

DÉCEMBRE 2017

VADE-MECUM

La répartition des compétences à l'intérieur de la fonction achats des GHT

LA COOPÉRATIVE
DES ACHETEURS
HOSPITALIERS



VADE MECUM

La répartition des compétences à l'intérieur de la fonction achat de GHT

1- RUBRIQUES INTRODUCTIVES

Objet :

- Ce guide a pour ambition de proposer la vision d'UniHA au sujet de la répartition des compétences entre établissement support et établissement partie au sein de la fonction achat mutualisée à compter du 1^{er} janvier 2018.

Domaine et limites d'application :

- Ce guide a pour seule vocation de présenter la position d'UniHA sur les sujets qu'il évoque. Il est rédigé au regard des dispositions législatives et réglementaires existantes à la date de sa rédaction, et compte tenu de la jurisprudence rendue à cette date. Il ne prétend pas présenter une position juridique de nature à s'imposer.

Documents de référence :

- LOI n° 2016-41 du 26 janvier 2016 de modernisation de notre système de santé
- LOI n° 85 du 12 juillet 1985 relative à la maîtrise d'ouvrage publique et à ses relations avec la maîtrise d'œuvre privée (MOP)
- Décret n° 2017-701 du 2 mai 2017 relatif aux modalités de mise en œuvre des activités, fonctions et missions mentionnées à l'article L. 6132-3 du code de la santé publique, au sein des groupements hospitaliers de territoire
- Code des Marchés Publics (édition 2006) issu du décret n° 2006-975 du 1^{er} août 2006 et ses modifications ultérieures
- Ordonnance n° 2015-899 du 23 juillet 2015 relative aux marchés publics
- Décret n° 2016-360 du 25 mars 2016 relatif aux marchés publics
- INSTRUCTION INTERMINISTÉRIELLE N° DGOS/GHT/DGFIP/2017/153 du 4 mai 2017 relative à l'organisation des groupements hospitaliers de territoire
- Conseil d'État, 25 oct. 2013, n° 369806, Région Languedoc Roussillon, au Lebon
- Tribunal des conflits, 16 octobre 2006, Caisse centrale de réassurance c/ Mutuelle des architectes français
- Rép. Min. n° 100893 : JOAN Q, 7 février 2017
- Présentation club GHT du 16 novembre 2017
- Conseil d'État, ass., 04/11/2005 Jean Claude DECAUX, req. n° 247298
- Conseil d'État, sect., 11 juill. 2008, n° 312354 Ville de Paris
- CAA Lyon, 11 déc. 2008, n° 06LY00776, SIDEFAGE
- Conseil d'État, 8 avril 2009, Commune d'Olivet, n° 271737
- Réponse ministérielle n° 5532, JO Sénat du 25 décembre 2008, p. 2607
- Conseil d'État 27 avr. 1962, Sicard, Rec. CE, p. 279
- Conseil d'État sect., 11 mai 1962, Bazin, Rec. CE, p. 312

- FAQ fonction achat de GHT version du 25 octobre 2017
- Guide de l'achat public ; Produits de santé en établissement hospitalier ; Groupe d'étude des marchés Produits de Santé GEM-PS ; JUILLET 2012

Définitions et abréviations :

- DCE : Dossier de Consultation des Entreprises
- CCTP : Cahier des Clauses Techniques Particulières
- CCAP : Cahier des Clauses Administratives Particulières
- RC : Règlement de Consultation
- MAPA : Marché A Procédure Adaptée
- AO : Appel d'Offres
- CMP : Code des Marchés Publics
- BOAMP : Bulletin Officiel des Annonces des Marchés Publics
- JOUE : Journal Officiel de l'Union Européenne
- GHT : Groupement Hospitalier de Territoire
- ES : Etablissement support
- EP : Etablissement partie
- AAPC : Avis d'appel public à la concurrence
- BC : bon de commandes
- MS : Marché subséquent
- AC : Accord-cadre
- GC : Groupement de commandes
- CA : Centrale d'achat
- DGOS : Direction générale de l'Offre de Soins
- MINEFI : Ministère de l'économie et des finances

