

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.

Après un rappel général sur les textes applicables aux achats des établissements de santé, 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 ETABLISSEMENTS DE SANTE ET LA COMMANDE PUBLIQUE 6

1.1	Qu'est-ce qu'un établissement de santé ?	7
1.2	Qu'est-ce qu'un établissement public de santé ?	8
1.3	Qu'est-ce qu'un établissement de santé privé ?	8
1.4	Quelles sont les activités d'un service ou un établissement social ou médico-social ?	9
1.5	Quel est le statut d'un service ou d'un établissement social ou médico-social ?	9
1.6	Je suis un établissement public de santé : quels sont les textes applicables à mes achats ?	10
1.7	Les établissements de santé privés sont-ils également soumis au CMP ?	10
1.8	Je suis un établissement de santé privé : mes achats doivent-ils respecter des procédures de publicité et de mise en concurrence ?	11
1.9	Je suis un service ou un établissement social ou médico-social : quels sont les textes applicables à mes achats ?	12
1.10	Le projet de loi de santé présenté par Marisol Touraine peut-il avoir une incidence sur le régime des achats hospitaliers?	13
1.11	Une harmonisation des textes applicables aux achats des établissements de santé est-elle prévue ?	14

2. LES CENTRALES D'ACHAT ET LES CENTRALES DE REFERENCEMENT 16

2.1	Qu'est-ce qu'une centrale d'achat publique ?	17
2.2	Est-il obligatoire d'avoir recours à une centrale d'achat publique ?	17
2.3	Qu'est-ce qu'une centrale de référencement privée ?	18
2.4	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 ?	18
2.5	Quelle est la nature juridique de la convention de mandat confié par un établissement de santé à une centrale de référencement privée ?	20

2.6	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 ?.....	20
2.7	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 ?.....	21

3. LA CAHPP 22

3.1	Qu'est-ce que la CAHPP ?	23
3.2	Quel est le mécanisme de rémunération de la CAHPP ?	24
3.3	Ce mécanisme de rémunération indirecte par les fournisseurs est-il légal ?.....	24
3.4	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 ?.....	25

1.

**LES ÉTABLISSEMENTS DE SANTÉ
ET LA COMMANDE PUBLIQUE**

1.1 *Qu'est-ce qu'un établissement de santé ?*

Les établissements de santé sont chargés des missions suivantes (article L. 6111-1 CSP) :

- ils assurent le diagnostic, la surveillance et le traitement des malades, des blessés et des femmes enceintes ;
- ils délivrent les soins avec hébergement, sous forme ambulatoire ou à domicile ;
- ils participent à la coordination des soins en relation avec les membres des professions de santé exerçant en pratique de ville et les établissements et services médico-sociaux, dans le cadre défini par l'agence régionale de santé ;
- ils participent à la mise en œuvre de la politique de santé publique et des dispositifs de vigilance destinés à garantir la sécurité sanitaire ;
- ils mènent, en leur sein, une réflexion sur l'éthique liée à l'accueil et la prise en charge médicale.

Ils peuvent également être appelés à assurer, en tout ou partie, une ou plusieurs des missions de service public définies à l'article L. 6112-1 CSP (permanence des soins, prise en charge des soins palliatifs, enseignement universitaire et post-universitaire, actions de santé publique, etc...). Relevons ici que le projet de loi de santé présenté en conseil des ministres par Marisol Touraine le 15 octobre 2014 entend redéfinir le service public hospitalier de manière globale dans un nouvel article L. 6112-2 CSP.

Enfin, aux termes de l'article L. 6111-3 CSP, les établissements de santé, qu'ils soient publics ou privés, peuvent créer et gérer des services et/ou des établissements sociaux et médico-sociaux.

Il existe actuellement trois types d'établissements de santé (article L. 6111-1 CSP) :

- les établissements publics de santé,
- les établissements de santé privés,
- les établissements de santé privés d'intérêt collectif (ESPIC).

