

*Direction de l'hospitalisation
et de l'organisation des soins*

Sous-direction des affaires financières
Bureau de la gestion financière
et comptable des établissements de santé

Circulaire DHOS/F4 n° 2004-583 du 7 décembre 2004 relative au recours aux centrales d'achat et aux sociétés de référencement par les établissements publics de santé

NOR : SANH0430730C

Date d'application : immédiate.

Références : Article 1^{er} de la directive 2004/18/CE du 31 mars 2004 portant coordination des procédures de passation des marchés publics de travaux, de fournitures et de services ;
Décret n° 2004-15 du 7 janvier 2004 portant code des marchés publics ;
Articles 1^{er}, 2, 9, 28, 32 et 35-III-4° du code des marchés publics.

Le ministre des solidarités, de la santé et de la famille à Mesdames et Messieurs les directeurs d'agence régionale de l'hospitalisation (pour diffusion aux établissements publics de santé) ;

Mesdames et Messieurs les 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 information]) ;

Mesdames et Messieurs les directeurs d'établissements publics de santé.

Certains établissements publics de santé (EPS) font appel, notamment pour leurs achats de produits pharmaceutiques, aux services de sociétés privées de référencement, en dehors de toute procédure de publicité et de mise en concurrence, invoquant le statut de centrales d'achats de ces sociétés.

Cependant, le recours, sans autre formalité que la simple adhésion, à ces sociétés couramment qualifiées de centrales de référencement ou de « centrales d'achat privées », est problématique au regard des règles applicables aux EPS en matière de commande publique. En effet, le code des marchés publics (CMP) définit précisément la notion de centrale d'achat, mais également les conditions dans lesquelles les personnes publiques sont considérées comme ayant respecté leurs obligations en matière de publicité et de mise en concurrence lorsqu'elles ont recours à de tels organismes.

Tout organisme ne peut donc pas prétendre à la qualification juridique de centrale d'achat et aux dérogations au droit commun de la commande publique qui en découlent. Or, les centrales de référencement auxquelles les EPS font fréquemment appel ne remplissent précisément pas ces critères, et ne sont donc pas, d'un point de vue juridique, des centrales d'achat.

La présente circulaire vise donc à préciser le cadre légal de l'intervention des centrales d'achat en matière d'achat hospitalier (I), ainsi qu'à clarifier les conditions dans lesquelles les EPS peuvent avoir recours aux centrales de référencement (II).

I. - LE CADRE LÉGAL D'INTERVENTION DES CENTRALES D'ACHAT

1.1. *Les centrales de référencement ne sont pas des centrales d'achat*

Au terme de l'article 1^{er} de la directive 2004/18/CE du 31 mars 2004 portant coordination des procédures de passation des marchés publics de travaux, de fournitures et de services, une centrale d'achat est obligatoirement un pouvoir adjudicateur.

En droit européen, sont considérés comme pouvoirs adjudicateurs : l'Etat, les collectivités territoriales, les organismes de droit public et les associations formées par une ou plusieurs de ces collectivités ou un ou plusieurs de ces organismes de droit public. Et l'on entend par organisme de droit public, tout organisme :

- créé pour satisfaire spécifiquement des besoins d'intérêt général ayant un caractère autre qu'industriel ou commercial, et
- doté de la personnalité juridique, et
- dont soit l'activité est financée majoritairement par l'Etat, les collectivités territoriales ou d'autres organismes de droit public, soit la gestion est soumise à un contrôle par ces derniers, soit l'organe d'administration, de direction ou de surveillance est composé de membres dont plus de la moitié au moins est désignée par l'Etat, les collectivités territoriales ou d'autres organismes de droit public.

Une personne morale qualifiée de pouvoir adjudicateur respecte obligatoirement les règles de ladite directive « marchés », ce qui implique, en droit interne, la soumission, pour ses achats, à l'un des deux textes de transposition : soit le décret n° 2004-15 du 7 janvier 2004 portant CMP, soit la loi n° 91-3 du 3 janvier 1991 relative à la transparence et à la régularité des procédures de marchés et soumettant la passation de certains contrats à des règles de publicité et de mise en concurrence. Dans ce cadre juridique, seule l'union des groupements d'achats publics (UGAP) semble actuellement pouvoir prétendre au statut de centrale d'achat.

Pour mémoire, la loi du 3 janvier 1991 soumet à des obligations de publicité et de mise en concurrence les personnes morales qui, bien que pouvoirs adjudicateurs au sens du droit européen et, à ce titre, tenues de respecter le droit communautaire de la commande publique, ne sont pas soumises en droit interne au CMP, en raison de leur nature privée.

1.2. *Les obligations de l'EPS lors du recours à une centrale d'achat ou à une centrale de référencement*

Une centrale d'achat étant nécessairement un pouvoir adjudicateur, elle respecte, pour ses propres achats, soit les dispositions du CMP, soit celles de la loi n° 91-3 du 3 janvier 1991, comme cela a déjà été précisé. Dès lors qu'elle respecte ces règles, la personne publique faisant appel à elle est considérée comme ayant respecté ses propres obligations en matière de publicité et de mise en concurrence (article 32 du CMP).

Il en découle logiquement qu'un EPS qui ferait appel, en dehors de toute procédure de publicité et de mise en concurrence, aux services de centrales de référencement qui ne sont pas des pouvoirs adjudicateurs et ne respectent ni les dispositions du CMP, ni celles de la loi n° 91-3 du 3 janvier 1991 - et ne peuvent donc prétendre à aucune dérogation au droit commun de la commande publique - ne respecterait pas ses obligations.

