

GUIDE JURIDIQUE

DES ACHATS HOSPITALIERS



PREAMBULE

Le secteur des achats hospitaliers fait l'objet depuis plusieurs années d'une attention particulière de la part des pouvoirs publics, lesquels appellent de leurs vœux une augmentation de l'efficacité des achats des établissements de santé, et souhaitent une réorganisation des pratiques en la matière.

La CAHPP accompagne depuis longtemps les établissements de santé dans le domaine de leurs achats, en proposant une activité privée de centrale de référencement.

Dans ce secteur en pleine réorganisation, et dans un souci d'accompagnement, la CAHPP a souhaité transmettre à ses adhérents le présent « *Guide juridique des achats hospitaliers* », qui a vocation à répondre de la manière la plus claire et la plus synthétique possible aux questionnements des établissements de santé sur les obligations qui sont les leurs en la matière, et sur les règles applicables aux mécanismes d'achat auxquels ils peuvent avoir recours.

Le présent guide s'arrêtera sur la distinction à faire en centrale d'achat publique et centrale de référencement privée, avant de détailler les conditions d'intervention de la CAHPP auprès des établissements de santé.

LEXIQUE

Le présent guide utilise les abréviations suivantes :

ARS	Agence régionale de santé
CASF	Code de l'action sociale et des familles
CMP	Code des marchés publics
CSP	Code de la santé publique
CSS	Code de la sécurité sociale
SPH	Service public hospitalier

SOMMAIRE

1.	LES CENTRALES D'ACHAT ET LES CENTRALES DE REFERENCEMENT.....	5
1.1	Qu'est-ce qu'une centrale d'achat publique ?	6
1.2	Est-il obligatoire d'avoir recours à une centrale d'achat publique ?	6
1.3	Qu'est-ce qu'une centrale de référencement privée ?	7
1.4	Les établissements publics et privés de santé dont les achats sont soumis à mise en concurrence peuvent-ils avoir recours à une centrale de référencement privée ?	7
1.5	Quelle est la nature juridique de la convention de mandat confié par un établissement de santé à une centrale de référencement privée ?	9
1.6	Je suis un établissement public de santé : quelles sont les procédures de publicité et de mise en concurrence que je dois respecter pour confier à une centrale de référencement privée un mandat intéressant mes achats ?	9
1.7	Je suis un établissement de santé privé soumis à l'ordonnance du 6 juin 2005 : quelles sont les procédures de publicité et de mise en concurrence que je dois respecter pour confier à une centrale d'achat de référencement privée un mandat intéressant mes achats ?	10
2.	LA CAHPP.....	12
2.1	Qu'est-ce que la CAHPP ?	13
2.2	Quel est le mécanisme de rémunération de la CAHPP ?	14
2.3	Ce mécanisme de rémunération indirecte par les fournisseurs est-il légal ?	14
2.4	Le montant de la rémunération indirecte de la CAHPP par les fournisseurs doit-il être pris en compte pour estimer le montant du marché de mandat ?	15

1.

**LES CENTRALES D'ACHAT
ET LES CENTRALES DE REFERENCEMENT**

1.1 *Qu'est-ce qu'une centrale d'achat publique ?*

Une **centrale d'achat publique** est nécessairement un **pouvoir adjudicateur** soumis soit au CMP soit à l'ordonnance du 6 juin 2005.

Une centrale d'achat publique exerce les activités suivantes (article 9 CMP, article 5 de l'ordonnance du 6 juin 2005) :

- ▶ elle acquiert des fournitures ou des services destinés à d'autres pouvoirs adjudicateurs, ou
- ▶ elle passe des marchés publics ou conclut des accords-cadres de travaux, fournitures ou de services destinés à d'autres pouvoirs adjudicateurs.

Les pouvoirs adjudicateurs qui recourent à une centrale d'achat publique pour commander des travaux ou pour acquérir des fournitures ou des services sont considérés comme ayant respecté leurs obligations de publicité et de mise en concurrence (article 31 CMP et article 15 de l'ordonnance du 6 juin 2005).

En effet, la centrale d'achat publique, qui doit nécessairement être un pouvoir adjudicateur, est elle-même soumise soit au CMP, soit à l'ordonnance du 6 juin 2005. Ainsi, elle respecte les procédures de publicité et de mise en concurrence que ces textes prévoient pour procéder aux achats de travaux, de fournitures et de services, ce qui épargne aux clients de la centrale d'achat publique d'organiser de telles procédures eux-mêmes.

