



REPUBLIQUE FRANCAISE
...
MINISTERE DE L'ENSEIGNEMENT SUPERIEUR, DE LA RECHERCHE ET
DE L'INNOVATION
...
UNIVERSITE DE VALENCIENNES ET DU HAINAUT-CAMBRESIS
...
FACULTE DE DROIT, D'ECONOMIE ET DE GESTION (FDEG)
...
DEUXIÈME ANNÉE MASTER DROIT PUBLIC DES AFFAIRES

MÉMOIRE EN VUE DE L'OBTENTION DU DIPLÔME DE MASTER 2

**LA COMMANDE PUBLIQUE HOSPITALIERE : CAS
DU GRAND HOPITAL DE L'EST FRANCILIEN**

Réalisé par :

Emmanuel DJIDONOU

Sous la direction de :

Jean-François BOUDET

Maître de conférence
(HDR) en Droit public

Tuteur de stage :

François WEPPE

Directeur du Pôle Ressources
Logistiques et Techniques du GHEF

Année universitaire 2017-2018

**LA COMMANDE PUBLIQUE HOSPITALIERE : CAS DU GRAND HOPITAL DE
L'EST FRANCILIEN**

AVERTISSEMENT

La Faculté de Droit, d'Economie et de Gestion (FDEG), n'entend donner aucune approbation ni improbation aux opinions émises dans ce mémoire.

Ces opinions sont considérées comme propres à leur auteur.

REMERCIEMENTS

Je remercie sincèrement mon Directeur de mémoire, Monsieur Jean-François BOUDET pour sa patience, sa confiance et sa disponibilité.

Vos conseils m'ont été d'une grande contribution.

Je témoigne ma gratitude envers mon Directeur de Master, Monsieur Romélien COLAVITTI pour sa disponibilité et ses bons conseils.

Un grand merci à tous mes enseignants, à l'Université de Valenciennes et à mes promotionnaires.

Je remercie les responsables du Grand Hôpital de l'Est Francilien et tout le personnel.

Parmi vous, je me suis senti plus qu'un stagiaire, j'étais un collègue, un ami et un frère.

Un merci particulier à Monsieur François WEPPE.

LISTE DES SIGLES ET ABREVIATIONS

- Al. : Alinéa
- ARS : Agence Régionale de la Santé
- Art. : Article
- CAA : Cour administrative d'appel
- CE : Conseil d'Etat
- CGCT : Code général des Collectivités territoriales
- CG3P : code général de la propriété des personnes publiques
- CJCE : Cour de Justice des Communautés européennes
- CJUE : Cour de Justice de l'Union Européenne
- DGOS : Direction Générale des offres de soins
- EPCI : Etablissement public de coopération intercommunale
- EPL : Entreprise publique locale
- EPS : Etablissement public de santé
- GEF : gestion économique et financière
- GHEF : Grand Hôpital de l'Est Francilien
- GIP : groupement d'intérêt public
- MAPA : marché à procédure adaptée
- PAA : plan d'action achats
- PRLT : Pôle ressources logistiques et techniques
- Ugap : Union des groupements d'achats publics
- UniHa : Union des hôpitaux pour les achats
- Resah : Réseau des acheteurs hospitaliers
- SAD : système d'acquisition dynamique
- SI : système d'information
- SIGEIF : Syndicat intercommunal pour le gaz et l'électricité en Ile-de-France
- SIHA : système d'information des achats
- SMPS : Syndicat des managers publics de santé
- SPL : Société publique locale

LISTE DES GRAPHIQUES

Graphique 1 : Commandes en cours	44
Graphique 2 : Poids financier par type de commande	45
Graphique 3 : Commandes externalisées	45
Graphique 4 : Gestion des procédures de passation	46
Graphique 5 : Types de procédure	46

RESUME

Les politiques publiques embrassent toutes les questions de la vie quotidienne dont celle de la santé. Un extrait du "Guide Nouvelles organisations et architectures hospitalières" traduit bien le défi que présente la question pour les pouvoirs publics. On peut en effet y lire que :

« Les établissements de santé français ne peuvent aujourd'hui se restructurer que dans le cadre d'une triple problématique : répondre aux besoins de santé dans un territoire donné, répondre aux exigences de sécurité et de qualité, s'adapter aux contraintes liées à la raréfaction des moyens humains et financiers.

La modernisation des établissements se traduit par des reconstructions totales ou partielles, dans un contexte de regroupements de moyens, de stratégies d'alliances internes ou externes, de recomposition du paysage hospitalier prenant en compte l'ensemble des structures sanitaires et médico-sociales existantes. »

Cet état des lieux est tout aussi actuel dans le domaine des achats hospitaliers, pilier majeur du service public hospitalier. Le système de la santé est en effet un secteur sensible de notre société, classé comme le plus performant en termes de dispensation et d'organisation des soins de santé par le « Rapport sur la Santé dans le Monde 2000 - Pour un système de santé plus performant » de l'Organisation mondiale de la santé en 2000.

Il est principalement animé par les établissements publics de santé, personnes morales de droit public dotées de l'autonomie administrative et financière, dont les missions sont définies par le Code de la santé publique.

La politique nationale des achats hospitaliers est axée sur le programme PHARE lancé en 2011 par la direction générale de l'offre de soins (DGOS). C'est une politique structurante en faveur de la performance et de la professionnalisation des achats hospitaliers. Elle traduit la volonté des pouvoirs publics de faire des achats hospitaliers un enjeu central, et a sorti les achats des hôpitaux du seul prisme de la sécurisation juridique, pour en faire un outil de performance économique et de professionnalisation de la fonction achat.

Le PHARE s'est principalement décliné dans le projet Armen, qui a consisté à identifier de bonnes pratiques d'achat générant des opportunités de gains. Il a donné l'opportunité aux groupements de commande d'accompagner plus directement les établissements de santé.

Par ailleurs, la Cour des Comptes a relevé dans une communication inter-juridictions de juin 2017, des facteurs de satisfaction propices à la performance des achats hospitaliers mais aussi des points de faiblesse en particulier les irrégularités entachant la pratique dans la majorité des établissements publics de santé.

Elle souligne en particulier que les acheteurs hospitaliers ne disposent pas d'une véritable stratégie d'achat, faute d'une professionnalisation suffisante. Les rôles et fonctions des différents acteurs intervenant dans la chaîne achat (prescripteur, acheteur, juriste, approvisionneur) ne sont pas toujours clairement définis.

Elle signale que les hôpitaux ont développé progressivement leur recours à des groupements d'achats pour obtenir de meilleures conditions de prix et pour améliorer la sécurisation juridique de leurs procédures. Les achats mutualisés représentent une part encore limitée, avec de fortes différences entre établissements et selon les types d'achats, les achats pharmaceutiques faisant l'objet de la plus grande mutualisation.

Les juridictions financières notent alertent que le suivi de l'efficacité de la mutualisation des

achats est rarement effectué par la plupart des établissements, qui restent dans une grande méconnaissance des bénéfices retirés des achats mutualisés, alors même que les performances des différents groupements apparaissent très différentes.

Aussi relèvent-elles que le dispositif d'achat des médicaments manque d'efficacité et présente de fortes limites.

Très peu d'établissements se sont dotés d'une politique globale d'achat.

Le risque de pratiques anticoncurrentielles demeure présent malgré l'absence de signalement et des errances ont été relevées dans la définition des besoins de plusieurs dossiers de consultation.

Une démarche de confrontation des conclusions de cette communication avec un cas pratique nous a conduit au GHEF, pouvoir adjudicateur au profil particulier, et membre d'un groupement hospitalier de territoire (GHT). Les observations faites ne démentent pas les travaux des juges et permettent plutôt de se rendre compte des réalités du terrain.

La dématérialisation reste une préoccupation tout comme la professionnalisation. La veille juridique est indispensable pour la sécurité des commandes et pour la protection des acteurs intervenant dans les procédures d'achat. Pour pallier les carences actuelles, le recours à l'externalisation de la fonction achat et la mutualisation semblent être le remède idéal pour tous les établissements de santé.

On peut louer à cet effet les nombreuses réformes entreprises par l'autorité ministérielle et les initiatives des groupements et centrales d'achat pour accompagner les pouvoirs adjudicateurs hospitaliers dans la bonne exécution de leur mission de service public, pour une commande efficace et une bonne utilisation des deniers publics.

Mais certains achats doivent pouvoir être gérés en interne et pour cela il faut une certaine rigueur dans la définition des besoins, la rédaction des documents de consultation et le suivi de l'exécution des contrats.

Il n'est pas non plus prétentieux d'inviter les acheteurs à sortir des pratiques classiques et à expérimenter le panel de montages qu'offre la réglementation européenne et nationale tels que les offres innovantes, les accords-cadres, le système d'acquisition dynamique etc.

Face à certaines difficultés et tenant compte des réalités financières, il n'est pas non plus irréaliste de préférer un mode de gestion intégrée au détriment de l'externalisation.

SOMMAIRE

INTRODUCTION GENERALE	10
Titre I : LA COMMANDE PUBLIQUE HOSPITALIERE	19
Chapitre 1 : CADRE GENERAL DES ACHATS HOSPITALIERS	20
Section 1 : Organisation des achats hospitaliers	20
Section 2 : Regard des juridictions financières sur la commande publique hospitalière	26
Chapitre 2 : ORGANISATION DE LA COMMANDE PUBLIQUE AU GRAND HOPITAL DE L'EST FRANCILIEN (GHEF)	33
Section 1 : PRESENTATION DU GHEF	33
Section 2 : Le GHEF et les achats publics	38
Titre II : LES APPROCHES FAVORABLES A DES ACHATS PERFORMANTS MAIS AUSSI REGULIERS	53
Chapitre 1 : UNE COMMANDE HOSPITALIERE TOUJOURS EFFICACE	54
Section 1 : L'efficacité de la commande publique	54
Section 2 : Les montages axés sur l'obligation de résultat	62
Chapitre 2 : LE RECOURS A L'EXTERNALISATION	68
Section 1 : La mutualisation des achats	68
Section 2 : La possibilité de la gestion intégrée	74
CONCLUSION GENERALE	79
BIBLIOGRAPHIE	81
ANNEXES	85
TABLE DES MATIERES	88

INTRODUCTION GENERALE

La gouvernance publique suit une évolution constante et l'action publique a cessé de se focaliser uniquement sur les seules fonctions de réglementation et d'encadrement du libre jeu des acteurs économiques.

Nous sommes résolument dans une ère de programmes d'actions et de projets de société, où les pouvoirs publics s'intéressent de plus en plus à des activités de prestations destinées à assurer au nom de l'intérêt général, la satisfaction des besoins collectifs essentiels des populations. Il s'agit de mission de service public et d'actions inspirées de l'intérêt général.

L'action publique est déroulée suivant des registres définis par les dispositions légales et réglementaires et est arrêtée dans des cadres où se nouent et se dénouent des relations et coopération de natures diverses.

La commande publique caractérise la contractualisation du service public ou de la mission d'intérêt général.

Dans son rapport public 2008, le Conseil d'État, s'est prononcé sur la thématique « Le contrat, mode d'action publique et de production de normes ».

La haute juridiction administrative, conseil des pouvoirs publics, avisait déjà sur l'essor considérable du contractualisme parmi les modes d'action publique en tant que technique d'organisation de l'administration et de mise en œuvre des politiques administratives.

Elle expliquait alors la dynamique contractuelle comme résultant en grande partie des changements intervenus dans le contexte politique, économique et social "des trente dernières années". Ainsi le Conseil d'Etat va relever que la décentralisation, la construction européenne, la pénétration de l'État sur le marché et son rôle accru en matière sociale, la reconnaissance de la valeur constitutionnelle de la liberté contractuelle conduisent à privilégier un mode d'action publique fondé sur le consensus et la négociation plutôt que sur la contrainte attachée à l'unilatéralisme, prenant ainsi acte de ce passage à l'ère du « tout contractuel ».

D'après le Conseil d'Etat, le contrat est un mode d'action publique recouvrant des réalités juridiques très différentes dont le seul dénominateur commun est qu'il s'agit d'actes non unilatéraux. Ainsi, le Conseil d'État définissait-il le contrat comme « La présence de consentements libres et éclairés qui se rencontrent dans le but de trouver un accord donnant naissance à des obligations réciproques et à un équilibre entre les droits et les obligations des parties ». C'est l'idée d'équilibre qui est ici promue et qui renvoie aux mécanismes correcteurs (théories du fait du prince et de l'imprévision) propres au contrat administratif. Il est noté qu'il s'agit d'une approche qui fait allusion au contrat dit authentique, lequel engage et est sanctionné.

Il regroupe dans cette catégorie, les marchés publics, concessions de service public, affermages, contrats de partenariat¹, baux emphytéotiques, contrats d'occupation du domaine public, etc.

Ceux particuliers de ces contrats qui font objets du présent travail sont les marchés publics et les contrats de concession, qui forment les contrats de la commande publique.

La notion de marchés publics est définie par l'article 4 de l'ordonnance 2015-899 du 23 juillet 2015 relative aux marchés publics, qui dispose que :

« Les marchés publics soumis à la présente ordonnance sont les marchés et les accords-cadres définis ci-après.

Les marchés sont les contrats conclus à titre onéreux par un ou plusieurs acheteurs soumis à la présente ordonnance avec un ou plusieurs opérateurs économiques, pour répondre à leurs besoins en matière de travaux, de fournitures ou de services.

Les accords-cadres sont les contrats conclus par un ou plusieurs acheteurs soumis à la présente ordonnance 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.

Les marchés de partenariat définis à l'article 67 sont des marchés publics au sens du présent article. »

Cette définition est une transposition des directives européennes 2014/24/UE et 2014/25/UE.

Les contrats de concession sont quant à eux définis par l'article 5 de l'ordonnance 2016-65 du 29 janvier 2016 relative aux contrats de concession, qui transpose l'article 5 de la directive européenne 2014/23/UE du 23 février 2014. Il dispose que :

« Les contrats de concession sont les contrats conclus par écrit, par lesquels une ou plusieurs autorités concédantes soumises à la présente ordonnance confient l'exécution de travaux ou la gestion d'un service à un ou plusieurs opérateurs économiques, à qui est transféré un risque lié à l'exploitation de l'ouvrage ou du service, en contrepartie soit du droit d'exploiter l'ouvrage ou le service qui fait l'objet du contrat, soit de ce droit assorti d'un prix.

La part de risque transférée au concessionnaire implique une réelle exposition aux aléas du marché, de sorte que toute perte potentielle supportée par le concessionnaire ne doit pas être purement nominale ou négligeable. Le concessionnaire assume le risque d'exploitation lorsque, dans des conditions d'exploitation normales, il n'est pas assuré d'amortir les investissements ou les coûts qu'il a supportés, liés à l'exploitation de l'ouvrage ou du service. »

Nous pouvons retenir que la commande publique est un contrat par lequel la personne publique compétente conclut un contrat dont l'objet principal est le service public. Elle fournit aux acteurs

¹ La nouvelle réglementation (Ordonnance 2015-899 relative aux marchés publics) parle désormais de « marchés de partenariat »

publics et aux administrations les moyens nécessaires à la mise en œuvre de leurs missions en vue de la satisfaction des besoins des administrés.