1.2 *Qu'est-ce qu'un établissement public de santé ?*

Aux termes de l'article L. 6141-1 du CSP, les établissements publics de santé sont des **personnes morales de droit public** dotées de l'autonomie administrative et financière. Ils sont des établissements publics soumis au contrôle de l'Etat, et leur objet principal n'est ni industriel ni commercial.

Les établissements publics de santé sont dotés d'un conseil de surveillance et dirigés par un directeur assisté d'un directoire.

Les modalités de création des centres hospitaliers dépendent de leur ressort territorial :

- si leur ressort territorial est communal, intercommunal ou départemental, ils sont créés par arrêté du directeur général de l'agence régionale de santé ;
- si leur ressort territorial est régional, interrégional ou national, ils sont créés par décret.

1.3 *Qu'est-ce qu'un établissement de santé privé ?*

Un établissement de santé privé est une structure de droit privé, qui n'est pas créée par l'Etat comme les établissements publics de santé. Le code de la santé publique distingue actuellement les établissements de santé privés des établissements de santé privés d'intérêt collectif (ESPIC).

Constituent des ESPIC (article L. 6161-5 CSP) :

- les centres de lutte contre le cancer ;
- les établissements de santé privés gérés par des organismes sans but lucratif qui en font la déclaration auprès de l'agence régionale de santé.

Aux termes du projet de loi de santé présenté en conseil des ministres par Marisol Touraine le 15 octobre 2014, le statut d'ESPIC a vocation à disparaître au profit de celui d'établissement de santé privé chargé du service public hospitalier (EPSPH). Néanmoins, le projet de loi prévoit que les ESPIC visés à l'article L. 6161-5 CSP se verront d'office reconnaître la qualité d'EPSPH, sauf opposition de la part de ces établissements ou opposition motivée du directeur général de l'ARS concernée (article 25 de l'avant-projet de loi).

1.4 *Quelles sont les activités d'un service ou un établissement social ou médico-social ?*

La liste des services et établissements sociaux et médico-sociaux est fixée par l'article L. 312-1 CASF.

Ils comprennent notamment :

- ▶ les services d'aide sociale à l'enfance,
- ▶ les établissements d'enseignement adapté et d'accompagnement destinés aux mineurs et aux jeunes adultes handicapés,
- ▶ les centres d'aide par le travail (CAT),
- ▶ les centres de soins, d'accompagnement et de prévention en addictologie, les foyers jeunes travailleurs,
- ▶ les centres d'accueil pour demandeurs d'asile,
- ▶ ou encore les EPHAD, établissements d'hébergement pour personnes âgées dépendantes.

1.5 *Quel est le statut d'un service ou d'un établissement social ou médico-social ?*

Le statut d'un service ou d'un établissement social ou médico-social est variable :

- ▶ soit ils sont des **services non personnalisés** – leur statut est alors celui de la personne morale à laquelle le service est rattaché (par exemple, un établissement de santé, public ou privé, comme le prévoit l'article L. 6111-3 CSP, ou encore un département) ;
- ▶ soit ils sont des établissements disposant en propre de **la personnalité morale**, que celle-ci soit de droit public ou de droit privé – les règles qui leur sont applicables dépendent de leur propre statut.

Lorsque les interventions à but social et médico-social **des personnes morales de droit public** sont assurées par des établissements **dotés de la personnalité morale**, ceux-ci sont des **établissements publics** communaux, intercommunaux, départementaux, interdépartementaux ou nationaux (article L. 315-1 CASF).

Le CASF prévoit également que ces services sociaux et médico-sociaux peuvent être assurés par des **personnes morales de droit privé**. Si celles-ci poursuivent un but non lucratif, leur régime comptable est encadré (article R. 314-80 du CASF). Enfin, ces activités sociales et médico-sociales peuvent être gérées par « *des organismes à but lucratif ou non habilités à recevoir des bénéficiaires de l'aide sociale* » (article R. 314-101 du CASF).