1.2 *Est-il obligatoire d'avoir recours à une centrale d'achat publique ?*

Non, le recours à une centrale d'achat publique est seulement une possibilité offerte aux établissements de santé.

La circulaire du 14 février 2012 relative au Guide de bonnes pratiques en matière de marchés publics souligne qu'il s'agit d'un choix offert aux acheteurs public : « *les acheteurs publics peuvent faire le choix d'acheter seuls, de se grouper ou encore de recourir à une centrale d'achat* » et « *l'acheteur peut recourir à une centrale d'achat, au lieu de lancer lui-même une procédure de passation* ».

Il n'existe donc aucune obligation de recourir à une centrale d'achat publique.

Il n'existe pas de définition légale de la centrale de référencement privée. En pratique, il s'agit d'une société privée, qui propose des prestations de services de référencement, de conseil et d'assistance à l'achat : elle dispose d'une excellente connaissance des différents marchés des produits médicaux et hospitaliers, ce qui lui permet d'exercer son rôle avec la plus grande efficacité.

Contrairement aux centrales d'achat publiques, la centrale de référencement privée n'achète pas elle-même des produits ou des fournitures qu'elle revendrait ensuite à ses adhérents : si elle assiste et conseille les établissements dans leurs procédures d'achat, elle n'est pas elle-même acheteuse.

Une centrale de référencement privée exerce deux types d'activités :

- ▶ une activité de référencement : elle répertorie des informations sur les fournisseurs potentiels d'un marché déterminé, qu'elle met à la disposition de ses adhérents ;
- ▶ une activité de conseil et d'assistance à l'achat (préparation des procédures, négociation).

A défaut d'être un pouvoir adjudicateur soumis au CMP ou à l'ordonnance du 6 juin 2005, une centrale de référencement privée n'a pas la qualité de centrale d'achat publique. Par conséquent, il n'est pas possible pour les acheteurs publics d'avoir recours directement à une centrale de référencement privée, contrairement au mécanisme existant pour les centrales d'achat publiques.

Oui, le recours à une centrale de référencement privée est possible et parfaitement régulier.

Simplement, les centrales de référencement privées ne bénéficient pas du mécanisme prévu pour les centrales d'achat publiques (recours direct expressément autorisé par les textes) : elles doivent se voir confier un **mandat** par les établissements de santé désireux de bénéficier de leurs services.

Les pouvoirs publics ont eux-mêmes consacré cette possibilité. Ainsi, la circulaire du 7 décembre 2004 relative au recours aux centrales d'achat et aux sociétés de référencement par les établissements publics de santé¹ distingue deux situations :

- ▶ l'adhésion d'un établissement public de santé à une centrale de référencement privée pour obtenir des informations sur les fournisseurs d'un marché (a);
- ▶ le recours par un établissement public de santé à une centrale de référencement privée pour qu'elle l'assiste et le conseille sur la passation de ses marchés de fournitures ou de services (b).

(a) Dans le premier cas, la société procure à l'établissement de santé un catalogue de références de fournisseurs. La relation ainsi établie est constitutive, selon la circulaire précitée, « d'une prestation de service (service de référencement) au sens de l'article 1^{er} du CMP ».

Cependant, la circulaire précise que le montant et la nature des frais d'adhésion permettent d'exclure qu'ils constituent une véritable rémunération qui obligerait les établissements à organiser une mise en concurrence.

Un établissement public de santé peut donc librement adhérer à une centrale de référencement privée pour accéder aux informations fournisseurs (catalogue).

(b) Dans le second cas, lorsqu'un établissement public de santé souhaite que la centrale de référencement le conseille, l'assiste, et prépare pour son compte la passation et la négociation d'un marché, il doit lui confier pour ce faire un mandat.

En effet, la centrale de référencement privée ne bénéficiant pas du statut de centrale d'achat publique, l'établissement de santé ne peut pas avoir recours « *directement* » à elle, mais seulement par le biais d'une convention de mandat.

¹ Cette circulaire DHOS/F4 n° 2004-583 est publiée sur le site « *circulaires.gouv.fr* » et consultable à l'adresse suivante : http://circulaires.legifrance.gouv.fr/pdf/2009/04/cir_12725.pdf

1.5 *Quelle est la nature juridique de la convention de mandat confié par un établissement de santé à une centrale de référencement privée ?*

En vertu de la convention de mandat, la centrale de référencement privée devient la **représentante de l'établissement de santé** pour lequel elle intervient : elle prépare la mise en œuvre des procédures de publicité et de mise en concurrence applicables à l'établissement de santé mandant et elle négocie les achats objets du mandat.