Loin d'un simple jeu commercial ou mercantile, c'est un enjeu de politique publique et d'intérêt général.

Plusieurs théories ont été développées sur la thématique du service public, autour de laquelle gravite la commande publique.

Selon Léon Duguit, le service public est « toute activité dont l'accomplissement doit être assuré, réglé, contrôlé par les gouvernants, parce que l'accomplissement de cette activité est indispensable à la réalisation et au développement de l'interdépendance sociale, et qu'elle est de telle nature qu'elle ne peut être réalisée complètement que par l'intervention de la force gouvernante »².

Le service public est une obligation qu'il faut remplir. C'est le constat d'un besoin existant, qu'il convient de satisfaire. Il ne s'agirait donc pas d'un privilège dont bénéficieraient les gouvernants, et toute carence devrait être sanctionnée.

Léon Duguit affirme que c'est « une règle de droit, issue de la masse des consciences individuelles, qui déterminent quelles activités doivent être assurées par les gouvernants. Le service public n'est pas une notion pérenne, ni immuable, mais, au contraire, peut disparaître si, suite à des évolutions, il n'apparaît plus nécessaire à l'accomplissement de la solidarité sociale. »

La conception subjective développée par Gaston JEZE, met quant à elle l'accent sur la recherche de l'intention des gouvernants touchant l'activité administrative considérée. Seront donc qualifiés de services publics « les besoins d'intérêt général que les gouvernants, dans un pays donné, à une époque donnée, ont décidé de satisfaire par le procédé du service public ».

L'action publique, expression de la mission de service public, est une activité tendant à l'octroi de prestations à des usagers qui sont, soit des particuliers, soit des personnes morales de droit privé ou de droit public. Ces prestations prennent des formes variées. Il s'agit majoritairement de prestations de justice, poste, téléphone, eau, gaz, électricité, transports, voirie, cantines scolaires, garderies d'enfants, enlèvement des ordures ménagères, assainissement, communications électroniques, soins de santé etc. Elles consistent également en des prestations financières mais aussi intellectuelles et culturelles.

Inspirées de l'intérêt général, l'action publique nationale et territoriale intègre des éléments politiques, administratifs et sociaux.

La tendance à recourir à des prestataires et des compétences externes aux dispositifs publics s'est étendue à toutes les questions de la vie publique et a pris des formes assez variées.

L'externalisation est une méthode de management et de gestion, qui s'identifie généralement au monde des affaires et donc aux relations de droit privé. Elle est désormais bien connue du secteur

² L. Duguit, Traité de droit constitutionnel, Tome 2, p.61. (in « Droit du service public, Renan LE MESTRE, p.36.)

public et touche la quasi-totalité des domaines de l'action publique y compris le secteur sensible de la santé.

Cette tendance est devenue plus évidente sous l'influence du droit européen, soucieux de favoriser l'effectivité du marché intérieur, et sous l'influence des réformes successives au niveau national.

L'externalisation se présente comme une ligne directrice de l'action publique, s'inscrivant dans une démarche qui voudrait que l'Etat, les collectivités et autres personnes morales de droit public se recentrent sur le cœur de leurs missions en "déléguant certaines fonctions". Elle s'inscrit dans la théorie économique et de gestion, exclusivement orientée par l'optimisation d'intérêts privés.

Le Professeur Gilles J. Guglielmi définit l'externalisation dans une logique d'intérêts privés³. L'externalisation désigne le transfert de tout ou partie d'une fonction d'une entreprise, d'infrastructures ou de processus opérationnels vers un partenaire externe. Il considère qu'elle consiste à transférer des activités non essentielles et non stratégiques, moins productrices de revenus pour l'entreprise initiale. Si cet objet semble peu valorisé, l'externalisation est néanmoins « un outil de gestion stratégique, qui entraîne la restructuration de l'entreprise, au centre de sa sphère d'activités, sur ses compétences de base et son cœur de métier (core business) ».

La décision d'externaliser peut être inspirée par diverses motivations non dictées par le droit. La personne publique peut choisir d'externaliser une activité présentant un intérêt général afin d'avoir une plus grande disponibilité pour se concentrer sur le cœur de sa fonction, ou de solliciter l'expertise détenue ou orchestrée par une personne tierce.

L'externalisation peut aussi s'avérer utile dans la recherche de flexibilité face aux fluctuations de l'activité ou des ressources. Le Professeur Guglielmi affirme que la raison déterminante de l'externalisation « est à l'évidence le renforcement du contrôle des coûts liés à la fonction, à l'infrastructure, au processus externalisé ».

Selon lui, « Le contrat servant de base à l'externalisation est supposé permettre de fixer les coûts ou de les prévoir avec exactitude. Le but final est de réduire lesdits coûts, partant du principe que le prestataire pourra les minimiser du fait de leur mutualisation et facturer au donneur d'ordre un prix inférieur à ce que seraient les coûts internes de ce dernier. ».

Il convient donc de partir du fait que l'externalisation s'intègre dans un schéma juridique général de la prise en charge des activités publiques par des personnes publiques, et plus spécifiquement les activités de service public.

Cette externalisation se matérialise majoritairement par les contrats de la commande publique, laquelle constitue un outil de mise en œuvre des politiques publiques.

Les contrats de la commande publique sont les contrats par lesquels les personnes publiques satisfont leur besoin en matière de travaux, fournitures et services, y compris ce service d'une nature particulière qui consiste à gérer, avec relative autonomie, une activité ou un équipement.

³ Gilles J. Guglielmi, *Le Droit Ouvrier* • AVRIL 2008

S'ils sont la conséquence du choix politique des acheteurs publics, ils sont également avant tout intimement liés aux obligations qui incombent à ces derniers.

La faculté de contracter des personnes publiques a été renforcée par la jurisprudence convergente du Conseil d'Etat et de la Cour de Justice de l'Union Européenne (CJUE).

Des données statistiques nous permettent d'apprécier la portée politique de la commande publique.

Ainsi les résultats 2017 du Baromètre de la commande publique⁴ nous indiquent que les collectivités et de leurs groupements représentent 53,6% de l'ensemble de la commande publique. L'Etat et les opérateurs publics représentent respectivement 16,3% et 5,3% tandis que le poids des bailleurs sociaux a régressé, passant de 13,9% en 2016 à 12,9% en 2017.

Le financement de la commande publique des collectivités passe de 72,2 milliards d'euros en 2016 à 77,3 milliards d'euros 2017. Ce chiffre est toutefois loin des 96 milliards d'euros de 2012, maintenant ainsi une courbe de 20% inférieur à cette année de référence.

Les statistiques par habitant sont en amélioration.

Il en ressort par exemple qu'en métropole, le montant par habitant va de 1.214 euros en Bretagne à 950 euros dans les Hauts-de-France. La Corse reste un cas particulier avec ses 2.181 euros par habitant. L'outre-mer connaît aussi des montants plus élevés que les autres régions françaises, dans une fourchette comprise entre 1.306 euros pour la Guyane et 1.481 euros pour la Martinique.

L'analyse de la politique axée sur la thématique "bâtiments publics et aménagement", donne un ratio par habitant variant de 305 euros en Auvergne-Rhône-Alpes à 386 euros en Paca. Les investissements dans le domaine de l'environnement (eau, assainissement, déchets, énergie) varient sont de l'ordre de 73 euros par habitant en Ile-de-France ou 86 euros dans les Hauts-de-France à 151 euros en Bretagne ou 147 euros en Nouvelle Aquitaine.

La commande publique est devenue un véritable outil de politique économique. Par ce canal ce sont les préoccupations liées au développement durable, la performance, les considérations sociales, l'accès de toutes les entreprises, dont les TPE et PME qui sont traitées.

Le Pacte national pour la croissance, la compétitivité et l'emploi⁵ a entendu faire de la commande publique un levier au soutien de la capacité d'innovation des entreprises. A travers cet acte, il était exigé entre autres qu'au moins 2% de la commande publique de l'Etat, de ses opérateurs et des hôpitaux soient effectués auprès des petites et moyennes entreprises (PME) et entreprises de taille intermédiaires (ETI) de croissance innovantes à l'horizon 2020.

⁴ Les résultats 2017 du Baromètre de la commande publique présenté le mardi 30 janvier par Marc Abadie, directeur du réseau et des territoires de la Caisse des Dépôts, et Jean-Luc Rigaut, président de l'Assemblée des communautés de France (ADCF), révèlent un rebond de la commande publique après quatre années de baisse continue. Cette hausse est estimée à plus 7,1%, soit un montant de 5,1 milliards d'euros.

⁵ Initiative prise sous la Présidence de Monsieur François Hollande, annoncée le 6 novembre 2012, et qui vise à redonner aux entreprises qui opèrent en France les moyens de se repositionner de manière offensive et durable dans la compétition internationale, tout en concourant à la compétitivité de l'économie nationale.

Aussi, la Commission européenne a-t-elle présenté en octobre 2017, deux communications et une recommandation visant une passation plus efficiente et durable des marchés publics, afin de stimuler les investissements dans l'Union européenne.

Dans la première communication⁶, la Commission a salué les efforts structurels tel que la création de la Direction des achats de l'Etat en France et la mise en place par la Slovaquie d'un registre qui donne un accès public à tous les contrats conclus par les autorités du pays, améliorant ainsi la transparence des procédures.

Mais la Commission notait aussi que ce sont des initiatives isolées, et qu'il reste de nombreuses choses à améliorer. En l'occurrence, beaucoup d'acheteurs utilisent toujours le seul critère prix pour choisir leur attributaire, délaissant les critères qualitatifs. Elle a constaté par ailleurs que l'accès des PME est encore trop faible, et regrette que la mutualisation des achats ne soit pas plus développée.

La Commission a encouragé les Etats membres à élaborer une approche stratégique des politiques relatives à la passation des marchés, en mettant l'accent sur six priorités :

- Le recours accru aux critères de l'innovation, du respect de l'environnement et de la responsabilité sociale dans l'attribution des marchés publics.
- La professionnalisation des acheteurs publics.
- L'amélioration de l'accès des PME aux marchés publics à l'intérieur de l'Union et celui des entreprises de l'UE aux marchés publics des pays tiers.
- Le renforcement de la transparence, de l'intégrité et de la qualité des données relatives aux marchés publics.
- La numérisation des processus de passation de marchés.
- Une coopération accrue entre les acheteurs publics dans l'ensemble de l'Union.

La deuxième communication portait sur l'évaluation préalable des grands projets d'infrastructure.⁷

A ce propos, la Commission encourage les gestionnaires de projets et surtout les acheteurs publics à faire une évaluation préalable des grands projets d'infrastructures, afin de réduire les incertitudes et les risques de retards et de contentieux juridiques. Pour cela, la Commission a décidé de mettre en place un service d'assistance capable d'apporter, à un stade précoce, une réponse aux questions spécifiques qui se posent concernant les projets dont la valeur est estimée à plus de 250 millions d'euros. Cette assistance sera notamment appréciée pour les projets transfrontaliers. Et, pour les projets de haute importance, ou dont la valeur dépasse les 500 millions d'euros, les Etats membres pourront demander à la Commission de vérifier la compatibilité entre la procédure de passation et la législation de l'Union européenne.

La Commission n'a pas omis d'explorer la question de la professionnalisation des praticiens des marchés publics.⁸

⁶ « Faire des marchés publics un outil efficace au service de l'Europe » COM(2017) 572 final, du 3 octobre 2017

⁷ « Encourager les investissements par l'évaluation ex ante volontaire des aspects relatifs à la passation de marchés pour les grands projets d'infrastructure » COM(2017) 573 final, du 3 octobre 2017

Elle indique ainsi que les États membres doivent mettre en place des stratégies de professionnalisation à long terme pour les marchés publics, adaptées à leurs besoins, leurs ressources et leur structure administrative.

Le considérant 2 de la recommandation (UE) 2017/1805 DE LA COMMISSION, du 3 octobre 2017 s'énonce comme suit :

« Les directives sur les marchés publics adoptées en 2014⁹ fournissent aux États membres une série d'outils leur permettant de recourir aux marchés publics de manière plus efficiente et plus stratégique. De nouveaux défis surgissent dans le domaine des marchés publics, étant donné que l'on attend toujours davantage de ceux-ci qu'ils démontrent une utilisation optimale des deniers publics dans des contextes budgétaires de plus en plus serrés; qu'ils exploitent les possibilités offertes par la numérisation et l'évolution des marchés; qu'ils apportent une contribution stratégique aux objectifs horizontaux et aux valeurs sociétales, tels que l'innovation, l'inclusion sociale et la durabilité économique et environnementale; qu'ils soient aussi accessibles que possible, qu'ils responsabilisent les acteurs quant à la réduction au minimum de l'inefficacité, du gaspillage, des irrégularités, de la fraude et de la corruption, et qu'ils permettent la mise en place de chaînes d'approvisionnement responsables. »

Par ailleurs, elle a lancé une consultation sur la stimulation de l'innovation au moyen des marchés publics, prévue pour se dérouler du 3 octobre 2017 au 2 janvier 2018.¹⁰

L'Etat et les collectivités territoriales ne sont pas cependant les seuls acteurs¹¹ ayant recours aux contrats de la commande publique. Le fonctionnement des établissements publics de santé (EPS)

⁸ RECOMMANDATION (UE) 2017/1805 DE LA COMMISSION, du 3 octobre 2017 sur la professionnalisation de la passation des marchés publics

“Concevoir une architecture pour la professionnalisation de la passation des marchés publics”

⁹ Directive 2014/24/UE du Parlement européen et du Conseil du 26 février 2014 sur la passation des marchés publics et abrogeant la directive 2004/18/CE (JO L 94 du 28.3.2014, p. 65) («directive classique»); directive 2014/23/UE du Parlement européen et du Conseil du 26 février 2014 sur l'attribution de contrats de concession (JO L 94 du 28.3.2014, p. 1) («directive sur les concessions») et directive 2014/25/UE du Parlement européen et du Conseil du 26 février 2014 relative à la passation de marchés par des entités opérant dans les secteurs de l'eau, de l'énergie, des transports et des services postaux et abrogeant la directive 2004/17/CE (JO L 94 du 28.3.2014, p. 243) («directive sur les services d'utilité publique»), et notamment, respectivement, l'article 83, paragraphe 4, l'article 45, paragraphe 4, et l'article 99, paragraphe 4, de ces directives.

¹⁰ http://ec.europa.eu/growth/content/targeted-consultation-draft-guidance-public-procurement-innovation_fr

<https://www.lemoniteur.fr/article/comande-publique-la-commission-europeenne-veut-faire-evoluer-les-pratiques.916669> consulté le 25 juillet 2018

¹¹ Article 9

Les acheteurs publics ou privés soumis à la présente ordonnance sont les pouvoirs adjudicateurs et les entités adjudicatrices définis respectivement aux articles 10 et 11.