1.6 *Je suis un établissement public de santé : quels sont les textes applicables à mes achats ?*

Les établissements publics de santé sont expressément qualifiés d'établissements publics de l'Etat n'ayant pas un objet industriel et commercial (article L. 6141-1 CSP). Ils sont donc des établissements publics de l'Etat autres qu'industriels et commerciaux.

L'article 2 du CMP prévoit qu'il est applicable aux établissements publics de l'Etat autres que ceux présentant un caractère industriel et commercial.

En conséquence, **les établissements publics de santé sont des pouvoirs adjudicateurs soumis au code des marchés publics (CMP)** pour la passation de leurs achats.

1.7 *Les établissements de santé privés sont-ils également soumis au CMP ?*

Non.

L'article 2 CMP fixe la liste limitative des personnes auxquelles il s'applique : l'Etat, ses établissements publics autres que ceux présentant un caractère industriel et commercial, les collectivités locales et les établissements publics locaux.

Les établissements de santé privés ne sont pas des établissements publics de l'Etat. Ils ne sont pas davantage des collectivités locales ou des établissements publics locaux.

Les établissements de santé privés ne sont donc pas soumis au code des marchés publics (CMP).

1.8 *Je suis un établissement de santé privé : mes achats doivent-ils respecter des procédures de publicité et de mise en concurrence ?*

Oui, dès lors que l'établissement de santé privé répond aux critères de qualification d'un pouvoir adjudicateur.

En effet, le CMP n'est pas le seul texte qui prévoit des obligations de publicité et de mise en concurrence pour les achats de certaines personnes : il existe également l'ordonnance n° 2005-649 du 6 juin 2005 relative aux marchés passés par certaines personnes publiques ou privées non soumises au code des marchés publics (ci-après l'ordonnance du 6 juin 2005).

Cette ordonnance est applicable aux pouvoirs adjudicateurs qu'elle définit en son article 3, parmi lesquels les organismes de droit privé ou de droit public répondant aux trois critères cumulatifs suivants :

- l'organisme doit être doté de la personnalité morale ;
- l'organisme doit avoir été créé pour satisfaire spécifiquement des besoins d'intérêt général ayant un caractère autre qu'industriel ou commercial ;
- l'organisme doit être soumis à l'influence d'un autre pouvoir adjudicateur, selon l'une des trois modalités suivantes :
 - soit son activité est financée majoritairement par un autre pouvoir adjudicateur,
 - soit sa gestion est soumise au contrôle d'un autre pouvoir adjudicateur,
 - soit son organe d'administration est composé de membres dont plus de la moitié sont désigné par un autre pouvoir adjudicateur.

Chaque établissement de santé privé doit ainsi apprécier s'il remplit ces trois critères de définition de l'organisme de droit privé ou public, pouvoir adjudicateur, selon sa nature juridique, selon le contexte de sa création et les besoins qu'il a vocation à satisfaire, selon ses missions, selon ses modalités de financement, de fonctionnement et d'administration.

Si ces trois critères sont remplis, l'établissement devra respecter les règles de publicité et de mise en concurrence énoncées par l'ordonnance du 6 juin 2005 pour ses achats.

1.9 *Je suis un service ou un établissement social ou médico-social : quels sont les textes applicables à mes achats ?*

(a) Pour les services ou établissements sociaux et médico-sociaux qui ne disposent pas de la personnalité morale, les textes applicables à leurs achats sont ceux applicables à leur personne morale de rattachement :

- ▶ un service social ou médico-social géré par un établissement public de santé devra respecter le code des marchés publics pour ses achats ;
- ▶ un service social ou médico-social géré par un établissement de santé privé devra respecter l'ordonnance du 6 juin 2005 si l'établissement de santé privé en question répond aux trois critères de qualification d'un pouvoir adjudicateur.

(b) Pour les services ou établissements sociaux et médico-sociaux qui disposent de la personnalité morale, les textes applicables à leurs achats dépendront de leur statut public ou privé.

