiples reprises que la meilleure offre est celle du mieux-disant (circulaire des ministres des finances et de l'intérieur du 25 septembre 1991 sur l'analyse des offres dans les marchés publics, Moniteur des travaux publics et du bâtiment, 4 octobre 1991, p. 330 ; circulaire du ministre de l'équipement n° 92-37 du 6 juillet 1992 sur les marchés publics de travaux, Moniteur des travaux publics et du bâtiment, 17 juillet 1992, p. 231 ; 20 janvier 1994, Moniteur des travaux publics et de l'équipement, 4 février 1994, p. 283).

L'administration 'a obligation d'exercer sa liberté [de choix] et ne peut décider en fonction du seul critère du prix comme dans la procédure d'adjudication' (Droit des marchés publics, paragraphe III. 200.2, page 5).

En marché sur appel d'offres, l'administration choisit l'offre la plus intéressante, 'en tenant compte du prix des prestations, de leur coût d'utilisation (coût de possession, coût complet), de leur valeur technique, du délai d'exécution' (article 297 du CMP).

La notion de mieux-disant est un qualificatif qui s'applique à l'offre qui répond à l'ensemble des critères rappelés ci-dessus, sans se référer exclusivement au critère du prix, et qui apporte la meilleure réponse sur le plan économique, au sens global du terme, aux besoins de la collectivité publique, d'où l'impérieuse nécessité d'une définition précise des besoins.

Le respect de cette règle permet d'éviter les ententes ou les offres anormalement basses ainsi que les dérives de coûts au cours de l'exécution du marché.

La notion de mieux-disant ne saurait être invoquée pour favoriser une entreprise connue de l'acheteur.

Le choix doit nécessairement s'opérer en application des critères annoncés.

Motivation des choix

Les choix des commissions d'appel d'offres doivent être motivés. Ceux qui le sont insuffisamment sont régulièrement sanctionnés par les juridictions administratives (par exemple, TA de Limoges, 28 avril 1994, préfet de la Corrèze c/syndicat intercommunal d'électrification rurale de Seilhac, société Miane et Vinatier, marchés publics n° 285, novembre 1994).

Les lettres de rejet doivent indiquer les modalités de recours.

Nouvelles offres

Le CMP dispose que 'dans le cas où plusieurs offres jugées les plus intéressantes sont tenues pour équivalentes, tous éléments considérés, la commission, pour départager les candidats, peut demander à ceux-ci de présenter de nouvelles offres' (art. 297 bis et 300).

La commission d'appel d'offres ne peut demander de nouvelles offres que pour départager des candidatures équivalentes (CE, 8 avril 1998, préfet de l'Aube, req. n° 167372). En dehors de cette hypothèse, la commission ne saurait discuter avec les candidats que pour leur faire préciser ou compléter la teneur de leur offre (CE, 14 janvier 1998, préfet du Val-d'Oise c/office public départemental d'HLM du Val-d'Oise, n° 165416).

Offres hors délais

Les offres hors délais ne sauraient être prises en considération. Seule la date effective d'arrivée doit être prise en compte.

Opération

La notion d'opération s'apprécie essentiellement selon deux critères :

- l'unité fonctionnelle du projet ;
- la programmation financière.

Une même opération peut faire l'objet d'un ou de plusieurs marchés. La notion d'opération a été précisée par la jurisprudence :

- il n'y a pas opération lorsque deux marchés portent respectivement sur la démolition de deux immeubles, si la démolition doit être effectuée à des dates et selon des techniques différentes (CE, 13 février 1987, Bonhenry, req. n° 47971, MTP, 20 mars 1987, p. 53) ;
- des marchés qui avaient pour objet l'équipement en mobilier et fournitures diverses de dix lycées et avaient été conclus à la même date avec un seul fournisseur, doivent être regardés comme constituant une opération unique dont le montant excède le seuil de 700 000 F et ne pouvaient pas, par suite, être passés suivant la procédure des marchés négociés (CE, 14 janvier 1998, n° 155409, conseil régional de la région Centre, DA mars 1998, n° 83, p. 14).

Ouverture des plis

Il ne saurait être toléré que des doubles ouvertures de plis soient pratiquées. Celles-ci qui sont le signe de renégociations des offres sont en effet de nature à rompre l'égalité de traitement entre les candidats.

Personnalités qualifiées

Le pouvoir adjudicateur doit pouvoir apporter la preuve de la compétence des personnes qualifiées.

Pièces constitutives du marché

Les marchés publics reposent sur des documents contractuels qui s'appliquent selon un ordre de priorité défini dans le marché. Il s'agit de :

- l'acte d'engagement ;
- le cahier des clauses administratives particulières (CCAP) et les documents annexes ;
- le cahier des clauses techniques particulières (CCTP) ;
- les dossiers techniques et les bons de garantie ;
- l'état des prix forfaitaires du bordereau de prix ;
- le cahier des clauses administratives générales (CCAG) ;
- le cahier des clauses techniques générales (CCTG).

Ces pièces deviennent contractuelles dès que les parties les considèrent comme incorporées au contrat, les pièces particulières l'emportant sur les pièces générales. Les pièces doivent comporter les mentions obligatoires suivantes (art. 255 du CMP) :

- identité des parties ;
- justification de la qualité de la personne signataire du marché ;
- objet du marché ;
- référence aux articles et alinéas du CMP en vertu desquels le marché est passé ;
- prix ou modalités de sa détermination ;
- indication des pièces constitutives par ordre d'importance ;
- délai d'exécution ou date d'achèvement ;
- conditions de réception ou de livraison ;
- conditions de règlement ;
- modalités de résiliation ;
- date de notification ;
- désignation du comptable public assignataire.

Pré-information

Les établissements publics de santé, comme les autres personnes publiques mentionnées à l'article 378 du CMP (Etat, collectivités locales, etc.) doivent désormais adresser pour publication, à l'Office des publications officielles des Communautés européennes, un avis d'information sur les marchés qu'ils ont l'intention de passer dans les douze mois à venir. Cet avis est adressé :

- pour les marchés de fournitures et de services, dès le début de l'exercice budgétaire ;
- pour les travaux, 'dans les meilleurs délais après la décision de réaliser un programme de travaux dont le montant est égal ou supérieur à un seuil fixé par arrêté' (art. 381 du CMP).

Procédures

En dehors de l'adjudication qui peut être ouverte ou restreinte (le seul critère d'attribution est le prix le plus bas) et des <http://affairesjuridiques.aphp.fr/textes/circulaire-dhosf-4-n-2000-474-du-15-septembre-2000-relative-a-lorganisation-de-la-fonction-achat-et-a-la-maitrise-de-la-commande-publique-dans-les-etablissements-publics-de-sante/>

achats sur factures et des travaux sur mémoire, les différentes procédures pouvant être utilisées sont :
- l'appel d'offres :

l'appel d'offres peut être ouvert (toute entreprise dont la candidature est recevable, peut déposer une offre) ;

l'appel d'offres peut être restreint (dans un premier temps, l'administration sélectionne des candidats et arrête la liste des entreprises admises à présenter une offre).

- le marché négocié avec mise en concurrence (art. 104-I du CMP) ou sans mise en concurrence (art. 104-II du CMP). L'administration doit motiver son recours au marché négocié ; celui-ci n'est applicable, en règle générale, qu'aux achats d'un montant inférieur à 700 000 F TTC.

Publicité

La publicité garantit dès le lancement de la procédure de passation du marché, la transparence de cette dernière et l'égalité des candidats. Les avis doivent être publiés dans un journal d'annonces légales ou au BOAMP (la publication au BOAMP est obligatoire à partir de 900 000 F). Ils doivent en outre être publiés au JOCE dès lors que le montant du marché hors TVA est supérieur à 1 300 000 F pour les fournitures et les services et 32 700 000 F pour les travaux.

Le défaut de publication, l'insuffisance des mentions obligatoires, l'absence de respect des délais sont sanctionnés.

Seuils de passation des marchés publics

Les seuils doivent s'apprécier par opération (marchés passés par une même collectivité publique et ayant un même objet), au stade de l'évaluation des besoins. Pour s'assurer qu'il est toujours possible de recourir au marché négocié, il convient de faire la somme du montant des marchés constituant une seule et même opération (CE, 14 janvier 1998, conseil régional de la région Centre, n° 155409 ; CE, 26 septembre 1994, préfet d'Eure-et-Loir). En ce qui concerne l'objet, il convient de prendre en considération les commandes qui se rattachent à une même activité professionnelle (CRC d'Aquitaine, 19 octobre 1995, sieur C., comptable de la commune du Barp, La revue du Trésor, mars-avril 1996, p. 189).

En ce qui concerne les marchés à bons de commande, l'appréciation des seuils de publicité et de procédure s'effectue en prenant en compte dans l'estimation le montant correspondant à la durée totale du marché envisagé y compris les périodes de reconduction. Si le marché comporte un minimum et un maximum, la détermination des obligations de publicité et de mise en concurrence se fait sur la base du maximum, périodes de reconduction comprises (circulaire du 24 janvier 2000 NOR : ECOM9900874C).

Pour l'appréciation des seuils de publicité et de procédure des marchés à tranches conditionnelles, le montant à prendre en compte correspond au montant global constitué par la tranche ferme et la ou les tranches conditionnelles (même circulaire).

En ce qui concerne les travaux sur mémoires et achats sur factures (art. 123 et 321 du CMP), 'le seuil (...) est toujours apprécié dans le cadre d'une année civile' (ibidem). Il doit être apprécié par fournisseur et pour des prestations similaires.

'Pour tous les marchés comportant une clause de reconduction (tels que les marchés d'entretien, de nettoyage, de maintenance, de location, de gardiennage, de concession de licence...), ce seuil doit être apprécié en tenant compte du montant global estimé pour la durée maximale pouvant être couverte par le marché, que la reconduction soit tacite ou explicite' (Télégramme Marchés publics, août-septembre 1994).

Il suffit qu'un avenant ou une décision de poursuivre porte le montant du 'compte auprès du fournisseur' de l'opération ou du marché clairement au-dessus de l'un des seuils (300 000 ou 700 000 F) pour que la procédure liée au seuil en cause se trouve violée et susceptible d'entraîner l'annulation du marché (CE sect. 26 juillet 1991, commune de Sainte-Marie, RFDA 1991, p. 972). Cependant, le juge ne sanctionne pas le franchissement du seuil, si celui-ci n'était pas 'raisonnablement' prévisible (notamment, CE, 14 mars 1997, préfet des Pyrénées-Orientales c/département des Pyrénées-Orientales). C'est pourquoi il est de la plus haute importance que l'acheteur procède à une 'estimation sincère et raisonnable' du total de ses achats.

La question des seuils de procédure est indépendante de l'allotissement. Ainsi, estimer à plus de 300 000 F les achats de denrées alimentaires nécessaires au cours d'une année impose de mettre les fournisseurs en concurrence, mais <http://affairesjuridiques.aphp.fr/textes/circulaire-dhosf-4-n-2000-474-du-15-septembre-2000-relative-a-lorganisation-de-la-fo>
nction-achat-et-a-la-maitrise-de-la-commande-publique-dans-les-etablissements-publics-de-sante/

n'empêche pas de répartir la commande en plusieurs marchés au cours de l'année, ni de prévoir des lots par catégories de produits, notamment pour susciter une concurrence plus large.

Signature du marché

Le marché doit être signé par la personne responsable du marché.

Le directeur d'un établissement public de santé peut déléguer, sous sa responsabilité, sa signature à un ou plusieurs agents de l'établissement (art. L. 714-12 du CSP) : membres du corps de direction des hôpitaux, fonctionnaires appartenant à un corps ou occupant un emploi classé dans la catégorie A ou la catégorie B de la fonction publique, pharmaciens des hôpitaux, responsables de centres de responsabilité (art. D. 714-12-1 du CSP). Il ne peut y avoir de subdélégation (CE, 3 juin 1953, Consorts Brannalec, Rec. p. 256 ; CE, 2 octobre 1985, Bonnain, Rec. p. 465) et la délégation de signature ne saurait remettre en cause la séparation ordonnateur/comptable.