Article 10

Les pouvoirs adjudicateurs sont:

1° Les personnes morales de droit public;

2° Les personnes morales de droit privé qui ont été créées pour satisfaire spécifiquement des besoins d'intérêt général ayant un caractère autre qu'industriel ou commercial, dont:

a) Soit l'activité est financée majoritairement par un pouvoir adjudicateur;

et l'exercice de leurs missions de service public reposent largement sur les contrats de la commande publique.

Le Gouvernement a défini la stratégie nationale de santé 2018-2020 fondée sur l'analyse dressée par le Haut Conseil de la santé publique sur l'état de santé de la population, ses principaux déterminants, ainsi que sur les stratégies d'action envisageables.

Ladite stratégie réaffirme le principe porté par l'Organisation Mondiale de la Santé, selon lequel la santé doit être un objectif de toutes les politiques publiques menées en France et dans le monde. La stratégie vise à répondre aux grands défis rencontrés par le système de santé, notamment les risques sanitaires liés à l'augmentation prévisible de l'exposition aux polluants et aux toxiques, les risques d'exposition de la population aux risques infectieux, les maladies chroniques et leurs conséquences ainsi que la nécessaire adaptation du système de santé aux enjeux démographiques, épidémiologies et sociétaux.

La conduite stratégique et efficace des achats suppose aussi que les acheteurs disposent effectivement d'une équipe d'acteurs aux compétences avérées. Il s'agit en l'occurrence des prescripteurs, des acheteurs, des juristes Marchés, des approvisionneurs et bien évidemment les utilisateurs ou bénéficiaires directs des achats. Ils ont des rôles différents mais complémentaires dans la chaîne des achats.

Le prescripteur s'entend de l'expert technique de l'achat, positionné en général dans les services métier, qui est responsable de l'expression du besoin, de l'analyse des offres techniques au regard du besoin exprimé, de la veille fournisseur en coordination avec l'acheteur. Il peut parfois être aussi utilisateur (ex. médecins, pharmaciens, biologistes, ingénieurs, etc.).

b) Soit la gestion est soumise à un contrôle par un pouvoir adjudicateur;

c) Soit l'organe d'administration, de direction ou de surveillance est composé de membres dont plus de la moitié sont désignés par un pouvoir adjudicateur;

3° Les organismes de droit privé dotés de la personnalité juridique constitués par des pouvoirs adjudicateurs en vue de réaliser certaines activités en commun.

Article 11

Les entités adjudicatrices sont: 1° Les pouvoirs adjudicateurs qui exercent une des activités d'opérateur de réseaux définies à l'article 12;

2° Lorsqu'elles ne sont pas des pouvoirs adjudicateurs, les entreprises publiques qui exercent une des activités d'opérateur de réseaux définies à l'article 12.

Est une entreprise publique au sens de la présente ordonnance tout organisme doté de la personnalité juridique qui exerce des activités de production ou de commercialisation de biens ou de services marchands et sur lequel un ou plusieurs pouvoirs adjudicateurs exercent, directement ou indirectement, une influence dominante en raison de la propriété, de la participation financière ou des règles qui la régissent.

L'influence des pouvoirs adjudicateurs est réputée dominante lorsque ceux-ci, directement ou indirectement, détiennent la majorité du capital, disposent de la majorité des droits de vote ou peuvent désigner plus de la moitié des membres de l'organe d'administration, de direction ou de surveillance;

3° Lorsqu'ils ne sont pas des pouvoirs adjudicateurs ou des entreprises publiques, les organismes de droit privé qui bénéficient, en vertu d'une disposition légalement prise, de droits spéciaux ou exclusifs ayant pour effet de leur réserver l'exercice d'une des activités d'opérateur de réseaux définies à l'article 12 et d'affecter substantiellement la capacité des autres opérateurs économiques à exercer cette activité.

Ne sont pas considérés comme des droits spéciaux ou exclusifs au sens du présent 3° les droits d'exclusivité accordés à l'issue d'une procédure permettant de garantir la prise en compte de critères objectifs, proportionnels et non discriminatoires.

L'acheteur est la personne chargée d'obtenir des fournisseurs les meilleures solutions en termes de coûts, qualité, délais pour satisfaire les besoins exprimés par les prescripteurs et ceci, dans le respect de la réglementation. Il est responsable de l'analyse du besoin et du marché fournisseur, de la formalisation des stratégies d'achat pour obtenir le meilleur rapport qualité-prix, de l'analyse financière des offres, de la conduite des négociations dans le cadre des procédures prévues par la réglementation des marchés publics, du suivi et de l'évaluation de la performance des fournisseurs.

Le juriste est chargé des aspects juridiques de l'achat c'est-à-dire de la veille juridique et réglementaire, de la rédaction des pièces administratives de la consultation, du contrôle et du suivi du déroulement de la procédure de la publicité à la notification, de la gestion des contentieux.

L'approvisionneur intervient pendant l'exécution du marché et a pour responsabilités l'élaboration et la transmission des bons de commande aux fournisseurs, le suivi et le contrôle du respect des délais de livraison, le contrôle de la conformité aux engagements du marché ainsi que la gestion et le suivi des fournisseurs.

L'utilisateur quant à lui est celui qui bénéficie du produit et qui valide son adéquation au besoin. Il peut être également prescripteur ou approvisionneur.

La communication inter-juridictions de juin 2017, de la Cour des Comptes, sur les achats publics hospitaliers, soulèvent des facteurs de performance mais aussi des questions d'irrégularités juridiques, qui méritent de s'y pencher dans une démarche juridique.

La présente étude consistera à faire une présentation générale de la commande publique hospitalière, en lien avec le service public de la santé et au regard du rapport de la Cour des Comptes de juin 2017 (Titre I) afin d'envisager les approches favorables à des achats performants mais aussi réguliers (Titre II).

Titre I : LA COMMANDE PUBLIQUE HOSPITALIERE

Les politiques publiques embrassent toutes les questions de la vie quotidienne dont celle de la santé. Un extrait du "Guide Nouvelles organisations et architectures hospitalières" traduit bien le défi que présente la question pour les pouvoirs publics. On peut en effet y lire que :

« Les établissements de santé français ne peuvent aujourd'hui se restructurer que dans le cadre d'une triple problématique : répondre aux besoins de santé dans un territoire donné, répondre aux exigences de sécurité et de qualité, s'adapter aux contraintes liées à la raréfaction des moyens humains et financiers.

La modernisation des établissements se traduit par des reconstructions totales ou partielles, dans un contexte de regroupements de moyens, de stratégies d'alliances internes ou externes, de recomposition du paysage hospitalier prenant en compte l'ensemble des structures sanitaires et médico-sociales existantes. »

Cet état des lieux est tout aussi actuel dans le domaine des achats hospitaliers, pilier majeur du service public hospitalier.

Un aperçu du cadre général des achats hospitaliers (chapitre 1) suivi de la présentation du cas particulier du Grand Hôpital de l'Est Francilien (GHEF) permettront de s'en faire sa propre opinion (chapitre 2).

Chapitre 1 : CADRE GENERAL DES ACHATS HOSPITALIERS

Le système de la santé est un secteur sensible de notre société, qui se retrouve au cœur des préoccupations de politique publique.

Il a été classé selon le « Rapport sur la Santé dans le Monde 2000 - Pour un système de santé plus performant » de l'Organisation mondiale de la santé en 2000 comme le plus performant en termes de dispensation et d'organisation des soins de santé et reste largement organisé par les pouvoirs publics.

Il est défini comme « l'ensemble des moyens et activités dont la fonction est la production de santé dans le sens promouvoir, prévenir l'apparition de facteurs de risque ou de maladies, guérir, réduire les conséquences des maladies sur le plan professionnel et social (secteurs curatif, préventif et médico-social) »¹².

La santé publique couvre un champ plus étendu qui intègre l'économique, le social et la communication. Elle poursuit trois objectifs principaux à savoir :

- Réduire au plus bas niveau possible les risques sanitaires ;
- Garantir la meilleure qualité possible des soins, en terme d'efficacité médicale évaluée et validée ;
- Assurer la plus grande égalité possible vis-à-vis de la santé.

Elle mobilise plusieurs disciplines dont l'économie, la gestion, la sociologie, le droit. Mais encore, il mobilise au quotidien l'aspect stratégique que constitue la commande publique, particulièrement organisée (section 1) et objet d'analyses institutionnelles (section 2).

Section 1 : Organisation des achats hospitaliers

L'activité d'achat hospitalier présuppose un cadre institutionnel (paragraphe 1) dans lequel est mise en œuvre une politique définie (paragraphe 2).

Paragraphe 1 : Cadre institutionnel du service public de la santé

Le service public de la santé répond à un statut juridique (I) et accomplit des missions définies par la loi (II).

¹² Site internet du ministère en charge de la santé

I. Statut juridique des établissements de santé

Selon l'article L. 6141-1 du Code de la santé publique :

« Les établissements publics de santé sont des personnes morales de droit public dotées de l'autonomie administrative et financière. (..). Leur objet principal n'est ni industriel ni commercial. Ils sont dotés d'un statut spécifique, prévu notamment par le présent titre et par la loi n° 86-33 du 9 janvier 1986 portant dispositions statutaires relatives à la fonction publique hospitalière, qui tient compte en particulier de leur implantation locale et de leur rôle dans les stratégies territoriales pilotées par les collectivités territoriales.

Le ressort des centres hospitaliers peut être communal, intercommunal, départemental, régional, interrégional ou national. Ils sont créés par décret lorsque leur ressort est national, interrégional ou régional et par arrêté du directeur général de l'agence régionale de santé dans les autres cas. A Saint-Barthélemy et à Saint-Martin, il est territorial.

Les collectivités territoriales participent à leur gouvernance. Elles sont étroitement associées à la définition de leurs stratégies afin de garantir le meilleur accès aux soins et la prise en compte des problématiques de santé dans les politiques locales.

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

Les centres hospitaliers qui ont une vocation régionale liée à leur haute spécialisation et qui figurent sur une liste établie par décret sont dénommés centres hospitaliers régionaux (CHR) ; ils assurent en outre les soins courants à la population proche. (Art. L. 6141-2)

La majeure partie des CHR sont aussi des centres hospitaliers universitaires (CHU)¹³, centres de soins où, dans le respect des malades, sont organisés les enseignements publics médical, pharmaceutique et post-universitaire. Les CHU participent également à la recherche médicale et pharmaceutique et aux enseignements paramédicaux, sans porter préjudice aux attributions des autres établissements de recherche et d'enseignement. (Art. L. 6142-1).

Les établissements publics de santé peuvent par ailleurs créer une ou plusieurs fondations hospitalières dotées de la personnalité morale, pour la réalisation d'une ou plusieurs œuvres ou activités d'intérêt général et à but non lucratif, afin de concourir aux missions de recherche. Ces fondations disposent de l'autonomie financière.

La loi de modernisation de notre système de santé a institué les groupements hospitaliers de territoire (GHT), nouveau mode de coopération entre les établissements publics de santé au niveau territorial. Devenu obligatoire, son objectif est de garantir à tous les patients un meilleur accès aux soins en renforçant la coopération entre hôpitaux publics autour d'un projet médical partagé, permettant de mieux organiser les prises en charge, territoire par territoire, et de présenter un projet médical répondant au mieux aux besoins de la population.

¹³ Exemple du CHRU de Lille (Eurasanté)

Le système de santé est piloté au niveau des régions par les agences régionales de santé (ARS), pour le compte du ministère chargé de la Santé.

Les établissements publics de santé sont des établissements publics de l'Etat. A ce titre, ils ne sont pas soumis au contrôle de légalité du représentant de l'Etat. Leurs actes sont soumis au contrôle du directeur des ARS, sauf les marchés publics¹⁴ ainsi que la tutelle budgétaire.

La création, la conversion et le regroupement des activités de soins (y compris sous la forme d'alternatives à l'hospitalisation ou d'hospitalisation à domicile), de même que l'installation des équipements matériels lourds sont soumis à une autorisation de l'agence régionale de santé. (Art. L. 6122-1)

La loi et les règlements définissent les missions des établissements de santé.

II – Les missions des établissements de santé

La mission générale des établissements de santé est définie par l'article L. 6111-1 du Code de la santé publique qui dispose que :

« Les établissements de santé publics, privés d'intérêt collectif et privés assurent, dans les conditions prévues au présent code, en tenant compte de la singularité et des aspects psychologiques des personnes, le diagnostic, la surveillance et le traitement des malades, des blessés et des femmes enceintes et mènent des actions de prévention et d'éducation à la santé.

Ils délivrent les soins, le cas échéant palliatifs, avec ou sans hébergement, sous forme ambulatoire ou à domicile, le domicile pouvant s'entendre du lieu de résidence ou d'un établissement avec hébergement relevant du code de l'action sociale et des familles.

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 en concertation avec les conseils départementaux pour les compétences qui les concernent.

Ils participent à la mise en œuvre de la politique de santé 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 participer à la formation, à l'enseignement universitaire et post-universitaire, à la recherche et à l'innovation en santé. Ils peuvent également participer au développement professionnel continu des professionnels de santé et du personnel paramédical. »

¹⁴ Conseil d'État, 7ème - 2ème chambres réunies, 02/06/2016, 395033, Publié au recueil Lebon

Les établissements de santé peuvent également développer des alternatives à l'hospitalisation qui ont pour objet d'éviter une hospitalisation à temps complet ou d'en diminuer la durée. Les prestations ainsi dispensées se distinguent de celles qui sont délivrées lors de consultations ou de visites à domicile. Ces alternatives comprennent les activités de soins dispensées par :

- 1° les structures d'hospitalisation à temps partiel de jour ou de nuit, y compris en psychiatrie ;
- 2° les structures pratiquant l'anesthésie ou la chirurgie ambulatoires.

Les structures d'hospitalisation à temps partiel, de jour ou de nuit, mettent en œuvre des investigations à visée diagnostique, des actes thérapeutiques, des traitements médicaux séquentiels et des traitements de réadaptation fonctionnelle, ou une surveillance médicale.

Les structures pratiquant l'anesthésie ou la chirurgie ambulatoires mettent en œuvre, dans des conditions qui autorisent le patient à rejoindre sa résidence le jour même, des actes médicaux ou chirurgicaux nécessitant une anesthésie ou le recours à un secteur opératoire. (Art. R. 6121-4)

Par ailleurs, dans le cadre de la mise en œuvre du projet régional de santé, les établissements mettent en place des permanences d'accès aux soins de santé, qui comprennent notamment des permanences d'orthogénie, adaptées aux personnes en situation de précarité, visant à faciliter leur accès au système de santé et à les accompagner dans les démarches nécessaires à la mise en œuvre de leurs droits. (Art. L. 6111-1-1)

Ils peuvent être appelés par le directeur général de l'agence régionale de santé (ARS) à assurer, en tout ou partie, la permanence des soins, dans des conditions définies par voie réglementaire. (Art. L. 6111-1-3)

En outre, les établissements de santé élaborent et mettent en œuvre une politique d'amélioration continue de la qualité et de la sécurité des soins et une gestion des risques visant à prévenir et à traiter les événements indésirables liés à leurs activités. Dans ce cadre, ils organisent la lutte contre les événements indésirables, les infections associées aux soins et la iatrogénie, définissent une politique du médicament et des dispositifs médicaux stériles et mettent en place un système permettant d'assurer la qualité de la stérilisation des dispositifs médicaux. (Art. L. 6111-2)

Les établissements de santé peuvent aussi créer et gérer des services et des établissements sociaux et médico-sociaux, comme des établissements d'hébergement pour personnes âgées dépendantes (EHPAD), ainsi que des centres de santé. (Art. L. 6111-3)

En plus des activités générales d'hospitalisation communes à tous les établissements de santé s'ajoutent missions d'enseignement universitaire et post-universitaire, la recherche et l'innovation en santé, le développement professionnel continu des professionnels de santé et du personnel paramédical.