Pour les établissements ou services sociaux et médico-sociaux qui constituent des établissements publics, parce qu'ils disposent de la personnalité morale et qu'ils ont été créés par des personnes morales de droit public, le code des marchés publics leur est applicable.

En effet, ils constituent soit des établissements publics locaux (échelon communal, intercommunal, départemental, ou interdépartemental), soit des établissements publics de l'Etat, dont l'objet est *a priori* autre qu'industriel et commercial (même si les textes ne le précisent pas expressément) : ils sont donc visés à l'article 2 CMP, qui leur est applicable.

Les établissements sociaux et médico-sociaux dotés d'une personnalité morale de droit privé peuvent être soumis à l'ordonnance du 6 juin 2005 précitée, dès lors qu'ils répondent aux trois critères de qualification d'un pouvoir adjudicateur au sens de cette ordonnance.

1.10 *Le projet de loi de santé présenté par Marisol Touraine peut-il avoir une incidence sur le régime des achats hospitaliers?*

Le projet de loi de santé intitulé « *Changer le quotidien des patients et des professionnels de santé* », présenté par Marisol Touraine en conseil des ministres le 15 octobre 2014¹ comprend des mesures intéressant le statut des établissements de santé et les modalités d'organisation de leurs achats, sans pour autant affecter les textes applicables à ces achats.

(a) Suppression du statut d'ESPIC au profit de celui d'EPSPH

Le statut d'ESPIC serait supprimé (abrogation de l'article L. 6161-5 CSP).

En effet, le projet de loi entend réintroduire la notion de service public hospitalier (SPH), définie par un nouvel article L. 6112-2 CSP. Le SPH ainsi redéfini supposera notamment « *l'absence de facturation au patient de dépassements des tarifs fixés par l'autorité administrative et des tarifs des honoraires prévus au 1° du I de l'article L. 162-14-1 du CSS* ».

- ▶ le projet de loi prévoit que le SPH sera naturellement assuré par les établissements publics de santé et par les hôpitaux d'instruction des armées,
- ▶ les établissements de santé privés pourront assurer le SPH à leur demande, à condition d'exercer leurs activités dans les conditions prévues au nouvel article L. 6112-2 CSP, et donc à condition notamment d'appliquer les tarifs de la sécurité sociale sans dépassement.

Cette transformation du statut des établissements de santé privés, désormais distingués entre ceux participant au SPH et ceux n'y participant pas, n'emporte toutefois pas de modification des textes applicables à leurs achats : l'ordonnance du 6 juin 2005 continuerait de leur être applicable s'ils correspondent aux trois critères de qualification énoncés par son article 3.

(b) Le groupement hospitalier de territoire

Le projet de loi introduit le « *groupement hospitalier de territoire* » (GHT).

Le but du GHT serait la « *mise en œuvre d'une stratégie d'action commune* », notamment au moyen d'une « *mise en commun de fonctions et activités par des délégations ou des transferts de compétences entre établissements* ». Il est constitué avant tout d'établissements publics de santé mais peut comprendre des établissements de santé privés.

¹ Le dossier de presse du projet de loi de santé est disponible à l'adresse suivante : http://www.sante.gouv.fr/IMG/pdf/151014_-_Dossier_de_Presse_-_Loi_de_sante.pdf

A défaut de participer à un tel groupement, les établissements publics de santé ne pourront pas prétendre à l'attribution des dotations de financement de l'aide à la contractualisation.

Le GHT ne disposera pas de la personnalité morale : un « *établissement support* » devra obligatoirement assurer certaines missions pour le compte des établissements membres du groupement, parmi lesquelles « la politique d'achats », sans que cette mission ne soit précisée. Par ailleurs, cet établissement support « *peut gérer pour le compte du groupement les activités administratives et logistiques* », ce qui pourra recouvrir les achats hospitaliers.

Si elle a une incidence sur l'organisation des achats hospitaliers, l'institution des GHT ne change pas les textes qui sont applicables à leurs procédures de passation.