'L'accord des parties ne couvre pas l'incompétence de l'agent' (CE, 13 juillet 1961, Société d'entreprises générales).

La délégation de signature qui doit comporter le nom et la fonction de l'agent disposant de la délégation de signature, la nature des actes délégués et les éventuelles conditions ou réserves, doit impérativement être publiée pour être opposable aux tiers, en raison de sa nature d'acte réglementaire (CE, 29 juin 1990, de Marin, Rec. p. 183 ; TA de Lyon, 12 juin 1996). A défaut de publication, les décisions des délégataires sont illégales (CE, 28 juin 1961, Mme Laurivain, Rec. p. 438 ; CE, 1983, Sarra Gallet, n 38598 ; TA de Rennes, 29 mai 1996, Laboratoire Vetinject). Elles ne rentrent en vigueur qu'à leur date de publication (CE, 2 avril 1997, Syndicat national autonome des directeurs de conservatoires et écoles de musique, DA n° 193 ; CE, 20 janvier 1986, Martin-Charlot, DA 86 n° 137).

Sous-traitants

La loi n° 75-1334 du 31 décembre 1975 relative à la sous-traitance impose le paiement direct des sous-traitants, toute renonciation au paiement direct étant réputée non écrite. Le paiement ne peut avoir lieu que si les préalables suivants sont remplis :

- le maître d'ouvrage doit avoir accepté le sous-traitant ;
- le maître d'ouvrage doit avoir agréé les conditions de paiement de chaque sous-traitant.

Si ces deux conditions sont réunies, le sous-traitant a droit au paiement direct de tous les travaux qu'il a exécutés en qualité de sous-traitant (CE, 25 novembre 1983, Entreprise générale de peinture Réguesse, Rec. tables, p. 782).

Le titulaire du marché reste responsable des prestations exécutées par le sous-traitant. La sous-traitance totale est irrégulière.

Le recours à la sous-traitance ne saurait permettre de faire exécuter, après coup, une partie du marché par une entreprise qui a été écartée lors de l'appel d'offres.

Le défaut de respect de cette réglementation peut entraîner la condamnation de la personne publique acheteuse en cas de sous-traitance occulte, sur la base de la faute quasi-délictuelle (CE, 7 novembre 1980, SA Schmid-Valenciennes, Lebon, p. 410 ; CE, 17 mars 1982, Sté Périgourdine d'étanchéité et de construction, Lebon, p. 123 ; Cour de cass., 5 juin 1996, Le Moniteur 19 juillet 1996 n° 4834). Il peut également conduire à la condamnation du maître d'ouvrage à payer au sous-traitant occulte une partie des sommes dont ce dernier a été privé en raison de la défaillance du titulaire du marché (CE, 17 mars 1982 précité ; CE, 9 mars 1984, J.-C. Havé ; CE, 20 avril 1984, société Rouillaux ; CE, 23 avril 1986, société Hélios-Paysage).

Aux termes de l'article 6 de la loi n° 75-1334 du 31 décembre 1975, le paiement direct ne joue que lorsque le montant du contrat de sous-traitance dépasse 4 000 F.

Transaction

La transaction est définie par l'article 2044 du code civil comme 'un contrat par lequel les parties terminent une contestation née ou préviennent une contestation à naître'. Les conditions du recours à la transaction par les personnes
<http://affairesjuridiques.aphp.fr/textes/circulaire-dhosf-4-n-2000-474-du-15-septembre-2000-relative-a-lorganisation-de-la-fonction-achat-et-a-la-maitrise-de-la-commande-publique-dans-les-etablissements-publics-de-sante/>

publiques ont été précisées par une circulaire du Premier ministre du 6 février 1995 (JO du 15 février 1995, p. 2518).

Il semble que certains acheteurs publics aient eu l'intention de recourir à la transaction, en lieu et place d'un marché public ou d'un avenant notamment, lorsque, au cours d'un exercice, des dépenses d'un montant supérieur à 300 000 F ont été engagées pour la même prestation auprès d'un même fournisseur.

Une telle utilisation constitue un détournement des règles de publicité et de mise en concurrence prévues par le code des marchés publics. En effet, la transaction, qui doit faire l'objet d'une délibération du conseil d'administration de l'établissement public de santé en application de l'article L. 714-4, 16 du code de la santé publique, ne saurait valablement intervenir qu'en présence d'un litige certain et dans l'hypothèse où des concessions réciproques véritables peuvent être consenties de part et d'autre, et non pour éviter un différend purement hypothétique. En outre, en application de l'article 255 bis du code des marchés publics, 'lorsque le montant des prestations exécutées atteint le montant fixé par le marché, la poursuite de l'exécution des prestations est subordonnée :

- soit à la conclusion d'un avenant ;
- soit, si le marché le prévoit, à une décision de poursuivre prise par la collectivité ou l'établissement contractant.

Enfin, 'l'administration ne peut pas transiger en accordant une compensation financière pour permettre le maintien d'une décision illégale' (circulaire du 6 février 1995 précitée).

En aucun cas donc, il ne peut être recouru, dans une telle hypothèse, à la transaction. C'est pourquoi, dans le cadre du contrôle de légalité, toute délibération portant transaction en lieu et place d'un marché public doit être déférée au tribunal administratif dans les deux mois suivant sa réception, en vue de son annulation.

Par contre, la transaction peut permettre de régler un litige provoqué par l'annulation juridictionnelle d'un marché, les conséquences d'un retrait administratif ou d'une décision unilatérale de mettre un terme à un contrat en cours d'exécution ou la présentation d'une réclamation par l'entreprise titulaire d'un marché exécuté.

UGAP

Selon les dispositions du décret n° 85-801 du 30 juillet 1985, 'l'UGAP a pour objet d'acheter et de céder des produits et services destinés aux personnes publiques et aux organismes de statut privé assurant une mission de service public, d'apporter à ces personnes ou organismes l'assistance technique dont ils peuvent avoir besoin en matière d'équipement et d'approvisionnement et d'apporter son concours à des opérations d'exportation d'intérêt général'.

Les commandes passées à cet établissement public étaient dispensées de marchés au sens des articles 1er et 39 du code des marchés publics, l'UGAP étant elle-même soumise au CMP pour ses achats (article 17 du décret n° 85-801 du 30 juillet 1985). Les rapports entre celle-ci et les collectivités publiques étaient définis par une convention prévoyant, entre autres, la nature et les modalités des services attendus ou des opérations confiées, les obligations de chacune des parties, et les modalités du contrôle technique et financier exercé par ces collectivités publiques. Le prix de l'UGAP s'imposait à l'acheteur public et toute renégociation ultérieure entre l'acheteur et le fournisseur retenu par l'UGAP constituait un détournement de procédure sanctionnable par le juge en cas de contentieux.

Cependant, la Cour de justice de la Communauté européenne a précisé, dans un arrêt récent que, s'agissant de la directive 93/36/CEE 'fournitures', celle-ci 'est applicable lorsqu'un pouvoir adjudicateur [...] envisage de conclure par écrit, avec une entité distincte de lui au plan formel et autonome par rapport à lui au plan décisionnel, un contrat à titre onéreux ayant pour objet la fourniture de produits, que cette entité soit elle-même un pouvoir adjudicateur ou non' (CJCE, 18 novembre 1999, Teckal Srl, aff. C-107/98). Cet arrêt est de nature à remettre en cause l'intervention de l'UGAP auprès des établissements publics de santé pour les commandes excédant le seuil de 1 300 000 F.

Urgence

Le recours aux procédures d'urgence est strictement encadré par les articles 296 (appel d'offres ouvert), 298 bis et 299 bis (appels d'offres restreints) et 104 (marchés négociés) du CMP.

L'urgence peut prendre deux formes :

- l'urgence 'simple' peut permettre la réduction des délais de procédure (les délais de publicité peuvent être écourtés) ;
- l'article 104, I, 4° permet le recours au marché négocié si une urgence impérieuse résultant d'événements extérieurs

imprévisibles rend impossible le respect des délais normaux de procédure, y compris les délais réduits pour cause d'urgence simple (dispense de toute obligation de publicité).

Il ne peut s'agir que d'une urgence impérieuse, résultant d'événements imprévisibles qui ne sont pas du fait de la personne qui se propose de conclure le contrat, lorsque cette urgence n'est pas compatible avec les délais exigés dans les procédures ouvertes, restreintes ou négociées après publicité préalable (CE, 1er octobre 1997, préfet de Haute-Corse c/commune de Saint-Florent, n° 151578 ; CE, 4 avril 1997, département de l'Ille-et-Vilaine). L'urgence doit être motivée dans le rapport de présentation du marché transmis au contrôle de légalité (art. 203 et 312 ter du CMP).

Variantes

Au-dessous des seuils communautaires, les offres avec variantes ne peuvent être retenues que si la possibilité de présenter des variantes a été prévue dans le règlement de consultation.

En revanche, au-dessus des seuils communautaires, l'article 389 du code des marchés publics dispose que 'une offre comportant une variante [...] est prise en considération sauf disposition expresse contraire dans l'appel d'offres'.

DE QUELQUES FORMULES INSUFFISAMMENT USITEES OU MAL UTILISEES

Appel public à la concurrence

(valable 12 mois)

L'article 296 étend aux établissements publics locaux les dispositions de l'article 38 du CMP.

Un appel public à la concurrence peut être lancé pour un ensemble de prestations de même nature dont la réalisation est prévue sur une période maximale de douze mois à compter de l'envoi de l'avis à la publication.

Ce dispositif, qui est applicable dans le cadre des procédures restreintes et négociées (pour les marchés négociés, la procédure n'est possible que lorsque l'estimation globale du programme est inférieure à 700 000 F. TTC), permet de constituer un vivier de candidats auxquels il pourra être fait appel pendant un an, et procure de ce fait un gain de temps appréciable lors de la passation de chaque marché. La procédure permet également de réduire les frais d'insertion, du fait de la publication d'un seul avis.

Marchés pluriannuels

Le CMP ne fixe pas de durée pour l'exécution des marchés publics (notamment, art. 104 et 308). Il a par ailleurs explicitement prévu la possibilité de passer des marchés pluriannuels. Il s'agit des articles :

- 308 qui a étendu aux établissements publics locaux l'essentiel des dispositions de l'article 104 ;
- 273 qui autorise la passation de marchés fractionnés sous la forme de marchés à bons de commande ou de marchés à tranches conditionnelles, lorsque 'pour des raisons économiques, techniques ou financières, le rythme ou l'étendue des besoins à satisfaire définis dans les conditions prévues à l'article 75 du présent code (des marchés publics) ne peuvent être entièrement arrêtés dans le marché'. La personne responsable du marché peut passer un marché fractionné sous la forme d'un marché à bons de commande ou d'un marché à tranches conditionnelles. Les marchés à bons de commande sont passés pour une durée qui ne peut excéder trois ans. Cette durée maximale est ramenée à deux ans pour les marchés ne comportant pas de minimum ni de maximum. Elle peut atteindre cinq ans lorsque le marché est passé en application du 1° ou du 2° du II de l'article 104. Le marché doit préciser la durée d'exécution des bons de commande.

Des marchés pluriannuels peuvent être passés par les établissements publics de santé notamment en ce qui concerne les produits alimentaires non périssables, les produits d'entretien, le linge, le petit matériel medicotechnique, certains médicaments, etc.

Ces procédures permettent d'alléger le travail administratif et notamment la gestion des appels d'offres.

<http://affairesjuridiques.aphp.fr/textes/circulaire-dhosf-4-n-2000-474-du-15-septembre-2000-relative-a-lorganisation-de-la-fo>
nction-achat-et-a-la-maitrise-de-la-commande-publique-dans-les-etablissements-publics-de-sante/

Ces dispositions du code des marchés publics ne préjugent pas de la conformité du marché avec les règles budgétaires (notamment, loi du 10 août 1922 relative à l'organisation du contrôle des dépenses engagées).

Marchés fractionnés

(décret n° 99-331 du 29 avril 1999, circulaire du 24 janvier 2000)

Le mécanisme des marchés fractionnés constitue une souplesse d'organisation et permet à une personne publique de pallier certaines difficultés de programmation. Il peut en effet être recouru aux marchés fractionnés lorsque la nature des besoins à satisfaire est connue et peut faire l'objet d'un cahier des charges mais que les quantités susceptibles d'être commandées restent incertaines. La détermination des besoins doit néanmoins être réalisée dans les conditions prévues par les articles 75 et 272 du CMP.