Lesdites missions sont facultatives et peuvent être réalisées dans le cadre du service public hospitalier défini à l'article L. 6112-1 du Code de la santé publique.

Le cas échéant, les établissements publics de santé et les hôpitaux des armées, par obligation légale, ainsi que les établissements qui en ont fait le choix et habilités par le directeur général de l'agence régionale de santé (ARS)¹⁵ à cette fin, sont tenus de respecter trois types d'obligations définies à l'article L. 6112-2 :

- des garanties accordées aux patients pour faciliter l'accès aux soins, dont notamment l'absence de dépassement d'honoraires ;
- des obligations dans le fonctionnement de l'établissement afin d'en rendre la gestion plus transparente (transmissions des comptes) mais surtout afin que la parole des usagers soit entendue et prise en compte (participation des usagers à la gouvernance de l'établissement) ;
- des garanties contribuant à la qualité et à l'accessibilité des soins au niveau des territoires.

La bonne exécution de ces missions de service public nécessite la mise œuvre de la commande publique sous toutes ses formes en ce qu'il faut réaliser des travaux de bâtiment, de maintenance, de prestations intellectuelles ainsi que des acquisitions de fournitures et matériels divers.

Paragraphe 2 : Le programme Performance hospitalière pour des achats responsables (PHARE)

La politique nationale des achats hospitaliers est axée sur le programme PHARE lancé en 2011 par la direction générale de l'offre de soins (DGOS). C'est une politique structurante en faveur de la performance et de la professionnalisation des achats hospitaliers.

Il traduit la volonté des pouvoirs publics de faire des achats hospitaliers un enjeu central, et a sorti les achats des hôpitaux du seul prisme de la sécurisation juridique, pour en faire un outil de performance économique et de professionnalisation de la fonction achat.

Conçu d'abord pour les établissements publics de santé, il a été ouvert aux établissements privés non lucratifs par l'intermédiaire de la Fédération des établissements hospitaliers et d'aide à la personne (FEHAP) et de la Fédération des centres de lutte contre le cancer (UNICANCER) et des contacts ponctuels ont pu être établis avec des établissements du secteur lucratif.

Ce programme a accompagné plusieurs établissements dans l'élaboration de leur plan d'action achats (PAA), qui permet de planifier les actions, d'identifier et de suivre les opportunités de gains. Le PAA comprend la réalisation d'un état des lieux de la fonction achat, la cartographie des dépenses achats, des acteurs et des échéances clés, l'identification des segments importants, la réflexion avec les prescripteurs sur les pistes d'amélioration, le chiffrage du potentiel de gains, la priorisation des projets en termes d'enjeux et d'efforts, la décision sur le calendrier et les responsables de projets.

Le PHARE a également apporté son appui au développement des marchés groupés régionaux et nationaux, la diffusion de bonnes pratiques ainsi que le dispositif de pilotage de la performance achat.

¹⁵ Les ARS sont des établissements publics de l'État à caractère administratif créés par la loi du 21 juillet 2009 portant réforme de l'hôpital et relative aux patients, à la santé et aux territoires.

A l'initiative du lancement d'un chantier logistique, dans les années 2013-2014, sa mise en œuvre a contribué à l'élaboration de feuilles de route de mutualisation régionale par les ARS et les achats sont sensiblement tournés vers l'innovation et sont désormais plus soucieux des questions sociales et environnementales.

Le PHARE s'est principalement décliné dans le projet Armen, qui a consisté à identifier de bonnes pratiques d'achat générant des opportunités de gains¹⁶.

Grâce à ce programme, l'ARS Hauts-de-France a mis en place, en partenariat avec l'Association nationale pour la formation permanente du personnel hospitalier (ANFH), une formation longue à l'achat en juin 2016. En Île-de-France, a été mis en place un programme Perfachat porté par le RESAH avec le soutien financier de l'ARS.

Il a aussi contribué à fédérer de manière dynamique la communauté hospitalière autour de l'enjeu de l'efficacité de la fonction achat et a été bénéfique pour la professionnalisation de cette fonction.

A l'occasion d'une audition de la mission d'évaluation et de contrôle des lois de financement de la sécurité sociale (Mecss) organisée à l'Assemblée nationale et publiée en mars 2018, Unicancer et UniHa ont souligné les bénéfices du PHARE et se sont montrés optimistes sur la mutualisation de la fonction achats au niveau des groupements hospitaliers de territoire (GHT).

Le programme a donné l'opportunité aux groupements de commande d'accompagner plus directement les établissements de santé.

« L'Assistance publique-hôpitaux de Paris (AP-HP) a réalisé 56,9 millions d'euros de gains sur ses achats effectués en 2017 grâce au programme PHARE » a déclaré Guillaume Lefoulon, directeur adjoint chargé de la délégation à la coordination de la politique d'achat (DCPA) de l'établissement, à l'occasion d'une audition devant la mission d'évaluation et de contrôle des lois de financement de la sécurité sociale (Mecss) à l'Assemblée nationale.

Toujours selon ses déclarations, l'AP-HP a généré 107,6 millions € de gains entre 2015 et 2017, dans le cadre du programme Phare. Entre 2012 et 2014 les gains achats ont atteint 80,8 millions €, a-t-il poursuivi.

L'AP-HP a passé 2.232 marchés en 2017 pour ses 12 groupes hospitaliers ce qui représente "un montant de plus de deux milliards euros", a précisé Muriel Brossard-Lahmy, directrice de la DCPA de l'AP-HP et également directrice du pôle d'intérêt commun des achats centraux hôteliers alimentaires et technologiques (PIC Achat).

L'établissement est en adéquation avec son objectif de dépasser les 50 millions € de gains.¹⁷

L'intérêt de tous pour les achats hospitaliers se traduit aussi dans les contrôles et analyses des institutions de l'Etat.

¹⁶ Plus de 660 bonnes pratiques opérationnelles avec une implication de plus de 600 participants, selon la DGOS.

¹⁷ https://www.techopital.com/pres-de-57-millions-d-euros-de-gains-achats-pour-l-ap-hp-en-2017-NS_3495.html

Section 2 : Regard des juridictions financières sur la commande publique hospitalière

Dans sa communication inter-juridictions de juin 2017, la Cour des Comptes¹⁸ a relevé des facteurs de satisfaction propices à la performance des achats hospitaliers (paragraphe 1) mais aussi des points de faiblesse en particulier les irrégularités entachant la pratique dans la majorité des établissements publics de santé (paragraphe 2).

Paragraphe 1 : Les performances

La communication inter-juridictions souligne que les achats des établissements publics de santé constituent un enjeu majeur, avec au total 25 milliards d'euros (25 Md€) de dépenses par an, dont près de 19 Md€ pour les commandes de fonctionnement et 6 Md€ pour les commandes d'investissement.

Ce sont des dépenses conséquentes comparées aux 20 Md€ de dépenses d'achats des services de l'État (hors achats de défense et de sécurité), aux 10 Md€ des établissements publics nationaux et aux 45 Md€ d'achats courants des collectivités territoriales.

La communication révèle que les seuls achats de matériels, biens et services ont connu une croissance de plus de 52 % en 10 ans (12,3 Md€ en 2005 à 18,7 Md€ en 2015) et représentent le deuxième poste de dépenses des établissements publics de santé après le personnel (40 Md€).

On peut en déduire que les achats sont indispensables à l'activité hospitalière et sont déterminants dans la qualité des prises en charge.

Leur importance est de plus en plus évidente au cours de ces dernières années eu égard aux « enjeux juridiques, financiers, organisationnels et relatifs à la qualité des soins ».

¹⁸En application de l'article LO 132-3-1 du code des juridictions financières, la Cour des comptes a été saisie par lettre de la présidente de la commission des affaires sociales et des coprésidents de la mission d'évaluation et de contrôle des lois de financement de la sécurité sociale (MECSS) de l'Assemblée nationale en date du 3 décembre 2014, aux fins d'une communication sur les achats des établissements publics de santé (EPS), selon une double approche de régularité juridique et de performance.

Elle vise notamment à éclairer les points suivants :

- l'évolution des dépenses d'achats hospitaliers (imputées en fonctionnement) ;
- l'organisation et le pilotage de la fonction achats au sein des hôpitaux ;
- le développement des pratiques de mutualisation des achats ;
- le pilotage du programme national PHARE (Performance hospitalière pour des achats responsables), sa prise en compte par les agences régionales de santé et les hôpitaux et sa traduction en termes d'économies ;
- le respect de la réglementation dans la passation et l'exécution des marchés publics ;
- les achats de médicaments, qui feraient l'objet d'un approfondissement spécifique, ainsi que ceux d'imagerie autant que possible.

Une formation inter-juridictions (FIJ) commune à la Cour des comptes et aux chambres régionales des comptes (CRC) a été instituée par arrêté du Premier président, en application de l'article L. 111-9-1 du code des juridictions financières, prévoyant que la formation commune statue sur les orientations de ces travaux, les conduit, délibère sur les résultats et en adopte la synthèse. Elle a été composée de la sixième chambre de la Cour et de 13 chambres régionales des comptes (Grand Est, Nouvelle Aquitaine, Auvergne-Rhône-Alpes, Bourgogne-Franche-Comté, Bretagne, Centre-Val de Loire, Martinique, Île-de-France, Occitanie, Hauts-de-France, Normandie, Pays de la Loire et Provence-Alpes-Côte d'Azur) et présidée par le président de la sixième chambre.

Ils portent sur des besoins de travaux, de fournitures et de services tant courants que d'une spécificité médicale prononcée.

Le nombre d'acheteurs était estimé à 878 établissements de santé, de tailles différentes.

Paragraphe 2 : Les faiblesses

Les faiblesses de la commande publique hospitalière peuvent être regroupées en deux grandes catégories. Il s'agit des faiblesses liées à l'organisation de la fonction (I) et des manquements au droit de la commande publique (II).

I. Les difficultés organisationnelles

Les chambres régionales des comptes ont relevé des lacunes organisationnelles encore assez importantes.

La communication de juin 2017 souligne que les acheteurs hospitaliers ne disposent pas d'une véritable stratégie d'achat, faute d'une professionnalisation suffisante.

Les rôles et fonctions des différents acteurs intervenant dans la chaîne achat (prescripteur, acheteur, juriste, approvisionneur) ne sont pas toujours clairement définis. La confusion entre le rôle de prescripteur et d'acheteur a été, par exemple, constatée au CH d'Arras, la chambre régionale des comptes des Hauts-de-France soulignant que la définition du juste besoin n'est pas garantie lorsque les fonctions de prescripteur et d'acheteur sont assumées par la même personne. Dans plusieurs établissements, la dénomination de « cellule marchés » ou « service achat » recouvre seulement un service chargé d'un soutien administratif en matière de procédures de marchés publics. L'achat, alors réduit à une simple fonction administrative, n'est pas inscrit dans une dimension stratégique.

Le schéma d'organisation le plus répandu est celui d'un partage de l'achat entre la pharmacie et les services économiques, souvent sans relation entre ces deux entités. Plusieurs exemples montrent encore une dispersion persistante de la fonction achat entre de nombreux acteurs internes.

De nombreux agents chargés des achats hospitaliers sont venus à la fonction achat via les passerelles professionnelles existantes. Selon la DGOS, les formations spécialisées à l'achat de type Mastères des grandes écoles de commerce et des facultés de droit représentent moins de 10 % des effectifs et sont essentiellement concentrées sur les gros établissements. La formation à l'achat des directeurs d'hôpital à l'École des hautes études en santé publique est encore limitée et ce type de fonction n'est pas perçu comme un débouché valorisant dans une carrière de dirigeant d'établissement.

Le besoin de formation complémentaire en matière d'achat a été souligné dans les contrôles, non

seulement pour les cadres mais également et surtout pour les agents des services métiers participant à la fonction achat.

La fonction achat était éclatée, mal reconnue et peu suivie dans ses résultats au sein des établissements. Son évolution a été engagée mais elle reste encore inaboutie et des faiblesses importantes ont été relevées dans certains des établissements contrôlés. Les rôles et fonctions des différents acteurs intervenant dans la chaîne des achats, qui mobilise plus de 5 000 agents, sont encore insuffisamment définis et les outils de gestion et de suivi sont incomplets en raison notamment d'une absence généralisée de système d'information traitant de l'ensemble du processus d'achat.

Les hôpitaux ont développé progressivement leur recours à des groupements d'achats pour obtenir de meilleures conditions de prix et pour améliorer la sécurisation juridique de leurs procédures. Les achats mutualisés représentent une part encore limitée, avec de fortes différences entre établissements et selon les types d'achats, les achats pharmaceutiques faisant l'objet de la plus grande mutualisation.

L'offre de mutualisation apparaît foisonnante et non maîtrisée. Il existe trois opérateurs dits nationaux de l'achat mutualisé pour les établissements de santé.

L'Union des groupements d'achats publics (UGAP)¹⁹, opérateur généraliste historique, est concurrencée²⁰ par le groupement de coopération sanitaire (GCS) UniHA²¹ (Union des hôpitaux pour les achats) et le groupement d'intérêt public (GIP) RESAH²² (Réseau des acheteurs hospitaliers).

¹⁹ Créée en 1968, l'UGAP est un établissement public industriel et commercial national, ayant un statut de centrale d'achat lui permettant de servir tous les pouvoirs adjudicateurs publics (État, collectivités territoriales, établissements publics).

²⁰ L'offre de l'UGAP avait alors pu être jugée insuffisante par les établissements de santé qui, par ailleurs, préfèrent maîtriser leur processus.

²¹ UniHA est un groupement constitué par les CHU

Il a été créé, en 2005, par les CHU avec le soutien de la direction de l'hospitalisation et de l'organisation des soins, sous la forme d'un GCS de moyens. Ses recettes reposent pour l'essentiel sur les cotisations des membres (qui s'échelonnent entre 29 460 € et 170 000 € en fonction du volume d'achats de l'établissement) et sur une subvention de la DGOS qui porte sur des projets ciblés.