2 - DEROULEMENT / DESCRIPTION

2-1 - REPARTITION DES ACTIONS ENTRE ES ET EP

ACTION	Intervenant	
	Etablissement support	Etablissement partie
Identification du besoin		
Elaboration de la politique et des stratégies d'achat		
Publication de l'AAPC		
Modification du RC en cours de procédure		
Négociation avec les candidats		
Choix de l'offre économiquement la plus avantageuse		
Notification des courriers de rejet et de pré-attribution		
Publication de l'avis d'attribution		
Signature du marché		
Notification du marché		
Responsable des litiges au stade de la passation des marchés et marchés subséquents		
Négociation des avenants		
Signature des avenants		
Notification des bons de commandes		
Responsable des litiges au stade de l'exécution des marchés, bons de commandes et des marchés subséquents		
Notification des ordres de services		
Contrôle de l'exécution		
Sanction du cocontractant en phase d'exécution		
Paiement du cocontractant		
Elaboration du décompte		
Notification du décompte		
Gestion du mémoire en réclamation		
Responsable des litiges au stade de l'exécution		

 = Etablissement incompetent
 = Etablissement compétent

2-2 - SOMMAIRE

TITRE 1er : CADRE JURIDIQUE ET PERIMETRE DE LA FONCTION ACHAT DE GHT	5
TITRE 2 : LES MARCHES PUBLICS DONT LA PASSATION RELEVERA DE L'ETABLISSEMENT SUPPORT	6
ARTICLE 1 : Retour sur les principes fondamentaux.....	6
ARTICLE 2 : LE CAS DES MARCHES PUBLICS DONT LA PASSATION EST SOUMISE AU RESPECT DES DISPOSITIONS DE L'ORDONNANCE DU 23 juillet 2015	6
ARTICLE 3 : Devenir des marchés publics par les établissements parties non signés au 1 ^{er} janvier 2018	7
TITRE 3 : REPARTITION DES COMPETENCES ENTRE ETABLISSEMENT SUPPORT ET ETABLISSEMENT PARTIE	8
ARTICLE 1 : la conclusion des avenants aux marchés en cours	8
ARTICLE 2 : Les accords-cadres	9
ARTICLE 3 : Problematique de recours aux achats groupés	10
ARTICLE 4 : Focus sur les marchés de travaux.....	11
ARTICLE 5 : Computation des seuils et achats réalisés auprès des opérateurs nationaux	12

TITRE 1ER : CADRE JURIDIQUE ET PERIMETRE DE LA FONCTION ACHAT DE GHT

Le décret n° 2017-701 du 2 mai 2017 a apporté des modifications concernant la délégation de la fonction « achats » en procédant à la réécriture de l'article R. 6132-16 du Code de la santé publique.

Trois modifications principales sont intervenues.

Le nouvel article se veut plus clair et plus explicite sur les missions confiées en citant les missions de passation et d'exécution de l'ordonnance n° 2015-899.

La seconde nouveauté réside dans la modification des missions déléguées à l'établissement support. D'une part, les missions au titre de la passation des contrats se sont élargies puisque sont désormais incluses les missions de passation des avenants. D'autre part, les missions relatives à l'approvisionnement ont entièrement disparu. L'établissement support ne s'occupe plus que de la phase de passation. Ce point est important dans la mesure où il clarifie le rôle de l'établissement support dans la fonction « achat » qui se résume à minima à la passation des marchés et avenants.

Enfin, l'établissement partie se voit confier règlementairement les missions d'exécution. L'article renvoie en effet aux établissements parties l'exécution des marchés.

Ainsi, l'émission des bons de commandes, la vérification du service fait ou encore la liquidation et le mandatement des factures ressortent de la compétence de l'établissement partie.

Par conséquent, le décret n° 2017-701 a modifié et clarifié les rôles respectifs entre établissement support et établissement partie au GHT.

Par ailleurs, il convient de souligner que le Guide de la fonction achat mentionne que l'identification du besoin demeure de la responsabilité des établissements partie :

Guide méthodologique de la fonction achat de GHT, p. 11 :

« L'identification des besoins relève de chaque établissement partie au GHT. Ainsi, au préalable, chaque établissement partie se prononce en opportunité et définit ses besoins fonctionnels propres. Ce travail d'identification des besoins est réalisé en lien avec les prescripteurs concernés, par domaine d'achat. Chaque établissement partie se prononce donc en opportunité sur ses besoins qu'il a la charge d'exprimer. »

Cependant, l'ordonnance n° 2015-899 ne mentionne pas la « phase de préparation » du marché mais uniquement celle de la passation et de l'exécution. Au sein de l'ordonnance n° 2015-899, les obligations en terme de définition préalable du besoin sont incluses au sein des dispositions relatives à la passation.