Le décret n° 99-331 du 29 avril 1999 (JO du 2 mai 1999) a restreint l'utilisation de cette formule en prévoyant notamment l'obligation de faire intervenir la commission d'appel d'offres lors de l'émission de chaque bon de commande.

Les articles 76 et 273 du CMP prévoient deux catégories de marchés fractionnés : les marchés à bons de commande et les marchés à tranches conditionnelles.

A. Marchés à bons de commande

Les marchés sont à bons de commande lorsque l'incertitude porte sur l'évaluation quantitative et le rythme du besoin global à satisfaire. Cette catégorie de marchés est réservée à des achats échelonnés, en particulier des biens consommables.

En matière de travaux, les marchés à bons de commande ne sont admissibles que pour les travaux d'entretien qui sont répétitifs et de faible montant unitaire.

Les marchés à bons de commande comprennent deux grandes catégories :
- les marchés comportant un minimum et un maximum en valeur ou en quantité ;
- les marchés sans montant ou sans quantité.

Le 3 des articles 76 et 273 du CMP prévoit en outre un dispositif spécifique aux achats de prestations soumises à de brusques variations de prix, à une obsolescence technologique rapide ou à une urgence impérieuse d'exécution.

L'article 76 bis, dérogeant aux principes généraux relatifs à la conclusion et à l'exécution des marchés à bons de commande, fixe par ailleurs les conditions dans lesquelles peuvent être conclus et exécutés les marchés relatifs aux achats liés à une activité de recherche scientifique ou technologique.

L'appréciation des seuils de publicité et de procédure s'effectue en prenant en compte dans l'estimation le montant correspondant à la durée totale du marché envisagé y compris les périodes de reconduction. Si le marché comporte un minimum et un maximum, la détermination des obligations de publicité et de mise en concurrence se fait sur la base du maximum, périodes de reconduction comprises.

B. Marchés à tranches conditionnelles

Les marchés sont à tranches conditionnelles lorsque l'ensemble des éléments quantitatifs est connu mais qu'il existe une incertitude sur la possibilité de réaliser l'intégralité du programme présenté. Chaque tranche doit représenter un ensemble cohérent. Il est nécessaire que l'ensemble des prestations de chaque tranche soit prévu dès le lancement de la consultation. Cette catégorie est plus particulièrement adaptée aux opérations d'infrastructures, d'immobilier et aux marchés industriels.

Pour l'appréciation des seuils de publicité et de procédure, le montant à prendre en compte correspond au montant global constitué par la tranche ferme et la ou les tranches conditionnelles.

Groupements de commandes

<http://affairesjuridiques.aphp.fr/textes/circulaire-dhosf-4-n-2000-474-du-15-septembre-2000-relative-a-lorganisation-de-la-fo-nction-achat-et-a-la-maitrise-de-la-commande-publique-dans-les-etablissements-publics-de-sante/>

(Livre IV du CMP - Instruction du 8 décembre 1980)

Le recours aux groupements de commandes est encore insuffisamment utilisé. Or l'effet de taille des commandes peut permettre, dans de nombreux cas, une réduction des prix et donc des coûts pour la collectivité. Par contre, l'effet de taille peut également conduire à écarter certains fournisseurs et donc à limiter la concurrence, voire favoriser des ententes entre fournisseurs, ce qui peut contrebalancer cet avantage théorique.

En application des articles 362 à 377 du code des marchés publics (résultant des décrets n° 66-888 du 28 novembre 1966, n° 71-50 du 18 janvier 1971, n° 77-209 du 24 février 1977, n° 78-494 du 31 mars 1978, n° 79-991 du 23 novembre 1979 et n° 94-96 du 28 janvier 1994) les établissements publics de santé peuvent participer à la commission départementale de coordination des commandes publiques.

Le principe d'un groupement de commandes est décidé par la commission chargée, sous la présidence du préfet, dans le département, de la coordination des commandes publiques.

Ce groupement de commandes peut être décidé pour une ou plusieurs commandes déterminées.

L'établissement qui adhère à un tel groupement de commandes, s'engage à contracter dans les conditions fixées par le candidat retenu par le coordonnateur et pour la quantité figurant au tableau des besoins.

Par ailleurs, il convient de promouvoir, malgré les incertitudes juridiques qui persistent pour certaines d'entre elles, diverses procédures peu utilisées comme les marchés de définition et les appels d'offres sur performance (qui ne doivent pas être confondus).

Les marchés de définition

Prévus à l'article 314 du CMP, les marchés de définition 'ont pour objet d'explorer les possibilités et les conditions d'établissement d'un marché ultérieur ; ces marchés doivent permettre de préciser les buts et performances à atteindre, les techniques de base à utiliser, les moyens en personnel et en matériel à mettre en oeuvre. ils doivent également permettre d'estimer le niveau du prix des prestations, les modalités de sa détermination et de prévoir les différentes phases de l'exécution des prestations'.

Il est précisé que 'les prestations faisant suite à plusieurs marchés de définition ayant le même objet et effectuées simultanément peuvent être attribuées, sans nouvelle mise en compétition, à l'auteur de la solution retenue'.

L'appel d'offres sur performances

L'appel d'offres sur performance est prévu aux articles 99 et 303 du CMP. L'acheteur public consulte les entreprises sur la base d'un programme fonctionnel, ces dernières étant libres de proposer les solutions et les moyens techniques qui doivent permettre d'atteindre les résultats escomptés par la personne publique. 'L'appel d'offres sur performances peut porter à la fois sur l'établissement d'un projet et son exécution, ou sur l'exécution d'un projet préalablement établi en tout ou partie'.

Il peut y être recouru 'pour des motifs d'ordre technique ou financier lorsque la personne publique contractante définit les prestations dans un programme fonctionnel détaillé sous la forme d'exigences de résultats vérifiables à atteindre ou de besoins à satisfaire. Les moyens de parvenir à ces résultats ou de répondre à ces besoins sont proposés par chaque candidat dans son offre. Cet appel d'offres est toujours restreint'. Le recours à ce type de procédure doit être motivé. Les contrats de conception-réalisation confiés par un maître d'ouvrage public à une personne ou à un groupement de droit privé relevant de la loi MOP sont exclus du champ d'application de l'appel d'offres sur performances.

La commission doit comprendre 'un tiers au moins de personnalités désignées par le représentant légal de la collectivité, en raison de leur compétence dans la matière qui fait l'objet de l'appel d'offres'. Ces personnalités ont voix consultative. Leur choix revêt un caractère primordial car elles disposent d'une influence prépondérante lors des auditions des candidats. La commission entend chaque concurrent, peut leur demander de préciser, compléter ou modifier leur offre. La commission choisit le concurrent retenu par une décision motivée annexée au procès-verbal (article 303).

Dans le cadre des appels d'offres sur performances, les entreprises doivent, dans de strictes conditions d'égalité des candidats, pouvoir modifier leur offre après avoir été entendues par la commission d'appel d'offres (TA de Paris, aff. n° 9411679/6/RA, 27 septembre 1994, société Bachmann).

L'appel d'offres sur performance favorise l'innovation et permet d'obtenir, lorsqu'il est bien préparé, d'excellents résultats contractuels. Cependant, la rédaction du programme fonctionnel des besoins, les phases de préparation de l'appel d'offres (règlement de la consultation), de jugement des offres et de mise au point du marché et de formalisation du contrat, la détermination des clauses de contrôle des performances et du régime de garanties sont le plus souvent plus longues et plus complexes que dans les procédures classiques. L'appel d'offres sur performance impose également un travail important aux entreprises candidates. En outre, il est indispensable de veiller au strict respect du secret commercial et des procédés industriels afin de respecter l'égalité des concurrents : les procédés et les prix proposés par les concurrents ne peuvent être divulgués lors des discussions.

L'appel d'offres sur performance ne saurait être utilisé comme une solution de facilité (ce qui traduirait une méconnaissance des difficultés intrinsèques de la formule) faute de quoi il conduirait à des résultats inadaptés aux besoins et imposerait le recours ultérieur à un appel d'offres classique après définition précise des besoins de l'acheteur.

Le choix de la procédure doit résulter, autant de considérations administratives, que de choix politiques et/ou techniques : recherche de la meilleure adéquation aux besoins de la fourniture, du bien ou du service achetés.

DEONTOLOGIE ET INCOMPATIBILITES DIVERSES (RAPPEL)

A. Membres du conseil d'administration

'Nul ne peut être membre d'un conseil d'administration :

(...)

5° S'il est fournisseur de biens ou de services, lié à l'établissement par contrat ;

(...) Au cas où il est fait application des incompatibilités prévues ci-dessus au président du conseil général ou au maire, la présidence est dévolue à un représentant élu, désigné en son sein, respectivement par le conseil général ou le conseil municipal (...) (art. L. 714-3 du CSP).

'Les membres des conseils d'administration qui tombent sous le coup des incompatibilités ou incapacités prévues à l'article L. 714-3 sont déclarés démissionnaires d'office par le directeur de l'agence régionale de l'hospitalisation' (art. R. 714-2-9 du CSP).

B. Fonctionnaires et agents publics

Loi n° 83-634 du 13 juillet 1983 modifiée portant droits et obligations des fonctionnaires :

'Les fonctionnaires ne peuvent prendre, par eux-mêmes ou par personnes interposées, dans une entreprise soumise au contrôle de l'administration à laquelle ils appartiennent ou en relation avec cette dernière, des intérêts de nature à compromettre leur indépendance' (art. 25, deuxième alinéa).

Les fonctionnaires sont tenus au secret professionnel dans le cadre des règles instituées dans le code pénal.

Les fonctionnaires doivent faire preuve de discrétion professionnelle pour tous les faits, informations ou documents dont ils ont connaissance dans l'exercice de leurs fonctions' (...) (art. 26).

Loi n° 86-33 du 9 janvier 1986 modifiée relative à la fonction publique hospitalière :

Il est interdit aux agents de la fonction publique hospitalière 'quelle que soit leur position, d'avoir par eux-mêmes ou par personne interposée, dans des établissements ou organismes en relation avec le service public hospitalier, des intérêts de nature à compromettre leur indépendance'.

C. Médecins et assimilés

Décret n° 95-1000 du 6 septembre 1995 portant code de déontologie médicale :

'Le médecin doit, en toutes circonstances, respecter les principes de moralité, de probité et de dévouement indispensables à l'exercice de la médecine' (art. 3).

'Le médecin ne peut aliéner son indépendance professionnelle sous quelque forme que ce soit' (art. 5).

'Sont interdits au médecin :

(...)

- en dehors des conditions fixées par l'article L. 365-1 du code de la santé publique, la sollicitation ou l'acceptation d'un avantage en nature ou en espèces, sous quelque forme que ce soit, d'une façon directe ou indirecte, pour une prescription ou un acte médical quelconque' (art. 24).

'Un médecin ne peut exercer une autre activité que si un tel cumul est compatible avec l'indépendance et la dignité professionnelle et n'est pas susceptible de lui permettre de tirer profit de ses prescriptions ou de ses conseils médicaux' (art. 26).

Les professionnels, dans le choix qu'ils font d'un médicament, d'un matériel ou d'une prestation remboursés par les régimes obligatoires d'assurance maladie, ne doivent être guidés que par des considérations d'ordre exclusivement médical. Ce principe éthique figure dans les différents codes de déontologie (déontologie médicale, déontologie des chirurgiens-dentistes, déontologie des sages-femmes).

'Est interdit le fait, pour les membres des professions médicales visées au titre Ier du livre IV du présent code, de recevoir des avantages en nature ou en espèces, sous quelque forme que ce soit, d'une façon directe ou indirecte, procurés par des entreprises assurant des prestations, produisant ou commercialisant des produits pris en charge par les régimes obligatoires d'assurance maladie' (art. L. 365-1, 1er alinéa, du CSP).