L'organisation d'UniHA repose sur des filières d'achat, avec à la tête de chacune d'entre elles un trinôme composé d'un coordonnateur (directeur des achats ou pharmacien), d'un acheteur et d'un assistant temps plein. Le premier appartient à un établissement membre, sa quotité de temps faisant l'objet d'un remboursement par le GCS. Les seconds sont employés par le GCS. Le coordonnateur s'appuie sur un groupe d'experts directement issus des établissements.

Au-delà de la structuration de groupements de commandes, le GCS peut également conclure depuis 2012 des marchés en tant que centrale d'achat sous deux formes : il est alors soit pouvoir adjudicateur, soit membre de groupements de commandes, cette dernière formule visant à répondre aux besoins d'établissements initialement non engagés.

²² Le GIP RESAH était initialement un groupement francilien, dénommé initialement RESAH-IDF.

Il a été créé le 28 janvier 2008, en fédérant des groupements de commandes départementaux de la région Île-de-France.

Son champ d'action s'étend désormais à l'ensemble du territoire par suite d'une modification statutaire.

Outre son rôle d'acheteur, le RESAH se positionne également comme un centre de ressources et d'expertise proposant des prestations de formation, de conseil et d'accompagnement des établissements dans le champ des achats. Il anime également le réseau « Alliance groupements » qui a vocation à fédérer dans une approche collaborative l'ensemble des groupements d'achat territoriaux.

Les trois groupements présentent un portefeuille d'achats diversifié. L'UGAP n'intervient pas dans les achats de médicaments, lesquels constituent avec les dispositifs médicaux, l'essentiel des achats au niveau d'UniHA et du RESAH.

Si l'UGAP fonctionne majoritairement en tant que centrale d'achat « grossiste », UniHA et RESAH utilisent essentiellement la forme des groupements de commandes même si chacun a créé, une centrale d'achat. Par ailleurs le RESAH a élargi son périmètre d'intervention à l'échelle nationale.

Les juridictions financières notent que le suivi de l'efficacité de la mutualisation des achats est rarement effectué par la plupart des établissements, qui restent dans une grande méconnaissance des bénéfices retirés des achats mutualisés, alors même que les performances des différents groupements apparaissent très différentes.

Aussi relèvent-elles que le dispositif d'achat des médicaments manque d'efficacité et présente de fortes limites.

L'asymétrie d'informations entre l'acheteur et son cocontractant est un facteur déterminant qui influence la capacité de négociation du pouvoir de l'acheteur. Celle-ci échappe totalement à l'acheteur qui subit généralement le rapport de force imposé par son cocontractant.

Très peu d'établissements se sont dotés d'une politique globale d'achat.

La communication note à ce sujet que « les établissements ayant bien formalisé leur politique achat ont, généralement, une réflexion plus approfondie sur la définition des besoins, qu'il s'agisse de besoins nouveaux ou de renouvellement des marchés récurrents, en s'appuyant sur un binôme prescripteur/ acheteur ou utilisateur/acheteur. Ces hôpitaux sont alors en capacité d'entamer des démarches de standardisation, à l'instar de celle amorcée aux HCL.

Pour autant, dans quelques établissements, l'association trop étroite du prescripteur ou de l'utilisateur à l'achat conduit à ce qu'une même personne assure l'ensemble des étapes de l'achat, ce qui présente des risques importants de conflits d'intérêts dans le processus de l'achat. ».

II. Les manquements au droit de la commande publique

De nombreux cas graves d'irrégularités dans la passation et l'exécution des procédures de marché ont été constatés et transmis à l'autorité judiciaire. D'autres ont été déférés à la Cour de discipline budgétaire et financière. Il y a également les risques de conflits d'intérêts pour lesquels peu de mesures de prévention sont prises.

Le risque de pratiques anticoncurrentielles demeure présent malgré l'absence de signalement et des errances ont été relevées dans la définition des besoins de plusieurs dossiers de consultation.

Les juridictions financières déplorent aussi un usage injustifié des procédures négociées sans publicité ni mise en concurrence²³. Le choix des procédures n'est pas toujours fait sur une base objective et sincère. Il devrait en effet se faire en fonction des seuils atteints, lesquels sont estimés au regard de computation qui 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 exécution, 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. Dans certains cas des commandes négociées étaient faites sous le couvert de l'urgence impérieuse alors que les juridictions financières estiment qu'un appel d'offres restreint avec publicité et des délais réduits aurait dû être lancé compte tenu de l'urgence simple caractérisant la situation.

Il a été relevé ailleurs que la granularité fine de la nomenclature²⁴ adoptée et le large recours à la computation par unité fonctionnelle, bien qu'autorisé dans son principe, conduit à une proportion de marchés à procédure adaptée (MAPA) relativement plus forte que dans les établissements comparables, alors que pour certains achats une computation stricte par famille homogène de produits imposerait un recours aux appels d'offres.

Et, lorsqu'aucune nomenclature des achats n'est utilisée pour le suivi des marchés, le respect des seuils réglementaires n'est pas garanti.

Parfois, des achats en MAPA sont réalisés sans minimum ni maximum alors qu'ils ne sont que rarement justifiés par une impossibilité à définir le besoin.

Aussi, des achats dits « hors marché », qualifiés par ailleurs « contrats »²⁵ non régis par le droit de la commande publique, seraient-ils formés alors que le montant cumulé pour une même famille d'achat excède le seuil nécessitant de faire appel à une procédure de mise en concurrence. Ceci serait une pratique récurrente, illégale et porteuse de risques en matière d'atteinte à la probité, bien organisée pour certains établissements, qui semblent en ignorer le coût financier, en ne mettant pas les opérateurs économiques en situation de concurrence et en se privant de la possibilité d'obtenir des gains d'échelle.

Les contrôles ont montré que les critères de sélection des offres et leur pondération n'étaient pas toujours clairement exposés dans les documents de consultation et se révélaient parfois assez imprécis ou mal renseignés. Parfois, la notation se trouverait fondée sur des critères différents qui

²³ Les établissements s'appuient parfois sur la liberté de prescription du praticien et la spécificité de certains dispositifs médicaux impliquant un prestataire déterminé pour justifier le recours à des procédures d'achat négociées sans mise en concurrence. La liberté de prescription du médecin définie dans l'article R4127-8 du code de la santé publique doit cependant se concilier avec les principes généraux de la commande publique. (Communication de juin 2017)

²⁴ La communication propose que « Dans la mesure où les établissements publics de santé présentent globalement une certaine homogénéité dans leurs besoins d'achat, il serait pertinent qu'ils puissent disposer d'une nomenclature commune permettant ainsi de mieux appréhender le respect des seuils des marchés publics. Des travaux en ce sens sont conduits depuis 2016 par la DGOS qui indique que la cartographie d'achats réalisée devrait se transformer en nomenclature des achats hospitaliers et donner lieu à une instruction de manière à rendre son application obligatoire. »

²⁵ C'est ainsi qu'ils sont désignés au Grand Hôpital de l'Est Francilien

n'ont pas été portés à la connaissance des opérateurs économiques ou bien elle était simplement absente.

Si les établissements peuvent passer un avenant à un marché public en cours de validité, selon l'article 139 du décret du 25 mars 2016 relatif aux marchés publics, cet avenant ne doit cependant ni bouleverser l'économie du marché, ni en changer l'objet, sauf en cas de sujétions techniques imprévues. Le décret du 25 mars 2016 relatif aux marchés publics précise que la modification envisagée ne doit pas excéder 10 % du montant du marché initial s'il s'agit d'un marché de fournitures ou de services et 15 % s'agissant des marchés publics de travaux.

Or, à l'occasion des analyses de certains avenants, des dépassements significatifs des montants initiaux et ou des reconductions anormales de marché ont été relevés à plusieurs reprises par les chambres régionales des comptes.²⁶

La traçabilité des documents n'est pas toujours bien assurée, du fait la méconnaissance des obligations en matière d'archivage des données de marché. Dans quelques établissements, tous les arrêtés portant délégation de signature en matière d'achat ne sont pas mis à jour, cette situation engendrant une fragilité quant à la régularité des actes signés.

En ce qui concerne le délai légal de paiement des prestations, la cour note que si la majorité des établissements honorent leur obligation dans les 50 jours, certains par contre accusent des retards et les intérêts moratoires dus de droit sont rarement payés.

C'est le cas par exemple du CH de Bastia qui sur la période 2010-2014 n'a réglé qu'un montant de 8 500 € d'intérêts moratoires, en contradiction totale avec une moyenne de délai global de paiement effectif à 144,2 jours. Au titre de l'année 2014, la chambre régionale des comptes de Corse a calculé que ces intérêts auraient dû s'élever à 400 000 € pour 13 M€ de factures en 2014. La cour déclare que « Cette pratique de non-paiement des intérêts moratoires contrevient à la loi qui prévoit que le retard de paiement fait courir, de plein droit et sans autre formalité, des intérêts moratoires qui sont versés au créancier par le pouvoir adjudicateur. ».

Les risques de conflit d'intérêts ont été également relevés dans la gestion des achats hospitaliers.

La notion de conflit d'intérêts est définie par la loi n° 2013-907 du 11 octobre 2013 relative à la transparence de la vie publique²⁷ dont l'article 2 précise que « constitue un conflit d'intérêts toute situation d'interférence entre un intérêt public et des intérêts publics ou privés qui est de nature à influencer ou à paraître influencer l'exercice indépendant, impartial et objectif d'une fonction. ».

²⁶ - avenants représentant 50 % ou plus du montant du marché initial pour le marché de fournitures de changes et d'alèses et le marché relatif à des prestations de ménage du CH de Darnétal ;

- trois avenants pour une durée totale de 15 mois, soit 40 % de la durée contractuelle, pour le marché de prestation de nettoyage des locaux au CH de Saint Malo entraînant une augmentation substantielle (38 %) du coût de la prestation ;

- plus que doublement du nombre des avenants liés aux marchés de fournitures et services à l'AP-HP entre 2010 (60) et 2015 (158). Un tiers (150) des 499 avenants passés par ailleurs au cours de la période ont modifié le montant initial du marché de plus de 20 % (en augmentation ou en réduction) ; 26 avenants ont porté cette évolution à plus de 50 %.

²⁷ L'article a été modifié par la loi n° 2017-1339 du 15 septembre 2017 pour la confiance dans la vie politique

L'ordonnance n° 2015-899 du 23 juillet 2015 relative aux marchés publics prévoit traite de la question en son article 48 I-5° qui dispose que :

« (...) Constitue une situation de conflit d'intérêts toute situation dans laquelle une personne qui participe au déroulement de la procédure de passation du marché public ou est susceptible d'en influencer l'issue a, directement ou indirectement, un intérêt financier, économique ou tout autre intérêt personnel qui pourrait compromettre son impartialité ou son indépendance dans le cadre de la procédure de passation du marché public. ».

Ledit article préconise en conséquence que les acheteurs peuvent exclure de la procédure de passation du marché public les personnes qui, par leur candidature, créent une situation de conflit d'intérêts, lorsqu'il ne peut y être remédié par d'autres moyens.

On peut se retrouver en situation de conflit d'intérêts s'il existe des liens entre un agent public, partie prenante du processus d'achat, et les entreprises.

Dans son rapport sur le CHU d'Amiens, la chambre régionale des comptes des Hauts-de France souligne le risque de conflits d'intérêts du fait de la confusion des rôles d'acheteurs et d'utilisateurs et le risque de manque de transparence de la démarche du CHU visant à mettre en place un panel restreint de fournisseurs qui peut favoriser une relation directe prescripteurs-fournisseurs.

Face à ce risque permanent, la cour déplore l'absence de mesures de prévention de ces conflits d'intérêts dans le cadre de l'achat hospitalier dans les établissements et les groupements d'achats, à l'exception de quelques bonnes pratiques.

Une fois le cadre général des achats hospitaliers présenté, qu'en est-il du cas particulier du Grand Hôpital de l'Est Francilien ?

Chapitre 2 : ORGANISATION DE LA COMMANDE PUBLIQUE AU GRAND HOPITAL DE L'EST FRANCILIEN (GHEF)

Le Grand Hôpital de l'Est Francilien nous offre un cas pratique du fonctionnement de la commande publique hospitalière.

La particularité de cet établissement public de santé mérite d'être relevé (section 1) afin de mieux apprécier le management des achats qui y est développé (section 2).

Section 1 : PRESENTATION DU GHEF

Le GHEF est un établissement public de santé (Paragraphe 1) qui a la qualité d'acheteur public (Paragraphe 2).

Paragraphe 1 : Un établissement public de santé

Le GHEF est un établissement public de santé (II) issu de plusieurs transformations successives (I).

I. Un nouveau-né au riche passé de service public de santé

Le Grand Hôpital de l'Est Francilien (GHEF) est un établissement de santé, créé le 1^{er} janvier 2017, de la fusion de trois Centres hospitaliers, classés établissements MCO (Médecine, Chirurgie, Obstétrique) du Nord Seine-et-Marne.

C'est la consécration d'une riche expérience de collaboration et de co-construction amorcée depuis plus d'une décennie entre les centres hospitaliers de Coulommiers, de Meaux, de Marne-la-Vallée avec le CH de Jouarre, lequel se confondra au GHEF à compter du 1^{er} janvier 2018.

Ces quatre CH ont d'abord coopéré avec une direction commune de novembre 2009 au 30 juin 2016 avant de devenir un Groupement Hospitalier de Territoire²⁸ en l'occurrence le GHT Nord 77, du 1^{er} juillet 2016 au 31 décembre 2016.

Fusion et mutation en une personne juridique unique, le GHEF est la conséquence juridique de l'Arrêté de l'Agence Régionale de Santé²⁹ Ile de France, en date du 13 juillet 2016, lequel s'inscrit

²⁸ Le GHT a été institué par la loi de modernisation de notre système de santé, et constitue un nouveau mode de coopération entre les établissements publics de santé à l'échelle d'un territoire. L'objectif est de garantir à tous les patients un meilleur accès aux soins en renforçant la coopération entre hôpitaux publics autour d'un projet médical partagé. Ceci vise à mieux organiser les prises en charge, territoire par territoire, et présenter un projet médical répondant au mieux aux besoins de la population, tout en renforçant l'inscription des hôpitaux publics dans une vision partagée de l'offre de soins.

Les groupements hospitaliers de territoire ont été constitués au 1^{er} juillet 2016 et étaient au nombre de 135.

²⁹ Les agences régionales de santé (ARS) pilotent, pour le compte du ministère chargé de la Santé, le système de santé en région. Ce sont des établissements publics de l'État à caractère administratif.

Elles sont dotées d'un conseil de surveillance et dirigées par un directeur général (article L. 1432-1).

Leurs missions sont définies à l'article L. 1431-2 du Code de la santé publique

dans la droite ligne de la loi n° 2009-879 du 21 juillet 2009 portant réforme de l'hôpital et relative aux patients, à la santé et aux territoires (Loi HPST) ainsi que de la loi n° 2016-41 du 26 janvier 2016 dite loi de modernisation de notre système de santé.

Plus grand hôpital français hors CHU, avec un budget annuel de plus d'un demi-milliard d'euros, le GHEF est organisé en pôles de territoire. L'établissement concentre un ensemble de 12 pôles, 3 fédérations de territoire, 3 départements intrapolaires.