Dans le cadre de son rôle de mandataire, la centrale de référencement privée va donc estimer le montant des achats sollicités, déterminer la procédure applicable en conséquence, publier un avis de publicité, recueillir et préparer l'analyse des candidatures et des offres, avant de proposer une décision d'attribution du marché, en fonction des termes spécifiques de chaque mandat.

Par ailleurs, une **convention de mandat** constitue un **marché public de services** (prestations d'achat et de négociations) s'il est conclu à titre onéreux.

En d'autres termes, si la centrale de référencement privée perçoit une rémunération en contrepartie de ses prestations d'achat et de négociations, la convention de mandat conclue avec l'établissement de santé est elle-même un marché public.

1.6 *Je suis un établissement public de santé : quelles sont les procédures de publicité et de mise en concurrence que je dois respecter pour confier à une centrale de référencement privée un mandat intéressant mes achats ?*

Pour confier une convention de mandat à une centrale de référencement privée, un établissement public de santé doit respecter les procédures de publicité et de mise en concurrence qui lui sont applicables, soit celles énoncées par le CMP. Ce code distingue deux situations, selon le montant estimé de la rémunération de la centrale de référencement privée :

- lorsque ce montant est **inférieur à 15 000 EUR HT**, le mandat peut être confié sans publicité ni mise en concurrence préalables (article 28 CMP) ;

- lorsque ce montant est **supérieur à 15 000 EUR HT**, le marché de mandat peut être passé selon une procédure adaptée, dont les modalités sont librement fixées par le pouvoir adjudicateur (articles 26 et 28 CMP), et ce quel que soit le montant du marché.

Rappelons en effet que les marchés publics de services ne sont soumis aux procédures dites « formalisées » à compter du seuil de 134 000 EUR HT que si les services concernés sont listés par l'article 29 CMP : les services concernés par un marché de mandat (achat, négociations) ne sont pas listés par cet article.

Deux hypothèses donc :

- soit la rémunération de la centrale de référencement privée n'excède pas 15 000 EUR HT, et alors aucune obligation de publicité et de mise en concurrence ne s'applique : le mandat peut être directement confié à la centrale ;
- soit la rémunération de la centrale de référencement privée excède 15 000 EUR HT, et l'établissement public de santé doit organiser une procédure de mise en concurrence dite « adaptée », dont il définit librement les modalités.

1.7 *Je suis un établissement de santé privé soumis à l'ordonnance du 6 juin 2005 : quelles sont les procédures de publicité et de mise en concurrence que je dois respecter pour confier à une centrale d'achat de référencement privée un mandat intéressant mes achats ?*

Pour confier une convention de mandat à une centrale de référencement privée, un établissement de santé privé doit respecter les procédures de publicité et de mise en concurrence qui lui sont applicables, soit celles énoncées par l'ordonnance du 6 juin 2005 et son décret d'application n° 2005-1742 en date du 30 décembre 2005.

Ces textes ne prévoient pas un seuil exonérateur de toute procédure de publicité et de mise en concurrence comme celui de 15 000 EUR HT du code des marchés publics.

L'article 9 du décret n° 2005-1742 précise qu'il ne s'applique pas aux marchés de services ayant pour objet des prestations non mentionnées à l'article 8 : or, les services concernés par un marché de mandat (achat, négociations) ne sont pas listés par cet article 8.

Ce texte prévoit seulement que ces marchés sont passés selon des modalités librement définies par le pouvoir adjudicateur, soit selon une procédure dite « *adaptée* ».

2.

LA CAHPP

La CAHPP est une **centrale de référencement privée**, constituée sous la forme d'une société anonyme. Son actionnariat est composé des établissements de santé adhérents.

Elle assure depuis plus de 40 ans des prestations de conseil, de référencement et d'assistance à l'achat auprès d'établissements hospitaliers publics et privés. Elle a été créée pour faciliter les achats des petites et moyennes structures de santé en leur permettant, par le regroupement de leurs commandes, d'obtenir des conditions techniques et financières optimisées pour leurs achats hospitaliers.

Les relations de la CAHPP avec le marché des fournisseurs n'influencent pas son fonctionnement, pas davantage que le choix de ses adhérents : la CAHPP est un interlocuteur **indépendant des fournisseurs**, qui fournit une expertise de **négociateur au bénéfice de ses adhérents**. Chaque contrat de mandat est conclu avec un seul établissement de santé, lequel reste **maître de son choix final** : l'intervention de la CAHPP a une vocation de conseil et d'assistance au bénéfice de l'établissement de santé adhérent, sans qu'aucun achat ni aucun fournisseur ne puisse lui être imposé.