'Peu importe que ces avantages soient directs ou indirects, c'est-à-dire bénéficient au professionnel lui-même ou soient accordés à ses proches ou à des groupements dont il ferait partie. La constitution d'une association ne saurait être un moyen d'échapper aux dispositions de l'article L. 365-1 : il est interdit de percevoir par l'intermédiaire d'une association des avantages qu'il serait interdit de percevoir directement' (circulaire du 9 juillet 1993 relative à l'application de l'article L. 365-1 du code de la santé publique (BO 93/31).

Par ailleurs, les praticiens doivent, ainsi que cela avait été rappelé par la circulaire du 9 juillet 1986 relative aux conditions d'achat des stimulateurs cardiaques (JO du 28 août 1988, p. 10481), soumettre 'tous les contrats ou engagements de toute nature' les liant à des industriels pour avis au conseil départemental de l'ordre dont ils relèvent (paragraphe 2 de l'article L. 365-1 du code de la santé publique). L'établissement hospitalier doit connaître ces liens et avoir connaissance de ces contrats, ne fût-ce que pour vérifier le respect par les praticiens de leur statut qui prévoit de manière limitative les possibilités de rémunération en sus de leur traitement hospitalier (art. 24 du décret n° 84-135 du 24 février 1984 modifié) :

'Est interdit le fait, pour les membres des professions médicales visées au titre Ier du livre IV du présent code, de recevoir des avantages en nature ou en espèces, sous quelque forme que ce soit, d'une façon directe ou indirecte, procurés par des entreprises assurant des prestations, produisant ou commercialisant des produits pris en charge par les régimes obligatoires de sécurité sociale.

Toutefois, l'alinéa précédent ne s'applique pas aux avantages prévus par conventions passées entre les membres de ces professions médicales et des entreprises, dès lors que ces conventions ont pour objet explicite et but réel des activités de
<http://affairesjuridiques.aphp.fr/textes/circulaire-dhosf-4-n-2000-474-du-15-septembre-2000-relative-a-lorganisation-de-la-fonction-achat-et-a-la-maitrise-de-la-commande-publique-dans-les-etablissements-publics-de-sante/>

recherche ou d'évaluation scientifique, qu'elles sont, avant leur mise en application, soumises pour avis au conseil départemental de l'ordre compétent et notifiées, lorsque les activités de recherche ou d'évaluation sont effectuées, même partiellement, dans un établissement de santé au responsable de l'établissement, et que les rémunérations ne sont pas calculées de manière proportionnelle au nombre de prestations ou produits prescrits, commercialisés ou assurés (...)'.

Décret n° 84-131 du 24 février 1984 modifié portant statut des praticiens hospitaliers :

'Il leur est interdit, quelle que soit leur position, d'avoir par eux-mêmes ou par personne interposée, dans les établissements ou organismes en relation avec le service public hospitalier, des intérêts de nature à compromettre leur indépendance' (art. 29, deuxième alinéa).

Décret n° 95-284 du 14 mars 1995 portant code de déontologie des pharmaciens :

'Le pharmacien doit veiller à préserver la liberté de son jugement professionnel dans l'exercice de ses fonctions. Il ne peut aliéner son indépendance sous quelque forme que ce soit' (art. R. 5015-3 du CSP).

'Le pharmacien ne doit se soumettre à aucune contrainte financière, commerciale, technique ou morale, de quelque nature que ce soit, qui serait susceptible de porter atteinte à son indépendance dans l'exercice de sa profession, notamment à l'occasion de la conclusion de contrats, conventions ou avenants à objet professionnel' (art. R. 5015-18 du CSP).

'Les pharmaciens doivent s'abstenir d'organiser ou de participer à des manifestations touchant à la pharmacie ou à la biologie médicale qui ne répondraient pas à des objectifs scientifiques, techniques ou d'enseignement et qui leur procureraient des avantages matériels, à moins que ceux-ci ne soient négligeables'. (art. R. 5015-28 du CSP).

Décret n° 91-779 du 8 août 1991 modifié portant code de déontologie des sages-femmes :

'La sage-femme ne peut aliéner son indépendance professionnelle sous quelque forme que ce soit' (art. 7).

'Toute entente en vue de léser une tierce personne est interdite entre sages-femmes et médecins, pharmaciens, auxiliaires médicaux ou toutes autres personnes, même étrangères à la médecine (...)' (art. 21).

D. Personnels paramédicaux

Décret n° 93-221 du 16 février 1993 relatif aux règles professionnelles des infirmiers et infirmières :

'L'infirmier ou l'infirmière ne peut aliéner son indépendance professionnelle sous quelque forme que ce soit (...)' (art. 9).

'L'infirmier ou l'infirmière ne doit pas user de sa situation professionnelle pour tenter d'obtenir pour lui-même ou pour autrui un avantage ou un profit injustifié ou pour commettre un acte contraire à la probité. (...) Il est également interdit à un infirmier ou une infirmière d'accepter une commission pour un acte infirmier quelconque ou pour l'utilisation de matériels ou de technologies nouvelles' (art. 17).

'Il est interdit à un infirmier ou une infirmière de se livrer ou de participer à des fins lucratives à toute distribution de médicaments ou d'appareils ou de produits ayant un rapport avec son activité professionnelle' (art. 18).

'Est interdite à l'infirmier ou à l'infirmière toute forme de compérage, notamment avec des personnes exerçant une profession médicale ou paramédicale, des pharmaciens ou des directeurs de laboratoires d'analyses de biologie médicale, des établissements de fabrication et de ventes de remèdes, d'appareils, de matériels ou de produits nécessaires à l'exercice de sa profession ainsi qu'avec tout établissement de soins, médico-social ou social' (art. 21).

E. Composition et fonctionnement de la commission d'appel d'offres

La commission d'appel d'offres doit systématiquement écarter :

- soit les personnes intéressées directement ou indirectement à la passation du marché, quelle que soit la catégorie à laquelle appartient le membre de la commission : représentant de l'organe délibérant ou de l'exécutif de l'établissement, représentant de l'Etat, personnalités tierces, représentants des services techniques de l'établissement, qu'ils aient voix délibérative ou consultative, qu'ils soient titulaires ou suppléants (CE, 6 juin 1997, M. Marcilly, req. n° 147524) ;
- soit les candidatures qui, en cas d'attribution du marché à l'entrepreneur en cause, auraient pour effet d'exposer tant ce dernier que l'un des membres de la commission à des sanctions pénales (TA de Dijon, 26 mars 1991, Piété, Lebon, Tab. p. 1041).

A défaut, la décision de la commission d'appel d'offres serait illégale (CE, 8 juin 1994, M. Mas, req. n° 141026 ; CE, 10 octobre 1994, préfet de la Seine-Maritime, req. n° 1119599) et les membres intéressés seraient susceptibles d'engager leur responsabilité pénale pour prise illégale d'intérêts ou octroi d'avantage injustifié.

CONTROLES ET RISQUES

Les marchés des établissements publics de santé peuvent faire l'objet de multiples contrôles. A l'occasion de ces contrôles, les marchés litigieux peuvent être annulés par le juge administratif ou conduire à la mise en cause des acheteurs publics, ce qui peut se traduire par des sanctions disciplinaires, administratives et, le cas échéant, pénales. Il est rappelé que sanction disciplinaire, sanction administrative et sanction pénale peuvent se cumuler (CE, 19 février 1943, Grandgirard, Lebon, p. 143 ; CE, 3 janvier 1945, James, Lebon, p. 3). Il convient, par ailleurs, de ne pas sous-estimer la portée de l'article 40 du code de procédure pénale qui fait obligation à tous fonctionnaires et agents publics de dénoncer les crimes et délits dont ils ont connaissance, et de transmettre au procureur de la République tous éléments, actes et documents s'y rapportant. Cet article peut trouver à s'appliquer aussi bien dans le cadre du fonctionnement de la commission d'appel d'offres, à laquelle participent des représentants de l'Etat (DDCCRF, DDASS, DDE, TPG, etc., ou leur représentant) que dans le cadre des divers contrôles ultérieurs auxquels sont soumis les marchés des établissements publics de santé.

I. - LE CONTROLE ADMINISTRATIF

I A. Le contrôle de légalité

L'article L. 714-10 du code de la santé publique dispose que 'les marchés des établissements publics de santé sont exécutoires dès leur réception par le représentant de l'Etat'.

A l'occasion du contrôle qui lui incombe, le préfet peut déférer le marché au tribunal administratif, dans les deux mois suivant la réception du marché litigieux. Il informe sans délai le président du conseil d'administration et lui communique toutes précisions sur les illégalités invoquées. Il peut assortir son recours d'une demande de sursis à exécution. Il est fait droit à cette demande si l'un des moyens invoqués paraît sérieux et de nature à justifier l'annulation de l'acte attaqué. En cas de difficulté juridique, le préfet peut saisir pour avis le tribunal administratif en vertu des dispositions de l'article R. 242 du code des tribunaux administratifs et des cours administratives d'appel.

Depuis l'article 47, III, de la [loi n° 92-125 du 6 février 1992](#) relative à l'administration territoriale de la République, le préfet peut également saisir la chambre régionale des comptes des conventions relatives aux marchés ou à des délégations de service public. La chambre régionale des comptes examine la convention et formule ses observations dans le délai d'un mois à compter de sa saisine.

Rien n'interdit que l'action du préfet au titre du contrôle de légalité soit suivie par la saisine du juge pénal (voir ci-après).

Le contrôle de légalité exercé sur les marchés des établissements publics de santé, comme sur les délibérations du conseil d'administration et les autres actes, est un acte par nature administratif, distinct de l'appréciation pouvant être portée ultérieurement sur une situation donnée par les juridictions administratives ou pénales.

I B. Les contrôles effectués par le comptable

En vertu des dispositions de l'article 60 de la loi n° 63-156 du 23 février 1963 et des articles 12 et 13 du décret n° 62-1587 du 29 décembre 1962 portant règlement général sur la comptabilité publique, le comptable doit s'assurer du caractère

exécutoire de la dépense. A cet effet, il doit vérifier les éléments suivants avant d'exécuter le mandat qui lui a été transmis :

- la qualité de l'ordonnateur ou de son délégué ;
- la disponibilité des crédits ;
- l'exacte imputation de la dépense ;
- la validité de la dépense ;
- l'exactitude de la liquidation ;
- l'exactitude du caractère libératoire de la créance.

La justification du service fait s'appuie sur la production des pièces justificatives qui attestent de la livraison des fournitures, de la réalisation des prestations ou de l'exécution des travaux.

Le Conseil d'Etat a rappelé que si un trésorier-payeur général doit exercer son contrôle sur la production des justifications, il n'a pas le pouvoir de se faire juge de la légalité des décisions administratives (CE, 10 février 1997, Ibo, n° 172307, DA 4/1997, n° 131 ; CE, 8 septembre 1997, ministre de l'économie et des finances/centre hospitalier de Besançon).

Cependant, lorsqu'un comptable constate qu'il doit exécuter un acte manifestement illégal, il doit le signaler au trésorier-payeur général afin qu'il soit en mesure d'en informer le préfet (circulaires n° 90 CD 2646 du 18 juin 1990, n° CD 4211 du 12 septembre 1990 et n° CD 2121 du 13 mai 1992).

A défaut de transmission du marché et des pièces nécessaires à l'exercice du contrôle de légalité au représentant de l'Etat, le marché n'acquiert pas de caractère exécutoire et un acte d'exécution qui précéderait cette transmission serait illégal (CE, 20 janvier 1989, ville de Millau, RMP 1989, n° 241, p. 12). En effet, en application de l'article 250 du CMP, 'les marchés doivent être notifiés avant tout commencement d'exécution'. Par ailleurs, en cas d'exécution fautive, le comptable public serait dans l'impossibilité de régler le fournisseur en l'absence de pièces justificatives du mandat, sauf à engager sa responsabilité et risquer d'être mis en débet à l'occasion d'un contrôle de la chambre régionale des comptes. Dans l'hypothèse où l'ordonnateur réquisitionnerait le comptable pour obtenir le paiement de dépenses irrégulièrement engagées, il substituerait sa responsabilité à celle du comptable dans le paiement irrégulier de ces dépenses.