Avec pour siège social le site de Meaux sis au 6/8 Saint Fiacre 77100 Meaux, le GHEF est géographiquement localisé sur 5 sites, hors les sites extra-hospitaliers, dans les communes de Meaux (sites Orgemont et Saint-Faron), de Jossigny (site de Marne-la-Vallée) et de Coulommiers (Sites Abel Leblanc et René Arbeltier).

Les pôles, fédérations et services de soins sont multisites, au service des patients et des populations des territoires concernés. Ils permettent, par leurs organisations coordonnées, de renforcer davantage les filières de prise en charge médicale.

Cet établissement public de santé assure les missions de service public suivantes, régies par le code de la santé publique :

- La prévention,
- L'enseignement universitaire et post-universitaire,
- La recherche,
- La qualité des soins et la sécurité des soins.

Le GHEF poursuit une mission de service public hospitalier consistant à lutter contre les inégalités sociales et géographiques en matière d'accès aux soins par le renforcement des compétences existantes et reconnues des sites hospitaliers ainsi que le renforcement de leur coopération.

Son projet est de mettre à profit des atouts indéniables que sont les différents sites hospitaliers sur leurs bassins de population respectifs, importants et en forte progression démographique, ainsi que la diversité des activités, ressources et compétences déjà réunies.

Il entend garantir une offre de soins élargie, efficace et de proximité grâce à une meilleure coordination des acteurs, une prise en charge des patients en fonction des spécialités et des plateaux techniques adaptés des sites hospitaliers.

La fusion des centres hospitaliers a permis de renforcer les capacités en matière de service public de santé et a contribué à développer des équipes territoriales, des filières de soins graduées, assurer une continuité des soins, plaçant ainsi le GHEF comme l'un des établissements de référence aussi bien au niveau local, départemental que régional.

Les équipes du Grand Hôpital de l'Est Francilien se sont engagées à s'impliquer chaque jour davantage pour proposer des prestations coordonnées, complémentaires et de grande qualité dans un souci d'amélioration de la prise en charge des patients.

II. Statut juridique du GHEF

Le GHEF est un établissement public de santé, qui répond à la définition de l'article L. 6141-1 du Code de la santé publique.

En tant qu'établissement public, le GHEF relève principalement du droit public en matière de contentieux, de régime des biens, en matière financière et comptable. Il est doté de l'autonomie administrative et financière, et ne peut exercer qu'à titre accessoire des activités hors du domaine de la santé.

Entre autres, la responsabilité pour faute du GHEF, établissement public de santé, est susceptible d'être engagée du fait d'un défaut d'organisation ou de fonctionnement, si cette défaillance est à l'origine d'un dommage et d'un préjudice.

Ce sera le cas, par exemple, d'une faute dans la réalisation d'un acte de soins courants (une injection, une perfusion, une piqûre) exécuté par un auxiliaire médical qualifié, sur prescription du médecin.

Le défaut ou l'insuffisance de surveillance des patients et des locaux peut également engager la responsabilité pour faute de l'hôpital³⁰ s'il en résulte un fait dommageable et un préjudice.

Mais il ne faut pas perdre de vue que le mauvais entretien des locaux et du matériel, et notamment les infections nosocomiales³¹, constitue un autre motif de mise en œuvre de la responsabilité de l'hôpital public.³²

Le défaut d'information du patient est aussi un motif de faute se rattachant à l'organisation et au fonctionnement du service.

Le GHEF est chargé de la mission du service public de la santé dans le respect des principes de continuité, d'égalité, de neutralité et d'adaptabilité. Son activité doit être continue, avec accessibilité de tous les patients, usagers. Il doit aussi répondre aux impératifs liés à sa fonction d'enseignement et de recherche ainsi qu'à des missions d'intérêt général.

³⁰ CE, 27 février 1985, Centre hospitalier de Tarbes, n° 39069-48793

Le juge ayant en outre posé des exigences particulières s'agissant de la surveillance de patients souffrant de maladies mentales, en raison des dommages qu'ils peuvent causer à eux-mêmes ou à des tiers.

³¹ Le Conseil d'Etat encadre la notion d'infection nosocomiale et juge qu'une infection ne peut être qualifiée de nosocomiale que si elle survient au cours ou au décours d'une prise en charge et qu'elle n'était ni présente ni en incubation au début de la prise en charge (CE, 21 juin 2013, Centre hospitalier du Puy-en-Velay, n° 347450).

³² CE, 9 septembre 1988, M. X, n° 65087

CE, 10 octobre 2011, Centre hospitalier universitaire d'Angers, n° 328500

Paragraphe 2 : Missions et gouvernance du GHEF

Le GHEF accomplit les missions de service public de la santé et est administré selon les dispositions des lois et règlements.

I. Les missions d'établissement public de santé

La mission générale du GHEF en tant qu'établissement de santé est définie par l'article L. 6111-1 du Code de la santé publique. Aux termes de la loi, et au même titre que tous les établissements hospitaliers, le GHEF assure en tenant compte de la singularité et des aspects psychologiques des personnes, le diagnostic, la surveillance et le traitement des malades, des blessés et des femmes enceintes et mène des actions de prévention et d'éducation à la santé. Il délivre les soins, le cas échéant palliatifs, avec ou sans hébergement, sous forme ambulatoire ou à domicile, le domicile pouvant s'entendre comme le lieu de résidence ou bien l'établissement avec hébergement relevant du Code de l'action sociale et des familles. Il participe 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, en concertation avec les conseils départementaux pour les compétences qui les concernent. Il participe à la mise en œuvre de la politique de santé et des dispositifs de vigilance destinés à garantir la sécurité sanitaire. Il mène, en son sein, une réflexion sur l'éthique liée à l'accueil et la prise en charge médicale.

La loi lui donne également compétence pour développer des alternatives à l'hospitalisation qui ont pour objet d'éviter une hospitalisation à temps complet ou d'en diminuer la durée. Les prestations ainsi dispensées se distinguent de celles qui sont délivrées lors de consultations ou de visites à domicile. Ces alternatives comprennent les activités de soins dispensées par les structures d'hospitalisation à temps partiel de jour ou de nuit, y compris en psychiatrie ou les structures pratiquant l'anesthésie ou la chirurgie ambulatoires.

La loi prévoit que les établissements de santé élaborent et mettent en œuvre une politique d'amélioration continue de la qualité et de la sécurité des soins et une gestion des risques visant à prévenir et à traiter les événements indésirables liés à leurs activités. Dans ce cadre, ils organisent la lutte contre les événements indésirables, les infections associées aux soins et la iatrogénie³³, définissent une politique du médicament et des dispositifs médicaux stériles et mettent en place un système permettant d'assurer la qualité de la stérilisation des dispositifs médicaux (article L. 6111-2).

³³ La iatrogénie médicamenteuse apparaît suite à un traitement médical qui a été mal administré. Si certains effets secondaires sont inévitables car liés au médicament lui-même, d'autres surviennent suite à une erreur de prise : un mauvais horaire, une posologie excessive, un surdosage, une automédication, un traitement prolongé ou le non-respect des contre-indications (surtout en cas de polymédication).

Les symptômes apparaissent sous diverses formes, du plus bénin au plus grave : fatigue, troubles de la vision, hémorragie digestive mais aussi fracture de la hanche suite à une chute... (<https://sante-pratique-paris.fr/dossier/prevention-dossier-dossier/iatrogenie-medicamenteuse-attention/>)

Le GHEF est à la tête de plus de 40 centre médico-psychologiques (CMP) et centres d'accueil thérapeutique à temps partiel (CATTP).

Outre les activités générales d'hospitalisation des patients communes à tous les établissements de santé, le GHEF est apte à exécuter d'autres missions également définies à l'article L. 6111-1.

En vertu de cet article, il participe à la formation, à l'enseignement universitaire et post-universitaire, à la recherche et à l'innovation en santé, ce qu'il fait à juste titre d'ailleurs avec grand succès. Il participe au développement professionnel continu des professionnels de santé et du personnel paramédical.

Une convention dite « Santé-Sécurité-Justice » a été signée le 13 décembre 2017 entre la préfecture de Seine et Marne, le Procureur de la République près le Tribunal de Grande Instance de Meaux, et le GHEF, en présence du président du Conseil de surveillance du GHEF, avec pour objectif de constituer un protocole cadre et d'instaurer les principes d'une collaboration effective et efficiente entre ces institutions dans le cadre de leurs missions pour lesquelles elles sont souvent amenées à travailler ensemble dans le respect des compétences propres à chacune et du secret professionnel. Il s'agit plus spécifiquement d'un partenariat en matière de prévention de la violence et de traitement des faits délictueux et criminels.

Des négociations sont par ailleurs en cours pour la signature d'un protocole de prise en charge sanitaire des personnes détenues, entre le GHEF et le centre pénitentiaire de Meaux-Chauconin-Neufmontiers sous l'autorité de l'ARS.

II. Organigramme du GHEF

Le GHEF est dirigé par un directeur général, assisté de directeurs et coordinateurs sur les différents pôles d'activités, soins et administratifs. (Annexe 1)

Le GHEF comprend également une Commission Médicale d'Etablissement (CME), d'un Conseil de Surveillance (CS), d'un comité technique d'établissement (CTE) et d'un comité d'hygiène, de sécurité et des conditions de travail (CHSCT).

Il est composé de plus de 2000 lits et places, répartis sur 130 services de soins et unités médicales dans lesquels exercent 850 médecins et 5200 autres professionnels de santé, agents administratifs et autres personnels assimilés.

Le GHEF est composé de douze pôles de soins (huit d'hospitalisation et quatre médico-technique), de trois fédérations (Blocs opératoires, Recherche Clinique et Fertilité) et de pôles administratifs (Direction, Ressources humaines....) dont le pôle Ressources Logistiques et Techniques duquel dépend le service des achats.

Chaque pôle a un pouvoir décisionnaire important ce qui ne l'empêche cependant de coopérer et travailler de façon transversale avec d'autres pôles de soins, dans le cadre de certains projets de

pôle. Il a une autonomie de fonctionnement, avec possibilité de délégation de gestion réelle et large. Il dispose de budget autonome, tant en exploitation (compte classe 6) qu'en investissements (compte classe 2), auquel pourrait s'ajouter un intéressement en cours d'année, en cas de résultat positif sur l'exercice comptable précédent.

Les pôles de soins sont composés d'un chef de pôle qui est un médecin, d'un directeur de pôle qui peut être responsable de plusieurs pôles, d'un ou plusieurs cadres de pôle et d'un contrôleur de gestion. Ils sont organisés par la *Décision 53_2018 portant Organisation des pôles médicaux et médico-techniques du Grand Hôpital de l'Est Francilien dans le cadre de la délégation de gestion*, en date du 4 juin 2018.

Les pôles administratifs jouissent aussi de l'autonomie de gestion et sont composés d'un directeur ou coordonnateur, d'un directeur adjoint et de cadres responsables de départements d'activité, avec des agents dans les divers services attenants à ces derniers.

Les délégations de signature sont organisées par la *Décision n°553_2017 portant Délégation de signature*.

Les personnels travaillant au sein du GHEF relèvent de statuts différents. Nous avons des agents relevant de la fonction publique hospitalière, d'autres de la fonction publique d'Etat et d'autres encore sont des contractuels du GHEF.

Les praticiens hospitaliers (PH) sont régis par des statuts spécifiques figurant dans le Code de la santé publique et ne relèvent pas de la fonction publique hospitalière.

De même, les praticiens contractuels, assistants des hôpitaux et praticiens attachés sont régis par des dispositions statutaires prévues par le Code de la santé publique.

Section 2 : Le GHEF et les achats publics

Les achats hospitaliers, dont plus de 60% sont des achats médicaux, constituent le deuxième poste de dépense des établissements hospitaliers après celui de la masse salariale. Ils sont égaux aux achats de l'Etat dans son ensemble, hors les dépenses d'armement.

En raison de sa taille et de son emprise territoriale, le GHEF exprime des besoins importants dont la satisfaction est conduite par un dispositif administratif.

Paragraphe 1 : L'administration des commandes du GHEF

Accomplir un acte d'achat revient à poser un acte juridique qui traduit une intention destinée à produire des effets de droit.

En droit public, les achats sont encadrés diversement selon qu'ils sont qualifiés contrats de commande publique ou non.

I. Applicabilité du droit de la commande publique au GHEF

Le Grand Hôpital de l'Est Francilien est un établissement public, personne morale de droit public dotée de l'autonomie administrative et financière. Il est une entité distincte du GHT Nord 77 dont il est l'établissement support.

A. Le GHEF au sein GHT Nord 77

La création des GHT s'inscrit dans le cadre de la modernisation du système de santé dont les objectifs sont d'améliorer la santé de la population, de faciliter les parcours de santé, d'innover pour garantir la pérennité du système de santé et de renforcer l'efficacité des politiques publiques et la démocratie sanitaire.

Il est régi entre autres par les dispositions des articles L 6132-1 à L 6132-6 du code de la Santé Publique et le décret n°2016-524 relatif aux groupements hospitaliers de territoire du 27 avril 2016.

Le GHT est conçu comme un outil de coopération reposant sur l'adhésion obligatoire des établissements publics de santé, l'absence de personnalité morale, la mise en œuvre d'une stratégie de prise en charge commune et graduée du patient, l'élaboration d'un projet médical partagé et la mise en commun des fonctions.

La création et l'organisation d'un GHT est constaté par une convention constitutive qui définit et arrête le projet médical partagé, son organisation, ses modes et modalités de fonctionnement.

Les établissements parties à la convention de GHT désignent un « établissement support » qui doit assurer diverses fonctions listées par la loi (art. L. 6132-3 I du CSP), dont notamment « la fonction achats ».

Dans le cas du GHT Nord 77, le GHEF s'est substitué au CH Coulommiers en qualité de l'établissement support, conformément à l'article 4 de la convention cadre "Groupement hospitalier de territoire « Nord 77 » du 30 juin 2016, qui stipule que :

« L'établissement support du groupement hospitalier de territoire NORD 77 est le Centre Hospitalier de Coulommiers, dont le siège est sis 4 rue Gabriel Péri 77527 COULOMMIERS cedex.

Cette désignation a été approuvée par au moins deux tiers des conseils de surveillance des établissements parties à la présente convention.

En cas de fusion de plusieurs établissements membres du GHT, l'établissement support deviendra l'établissement issu de cette fusion. ».

C'est donc de facto que le GHEF, fusion de trois établissements membre du GHT, est devenu

établissement support.

En cette qualité, il assure au profit du CH de Jouarre, des activités administratives, logistiques, techniques et médicotechniques en lien avec la fonction achats.

L'article R. 6132-16 du CSP dispose que :

« I.-L'établissement support est chargé de la politique, de la planification, de la stratégie d'achat et du contrôle de gestion des achats pour ce qui concerne l'ensemble des marchés et de leurs avenants. Il assure la passation des marchés et de leurs avenants conformément aux dispositions de l'ordonnance n° 2015-899 du 23 juillet 2015 relative aux marchés publics.