De la même façon, la phase de « sourcing » revient-elle aux établissements parties ou à l'établissement support ?

Si l'on suit le raisonnement du Guide et de l'instruction ministérielle, les discussions préalables avec les opérateurs devraient être conduites par les établissements parties dès lors que ces missions figurent au sein du Titre II du décret concernant la préparation du marché.

En revanche, si l'on adopte une lecture stricte de l'article R. 6132-16 du CSP, seul l'établissement support aurait vocation à effectuer les pratiques de « sourcing », incluses au sein de l'acceptation large de la passation des marchés publics.

TITRE 2 : LES MARCHES PUBLICS DONT LA PASSATION RELEVRA DE L'ETABLISSEMENT SUPPORT

ARTICLE 1 : RETOUR SUR LES PRINCIPES FONDAMENTAUX

Relèvent de la qualification de marchés publics tous les contrats conclus à titre onéreux par un ou plusieurs établissements parties à un GHT avec un ou plusieurs opérateurs économiques (toute personne physique ou morale publique ou privée ou groupement de ses personnes dépourvu de la personnalité morale) pour répondre à ses (leurs) besoins en matière de travaux, services ou fournitures.

Autrement dit, un contrat sans contrepartie financière, réalisé à titre gratuit, n'est jamais un marché public, car le caractère onéreux du contrat induit l'idée d'un coût pesant sur l'acheteur public. Toute prestation engageant un euro oblige l'acheteur public à respecter les grands principes de la commande publique.

Le caractère onéreux implique une contrepartie financière de la part de l'acheteur public. Le caractère onéreux concerne donc ce qui a effectivement un prix, **mais aussi ce qui aurait pu en avoir un, si la prestation avait été présentée à la concurrence.**

Le prix matérialise, classiquement, le montant du marché. Il s'agit généralement du paiement d'une somme en argent en échange de la réalisation d'une prestation. Néanmoins, en l'absence d'un versement, d'autres formes de rémunération existent, où le caractère onéreux peut aussi bien résulter d'un abandon par l'acheteur public d'une possibilité de recette liée à l'exécution du marché.

L'exemple le plus cité est celui des marchés de mobilier urbain (*Conseil d'Etat, ass., 04/11/2005 Jean Claude DECAUX, req. n° 247298*) où une société installe le mobilier urbain sans que la ville ne le paie. En contrepartie, la commune autorise l'entreprise à exploiter, à titre exclusif, une partie du mobilier urbain en l'exonérant de redevance pour occupation du domaine public. L'avantage accordé à la société constitue la contrepartie onéreuse de la prestation.

Il est important de souligner le fait que ce contrat peut ne pas être écrit dès lors que le montant du marché passé ne va pas au-delà d'un montant de 25 000 euros HT. Ne sont pas considérés comme des marchés publics en vertu de la réglementation tant européenne que nationale les actes juridiques suivants: les décisions ou contrats attribuant une subvention (Exemple : la cotisation à une structure de coopération), les contrats de travail, les conventions d'occupation domaniale (bail emphytéotique administratif, autorisation d'occupation du domaine public), les conventions de mécénat, les contrats de concession de service et de travaux (ils sont caractérisés par un transfert en totalité ou en partie du risque d'exploitation au concessionnaire).

ARTICLE 2 : LE CAS DES MARCHES PUBLICS DONT LA PASSATION EST SOUMISE AU RESPECT DES DISPOSITIONS DE L'ORDONNANCE DU 23 JUILLET 2015

Entrent dans cette catégorie tous les marchés, que le chapitre II de l'ordonnance du 23 juillet 2015 relative aux marchés publics, n'a pas exclu de son champ d'application. La compétence de leur

passation est donc transférée, sans exception possible, à partir du 1er janvier 2018 à l'établissement support.

Sont concernés, à ce titre, tous les marchés passés par un ou plusieurs établissements publics de santé partie à un GHT et cela :

- Quel que soit leur montant, le transfert de compétence s'appliquant dès le premier euro.
- Quelle que soit leur nature, qu'il s'agisse de travaux, de fournitures, de services.
- Quelle que soit leur forme (accord-cadre, marché subséquent, marché ordinaire, marché de partenariat) et qu'il fasse ou non l'objet de la rédaction d'un contrat écrit (les achats sur facture entrent dans le champ du transfert de compétence dans la mesure où l'article 15 du décret d'application de l'ordonnance du 23 juillet relative aux marchés publics n'exige la passation d'un marché écrit qu'au-delà de 25 000 euros HT).
- Quelle que soit la procédure de passation de marché utilisée : appel d'offres, procédure concurrentielle avec négociation, procédure adaptée, dialogue compétitif, marché négocié sans mise en concurrence, concours, etc.