I C. Rôle spécifique des représentants de la direction générale de la concurrence, de la consommation et de la répression des fraudes (DGCCRF et DDCCRF)

'La DGCCRF agit en vue de prévenir, d'empêcher ou de faire sanctionner les pratiques altérant le jeu de la concurrence.

Chargée d'assurer une concurrence loyale dans l'accès aux marchés publics, elle exerce deux séries de responsabilités :

- d'une part, elle met en oeuvre les compétences fondées sur l'ordonnance du 1er décembre 1986, qui l'autorisent à détecter et à poursuivre les pratiques anticoncurrentielles des soumissionnaires, tâche facilitée par sa présence de droit aux commissions d'appel d'offres ;
- d'autre part, elle participe à une mission de service public, le contrôle de légalité, où elle vérifie la régularité des procédures, et exerce une action préventive de conseil et d'information générale des acheteurs publics (DGCCRF, rapport d'activité 1997, Revue de la concurrence et de la consommation, supplément au n° 103).

La DDCCRF dont la mission première est de faire respecter le droit de la concurrence, apporte son appui au contrôle de légalité des marchés publics et des délégations de service public.

Lorsque les agents de DDCCRF décèlent, lors de leur présence dans les commissions de marchés et de délégations de service public, des irrégularités dans la procédure utilisée, ils font des observations au procès-verbal de la réunion, lequel doit être transmis au contrôle de légalité avec les autres pièces du marché.

II. - LE CONTROLE DE GESTION

II A. Par les chambres régionales des comptes

En vertu des articles L. 211-8 et L. 232-1 à L. 242-3 du code des juridictions financières (art. 111 à 120 du décret n° 95-945 du 23 août 1995), les chambres régionales des comptes effectuent, concomitamment ou non au contrôle juridictionnel, un contrôle à l'égard de l'ordonnateur, dont l'objet est de vérifier que les dépenses ont été effectuées dans le respect des lois et règlements et de s'assurer de la qualité de la gestion (contrôle du bon emploi des deniers publics). A

l'occasion de ces contrôles, la chambre informe le procureur de la République des faits de nature à motiver l'ouverture d'une action pénale.

II B. Par les inspections générales ministérielles

L'IGAS, comme l'inspection générale des finances, peuvent être amenées, dans le cadre des missions qui lui incombent, à examiner les conditions dans lesquelles sont passés les marchés des établissements publics de santé. Elles peuvent émettre un avis aussi bien sur la régularité des procédures que sur le bien-fondé de la dépense. A l'occasion de ces contrôles, l'IGAS et l'IGF informent le procureur de la République des faits de nature à motiver l'ouverture d'une action pénale.

III. - LE CONTROLE JURIDICTIONNEL

III A. Les juridictions administratives

1. Les tribunaux administratifs et les cours administratives d'appel

a) Cas général

La juridiction administrative est saisie par le préfet ou par une personne ayant intérêt à agir, d'un marché litigieux. Le juge administratif peut annuler des marchés contractés en méconnaissance des règles de publicité ou de mise en concurrence auxquelles est soumise la passation des marchés publics et des conventions de délégation de service public (TA de Caen, 9 septembre 1992, Lebon p. 619 ; TA de Saint-Denis-de-la-Réunion, 16 décembre 1992, Lebon p. 1164). Il est à noter une augmentation importante des recours de la part de candidats évincés, recours qui portent autant sur la forme que sur le fond.

Depuis la loi du 4 février 1995, le déféré préfectoral a un caractère suspensif, dès lors que le préfet demande le sursis à exécution.

Lorsqu'il est annulé, le contrat n'a pu faire naître aucune obligation à la charge des parties (CE, 27 novembre 1942, Bongrand et Dupin, Rec. p. 335). L'annulation du contrat entraîne l'obligation pour les parties de restituer ce qu'elles ont reçu en vertu du contrat (CE, sect., 13 juillet 1961, Société d'entreprise générale de travaux publics ; CE, 26 février 1964, Entreprise Louis Segrette, Rec. p. 494).

Par contre, il y a ouverture d'un droit à indemnité en cas de :

- responsabilité quasidélictuelle de l'administration (CE, 9 juillet 1937, commune d'Arzon, Rec. p. 681 ; CE, 26 juillet 1944, Ali Tur, Rec. p. 217) ;
- responsabilité quasicontractuelle en vertu de la théorie de l'enrichissement sans cause (CE, 2 décembre 1938, Lailly, Rec. p. 905 ; CE, 19 avril 1974, Société d'entreprise Louis Segrette, Rec. p. 1052) ;
- violation flagrante d'une règle du code des marchés publics ; dans ce cas, la responsabilité peut être partagée entre l'acheteur public et le fournisseur (CE, 15 mai 1963, commune de Monnein, req. n° 54942 ; CE, 19 janvier 1981, commune de Sixt, req. n° 4288). Le cocontractant qui a ignoré l'illégalité est rarement excusable et la jurisprudence applique en la matière les règles classiques du droit de la responsabilité de la puissance publique en vertu desquelles la faute de la victime, si elle est établie, est une cause exonératoire, totale ou partielle en fonction de sa gravité (CE, 13 juillet 1968, Stoskopf, Rec. p. 460 ; CE, Sect., 11 février 1972, OPHL du Calvados, AJDA 1972, p. 245, conclusions Guillaume).

'Les personnes morales de droit public ne peuvent jamais être condamnées à payer une somme qu'elles ne doivent pas' (CE, Sect., 19 mars 1971, Mergui, Rec. p. 235, concl. M. Rougevin-Baville ; AJDA 1971, p. 274, ch. D. Labetoulle et P. Cabanes ; RDP 1972, p. 234, note M. Waline). Par contre, elles peuvent être amenées à indemniser les entreprises sur le fondement de l'enrichissement sans cause.

En outre, l'annulation de certains marchés, notamment dans le cadre de la réalisation de travaux, peut entraîner des arrêts de chantiers qui coûtent extrêmement cher à la collectivité publique.

Enfin, l'annulation du contrat rend impossible la réception des travaux dans le cadre du marché ainsi que toute garantie contractuelle ou légale attachée à la réalisation du marché (CE, 29 janvier 1982, Raymond Martin, Rec. p. 44).

b) Le référé pré-contractuel

<http://affairesjuridiques.aphp.fr/textes/circulaire-dhosf-4-n-2000-474-du-15-septembre-2000-relative-a-lorganisation-de-la-fonction-achat-et-a-la-maitrise-de-la-commande-publique-dans-les-etablissements-publics-de-sante/>

L'article L. 22 du code des tribunaux administratifs et des cours administratives d'appel (loi n° 93-122 du 29 janvier 1993, art. 50)(1) a institué une procédure permettant de juger au fond les manquements aux obligations de publicité et de mise en concurrence, avant même la conclusion du contrat. Celui-ci dispose que 'le président du tribunal administratif, ou son délégué, peut être saisi, en cas de manquement aux obligations de publicité et de mise en concurrence auxquelles est soumise la passation des marchés publics et des délégations de service public'.

(1) Ainsi que l'article 1441 du nouveau code de procédure civile.

Le deuxième alinéa de cet article indique que 'les personnes habilitées à agir sont celles qui ont intérêt à conclure le contrat et qui sont susceptibles d'être lésées par ce manquement, ainsi que le représentant de l'Etat dans le département dans le cas où le contrat est conclu par une collectivité territoriale ou un établissement public local'.

Le juge 'peut ordonner à l'auteur du manquement de se conformer à ses obligations et suspendre la passation du contrat ou l'exécution de toute décision qui s'y rapporte. Il peut également annuler ces décisions et supprimer les clauses ou prescriptions destinées à figurer dans le contrat et qui méconnaissent lesdites obligations'.

Les pouvoirs conférés au juge en vertu de l'article 22 prennent fin une fois le contrat conclu (CE, Sect. 3 novembre 1995, district de l'agglomération nancéenne, req. n° 152650).

2. Les chambres régionales des comptes

Le contrôle juridictionnel des chambres régionales des comptes s'exerce à l'égard des comptes du comptable de l'établissement (art. L. 231-1 à L. 231-13 du code des juridictions financières). A l'occasion de l'examen des comptes, les chambres régionales des comptes vérifient également les pièces justificatives. Si les justifications apportées ne sont pas jugées suffisantes, le comptable pourra être mis en débet.

3. La Cour de discipline budgétaire et financière (CDBF)

(art. L. 311-1 à L. 316-1 du code des juridictions financières)

La méconnaissance du code des marchés publics peut être également sanctionnée par la Cour de discipline budgétaire et financière :

'La méconnaissance de la réglementation des marchés tant lors de la signature du contrat (...) qu'à l'occasion de son exécution constitue des infractions aux règles d'exécution des dépenses de l'hôpital au sens de l'article 5 de la loi du 25 septembre 1948 modifiée ;

Toutefois il n'est pas établi que des prestations aient été indûment payées et que le CHS ait cherché à procurer à autrui un avantage injustifié au sens de l'article 6 de la même loi'. (CDBF, 11 et 12 décembre 1991, Marchés publics n° 269, p. 20).

En effet, celle-ci a à connaître des infractions à la réglementation financière et à la morale administrative. Celle-ci réprime également l'avantage injustifié accordé par un ordonnateur à une entreprise à l'occasion de la passation d'un marché (loi n° 48-1484 du 25 septembre 1948 tendant à sanctionner les fautes de gestion commises à l'égard de l'Etat et de diverses collectivités publiques et portant création d'une Cour de discipline budgétaire et financière).

La CDBF rappelle régulièrement par sa jurisprudence que :

- le directeur d'un établissement public de santé est responsable de l'engagement, de la liquidation et du mandatement des dépenses de l'hôpital ; qu'il est la personne responsable des marchés (PRM) au sens notamment des articles 44, 95, 95 bis, 95 ter, 108 bis, 108 ter, 180 (...), 248 du CMP ; qu'en conséquence, il est responsable de la régularité des procédures ;
- le directeur des services économiques dispose d'une compétence et d'une responsabilité propres en matière d'engagement des commandes.

Dans la période récente, plusieurs gestionnaires hospitaliers ont été condamnés par la CDBF(1) :

(1) Ces condamnations ont été publiées au Journal officiel.

- CDBF, 24 novembre 1986, centre hospitalier Sainte-Anne, marchés d'ingénierie ;
- CDBF, 5 juin 1989, CH d'Orange (Vaucluse) : achat après consultation sommaire en matière d'acquisition de matériel de radiologie (1989) ; la CDBF a considéré que les manquements ont facilité des détournements au préjudice de l'hôpital et procuré un avantage injustifié à autrui ;
- CDBF, 22 mai 1990, CHS de Saint-Venant (Pas-de-Calais) : absence d'appel d'offres en matière de travaux ;
- CDBF, 12 décembre 1991, CHS du Rouvray (Seine-Maritime) : absence d'appel d'offres en matière de blanchissage du linge (1991).

La CDBF peut condamner les agents fautifs au paiement d'amendes qui peuvent atteindre deux fois le montant annuel de leur traitement, sans préjudice des autres sanctions civiles, pénales ou disciplinaires :

'Tout fonctionnaire ou agent civil ou militaire de l'Etat, des collectivités territoriales, de leurs établissements publics ainsi que des groupements des collectivités locales, tout représentant, administrateur ou agent des autres organismes soumis au contrôle de la Cour des comptes ou des chambres régionales des comptes qui, dans l'exercice de ses fonctions ou attributions, aura, en méconnaissance de ses obligations, procuré à autrui un avantage injustifié, pécuniaire ou en nature entraînant un préjudice pour le Trésor, la collectivité ou l'organisme intéressé, ou aura tenté de procurer un tel avantage sera passible d'une amende dont le minimum ne pourra être inférieur à 2 000 F et dont le maximum pourra atteindre le double du montant du traitement ou salaire annuel qui lui était alloué à la date de l'infraction' (article L. 313-6).

'Les poursuites devant la Cour ne font pas obstacle à l'exercice de l'action pénale et de l'action disciplinaire.

Si l'instruction permet ou a permis de relever à la charge d'une personne mentionnée à l'article L. 312-1 des faits qui paraissent de nature à justifier une sanction disciplinaire, le président de la Cour signale ces faits à l'autorité ayant pouvoir disciplinaire sur l'intéressé. Cette autorité doit, dans le délai de six mois, faire connaître au président de la Cour par une communication motivée les mesures qu'elle a prises.