L'établissement partie au groupement hospitalier de territoire assure l'exécution de ces marchés conformément aux dispositions de la même ordonnance.

II.-Un plan d'action des achats du groupement hospitalier de territoire est élaboré pour le compte des établissements parties au groupement.».

Aux termes de l'article 10 de l'ordonnance n° 2015-899 du 23 juillet 2015 relative aux marchés publics, le GHT n'est pas un pouvoir adjudicateur parce qu'il n'est pas une personne morale de droit public. Il ne peut en conséquence passer des commandes publiques que par le biais de son établissement support.

De même, le GHEF, établissement support du GHT Nord 77 composé du GHEF et du CH de Jouarre, n'est pas acheteur public à la place du CH Jouarre, qui conserve pleinement cette qualité.

Le GHEF initie la politique et la stratégie d'achat en cohérence avec la stratégie de prise en charge commune graduée du patient conformément à l'article L. 6132-1 II CSP et le projet médical partagé prévu à l'article L.6132-2 II 1° CSP.

Il planifie les marchés et en organise la passation lorsque les parties le souhaitent. Conformément à l'article 30 de l'ordonnance du 23 juillet 2015, le GHEF, établissement support du GHT Nord 77, a pour mission de déterminer et définir « la nature et l'étendue des besoins à satisfaire ».

Cette mission implique nécessairement un travail commun de tous les établissements parties tant au regard des aspects techniques et administratifs de la commande publique, qu'au plan financier, d'autant plus que chaque établissement partie reste l'acheteur, le bénéficiaire et donc le débiteur à l'égard de l'opérateur économique ayant fourni les prestations commandées.

En sa qualité d'établissement support, le GHEF est censé mettre en œuvre une politique de suivi de l'exécution des marchés au titre du contrôle de gestion des achats et des activités d'approvisionnement.

C'est une tâche importante qui permet de veiller au respect des engagements pris lors de la conclusion du marché, sur la base des prévisions établies, et ce tant du point de vue technique, opérationnel, administratif que financier. Il s'en suit une nécessaire coopération entre

l'établissement partie bénéficiaire du marché public et le GHEF qui a la charge d'en assurer le suivi contractuel.

Cette organisation des achats au sein du GHT s'apparente à une coopération entre pouvoirs adjudicateurs et il appartient au GHT de définir les modalités et conditions de fonctionnement et d'organisation de sa fonction achats. Il peut s'inspirer du modèle des groupements de commandes ou des centrales d'achat, sans qu'il puisse en cette occurrence se prétendre à aucune personnalité juridique.

L'intérêt juridique dans le cadre du GHT se résume aussi dans les relations avec les tiers, candidats et titulaires des marchés, pour les établissements parties. La solution se trouve souvent dans la mise en place des délégations d'attributions et/ou de signatures afin de sécuriser les processus mis en œuvre.

Depuis le 1^{er} janvier 2018, le transfert de la fonction achat aux établissements supports des GHT est obligatoire.

Les compétences transférées à l'établissement support sont uniquement celles portant les procédures prévues par l'ordonnance 2015-899 du 23 juillet 2015 relative aux marchés publics. Le GHEF n'est en conséquence pas compétent pour agir pour le compte du GHT Nord 77 et donc du CH de Jouarre pour la passation des contrats de concession régis par l'ordonnance n° 2016-65 du 29 janvier 2016. Les contrats d'emprunts sont également exclus du transfert.³⁴

En plus d'être l'établissement support du GHT Nord 77, le GHEF est pour son propre compte, un pouvoir adjudicateur au sens du droit de la commande publique.

B. Le GHEF : pouvoir adjudicateur

Le GHEF est un pouvoir adjudicateur au sens de l'article 10 de l'ordonnance marchés du 23 juillet 2015. A ce titre, il est soumis aux règles de la commande publique édictées par l'ordonnance 2015-899 du 23 juillet 2015 et le décret 2016-360 du 25 mars 2016, lesquels constatent la transposition de la directive européenne 2014/24/UE de février 2014 dans le droit positif national.

En conséquence, le GHEF est tenu au respect des principes de la commande publique à savoir : la liberté d'accès des opérateurs économiques à ses consultations et commandes, l'égalité de traitement des candidats et la transparence des procédures.

³⁴ La Semaine Juridique Administrations et Collectivités territoriales n° 51-52, 26 Décembre 2017, act. 862

« Groupements hospitaliers de territoire et fonction achats : le big-bang du 1er janvier 2018 »

Aperçu rapide par Vincent Vioujas directeur d'hôpital - chargé d'enseignement à la faculté de droit et de sciences politiques d'Aix-en-Provence (AMU) - chercheur associé au Centre de droit de la santé (UMR 7268 ADES, AMU/EFS/CNRS)

En tant qu'établissement hospitalier, les commandes du GHEF sont passées suivant la procédure formalisée dès lors que le montant estimé est supérieur au seuil de 221 000 euros pour ses besoins en matière de fournitures et de services, et 5 548 000 euros en matière de travaux.

Il est tenu au paiement des prestations exécutées, dans un délai de 50 jours sous peine de devoir des pénalités et intérêts moratoires.

Pour les délégations de services qu'il conçoit au profit de ses cocontractants, le GHEF est une autorité concédante assujettie aux dispositions de l'ordonnance 2016-65 du 29 janvier 2016 et de son décret d'application, le décret 2016-86 du 1er février 2016, lesquels constatent la transposition de la directive européenne 2014/23/UE de février 2014 dans le droit positif national.

Il doit rechercher en tout temps la bonne utilisation des deniers publics en réalisant des commandes efficaces mais respectueuses du droit de la concurrence.

II. Cadre structurel des commandes du GHEF

Dans le cadre de la fusion, le GHEF est désormais le seul habilité à passer et exécuter les commandes pour le compte de tous les sites à l'exception des commandes de fonctionnement en Informatique et en Pharmacie.

Pour mettre en œuvre la nouvelle organisation, des avenants ont été pris avec les différents prestataires des anciens centres hospitaliers constitutifs, par lesquels la nouvelle personne morale s'est substituée aux pouvoirs adjudicateurs fusionnés.

En dehors des services propres à chaque site, le service des achats du GHEF était quasi inexistant jusqu'au 1^{er} juin 2018, date à laquelle ledit service a repris vie par la prise de fonction de la nouvelle responsable. Il s'agit donc d'une équipe en construction composée de 3 agents, répartis sur trois sites du GHEF. La coordination est assurée depuis le site de Meaux, siège social de l'établissement par un effectif de 2 agents dont la responsable du service. Deux nouvelles recrues viendront renforcer cette équipe dès le mois de septembre.

Le service achats dépend du pôle Ressources Logistiques et Techniques (PRLT) composé de 546 agents. (Annexe 2)

Le pôle est composé de :

- un Directeur
- un Directeur adjoint
- trois responsables de département (Logistique, Achats Gestion et Patrimoine, Technique)
- douze services, coordonnés par des cadres
- d'agents dans les différents services

Le département Logistique regroupe les services suivants : Manutention/Transports/Espaces

verts, Standard/vaguemestre/Reprographie, Magasins, Hôtellerie et Restauration.

Le département Achats Gestion et Patrimoine est organisé en trois services : Achats, Gestion et Patrimoine.

Le département Technique, est quant à lui composé de quatre services : Sécurité / Incendie/ Sureté anti-malveillance, Ingénierie /Travaux, Equipements biomédicaux/ proche patient / mobilier, et Maintenance des biens et équipements.

Les douze services fonctionnent de façon autonome mais transversale.

Le service achats organise une réunion hebdomadaire de façon rotative sur les différents sites de l'établissement, pour faire le point de l'évolution des contrats en cours, prendre des décisions et assurer le suivi des dossiers.

Participent à ces réunions généralement présidées par le responsable du département Technique, Achats et Investissements, les agents acheteurs dont la première responsable du service achat, une gestionnaire et des agents du service technique.³⁵

Une formation d'une journée a été organisée au mois de juin, à l'attention du personnel du service Achats sur la réglementation des marchés publics³⁶.

Paragraphe 2 : Les activités d'acheteur public

Les activités d'achat du GHEF sont diverses et concourent toutes à sa principale mission de service public de la santé.

Malgré la diligence et la rigueur avec lesquelles elles sont menées, ces activités peuvent être confrontées à quelques difficultés d'ordre juridique.

I. La dynamique des achats

En raison de la particularité de sa mission mais aussi de la technologie assez évolutive en la matière, les besoins du GHEF sont aussi importants que divers.

Les commandes concernent entre autres des besoins en maintenance des éclairages de sécurité, les fournitures de bureau spécifiques, l'acquisition d'équipements biomédicaux, la maintenance de tables opératoires, la maintenance d'injecteur IRM et des moyens de secours et de désenfumage naturel, la fourniture de fioul ou gasoil non routier, la dératisation et désinfection, l'assistance à maîtrise d'ouvrage, les transports sanitaires, l'exploitation kiosque à journaux et cafétérias, fournitures de denrées alimentaires, exploitation de parking, construction, locations de véhicules etc.

³⁵ J'ai eu l'occasion à quelques séances en ma qualité de stagiaire Juriste.

³⁶ J'ai eu l'occasion d'y participer aussi.

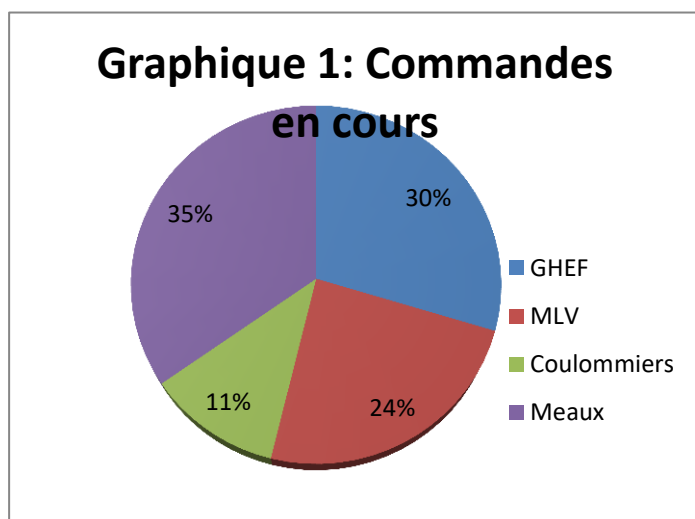
Elles portent donc autant sur des travaux, des fournitures que sur des services. Les besoins ne sont pas exclusivement de nature médicale mais tous concourent à l'accomplissement de la mission principale de service public de santé.

En moyenne 70 commandes sont actuellement conduites par le GHEF. Parallèlement, 57 commandes sont en cours pour l'ex CH de Marne la Vallée, 27 pour Coulommiers et 82 pour Meaux.

Les commandes en investissement sont estimées à plus de 19 millions d'euros au titre de l'année 2018, réparties comme suit :

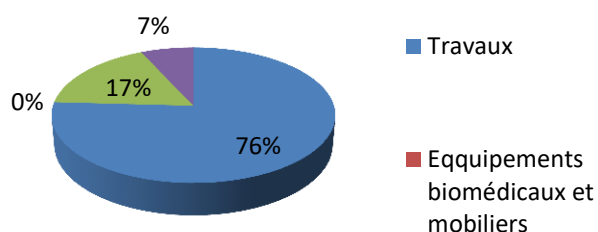
- Les travaux : 11 millions d'euros ;
- Les équipements biomédicaux et mobiliers : 4,5 millions d'euros, dont 4,150 millions pour les équipements biomédicaux ;
- Informatique : 2,5 millions d'euros ;
- Logistique : 1 million d'euros.

En 2017 les achats de fonctionnement s'élevaient à plus de 50 millions d'euros, regroupant uniquement les opérations de la classe 6 T2 et T3.



Source : Données du GHEF

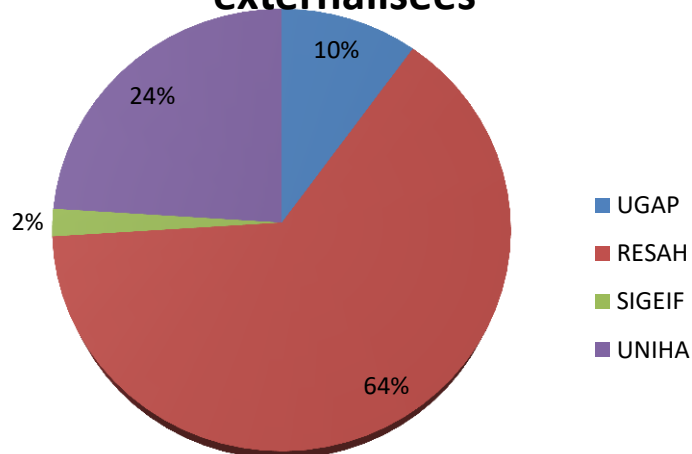
Graphique 2 : Poids financier par type de commande



Source : Données du GHEF

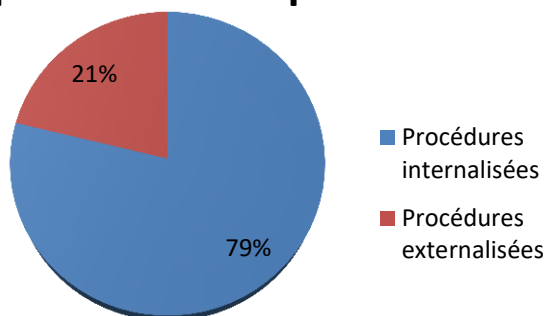
Toutes ces commandes considérées, cinq (5) sont mises en œuvre via l'UGAP, trente-deux (32) par le RESEAH, une (1) par le Syndicat intercommunal pour le gaz et l'électricité en Ile-de-France (SIGEIF) et douze (12) par UniHA dont une dizaine (10) ont pour objet des acquisitions biomédicales, une, la conciergerie et une, la radio physique.

Graphique 3 : Commandes externalisées



Source : Données du GHEF

Graphique 4 : Gestion des procédures de passation

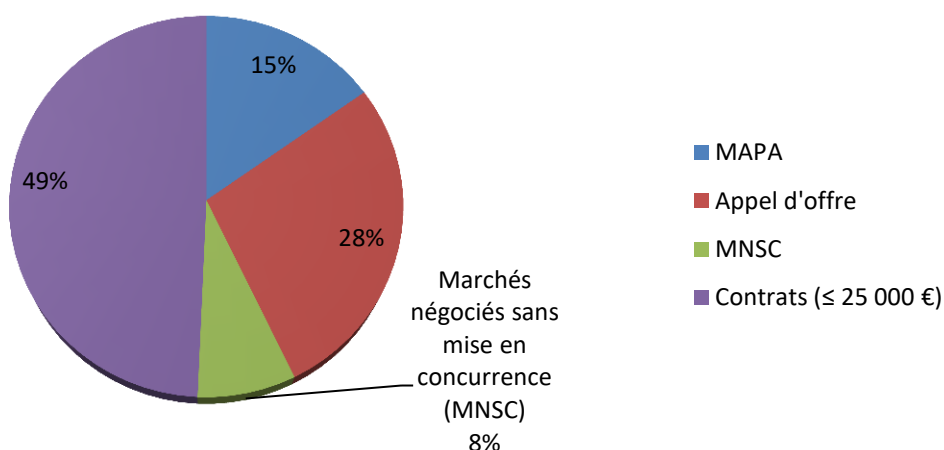


Source : Données du GHEF

Si l'externalisation semble timide en nombre, elle est par contre très impressionnante en volume financier en ce qu'elle représente plus de 90% du montant total des achats.