Le transfert de compétence à l'établissement support concerne donc tous les contrats d'acquisitions dès lors qu'ils sont conclus à titre onéreux.

Ce principe ne connaît pas de dérogation, que celle-ci soit tirée de la valeur de l'acquisition ou encore de son objet.

Tous les contrats, dès lors qu'ils sont conclus à titre onéreux, visant à externaliser des achats sont concernés (mise à disposition d'un marché par une centrale d'achat comme la passation d'un bon de commande à l'UGAP, signature d'une convention constitutive d'un groupement de commandes visant à confier à un de ses membres la passation de tout ou partie de la procédure de passation d'un marché public pour le compte d'un ou plusieurs établissements parties du GHT).

ARTICLE 3 : DEVENIR DES MARCHES PUBLIES PAR LES ETABLISSEMENTS PARTIES NON SIGNES AU 1ER JANVIER 2018

Sauf si une date antérieure a été prévue à cet effet par la convention constitutive du GHT, les nouvelles dispositions propres aux GHT organisés autour d'un établissement support et relatives à la fonction achat issues du décret n° 2017-701 du 2 mai 2017 et codifiées au sein du code de la santé publique (nouvel article R. 6132-16) prennent effet au plus tard au 1er janvier 2018.

En l'absence de dispositions transitoires prévoyant que le transfert de compétence s'applique aux contrats pour lesquels une consultation est engagée postérieurement au 1er janvier 2018, le transfert de la fonction achat à l'établissement support du GHT doit être regardé comme s'appliquant aux procédures de passation en cours lorsqu'au 1er janvier 2018, la signature des marchés publics n'est pas encore intervenue.

Dans ce cas de figure, selon le même mécanisme que celui qui est applicable aux transferts de compétence réalisés au profit des établissements publics de coopération intercommunale (cf. Rép. Min. n° 100893 : JOAN Q, 7 février 2017), une mise au point du marché public avant sa signature sera suffisante dès lors que le changement de pouvoir adjudicateur ne s'accompagne, en principe, d'aucune modification des conditions initiales de mise en concurrence.

Dans le cas contraire, la procédure de passation du marché public devra être déclarée sans suite et une nouvelle procédure de mise en concurrence mise en œuvre.

TITRE 3 : REPARTITION DES COMPETENCES ENTRE ETABLISSEMENT SUPPORT ET ETABLISSEMENT PARTIE

ARTICLE 1 : LA CONCLUSION DES AVENANTS AUX MARCHES EN COURS

Afin de synchroniser le renouvellement des marchés des établissements parties, le Guide préconise la conclusion d'avenants de prolongation ou d'avenants visant à la couverture de besoins supplémentaires. Ces avenants visant à couvrir des besoins supplémentaires auraient ici vocation à allonger la durée du marché. S'ils n'ont pas d'incidence sur la durée, ils n'ont pas d'incidence sur la convergence des marchés.

Sur ce point, il est essentiel de distinguer selon qu'il s'agit d'un marché pour lequel une consultation est engagée ou un avis d'appel à la concurrence a été envoyé à la publication avant ou après le 1er avril 2016, date à laquelle sont entrés en vigueur l'ordonnance n°2015-899 du 23 juillet 2015 relative aux marchés publics et son décret d'application n°2016-360 du 25 mars 2016 relatif aux marchés publics, qui ont modifié les règles prévues par le Code des marchés publics.

Principalement, seront concernés les marchés qui ont été conclus sous l'empire de l'ancien Code des marchés publics.

S'agissant de ces marchés, l'article 20 du Code des marchés publics, relatif aux avenants, disposait qu'un avenant ou une décision de poursuivre ne pouvait bouleverser l'économie du marché, ni en changer l'objet. La jurisprudence a, quant à elle, estimé qu'une augmentation par avenant de 15 % à 20 % ou plus du prix d'un marché était susceptible d'être regardée comme bouleversant l'économie du contrat (Conseil d'Etat, sect., 11 juill. 2008, n° 312354 Ville de Paris ; CAA Lyon, 11 déc. 2008, n° 06LY00776, SIEFAGE)

S'agissant des marchés pour lesquels une consultation a été engagée ou un avis d'appel à la concurrence a été envoyé à la publication après le 1er avril 2016, la règle est désormais fixée expressément. Les marchés peuvent être modifiés si le montant de la modification est, d'une part, inférieur aux seuils européens et, d'autre part, inférieur à 10 % du montant du marché initial pour les marchés publics de services et de fournitures ou à 15 % du montant du marché initial pour les marchés publics de travaux.