Les interventions de la CAHPP prennent deux formes, conformément aux termes de la circulaire du 7 décembre 2004 relative au recours aux centrales d'achat et aux sociétés de référencement par les établissements publics de santé :

- ▶ la CAHPP met à la disposition de ses adhérents son **catalogue de fournisseurs**. L'adhésion à la CAHPP est libre pour tous les établissements de santé, les frais d'adhésion ne constituant pas une rémunération suffisamment significative pour impliquer une mise en concurrence ;
- ▶ la CAHPP intervient également auprès de ses clients soumis au respect d'obligations de mise en concurrence pour les assister dans leurs achats par le biais de **contrats de mandat**, afin de leur faire bénéficier de son expertise dans la conduite de leurs achats et des négociations.

2.2 *Quel est le mécanisme de rémunération de la CAHPP ?*

Les prestations que propose la CAHPP à ses clients sont rémunérées selon deux modalités différentes :

- soit la CAHPP est rémunérée par son client, l'établissement de santé : il s'agit alors d'un prix fixe, d'un montant généralement inférieur à 15 000 EUR HT – cette modalité de rémunération est habituellement appliquée aux établissements publics de santé ;
- soit la CAHPP est rémunérée par une partie variable réglée par les fournisseurs de l'établissement de santé, calculée en appliquant un pourcentage variable en fonction du montant des commandes envisageables – cette modalité de rémunération est habituellement appliquée aux établissements privés à but non lucratif.

Les conditions de rémunération de la CAHPP sont fixées et définies en toute transparence par la convention de mandat conclue avec l'établissement de santé.

2.3 *Ce mécanisme de rémunération indirecte par les fournisseurs est-il légal ?*

Ce mécanisme de rémunération indirecte par les fournisseurs est tout à fait légal.

Le CMP interdit seulement les mécanismes de paiement différé des prestations. Au-delà, il n'interdit aucune forme de rémunération, bien au contraire : la jurisprudence s'est illustrée par une large acceptation des formes de rémunération du titulaire d'un marché public, laquelle peut être directe mais aussi indirecte, et même assurée par des tiers.

Le juge admet par exemple que la rémunération du titulaire d'un marché de mobilier urbain ou d'un marché d'édition d'un bulletin municipal soit assurée non pas par la personne publique, mais par les recettes publicitaires nées de la commercialisation des emplacements publicitaires (respectivement CE 4 novembre 2005 *société Jean-Claude Decaux*, req. n° 247298 et CE 10 février 2010 *société Prest'action*, req. n° 301116). Le prix de ces marchés est ainsi assumé par des tiers, les acheteurs d'emplacements publicitaires.

Le juge a encore admis que la rémunération d'un marché public de restauration scolaire pouvait être réglé par les usagers du restaurant, et non pas par la collectivité locale (CE 5 juin 2009 *Société Avenance-Enseignement et Santé*, req. n° 298641 : mentionné aux tables du Rec. CE).

Le juge communautaire lui-même reconnaît que la contrepartie financière des prestations peut provenir, non pas de la personne publique mais de tiers, même si aucune charge ne pèse sur le pouvoir adjudicateur (CJUE 15 juillet 2010 *commission c/ Allemagne*, aff. C-271/08, points 72 et s.).

2.4 Le montant de la rémunération indirecte de la CAHPP par les fournisseurs doit-il être pris en compte pour estimer le montant du marché de mandat ?

Oui.

Les sommes versées indirectement par le(s) fournisseur(s) doivent être prises en compte pour calculer le montant estimé du marché de mandat, et connaître en conséquence la procédure applicable à sa passation.

Le montant de la rémunération de la CAHPP par les fournisseurs est inscrit dans la convention de mandat, et/ou porté à la connaissance de tout établissement de santé qui en fait la demande.

Le recours à une centrale de référencement privée telle que la CAHPP est possible et parfaitement légal, pour tous les établissements de santé et tous les établissements sociaux et médico-sociaux, qu'ils soient publics ou privés.

Auprès de ses clients soumis au respect d'obligations de publicité et de mise en concurrence, la CAHPP intervient par le biais de contrats de mandat, dont la rémunération est transparente. Elle les fait ainsi bénéficier de son expertise dans la conduite de leurs achats et de leurs négociations.

Contrairement à une centrale d'achat publique, la CAHPP n'impose pas de fournisseur à ses clients : l'établissement qui mandate la CAHPP garde toujours une complète maîtrise de sa décision d'achat.