Le texte de ce projet de loi sera débattu à l'assemblée nationale au début de l'année 2015. Les débats parlementaires pourraient être l'occasion de préciser les missions du GHT en matière d'achats hospitaliers, et/ou d'introduire une disposition indiquant expressément les textes applicables aux achats des différents établissements de santé, en fonction de leurs statuts respectifs.

1.11 Une harmonisation des textes applicables aux achats des établissements de santé est-elle prévue ?

(a) La proposition de la mission parlementaire de simplification

En juillet 2013, le rapport annexe de la mission parlementaire de simplification de l'environnement réglementaire administratif et fiscal des entreprises a présenté une mesure 11.12 intitulée « *Simplification relative aux achats hospitaliers* »².

Ce rapport relève que les établissements du secteur de la santé et du secteur médico-social sont actuellement soumis, en fonction de leur statut juridique, à deux réglementations différentes :

- d'une part, le CMP, applicable aux établissements publics de santé et aux établissements publics sociaux et médicaux-sociaux ;

² Ce rapport, intitulé « *Les 21 chantiers du programme triennal de simplification (2013 – 2016)* », et le texte de cette proposition peuvent être consultés à l'adresse suivante : http://www.economie.gouv.fr/files/annexes_rapportfinalmandon.pdf

- ▶ d'autre part, l'ordonnance du 6 juin 2005, susceptible de s'appliquer aux ESPIC et aux établissements sociaux et médico-sociaux à but non lucratif qui répondent aux critères de qualification de l'article 3 de l'ordonnance.

La mesure de simplification proposée consistait à harmoniser le régime applicable aux achats des établissements de santé, en soumettant les seuls ESPIC, structures de droit privé, au CMP. Les autres structures de santé (groupement de coopération sanitaire, groupement d'intérêt public) relèveraient le cas échéant de l'ordonnance du 6 juin 2005.

Cette proposition, formulée en juillet 2013, n'a pas été suivie d'effet à ce jour.

(b) La transposition des nouvelles directives « commande publique »

De nouvelles directives « *Marchés* » ont été récemment publiées par les instances communautaires (directives 2014/24/UE et 2014/25/UE du Parlement européen et du Conseil du 26 février 2014). Celles-ci ne comprennent pas de dispositions spécifiques pour les établissements de santé.

En revanche, un des objectifs annoncés par les pouvoirs publics est de profiter de la transposition de ces directives pour unifier le code des marchés publics et l'ordonnance du 6 juin 2005.

Cette unification n'aura pas pour conséquence une modification du champ d'application personnel des obligations de publicité et de mise en concurrence prévues par ces textes. En effet, les nouvelles directives prévoient toujours qu'elles s'appliquent :

- ▶ à l'Etat,
- ▶ aux collectivités territoriales
- ▶ aux établissements publics,
- ▶ ainsi qu'aux organismes de droit privé ou de droit public répondant aux trois critères d'identification d'un pouvoir adjudicateur (article 2.1 de la directive 2014/24/UE).

Cependant, cette unification du CMP et de l'ordonnance du 6 juin 2005 permettrait d'appliquer les mêmes règles aux personnes relevant de ces deux textes (et notamment, le seuil de 15 000 EUR HT en deçà duquel aucune obligation de publicité ne s'applique, pourrait ainsi être étendu aux personnes relevant de l'ordonnance du 6 juin 2005).

Cette transposition devrait intervenir dans le courant de l'année 2015. En l'état, les textes de transposition sont en cours d'élaboration.

2.

LES CENTRALES D'ACHAT ET LES CENTRALES DE REFERENCEMENT

2.1 *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.

2.2 *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.

2.3 *Qu'est-ce qu'une centrale de référencement privée ?*

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 efficience.

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.

2.4 *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 ?*

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 santé³ 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.

³ 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

2.5 *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.

2.6 *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.

**2.7 *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 ».

3.

LA CAHPP

3.1 *Qu'est-ce que 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.

3.2 *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.

3.3 *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.).

3.4 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.