Une fois ce principe établi, il convient toutefois de le nuancer en distinguant plusieurs hypothèses, en fonction des services rendus par la société de référencement, qui peuvent aller de la simple fourniture de renseignements sur les fournisseurs, à la prestation de négociation.

II. - LA QUESTION DE LA LÉGALITE DU RECOURS À UNE CENTRALE DE RÉFÉRENCIEMENT

A titre préliminaire, j'attire votre attention sur le fait qu'une centrale de référencement ne peut se porter directement candidate à l'attribution d'un marché public de fournitures, notamment de produits pharmaceutiques. En effet, ces centrales, lorsqu'elles se portent candidates, proposent, en réalité, de faire exécuter directement l'intégralité du marché par les laboratoires fabricants aux conditions qu'elles ont négociées préalablement. Elles ne peuvent donc offrir qu'une prestation de services ayant pour objet la mise en concurrence des fournisseurs potentiels en réponse à un marché de fournitures.

2.1. *L'adhésion d'un EPS à une centrale de référencement pour obtenir des informations*

Compte tenu de ces éléments, on peut légitimement s'interroger sur la possibilité pour un EPS de s'adresser à une société de référencement, en dehors de toute procédure de publicité et de mise en concurrence, dans le but d'obtenir des informations sur les fournisseurs potentiels d'un marché déterminé.

Dans une telle hypothèse, la société procurant à l'EPS un catalogue de références de fournisseurs, la relation ainsi établie semble constitutive d'une prestation de service - service de référencement - au sens de l'article 1^{er} du CMP.

Toutefois, cette prestation ne semble pas faire l'objet d'une rémunération au sens dudit article 1^{er}, dès lors que l'EPS n'est soumis qu'à l'obligation de verser à la société des frais d'adhésion, en principe inférieurs à 500 euros, qui ne peuvent pas être assimilés à une véritable rémunération.

Un EPS peut donc librement adhérer à une société de référencement lorsqu'il s'agit uniquement pour lui d'accéder à des informations sur des fournisseurs.

2.2. *Le recours à une centrale de référencement pour bénéficier de prestations de négociation : le mandat*

Un EPS peut souhaiter confier à une centrale de référencement le mandat de procéder, pour son compte, à la passation d'un marché de fournitures. Dans ce cas, non seulement le mandat doit faire l'objet d'une mise en concurrence préalable, mais le mandataire désigné doit également mettre en oeuvre la réglementation applicable à son mandant, notamment en matière de commande publique, en application de l'article 2-I-2^o du CMP (« I. Les dispositions du présent code s'appliquent : [...] 2^o Aux marchés conclus en vertu d'un mandat donné par une des personnes publiques mentionnées au 1^o du présent article [...] »).

En d'autres termes, la centrale de référencement doit être sélectionnée à l'issue d'une procédure de marché public et doit, pour l'exécution de sa prestation de mandataire, mettre en oeuvre les procédures du CMP. Le recours à une telle centrale dépend donc des résultats de la mise en concurrence préalable.

2.2.1. *L'hypothèse d'un marché concurrentiel*

Pour les marchés de fournitures dont le montant dépasse le seuil mentionné à l'article 28 du CMP (230 000 euros HT), la centrale de référencement mandataire doit mettre en oeuvre une des procédures formalisées prévues par ledit code, et ne peut donc pas choisir le titulaire du marché par simple consultation de son catalogue de fournisseurs.

En revanche, si le montant du (ou des) marché(s) est inférieur au seuil précité, la centrale de référencement mandataire peut mettre en oeuvre une procédure adaptée (article 28 du CMP). La procédure adaptée confère une plus grande liberté aux acheteurs publics, et donc à leurs mandataires, dans la détermination des mesures de publicité et de mise en concurrence à mettre en oeuvre. Ils doivent néanmoins respecter les principes généraux de la commande publique énoncés à l'article 1^{er} du CMP (liberté d'accès à la commande publique, égalité de traitement des candidats, transparence des procédures).

Ces principes imposent notamment que chaque marché fasse l'objet d'une publicité adaptée afin que les fournisseurs potentiels, y compris ceux dont les produits ne sont pas référencés dans le catalogue de la centrale de référencement, puissent proposer une offre.

En conclusion, si un EPS peut recourir aux services d'intermédiation d'une centrale de référencement dans les conditions précitées, une telle centrale ne peut pas contracter pour son compte, en utilisant des bases de données existantes de fournisseurs sélectionnés par ses soins, sur la base de conditions contractuelles et tarifaires négociées par elle-même en dehors de toute procédure de marché public, lorsqu'il existe un marché concurrentiel pour les fournitures concernées.

2.2.2. L'hypothèse où le fournisseur dispose d'un droit d'exclusivité

En l'absence de marché concurrentiel pour la (ou les) fourniture(s) objet du marché, notamment lorsque les produits sont protégés par un droit d'exclusivité, la centrale de référencement mandataire peut recourir à la procédure du marché négocié sans publicité ni mise en concurrence préalable, en application de l'article 35-III-4^o du CMP.

Dans une telle hypothèse, le CMP prévoyant que l'acheteur public peut s'adresser directement au fournisseur détenant le droit d'exclusivité, la centrale de référencement mandataire peut alors utiliser les prix obtenus lors de l'établissement de son catalogue.

*Le directeur de l'hospitalisation
et de l'organisation des soins,
E. Couty*

Les données figurant dans HosmaT sont présentées uniquement pour faciliter l'accès des professionnels à l'information essentielle. Aux fins d'interprétation et d'application, seule fait foi la publication du *Ministère de la Santé*.

site - <http://www.hosmat.fr>