Au-delà de ces seuils, le décret du 25 mars 2016 relatif aux marchés publics prévoit un faisceau d'indices permettant d'identifier si l'avenant entraîne une modification substantielle du contrat. Le cas échéant, l'avenant serait irrégulier.

Les acheteurs publics devront faire preuve de vigilance sur ce point, car si le Guide prône un alignement des termes des marchés en cours, les avenants à ces marchés ne peuvent être signés que s'ils respectent les règles précises applicables à la modification des contrats.

Une analyse au cas par cas, au regard des montants des marchés et des conditions de mise en concurrence préalable, est nécessaire.

Au demeurant et en tout état de cause, la durée du marché ne peut pas dépasser celle prévue par les dispositions du Code des marchés publics et de l'ordonnance du 23 juillet 2015. En particulier, la

durée des accords-cadres à bons de commande ne peut pas excéder quatre ans, tout comme la durée des accords-cadres donnant lieu à la conclusion de marchés subséquents.

Enfin, le Guide affirme qu'à partir d'un marché initial d'un établissement partie, et afin d'aligner les termes des marchés, il pourrait être recouru à un avenant pour couvrir les besoins supplémentaires soit d'un établissement partie signataire initial du marché, soit de plusieurs établissements parties au GHT.

Toutefois, nous estimons que cette possibilité sera très marginale.

En effet, soit le marché original répond d'ores et déjà aux besoins de plusieurs établissements parties au GHT, et dans ce cas, les avenants au marché pourront, en effet, répondre, aux besoins supplémentaires de ces établissements, soit le marché ne répond initialement aux besoins que d'un seul établissement et les avenants ne pourront pas répondre aux besoins d'autres établissements.

D'autre part, il est précisé de même que ce n'est pas la date du lancement de la procédure qu'il convient de prendre en compte pour l'application des nouvelles dispositions mais la date de signature du marché public auquel ils se rattachent.

Si cette dernière est antérieure au 1er janvier 2018, et en l'absence de disposition expresse de la loi ou de motif d'intérêt général lié à un impératif d'ordre public impliquant une application immédiate de la loi aux contrats en cours d'exécution, cet avenant ne sera pas soumis aux nouvelles dispositions (Conseil d'Etat, 8 avril 2009, Commune d'Olivet, n° 271737). Par suite, c'est le pouvoir adjudicateur initialement compétent qui demeure compétent pour signer cet avenant.

ARTICLE 2 : LES ACCORDS-CADRES

Au sens des textes nationaux issus de la réforme des marchés publics de 2016 les "accords-cadres sont les contrats conclus par un ou plusieurs acheteurs avec un ou plusieurs opérateurs économiques ayant pour objet d'établir les règles relatives aux bons de commande à émettre ou les termes régissant les marchés subséquents à passer au cours d'une période donnée, notamment en ce qui concerne les prix et, le cas échéant, les quantités envisagées".

Ce sont des marchés publics (Article 4 de l'ordonnance n° 2015-899 du 23 juillet 2015 relative aux marchés publics)

L'article 78 du décret n° 2016-360 du 25 mars 2016 relatif aux marchés publics distingue deux catégories d'accords-cadres :

Lorsque l'accord-cadre ne fixe pas toutes les stipulations contractuelles, il donne lieu à la conclusion de marchés subséquents dans les conditions fixées à l'article 79 du décret n° 2016-360 du 25 mars 2016. Il y a une remise en concurrence des titulaires.

Lorsque l'accord-cadre fixe toutes les stipulations contractuelles, il est exécuté au fur et à mesure de l'émission de bons de commande dans les conditions fixées à l'article 80 du décret n° 2016-360 du 25 mars 2016. L'émission des bons de commande s'effectue sans négociation ni remise en concurrence préalable des titulaires, selon des modalités prévues par l'accord-cadre.

A compter du 1er janvier 2018, la conclusion des accords-cadres relèvera de la compétence des établissements supports des GHT au même titre que la passation de n'importe quel marché public.