Si l'instruction fait apparaître des faits susceptibles de constituer des délits ou des crimes, le procureur général transmet le dossier au procureur de la République dans les conditions prévues à l'article 40 du code de procédure pénale et avise de cette transmission le ministre concerné.

Si la Cour estime, en statuant sur les poursuites, qu'une sanction disciplinaire peut être encourue, elle communique le dossier à l'autorité compétente. Cette autorité doit, dans le délai de six mois, faire connaître à la Cour, par une communication motivée, les mesures qu'elle a prises (art. L. 314-18).

4. La mission interministérielle d'enquête (décret n° 91-1232 du 6 décembre 1991 relatif à la mission interministérielle d'enquête : articles 38-1 à 38-8 du code des marchés publics ; circulaire Premier ministre du 29 juillet 1992 - JO du 30 juillet 1992, p. 10224)

L'article 1er de la loi n° 91-3 du 3 janvier 1991 relative à la concurrence et à la régularité des procédures de marchés a créé une mission interministérielle d'enquête 'chargée de procéder à des enquêtes sur les conditions de régularité et d'impartialité dans lesquelles sont préparés, passés et exécutés les marchés de l'Etat, des collectivités territoriales, des établissements publics'. Son contrôle dépasse le simple contrôle de la légalité et du respect des procédures pour s'étendre au comportement des acteurs, afin d'en vérifier, en particulier, l'impartialité.

En fonction des constatations effectuées, elle peut saisir le Parquet et informer le Conseil de la concurrence. L'article 6 de cette loi dispose, en effet, que 'le président du Conseil de la concurrence est informé sans délai des investigations de cette dernière lorsque celles-ci font apparaître des faits susceptibles de relever des articles 7 et 8 de l'ordonnance n° 86-1243 du 1er décembre 1986 relative à la liberté des prix et de la concurrence'.

La mission ne peut prononcer aucune sanction à l'encontre des agents considérés responsables d'atteintes aux dispositions du code des marchés publics. Cependant, elle communique son rapport aux représentants légaux des personnes publiques concernées ainsi qu'au préfet et, le cas échéant, à l'autorité qui a demandé l'enquête, et 'il appartient à l'autorité responsable de donner la suite qu'elle estime opportune, sous réserve de l'existence de faits délictueux qui devront être signalés au parquet' (circulaire du 29 juillet 1992).

III B. Les juridictions pénales

Il ne sera pas évoqué ici les conséquences pénales des incriminations de faux en écritures publiques et usage de faux ni d'enrichissement personnel.

Les tribunaux de grande instance, notamment depuis l'introduction dans le droit positif du délit de favoritisme par la loi n° 91-3 du 3 janvier 1991 (voir 3 ci-après), ont de plus en plus à connaître des marchés passés par les personnes publiques (par exemple : TGI d'Avranches, 16 mai 1995 ; TGI de Quimper, 25 juillet 1995, TGI de Strasbourg, 16 janvier 1996, TGI de Charle-ville-Mézières, 14 février 1996, etc.). Selon le bilan établi en 1998 par le ministère de la justice, la majorité des affaires a été instruite à partir d'investigations effectuées par la mission interministérielle d'enquête sur les marchés publics ou par les chambres régionales des comptes.

Les principales violations de la règle de droit concernant l'égalité devant la commande publique, qui ont été relevées par le juge pénal depuis cette date, sont les suivantes (circulaire CRIM-98.4/G3 du 2 juillet 1998) :

- modification a posteriori d'un des postes du marché par la commission d'appel d'offres et remise à une société du devis estimatif des travaux ;
- recours injustifié à l'appel d'offres restreint ;
- découpage artificiel et frauduleux des marchés pour ne pas dépasser les seuils de mise en concurrence ;
- recours au marché négocié sans mise en concurrence ;
- composition irrégulière de la commission d'appel d'offres ;
- non-respect de l'intangibilité des offres ;
- atteinte au principe d'irrévocabilité des prix ;
- décision de la commission d'appel d'offres sur la base d'un document établi après l'ouverture des plis et modifiant la première offre ;
- non-respect de la procédure prévue pour le rejet des offres anormalement basses ;
- absence de recensement des personnes physiques et morales capables de réaliser une mission dans le cadre d'un marché négocié de maîtrise d'oeuvre.

Les principales incriminations qui peuvent être retenues sont les suivantes :

Le code pénal réprimait déjà diverses infractions que pouvaient commettre des agents publics dans l'exercice de leurs fonctions : concussion, corruption, trafic d'influence, prise illégale d'intérêt, soustraction ou détournement de biens publics. Il sanctionne désormais l'octroi d'avantages injustifiés.

a) Corruption et trafic d'influence

'Est puni de dix ans d'emprisonnement et de 1 000 000 F d'amende le fait, par une personne dépositaire de l'autorité publique, chargée d'une mission de service public (...), de solliciter ou d'agréer, sans droit, directement ou indirectement, des offres, des promesses, des dons, des présents ou des avantages quelconques :

(...)

2° Soit pour abuser de son influence réelle ou supposée en vue de faire obtenir d'une autorité ou d'une administration publique des distinctions, des emplois, des marchés ou toute autre décision favorable' (article 432-11).

b) Prise illégale d'intérêts

'Le fait, par une personne dépositaire de l'autorité publique ou chargée d'une mission de service public ou par une personne investie d'un mandat électif public, de prendre, de recevoir ou conserver, directement ou indirectement, un intérêt quelconque dans une entreprise ou dans une opération dont elle a, au moment de l'acte, tout ou partie, la charge d'assurer la surveillance, l'administration, la liquidation ou le paiement, est puni de cinq ans d'emprisonnement et de 500 000 F d'amende (...)' (article 432-12).

c) Avantage injustifié

L'article L. 432-14 du code pénal qui reprend les dispositions de l'article 7 de la loi n° 91-3 du 3 janvier 1991 relative à la transparence et à la régularité des procédures de marchés (loi n° 95-127 du 8 février 1995 et circulaire du 14 mai 1993) punit 'de deux ans d'emprisonnement et de 200 000 F d'amende le fait par une personne dépositaire de l'autorité publique ou chargée d'une mission de service public ou investie d'un mandat électif public ou exerçant les fonctions de

représentant, administrateur ou agent de l'Etat, des collectivités territoriales, des établissements publics, des sociétés d'économie mixte d'intérêt national chargées d'une mission de service public et des sociétés d'économie mixte locales ou par toute personne agissant pour le compte de l'une de celles susmentionnées de procurer ou de tenter de procurer à autrui un avantage injustifié par un acte contraire aux dispositions législatives ou réglementaires ayant pour objet de garantir la liberté d'accès et l'égalité des candidats dans les marchés publics et les délégations de service public'.

Le délit peut consister en une simple complaisance, même non vénale, ainsi qu'en tous actes de nature à favoriser un candidat à un marché public.

d) Discriminations

Les discriminations qui consistent à 'entraver l'exercice normal d'une activité économique quelconque' et qui ont été commises, dans l'exercice de ses fonctions ou de sa mission, par une personne dépositaire de l'autorité publique ou chargée d'une mission de service public, à l'encontre de particuliers sont punies 'de trois ans d'emprisonnement et de 300 000 F d'amende' (article 432-7).

Peuvent être prononcées, à titre complémentaires, les peines suivantes :

1° L'interdiction des droits civils, civiques et de famille, suivant les modalités prévues par l'article 131-26 ;

2° L'interdiction, suivant les modalités prévues par l'article 131-27, d'exercer une fonction publique ou d'exercer l'activité professionnelle ou sociale dans l'exercice ou à l'occasion de l'exercice de laquelle l'infraction a été commise ;

3° La confiscation, suivant les modalités prévues par l'article 131-21, des sommes ou objets irrégulièrement reçus par l'auteur de l'infraction, à l'exception des objets susceptibles de restitution ;

4° Dans le cas prévu par l'article 432-7, l'affichage ou la diffusion de la décision prononcée, dans les conditions prévues par l'article 131-35 (article 432-17 du nouveau code pénal).

La responsabilité pénale d'un agent public peut être engagée même à raison d'une faute de sa part qui n'est pas détachable du service. La distinction faute personnelle/faute de service est autonome par rapport aux qualifications pénales éventuelles (TC 14 janvier 1935, Thépaç, Lebon, p. 224). Si l'article 50 de la loi n° 96-1093 du 16 décembre 1996 relative à l'emploi dans la fonction publique et à diverses mesures d'ordre statutaire précise que 'la collectivité publique est tenue d'accorder sa protection au fonctionnaire', cette disposition ne s'applique pas dans le cas où les poursuites pénales sont engagées à raison d'une faute qui a le caractère de faute personnelle.

La responsabilité pénale des personnes morales

'Les personnes morales, à l'exclusion de l'Etat, sont responsables pénalement, selon les distinctions des articles 121-4 à 121-7 et dans les cas prévus par la loi ou le règlement, des infractions commises, pour leur compte, par leurs organes ou représentants. Toutefois, les collectivités territoriales et leurs groupements ne sont responsables pénalement que des infractions commises dans l'exercice d'activités susceptibles de faire l'objet de conventions de délégation de service public' (article 121-2 du nouveau code pénal).

Par application du principe de spécialité, le texte définissant l'infraction doit prévoir la possibilité d'engager la responsabilité pénale des personnes morales ainsi que les sanctions qui leur sont applicables. La loi n° 92-1336 du 16 décembre 1992, dite 'loi d'adaptation' (JO du 23 décembre 1992) vise, notamment, les infractions à l'ordonnance n° 86-1243 du 1er décembre 1986 relative à la concurrence et à la liberté des prix.

IV. - LE CONSEIL DE LA CONCURRENCE

Le Conseil de la concurrence (articles 2 à 6 et 11 à 27 de l'ordonnance n° 86-1243 modifiée, relative à la liberté des prix et de la concurrence) sanctionne notamment les manquements aux dispositions des articles 7 et 8 de l'ordonnance qui prohibent les pratiques anticoncurrentielles et les abus de position dominante. Il ne présente pas le caractère d'une institution juridictionnelle (Cons. Const. 23 janvier 1987, D. 1988. 117, note Luçhaire). Ces décisions sont des décisions administratives non juridictionnelles. Il peut être saisi aussi bien par le ministre chargé de l'économie ou son délégué que par le ministre chargé de l'organisation de la fonction-achat-et-a-la-maitrise-de-la-commande-publique-dans-les-etablissements-publics-de-sante/
<http://affairesjuridiques.aphp.fr/textes/circulaire-dhosf-4-n-2000-474-du-15-septembre-2000-relative-a-lorganisation-de-la-fonction-achat-et-a-la-maitrise-de-la-commande-publique-dans-les-etablissements-publics-de-sante/>

que par les entreprises, les organisations professionnelles et syndicales, les chambres professionnelles, etc. ; il peut également se saisir d'office. Le Conseil national de la concurrence a sanctionné des ententes entre fournisseurs d'établissements publics de santé (transports sanitaires, notamment). Dans le secteur de la santé, le droit de la concurrence peut également appréhender des ententes 'verticales' entre prescripteurs et fabricants d'appareils ou de consommables médicaux. Si la responsabilité de l'acheteur public est démontrée, la personne publique peut être sanctionnée pécuniairement en application de l'article 13 de ladite ordonnance qui dispose que le Conseil de la concurrence 'peut infliger une sanction pécuniaire applicable soit immédiatement, soit en cas d'inexécution des injonctions. Les sanctions pécuniaires sont proportionnées à la gravité des faits reprochés, à l'importance du dommage causé à l'économie et à la situation de l'entreprise ou de l'organisme sanctionné. Elles sont déterminées individuellement pour chaque entreprise ou organisme sanctionné et de façon motivée. Le montant maximum de la sanction est, pour une entreprise, de 5 % du montant du chiffre d'affaires hors taxes réalisé en France au cours du dernier exercice clos', la sanction individuelle ne pouvant toutefois excéder 500 000 F.