Il convient également de distinguer les accords-cadres donnant lieu à l'émission de bons de commandes des accords-cadres donnant lieu à la conclusion de marchés subséquents.

- On peut aisément considérer que **l'émission de bons de commandes en application d'un accord-cadre** est un acte d'exécution et relève donc de la compétence de l'établissement partie du GHT.

Sur ce point, le Conseil d'Etat a considéré qu'il n'existe qu'un seul contrat, le marché lui-même, chaque bon de commande correspondant à une phase d'exécution de ce contrat général (Conseil d'Etat, 25 oct. 2013, n° 369806, Région Languedoc Roussillon, au Lebon).

En ce sens, une réponse ministérielle vient préciser la nature des bons de commandes en indiquant qu'ils : « constituent des décisions unilatérales de l'acheteur. Ils se rattachent aux actes d'exécution des contrats au sens de l'article L. 2122-22 4° du code général des collectivités territoriales » (Réponse ministérielle n° 5532, JO Sénat du 25 décembre 2008, p. 2607).

- Il y a, de ce point de vue, une importante différence avec **les accords-cadres qui donnent lieu à la conclusion de véritables marchés subséquents**, lesquels ne peuvent s'apparenter à des simples actes d'exécution mais à la passation de marchés publics indépendants.

Un point d'ombre subsiste cependant au sujet des accords-cadres donnant lieu à la conclusion de marchés subséquents. Lorsqu'un accord-cadre de ce type a été signé et notifié par un établissement partie à un GHT antérieurement au 1er janvier 2018, on peut légitimement s'interroger sur l'établissement compétent pour signer les marchés subséquents à venir postérieurement au 1er janvier 2018.

Une première solution pourrait consister en la conclusion d'un avenant tripartite de transfert de l'accord-cadre de l'établissement partie vers l'établissement support du GHT. Toutefois, l'opération de cession de l'accord-cadre n'est possible que sous réserve du consentement du ou des titulaire(s) des accords-cadres.

Une seconde solution consisterait en la cosignature des marchés subséquents de la part de l'établissement support et de l'établissement partie. Cette solution présente l'avantage de permettre de contourner l'absence de lien entre l'établissement partie et l'établissement support et permettrait de faire face à l'incertitude juridique car les signatures superflues n'entachent pas l'acte d'irrégularité si celui-ci comporte les signatures des autorités compétentes (Conseil d'Etat 27 avr. 1962, Sicard, Rec. CE, p. 279 : pour la signature non indispensable d'un décret du Premier ministre par le président de la République ; Conseil d'Etat sect., 11 mai 1962, Bazin, Rec. CE, p. 312).

ARTICLE 3 : PROBLEMATIQUE DE RECOURS AUX ACHATS GROUPEES

Selon notre point de vue, nous considérons qu'à compter du 1 janvier 2018 l'établissement support deviendra compétent pour décider et mettre en œuvre, le cas échéant, le recours à un groupement de commandes ou à une centrale d'achat

A cet effet, il sera donc habilité :

A signer des conventions constitutives de groupement de commandes

A signer des avenants à ces conventions constitutives de groupement de commandes

A dénoncer les conventions constitutives de groupement de commandes

A signer les conventions de revente conclues auprès des centrales d'achat

Cette opinion est partagée par la DGOS qui précise les éléments suivants :

FAQ fonction achat de GHT version du 25 octobre 2017

« Lors du recours à une centrale d'achat qui agit en tant que "grossiste", seule cette dernière est responsable de la passation et de l'exécution des marchés publics de fournitures et de services dont les établissements parties au GHT souhaiteront bénéficier.

Une centrale d'achat opérant en tant que grossiste au sens du 1° du I de l'article 26 de l'ordonnance du 23 juillet 2015, est le seul cocontractant du fournisseur ou du prestataire de services. Les acheteurs recourant à ses services ne disposent, quant à eux, d'aucun lien contractuel avec les titulaires des différents contrats dont ils bénéficient. Il ressort ainsi que ni l'établissement support ni les établissements parties n'auront à intervenir au stade tant de la passation que de l'exécution des marchés publics de fournitures ou de services dont ils souhaitent bénéficier.