L'un des premiers acheteurs publics à avoir été condamné par le Conseil de la concurrence pour s'être prêté 'aux exigences formulées par les entreprises' et avoir ainsi 'participé à une entente anticoncurrentielle et (...) contrevenu aux dispositions de l'article 7 de l'ordonnance du 1er décembre 1986', est un établissement public de santé (Décision n° 95-D-44 du 13 juin 1995, CH de St-Gaudens, à propos d'une entente entre entreprises de transports sanitaires ; Concurrence, consommation et répression des fraudes, bulletin n° 82, septembre 1995).

ELEMENTS BIBLIOGRAPHIQUES

Au-delà du code des marchés publics, de la revue Marchés publics et du Télégramme des marchés publics édités par le Ministère de l'économie et des finances, des publications en la matière du Ministère de l'équipement, des transports et du logement, on peut consulter les documents qui suivent. La citation des ouvrages ou des articles dans la présente bibliographie a pour seul objet de fournir des éléments de connaissance et de réflexion aux personnes intéressées ; elle ne saurait être considérée comme un aval de l'administration aux analyses développées.

Sur le droit français des marchés publics :

Actualité des marchés publics, AJDA spécial, 20 juillet-20 août 1994.

Code des marchés publics, Direction des Journaux officiels.

Guide et code des marchés publics, Ed. WEKA.

Projet de loi n° 3462 portant réforme du code des marchés publics présenté par M. J. Arthuis et Y. Galland (document Assemblée nationale du 25 mars 1997).

ADPE, Réglementation et pratique des marchés publics, Dalloz.

P. Andrieu, Les marchés des hôpitaux et des collectivités locales, Berger-Levrault 1993.

M. Barbari, Tout savoir sur une réglementation très évolutive, MTPB, 24 mars 1995, p. 32.

M. Barbari, La fascination du marché négocié, MTPB 26 août 1994, p. 22.

M. Barbari, Les commissions d'appel d'offres, Le Moniteur.

M. Barbari, Vade-mecum des marchés publics, Le Moniteur.

M. Barbari, CCAG des marchés publics et autres documents contractuels types, Le Moniteur.

D. Bouchon et P. Cossalter, marchés de maîtrise d'oeuvre dans la construction publique, Le Moniteur.

Ch. Bréchon-Moulènes (sous la direction de), droit des marchés publics, Le Moniteur.

L. Bourgois, Enquête sur les marchés publics hospitaliers dans la perspective de 1992, revue marchés publics, 241/89, p. 16.

Commission centrale des marchés, le dictionnaire de la commande publique.

CERTU, pratique des contrats d'ingénierie, Le Moniteur.

D. Chabanol et J.-P. Jouguelet, Marchés publics de travaux, Le Moniteur.

J. Clément et D. Richer, Les marchés publics de travaux des collectivités territoriales, Ed. Economica, 1993.

P. Cossalter, Le cas des marchés inférieurs à 700 000 F, MTPB 4 novembre 1994, p. 78.

P. Cossalter, Appels d'offres ouverts ou restreints : les critères d'un choix, la Gazette des communes n° 1333/43, 13 novembre 1995, p. 89.

P. Devolvé, Les marchés des entreprises publiques, RDP, 1971, p. 1287.

G. Domergue, Les marchés publics de prestations intellectuelles, LGDJ, 1992, p. 77.

J.-C. Douence et Ph. Terneyre, Marchés publics et délégations de service public : nouvelles modifications législatives, RFDA, septembre-octobre 1995, p. 971.

E. Fatôme, Les avenants, AJDA, 20 octobre 1998, p. 760.

B. Gosselin, Actualité des travaux de la commission centrale des marchés, AJDA, 20 juillet/ 20 août 1994, p. 34.

M. Guibal, Codification et simplification du droit des marchés publics, AJDA, 20 juillet/ 20 août 1994, p. 6.

M. Guibal, Mémento des marchés publics, Le Moniteur.

Y. Gaudemet, Le précontentieux : le règlement non juridictionnel des conflits dans Les marchés publics, AJDA, 20 juillet/ 20 août 1994, p. 84.

M. Guibal et N. Charrel, Code des marchés publics, Berger-Levrault.

J. Kahn, La notion juridique de marché public, marchés publics, octobre 1968, p. 37.

J.-Y. Laffont, Les marchés publics hospitaliers, Dossier CFP, octobre 1994.

A. Laguerre, Concurrence et marchés publics, Berger-Levrault.

A. de Laubadère, F. Moderne et P. Devolve, Traité des contrats administratifs.

D. Legouge, La meilleure offre dans les marchés publics, Editions d'organisation, 1996.

X. Libert, Les modifications du marché en cours d'exécution : avenants, décisions de poursuivre, régularisations, AJDA, 20 juillet/ 20 août 1994, p. 65.

<http://affairesjuridiques.aphp.fr/textes/circulaire-dhosf-4-n-2000-474-du-15-septembre-2000-relative-a-lorganisation-de-la-fo-nction-achat-et-a-la-maitrise-de-la-commande-publique-dans-les-etablissements-publics-de-sante/>

- F. Lichère, La définition contemporaine du marché public, RDP 1997, p. 1753.
- Ph. Limouzin-Lamothe, Les avenants : observations complémentaires, AJDA, 20 octobre 1998, p. 767.
- J.-C. Marquis, Les services techniques de l'Etat prestataires de service et maîtres d'oeuvre publics, thèse Lille, 1988.
- MIQCP, organiser une consultation de maîtrise d'oeuvre, Le Moniteur.
- F. Moderne, Variations sur le mythe de l'autonomie communale : l'Etat prestataire de service des communes, AJDA, 1976, p. 478.
- F. Moderne, Les conventions de prestations de services entre l'Etat et les collectivités locales, éditions EFE, 1996.
- F. Moderne, Théorie générale des contrats des collectivités locales, collectivités locales, III, 3040-40.
- F. Moderne, La sous-traitance des marchés publics, Dalloz, 1995.
- R. Mogenet, Les marchés de l'Etat et des collectivités locales, ed. du Moniteur, 1991.
- M. Mougeot, Les marchés hospitaliers, Economica 1986.
- A. Nasset, Les marchés fractionnés : mode d'emploi, Jurisanté n° 10 juin 1995, p. 4.
- F. Olivier, Offres anormalement basses dans les marchés, DA, juin 1998, p. 4-7.
- J.-M. Peyrical, Les marchés négociés dans un carcan, MTPB 4 mars 1994, p. 38.
- J.-M. Peyrical, La commission d'appel d'offres : un pouvoir décisionnel prépondérant, MTP, 2 décembre 1994, p. 50.
- L. Richer, L'article 1er du code des marchés publics doit-il être révisé ?, AJDA n° spécial, 1994, p. 13.
- L. Richer, Droit des contrats administratifs, LGDJ, 1995.
- M. Rocfort, L'appel d'offres sur performances à l'épreuve des faits, revue marchés publics, 1995.
- E. Roll, la soumission d'un contrat au code des marchés publics ne lui confère pas automatiquement la qualification de contrat administratif, la Gazette des communes, 23 août 1999, p. 43.
- R. Rouquette, Les marchés semi-publics, AJDA, 20 juillet/ 20 août 1994, p. 18.
- B. Sablier, Les relations entre acteurs : le cas de la sous-traitance, AJDA, 20 juillet/ 20 août 1994, p. 60.
- B. Sablier, J.-E. Caro et S. Abbatucci, La sous-traitance dans la construction, Le Moniteur.
- Ph. Terneyre, les montages contractuels complexes, AJDA, 20 juillet/ 20 août 1994, p. 43.
- CH de Saintes et de Dax : un marché public discuté, collectivités-hôtellerie et restauration, 1995, n° 101, p. 18.
- Possibilité pour une administration de poser sa candidature à un marché public, TMP n° 144 mars 1990.
- <http://affairesjuridiques.aphp.fr/textes/circulaire-dhosf-4-n-2000-474-du-15-septembre-2000-relative-a-lorganisation-de-la-fo-nction-achat-et-a-la-maitrise-de-la-commande-publique-dans-les-etablissements-publics-de-sante/>

Sur le droit communautaire des marchés publics :

C. Bréchon, Le droit communautaire des marchés de travaux, RDI, 1990, p. 27.

C. Bréchon, Marchés publics, Juris-Classeur Europe, fasc. 2400 et 2410.

C. Bréchon-Moulènes, La nouvelle directive communautaire sur la passation des marchés publics de travaux, RFDA 1989, p. 834.

P. Devolvé, Les marchés publics européens, RFDA avril-mai 1988, p. 762.

M.-A. Flamme et P. Flamme, Enfin l'Europe des marchés publics, AJDA 1989, p. 651.

J.-P. Gohon, Les marchés publics européens, Que sais-je ?

M.-B. Gosselin, Les marchés publics dans l'espace européen, Revue hospitalière de France, avril 1992, p. 418.

C. Hen et G. Guillermin, Les marchés publics de fournitures et l'adaptation de la directive du 21 décembre 1976, RMC, 332/89, p. 637.

P. Lascoux-Lefort, Les implications du droit communautaire dans les marchés publics, JuriSanté actualités n° 10 juin 1995, p. 14.

B. de Lavergne, La transposition en France des directives 'marchés publics', Marchés publics 281/94, p. 52.

F. Llorens, La réglementation communautaire des marchés publics et le droit des concessions, RMC 332/89, p. 603.

F. Llorens et P. Soler-Couteaux, Marchés publics, in Répertoire Dalloz, droit communautaire.

A. Makarouni, L'hôpital public français et le droit communautaire, Economica, 1997.

Ch. Maugüé, L'actualité communautaire des marchés publics, AJDA, 20 juillet/ 20 août 1994, p. 38.

F. Raynaud et P. Fombeur, Chronique générale de jurisprudence administrative française, note sous CE Sect. 20 mai 1998, Communauté de communes du Piémont de Barr, service des eaux et de l'assainissement du Bas-Rhin, req. n° 188239, AJDA, 20 juillet-20 août 1998, p. 553.

Sur la libre concurrence :

C. Babusiaux, Pour un espace européen de la concurrence, Dalloz 1998, n° 26, 9 juillet 1998, p. 249.

M. Bazex, La soumission des personnes publiques au droit de la concurrence, AJDA, 1989, p. 417.

M. Bazex, Le conseil de la concurrence et les marchés publics, AJDA 1994, n° spécial, p. 107.

M. Bazex, Règles de la concurrence applicables au secteur public, Juris-Classeur Commercial, Fasc. n° 120.

D. Berlin, Les actes de la puissance publique et le droit de la concurrence, AJDA, 1995, p. 259.

J.B. Blaise, Note sous l'arrêt Cancava, Rev. aff. eur. n° 4/1993, p. 88.

<http://affairesjuridiques.aphp.fr/textes/circulaire-dhosf-4-n-2000-474-du-15-septembre-2000-relative-a-lorganisation-de-la-fo>
nction-achat-et-a-la-maitrise-de-la-commande-publique-dans-les-etablissements-publics-de-sante/

C. Boutard-Labarde et G. Canivet, Droit français de la concurrence, LGDJ, 1994, p. 17.

J. -Y. Cherot, La soumission d'actes de droit public au droit de la concurrence n'est pas contraire à la Constitution, chronique, Recueil Dalloz-Sirey, 24/91, p. 163.

S. Destours, L'application du droit interne de la concurrence aux personnes publiques par les juridictions administratives : fin d'une énigme ?, Cahier droit entr. 1998, n 2, p. 1.

C. Esper, Le transfert à l'industrie des innovations technologiques hospitalières, L'hôpital à Paris n° 106, 1988, p. 10.

Y. Gaudemet, L'ordonnance du 1er décembre 1986 sur la concurrence fait partie de la légalité administrative, note sous CE Sect., 3 novembre 1997, Sté Million et Marais, Sté Yonne funéraire, Sté Intermarbres, RDP 1998, p. 256.

O. Guézou, Note sous CE Sect., 3 novembre 1997, Sté Million et Marais, AJDA 1998, p. 247.

L. Idot, Concurrence entre secteurs public et privé, RIDE 1994, p. 455.

A. Laguerre, Concurrence dans les marchés publics, Berger-Levrault, 1989.

D. Loschak, Les problèmes juridiques posés par la concurrence des services publics et des entreprises privées, AJDA 1971, p. 261.

A. Makarouni, L'hôpital public français et le droit communautaire, Economica, 1997.

D. Pouyaud, Concurrence, transparence et libre administration, à propos de la décision du Conseil constitutionnel n° 92-316 du 20 janvier 1993, Rev. fr.Droit adm. 9 (5) septembre-octobre 1993, p. 902.

J.-M. Raynaud et R. Cristini, Droit public de la concurrence, Economica.

L. Richer, L'application du droit de la concurrence aux marchés publics, CJEG, 1989, p. 295.

L. Richer, L'interprétation de l'article 53 de l'ordonnance du 1er décembre 1986, CJEG, 1991, p. 175.

R. Romi, Droit de la concurrence, activité publique et para-publique : état des lieux, Petites affiches 21 décembre 1998.

V. Selinsky, Ententes illicites, Faits justificatifs des pratiques anticoncurrentielles, Juris-Classeur Commercial, Fasc. n° 320.

C. Teitgen-Colly, La légalité de l'intérêt financier dans l'action administrative, Economica, 1981.

Décision Conseil constitutionnel n° 92-316 DC du 20 janvier 1993 à propos de la loi du 29 janvier 1993 relative à la prévention de la corruption et à la transparence de la vie économique et des procédures publiques.

Sur la fonction achat-apvisionnement.

Direction des affaires juridiques du ministère de l'Economie et des finances, Guide de l'acheteur public en matière de qualité, Direction des Journaux officiels, n° 357090000.

N. Dubois, Ch. Philibert, J.-P. Renaud (dir. J. Razer), La maîtrise des achats à l'hôpital, Doin.

L. Laurent, Le guide de l'acheteur industriel, Dunod, 2e édition, 1995.

- D. Legouge, Le guide de la qualité dans les achats publics, Editions d'organisation, 1998.
- E. Picot, L'évaluation des services logistiques. Comment évaluer la fonction achats à la pharmacie centrale de l'AP-HP, Revue hospitalière de France 6/93, p. 650.
- A. Pluchon, Pour une politique d'achats groupés des hôpitaux, Mémoire ENSP 1988.
- Cl. Storper, Acheteur à l'hôpital : un métier d'actualité, Gestions hospitalières, octobre 1998, p. 608.
- AFNOR, Norme NF X 50-128, décembre 1990.
- Sur les contrôles et les risques.
- C. Babusiaux, La nature des sanctions infligées par le Conseil de la concurrence, LPA 17 janvier 1991, n° 8, p. 64.
- J.Y. Bertucci et A. Doyelle, L'activité des chambres régionales des comptes - Le contrôle sur les établissements publics de santé, AJDA, 20 mai 1997, p. 444.
- J.Y. Bertucci et A. Doyelle, L'activité des chambres régionales des comptes - L'examen des conventions relatives aux marchés ou à des délégations de service public, AJDA 20 mars 1995, p. 200.
- L. Bourgois, Enquête sur les marchés publics hospitaliers dans la perspective de 1992, Revue Marchés publics, n° 241, 1989, p. 16.
- L. Boucher, Partenariat et nouvelles formes de contrat : Les marchés hospitaliers n'échappent pas au bouillonnement des idées, Le Moniteur, 19 octobre 1990, p. 76.
- L. Cadiet, Les marchés publics devant le juge civil, RFDA 1993, p. 184.
- J. Calvo, Les incompatibilités opposables aux membres des conseils d'administration des établissements publics de santé, Les petites affiches, 7 juin 1995.
- D. Chabanol, Code des tribunaux administratifs et des cours administratives d'appel, Le Moniteur, 5e éd. 1998.
- Ph. Comte, Le délit d'ingérence, GP 24-25 janvier 1992.
- Ph. Couzinet, Les nouveaux pouvoirs du juge en matière de passation des marchés publics, Marchés publics, novembre 1992, p. 45.
- H.-M. Crucis, Droit des contrôles financiers des collectivités territoriales, AJDA-Le Moniteur, 1998.
- T. Dalmaso, La responsabilité pénale des collectivités territoriales, Les petites affiches n° 138, 17 novembre 1993, p. 10.
- C. Descheemaeker, La responsabilité personnelle des ordonnateurs, RFFP 1993, n° 43, p. 49.
- R. de Castelnaud et F. Rault, Le fonctionnaire et le juge pénal, Ed. du Papyrus, 1997.
- Ch. Debouy, Le droit français de la responsabilité administrative : métamorphose ou permanence, CJEG, 1997, p. 327.
- M. Dobkine et B. Marchal, Le délit d'octroi d'avantage injustifié dans les marchés publics et les délégations de service
- <http://affairesjuridiques.aphp.fr/textes/circulaire-dhosf-4-n-2000-474-du-15-septembre-2000-relative-a-lorganisation-de-la-fonction-achat-et-a-la-maitrise-de-la-commande-publique-dans-les-etablissements-publics-de-sante/>

public, La revue française de décentralisation n° 1, septembre 1995.

J. Fabre, Les grands arrêts de la jurisprudence financière, Sirey.

G. Fénech et P. Petit, La moralisation des marchés publics, PUF, 'Que sais-je ?', 1998.

J.-P. Gohon, Le délit de favoritisme, AJDA spécial 20 juillet/20 août 1994, p. 109.

M. Guibal, Favoritisme, concurrence et contrats publics, La semaine juridique, cahier du droit de l'entreprise, n° 27, 4 juillet 1991.

V. Haïm, Le contrôle de légalité des marchés publics, JCP 1998, I, n° 132.

Mme Harichaux, Promotion des médicaments et avantages versés aux prescripteurs, JCP, ed. E, 1993.I.252.

J. Hermann, Le juge pénal, juge ordinaire de l'administration ?, D. 1998, Chron. p. 195.

Ph. Jean, La responsabilité du directeur d'hôpital, Gestions hospitalières n° 371, décembre 1997, p. 841.

A. Laguerre, Concurrence, favoritisme et sanction pénale dans les marchés publics, Revue Marchés publics, n° 271, janvier-février 1993, p. 26.

A. Laguerre, A propos du contrôle administratif des marchés des hôpitaux, Marchés publics n° 216.

A. Laguerre, Le contrôle de légalité des marchés publics des établissements publics de santé, Marchés publics n° 263, janvier-février 1992, p. 27.

A. Laguerre, Concurrence, favoritisme et sanction pénale dans les marchés publics, Marchés publics n° 271, janvier-février 1993.

J.-M. Lasserre, La responsabilité de l'ordonnateur devant la Cour de discipline budgétaire et financière, Gestions hospitalières n° 169, octobre 1977, p. 683.

F. Linditch, Vers une nouvelle autorité administrative indépendante ? Premier regard sur la loi du 3 janvier 1991, Petites Affiches, 22 février 1991.

A.S. Mescheriakoff, Droit public économique, PUF, Droit fondamental, 1994.

G. Miller, Les relations entre les juridictions financières et judiciaires, La revue du Trésor, juin 1996, p. 357.

G. Miller, Le juge des comptes et le directeur d'hôpital, Jurisanté, avril 1996.

J. Molinié, Le délit de favoritisme dans les commandes hors marché, Le bulletin d'information de l'ASCIA, n° 25, janvier 1996.

Ch. Mondou, Responsabilité pénale des collectivités territoriales, Commentaire de l'article 121-2, al. 2, du Nouveau Code pénal, AJDA, 20 juillet/20 août 1993, p. 539.

G. Pancrazi, Les difficultés d'application du délit d'avantage injustifié dans les marchés et conventions de délégation de service public : l'article 432-14 du nouveau code pénal, La Gazette du Palais, 12-14 mars 1995.

S. Petit et B. Perrin, La responsabilité pénale des agents publics, Cahiers de la fonction publique, mai 1998, p. 2.

- E. Picard, La responsabilité pénale des personnes morales de droit public, Revue des sociétés 1993, p. 279.
- D. Pouyaud, La nullité des contrats administratifs, LGDJ, 1991.
- B. Ramas-Muhlbach, Corruption dans les marchés publics, Droit administratif, n° 3 mars 1999, p. 7.
- C. Reboul, Le contrôle administratif des marchés publics des établissements d'hospitalisation publics, Marchés publics 1985, n° 209, p. 18.
- M. Rocher, Une création : la Mission interministérielle d'enquête sur les marchés, un souci d'équité dans les marchés, des conseils, un recours, Marchés publics n° 265, avril-mai 1992.
- Ph. Terneyre, Le contrôle de légalité des marchés publics locaux : essai d'évaluation, Rapport pour le commissariat au Plan, Les Petites Affiches, 15 février 1981.
- Ph. Terneyre, L'apport au droit des marchés publics de la loi anticorruption, RFDA 9 (5), septembre-octobre 1993, p. 952.
- Ph. Terneyre, Les paradoxes du contentieux de l'annulation des contrats administratifs, EDCE 1988, p. 69.
- Ph. Terneyre, L'émergence d'un recours contentieux du troisième type, ALD 1992, p. 82.
- Ph. Terneyre, La responsabilité contractuelle des personnes publiques en droit administratif, Economica, 1989.
- R. Vandermeeren, Le référé administratif précontractuel, AJDA, 20 juillet/20 août 1994, p. 91.
- G. Vedel, La responsabilité des ordonnateurs devant la cour de discipline budgétaire et financière, RSLF 1949.
- J. Viret, La responsabilité de l'administration et de ses agents à l'épreuve du droit pénal contemporain, AJDA, novembre 1995, p. 763.
- Conseil d'Etat, La responsabilité pénale des agents publics, La Documentation française, 1996.
- Prévention de la corruption et transparence de la vie économique, rapport au Premier ministre de la commission de prévention de la corruption présidée par R. Bouchery, La Documentation française, 1993.
- 'Marchés publics et politique criminelle', circulaire n° 96. 1/G du 14 février 1996 du Ministère de la justice (Direction des affaires criminelles et des grâces).
- Circulaire intérieure, Economie du 7 décembre 1994 sur l'exercice du contrôle de légalité en matière de marchés publics (Le Moniteur, 31 mars 1995, p. 4766) et circulaires du 25 juillet 1988 et du 29 juillet 1993 sur le même thème.
- Service central de prévention de la corruption, rapports annuels 1996 et 1997, Editions des Journaux officiels.
- 'Le droit des marchés publics : 10 ans de jurisprudence 1988-1998', Revue de droit administratif, hors série, décembre 1998.
- Sur la déontologie
- J.M. et J.B. Auby, La fonction publique de l'Etat, Précis Dalloz.

P. Bandet, Les obligations des fonctionnaires, Berger-Levrault, 1997.

F. Chamson et O. Gaspon, La déontologie administrative, LGDJ, 1997.

M. Degoffe, L'impartialité de la décision administrative, RFDA 1998, p. 711.

J.-P. Didier, L'éthique du fonctionnaire civil - Son contrôle dans les jurisprudences administrative et constitutionnelle françaises, LGDJ, Coll. 'Bibliothèque de droit public', 1999.

A. Etchegoyen, Le corrupteur et le corrompu, Julliard, 1994.

V. Kondylis, Le principe de neutralité dans la fonction publique, LGDJ, Bibliothèque de droit public, 1994.

A.M. Le Pourhiet-Lebos, Le contrôle de l'impartialité des avis in 'Sur la forme et la procédure de l'acte administratif', Economica, 1979.

E. Mitard, L'impartialité administrative, AJDA, 20 juin 1999, p. 478.

Ch. Vigouroux, Déontologie des fonctions publiques, Dalloz, 1995.

'La déontologie dans la fonction publique', La Gazette, 22 mai 1995.

'La déontologie des fonctionnaires', Actes du colloque du 7 novembre 1996, Les cahiers de la fonction publique 1997.

Direction de l'hospitalisation et de l'organisation des soins, Sous-direction des affaires financières, Bureau de la gestion comptable et financière des établissements de santé.

Mesdames et Messieurs des 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 mise en oeuvre]) ; Mesdames et Messieurs les directeurs d'établissement public de santé (pour mise en oeuvre).

Texte non paru au Journal officiel.

2815.