Quelles que soient les modalités d'action d'une centrale d'achat (« intermédiaire » ou « achat-revente »), **le lien contractuel qui s'établit entre cette dernière et un pouvoir adjudicateur prend la forme d'un marché public de service d'achat centralisé** (bien qu'habituellement désigné à l'hôpital par le vocable impropre de "commande"). Il ressort des dispositions de l'article 3754 de la directive 2014/24/UE, de l'article 26 de l'ordonnance du 23 juillet 2015 et de l'article R.6132-16 du CSP que, à l'instar de la relation entretenu avec les autres fournisseurs en exécution et sous réserve de dispositions prises en matière de délégations de signature, **l'établissement partie à un GHT ne pourra émettre un bon de commande à destination d'une centrale d'achat agissant en tant que « grossiste » que si ce dernier est fondé sur un marché de service pour la fourniture de services d'achat centralisé, préalablement conclu avec l'établissement support et prenant la forme d'un accord-cadre à bons de commande** (au sens de l'article 78 du décret n°2016-360 du 25 mars 2016).

Il convient donc de distinguer deux cas de figure :

- **Le premier est celui de la passation de commandes "ponctuelles" auprès de la centrale d'achat "grossiste".**

Le transfert de la compétence achat à l'établissement support prévu par l'article 107 de la loi n°2016-41 du 26 janvier 2016 couvre l'hypothèse du recours à une centrale d'achat pour satisfaire les besoins d'un ou plusieurs établissements parties du GHT. **Pars suite, il appartient en principe au seul établissement support de passer des commandes auprès de la centrale d'achat "grossiste" pour l'acquisition des fournitures ou services qu'elle propose, quel que soit l'établissement dont émane le besoin. Dans ce cas, la passation des commandes est ponctuelle et conduit à cet égard, pour chaque besoin, à la conclusion de contrats uniques successifs entre l'établissement support et la centrale d'achat.**

- **Le second est celui de la passation d'une convention-cadre entre l'établissement support et la centrale d'achat "grossiste"**

Il est possible pour l'établissement support de conclure une convention d'une durée plus longue en vue de rendre plus permanente la relation contractuelle unissant l'établissement support du GHT à la centrale d'achat. A l'instar d'un accord-cadre à bon de commande, il pourrait ainsi être prévu dans une convention-cadre un montant maximal de commandes susceptibles d'être réalisées auprès de la centrale d'achat au cours d'une période déterminée.

Dans cette hypothèse, les établissements parties du GHT pour le compte desquels l'établissement support a signé la convention pourraient alors, au fur et à mesure de la survenance de leurs besoins, effectuer leurs commandes auprès de la centrale d'achat dès lors qu'ils conservent leur compétence pour réaliser les opérations d'exécution des contrats (convention-cadre) auxquels ils sont parties ».

ARTICLE 4 : FOCUS SUR LES MARCHES DE TRAVAUX

S'agissant de la maîtrise d'ouvrage publique, l'article 2 de la loi n°85 du 12 juillet 1985 relative à la maîtrise d'ouvrage publique et à ses relations avec la maîtrise d'œuvre privée (MOP) prévoit que le maître d'ouvrage « est la personne morale [...] pour laquelle l'ouvrage est construit. Responsable

principal de l'ouvrage, il remplit dans ce rôle une fonction d'intérêt général dont il ne peut se démettre ».

Il lui appartient ainsi, « après s'être assuré de la faisabilité et de l'opportunité de l'opération envisagée, d'en déterminer la localisation, d'en définir le programme, d'en arrêter l'enveloppe financière prévisionnelle, d'en assurer le financement, de choisir le processus selon lequel l'ouvrage sera réalisé et de conclure, avec les maîtres d'œuvre et entrepreneurs qu'il choisit, les contrats ayant pour objet les études et l'exécution des travaux ».

Or, il ressort de la loi n°2016-41 du 26 janvier 2016 que l'établissement support assure la fonction achat pour le compte des établissements parties. Le législateur n'a cependant pas réservé ce transfert de compétences aux seuls achats de fournitures et de services.

Il convient donc de considérer que les dispositions législatives relatives aux GHT dérogent aux dispositions générales de la loi MOP.

Il y a lieu de souligner que les dispositions de la loi MOP continueront à s'appliquer pour les autres missions composant la maîtrise d'ouvrage, pour lesquelles chaque établissement public de santé conserve sa compétence.

Toutefois, on peut s'interroger sur la possibilité pour les établissements de faire application de la maîtrise d'ouvrage prévue par l'art. 2 de la loi MOP pour permettre à l'établissement support de mettre en œuvre l'intégralité des attributs du maître d'ouvrage, y compris ceux qui ne lui sont pas transférés par la réforme des GHT : « II. - Lorsque la réalisation, la réutilisation ou la réhabilitation d'un ouvrage ou d'un ensemble d'ouvrages relèvent simultanément de la compétence de plusieurs maîtres d'ouvrage, ces derniers peuvent désigner, par convention, celui d'entre eux qui assurera la maîtrise d'ouvrage de l'opération. Cette convention précise les conditions d'organisation de la maîtrise d'ouvrage exercée et en fixe le terme ».

ARTICLE 5 : COMPUTATION DES SEUILS ET ACHATS REALISES AUPRES DES OPERATEURS NATIONAUX

La computation est le calcul ayant pour objet de regrouper les dépenses prévisionnelles ou réalisées par familles d'achats afin de vérifier, soit en programmation, soit en conduite, quels seuils sont atteints et d'en déduire ou de contrôler le choix des procédures à mettre en place pour les marchés passés ou à passer.

La valeur du besoin doit se définir dans le respect des articles 20 à 23 du décret n° 2016-360 du 25 mars 2016 relatif aux marchés publics :

- Montant total en € HT du ou des marchés
- Primes éventuellement versées au candidats incluses
- Lorsqu'un acheteur est composé d'unités opérationnelles distinctes, la valeur totale estimée des marchés publics passés pour les besoins des différentes unités opérationnelles est prise en compte
- En travaux, le montant global de l'opération (unité fonctionnelle, technique ou économique)
- En fourniture et services, au regard des familles homogènes ou d'une unité fonctionnelle, ou encore au regard des prévisions de dépenses au cours des 12 mois qui précèdent ou suivent la conclusion d'un marché.
- Valeur totale estimée de l'ensemble des lots en cas de marché public alloti.
- La valeur est estimée au moment de l'engagement de la procédure de passation du marché.

Selon la DGOS : « *L'établissement support est responsable de la procédure de passation des marchés pour le compte des établissements parties au GHT. Les établissements parties au GHT ne disposent plus de la capacité de passer et de conclure en propre leur marché. En conséquence, ils ne peuvent plus être regardés comme autonomes s'agissant de la passation des marchés.*

Le calcul de la valeur estimée du besoin pour la détermination des seuils de procédure applicables doit donc être effectué au niveau du GHT et non au niveau de chaque établissement ».

FAQ fonction achat de GHT version du 25 octobre 2017

Nous partageons le point de vue selon lequel la computation des seuils marchés publics doit être réalisée au niveau du GHT et non par établissement dans la mesure où les établissements parties du GHT n'ont qu'une compétence « pouvoir adjudicateur » résiduelle et que ces derniers n'auront plus la capacité de passer des marchés à compter du 1^{er} janvier 2018.

Toutefois, la DGOS semble préciser que : « *dans le cas où certaines de ces procédures sont confiées à des opérateurs externes de mutualisation - groupements de commande ou centrales d'achat - le calcul de la valeur estimée du besoin pour les procédures lancées en propre par le GHT ne prend pas en compte les besoins confiés à ces opérateurs ».*

FAQ fonction achat de GHT version du 25 octobre 2017

La Direction des affaires juridiques du MINEFI abonde en ce sens en précisant qu' : « *En cas d'acquisition auprès de l'Union des Groupements d'Achat Public (UGAP), la centrale d'achats étant un pouvoir adjudicateur qui passe des marchés publics ou conclut des accords-cadres de travaux, de fournitures ou de service destinés à des pouvoirs adjudicateurs, ces achats n'entrent pas dans la computation des seuils, sous réserve que ce recours ne constitue pas un détournement de procédure visant à échapper aux obligations générales de mise en concurrence ».*

Guide de l'achat public ; Produits de santé en établissement hospitalier ; Groupe d'étude des marchés Produits de Santé GEM-PS ; JUILLET 2012

Cette prise de position peut sembler dangereuse et nous estimons que cette question restera soumise à l'appréciation des magistrats des Chambres régionales des comptes dans le cadre de leur contrôle a posteriori de la commande publique.

Contactez l'auteur

William LUQUET

Responsable Conseil Achats Hospitaliers

Tel. 07 76 23 00 54

Email : william.luquet@uniha.org

GCS UniHA

9 rue Tuiliers 69003 LYON

<http://fournisseurs.uniha.org>

Twitter @UniHA_Hopital