En ce qui concerne les procédures de passation, les contrats sans publicité ni mise en concurrence (montant inférieur à 25 000 euros), au nombre de cent sept (107), conclus pour un an, viennent largement en tête. Viennent ensuite les appels d'offre (60), les marchés à procédure adaptée (33) et dix-sept (17) marchés négociés sans mise en concurrence.

Graphique 5 : Types de procédures



Source : Données du GHEF

Il y a beaucoup de reconductions mais aussi des marchés arrivés à terme pour lesquels de nouvelles procédures doivent être incessamment lancées.

Le PRLT est également chargé de la gestion du patrimoine du GHEF. Il a été confronté en la matière, à la question de la publicité et de la mise en concurrence dans le cadre de la cession d'un immeuble du domaine privé³⁷.

II. Les difficultés juridiques du management des achats

Nous pouvons objectivement affirmer que le management des commandes du GHEF est une entreprise délicate qui requiert méthodologie, minutie, stratégie managériale et juridique. Ceci d'autant plus que chacun des CH avait conclu des contrats divers et variés aussi bien dans leur nature juridique que dans leur durée d'exécution.

A. La pluralité de contrats

Plusieurs prestataires interviennent sur les différents sites du GHEF pour certains services identiques, et sont liés au pouvoir adjudicateur par différents actes juridiques. Cette multiplicité de cocontractants n'est pas due à un quelconque allotissement de la commande mais au fait que les contrats sont antérieurs au GHEF.

C'est le cas par exemple des prestations d'abonnement télévision, téléphone, internet et multimédia, lesquels ont été confiées à des opérateurs dans le cadre d'une délégation de service public, désormais régie par l'Ordonnance 2016-65 du 29 janvier 2016.

Notons cependant que l'une des conventions, intitulée « gestion et exploitation de services de téléphonie, télévision et internet » pose un problème de droit au regard du code général de la propriété des personnes publiques (CG3P), en ce qu'elle ne met à la charge du prestataire aucune redevance ni au titre de l'occupation du domaine public de l'hôpital, ni au titre des activités économiques qui y sont exercées.

Or l'article L2125-1 CG3P dispose que :

³⁷ Deux possibilités :

1- Pas d'obligation de publicité et de mise en concurrence si simple cession sans aucune opération qui poursuive d'autres objectifs que la seule cession d'une dépendance du domaine.

« Aucune disposition législative ou réglementaire n'impose à une personne morale de droit public autre que l'Etat de faire précéder la vente d'une dépendance de son domaine privé d'une mise en concurrence préalable » Conseil d'État, 27 mars 2017 n° 390347

2- Libre choix de procéder à la publicité et la mise en concurrence : obligation dans ce cas de respecter le principe d'égalité de traitement.

« Toutefois, lorsqu'une telle personne publique fait le choix, sans y être contrainte, de céder un bien de son domaine privé par la voie d'un appel à projets comportant une mise en concurrence, elle est tenue de respecter le principe d'égalité de traitement entre les candidats au rachat de ce bien » Conseil d'État, 27 mars 2017 n° 390347

Le recours à un intermédiaire qui sera chargé de procéder à la cession doit se faire sous le format d'un marché public de service (prestation d'intermédiation immobilière) avec publicité et mise en concurrence.

« Toute occupation ou utilisation du domaine public d'une personne publique mentionnée à l'article L.1 donne lieu au paiement d'une redevance sauf lorsque l'occupation ou l'utilisation concerne l'installation par l'Etat des équipements visant à améliorer la sécurité routière ou nécessaires à la liquidation et au constat des irrégularités de paiement de toute taxe perçue au titre de l'usage du domaine public routier.

Par dérogation aux dispositions de l'alinéa précédent, l'autorisation d'occupation ou d'utilisation du domaine public peut être délivrée gratuitement :

1° Soit lorsque l'occupation ou l'utilisation est la condition naturelle et forcée de l'exécution de travaux ou de la présence d'un ouvrage, intéressant un service public qui bénéficie gratuitement à tous ;

2° Soit lorsque l'occupation ou l'utilisation contribue directement à assurer la conservation du domaine public lui-même.

En outre, l'autorisation d'occupation ou d'utilisation du domaine public peut être délivrée gratuitement aux associations à but non lucratif qui concourent à la satisfaction d'un intérêt général. »

Il semble toutefois que dans les faits une redevance est versée au GHEF malgré que cela n'est pas expressément prévu par la convention.

Il y a également plusieurs relations contractuelles pour l'exploitation et la gestion de cafétéria, restauration rapide, boutique presse, distributeurs automatiques, sandwiches et confiseries.

Là encore se pose le problème de la légalité et de l'équilibre (ou intérêt) économique pour le GHEF.

Des prestataires manquent à leur obligation contractuelle de versement de redevance pour occupation du domaine public et pour exercice d'activités économiques sous prétexte de changement des circonstances ayant conduit au plan prévisionnel d'activité. Ils évoquent plus exactement une chute de clientèle ou encore une modification d'emplacement ayant conduit à la baisse du chiffre d'affaires.

Même si l'autorité concédante a une part de responsabilité, cette attitude contrevient à l'article 5 de l'ordonnance 2016-65 qui dispose que :

« Les contrats de concession sont les contrats conclus par écrit, par lesquels une ou plusieurs autorités concédantes soumises à la présente ordonnance confient l'exécution de travaux ou la gestion d'un service à un ou plusieurs opérateurs économiques, ***à qui est transféré un risque lié à l'exploitation de l'ouvrage ou du service, en contrepartie soit du droit d'exploiter l'ouvrage ou le service qui fait l'objet du contrat, soit de ce droit assorti d'un prix.***

La part de risque transférée au concessionnaire implique une réelle exposition aux aléas du marché, de sorte que toute perte potentielle supportée par le

concessionnaire ne doit pas être purement nominale ou négligeable. Le concessionnaire assume le risque d'exploitation lorsque, dans des conditions d'exploitation normales, il n'est pas assuré d'amortir les investissements ou les coûts qu'il a supportés, liés à l'exploitation de l'ouvrage ou du service. ».

Un autre prestataire ne fournit pas convenablement les prestations qui lui sont concédées, créant ainsi une rupture dans la continuité du service et même des cas d'insalubrité.

Il semble en effet manquer de rigueur dans le suivi des délégations de service ce qui peut être justifié par la multiplicité des relations contractuelles avec les nombreuses cessions de contrats entre opérateurs économiques.

B. L'impératif de la dématérialisation

Le 1^{er} octobre 2018 est une échéance fondamentale dans la dématérialisation de la passation des marchés publics. Tous les acheteurs sont invités à s'équiper d'un profil acheteur et à publier sur cette plateforme les documents de la consultation pour les marchés publics (hors défense ou sécurité) dont la valeur du besoin estimé est égale ou supérieure à 25 000 euros HT. Les acheteurs devront en outre procéder à la publication des données essentielles de ces marchés.

Le profil acheteur est une plateforme de dématérialisation permettant notamment aux acheteurs de mettre les documents de la consultation à disposition des opérateurs économiques par voie électronique et de réceptionner les documents transmis par les candidats et les soumissionnaires³⁸.

Cet outil est conçu pour permettre aux acheteurs de déposer des avis de publicité, de mettre en ligne les documents de la consultation, de réceptionner les candidatures et les offres, d'échanger des documents et des informations avec les entreprises.³⁹

Sont particulièrement tenus par cet impératif, l'Administration de l'Etat et les établissements publics nationaux⁴⁰ d'une part, d'autre part les collectivités locales, établissements publics locaux, personnes morales de droit privé soumises à la commande publique⁴¹.

³⁸ DAJ, Guide pratique de la dématérialisation des marchés publics pour les acheteurs au 1^{er} octobre 2018

³⁹ Les échanges courants durant la procédure de passation (questions/réponses, lettres de rejet, notification, etc...) peuvent être faits en utilisant le profil d'acheteur. Il peut aussi être utilisé pendant toute l'exécution du marché. Le profil d'acheteur garantit la sécurité, la confidentialité, l'intégrité et la traçabilité des échanges. L'utilisation de la plateforme simplifie les tâches incombant à l'acheteur public : une partie de ces tâches est automatisée, la procédure est sécurisée par l'utilisation de l'horodatage, du chiffrement et de la signature électronique.

⁴⁰ La Plateforme des Achats de l'Etat (PLACE) est la plateforme de dématérialisation des procédures de marchés de l'Etat. Les administrations de l'Etat doivent utiliser PLACE, gérée par la direction des Achats de l'Etat (DAE).

⁴¹ Plusieurs options leur sont offertes :

- développer le profil en interne ;
- recourir à la mutualisation (exemples : le syndicat mixte Mégalis Bretagne sur https://www.megalisbretagne.org/jcms/j_6/accueil; le GIP Territoire numérique Bourgogne-Franche-Comté sur <https://marches.e-bourgogne.fr> ; Manche numérique sur <http://manchenumerique.fr/>)
- recourir à un éditeur.

C'est a priori la meilleure solution technique présentant les garanties d'efficacité, de célérité, de sécurité et de respect des normes et principes en matière de commande publique. Il n'est cependant pas encore accessible à tous les services et acteurs de l'achat public et ce, même si l'Ugap, UniHA et le Resah proposent des dispositifs informatiques aux établissements de santé parties d'un groupement hospitalier de territoire (GHT) pour l'outillage de la fonction achat mutualisée.⁴²

En effet, qu'on ait opté pour un profil en interne, un éditeur ou une mutualisation, la dématérialisation exige un niveau minimum de maîtrise des technologies de l'information et de la communication, de programmes et logiciels spécifiques sous oublier la bureautique.

Aussi, il n'est pas rare de relever des difficultés d'accès aux plateformes dédiées avec les pannes informatiques voire même des pertes de données. Les structures dont plusieurs agents sont chargés de la mission d'achat sont les plus exposées à de telles difficultés en l'occurrence pour les identifiants et autres données d'accès.

Trois arrêtés⁴³ ont été pris le 27 juillet 2018 et publiés au Journal officiel du 4 août 2018, afin d'aider à passer l'échéance du 1^{er} octobre 2018, en affinant et simplifiant la publication des données essentielles, les copies de sauvegarde et documents de consultation ainsi que les exigences minimales des outils et dispositifs de communication et d'échanges d'information par voie électronique dans le cadre des marchés publics.

La dématérialisation concerne par ailleurs la signature électronique, laquelle n'est heureusement pas obligatoire à la date du 1^{er} octobre, même si elle a tout aussi ses avantages.

La facturation électronique quant à elle deviendra obligatoire à l'horizon 2020.

Le GHEF s'est très tôt inscrit dans cette démarche de dématérialisation cependant, les circonstances particulières liées à la fusion, impliquent un délai suffisant d'harmonisation et de répartition des rôles. Les agents sont parfois confrontés à des difficultés informatiques et le fait que plusieurs agents peuvent accéder au profil n'est pas forcément de nature à améliorer les

⁴² https://www.techopital.com/ght-les-centrales-d-achats-degainent-leurs-outils-pour-informatiser-la-fonction-achat-NS_3609.html

La dernière édition de la Paris Healthcare Week, qui s'est tenue du 29 au 31 mai 2018, a été l'occasion pour les principales centrales d'achats de présenter aux hospitaliers les outils développés pour une gestion informatisée des achats multi-entités juridiques.

Il s'agit du système d'information des achats (SIHA) développé par le Resah en partenariat avec le groupement d'intérêt public (GIP) Mipih ; d'un SI décomposé en trois lots développé par UniHa et un SI développé par l'Ugap, interopérables avec d'autres logiciels de gestion dont le logiciel GEF.

⁴³ - Arrêté du 27 juillet 2018 modifiant l'arrêté du 14 avril 2017 relatif aux données essentielles dans la commande publique : il réduit la durée de publication des données essentielles à un an si les acheteurs publient ces données sur le site www.data.gouv.fr, exclut du champ de la publication les modifications résultant de l'application d'une clause de variation de prix.

- Arrêté du 27 juillet 2018 fixant les modalités de mise à disposition des documents de la consultation et de la copie de sauvegarde : réaffirme le principe de la gratuité de l'accès complet, direct et sans restriction aux documents de la consultation.

- Arrêté du 27 juillet 2018 relatif aux exigences minimales des outils et dispositifs de communication et d'échanges d'information par voie électronique dans le cadre des marchés publics : s'intéresse aux exigences de garanties que doivent comporter les outils de dématérialisation.

choses. Le GHEF a acquis un logiciel de gestion des achats Ordiges depuis plus de deux ans mais n'est pas encore parvenu à le faire paramétrer.

Il n'y a pas de juriste spécialiste de la commande publique dans les rangs des services impliqués dans les achats. Attendu que les achats sont une matière très encadrée malgré sa relative souplesse, et tenant compte de la taille du GHEF cette absence d'expertise juridique est regrettable.

En effet, l'expertise juridique permettra d'éviter les manquements aux principes de la commande, susceptibles d'entraîner des contentieux devant le juge du contrat, juge administratif voire même devant le juge pénal pour des motifs d'infraction à la loi pénale⁴⁴.

Des difficultés sont également rencontrées dans le suivi des dossiers.

En effet, étant donné que trois différents pouvoirs adjudicateurs géraient indépendamment leurs achats avant la fusion, il n'est pas aisé de regrouper tous les documents de consultations et toutes les pièces échangées dans le cadre de diverses procédures⁴⁵. Ceci constitue une difficulté supplémentaire pour la nouvelle équipe, laquelle a hérité de plusieurs relations contractuelles nées avant sa mise en place et avant la fusion.

⁴⁴ Les infractions susceptibles d'être rencontrées en commande publique sont : le favoritisme ou octroi d'avantage injustifié, le délit de pantoufflage, la concussion, la corruption, l'abus de biens sociaux, de trafic d'influence.

Le délit de favoritisme consiste dans l'attribution ou la tentative d'attribution d'un avantage injustifié par une personne dépositaire de l'autorité publique ou chargée d'une mission de service public ou investie d'un mandat électif public ou exerçant les fonctions de représentant, administrateur ou agent de l'État, des collectivités territoriales, des établissements publics, des sociétés d'économie mixte d'intérêt national chargées d'une mission de service public et des sociétés d'économie mixte locales ou par toute personne agissant pour le compte de l'une de celles susmentionnées (C. pén., art. L. 432-14).

Le délit de prise illégale d'intérêts consiste dans le fait par une personne dépositaire de l'autorité publique ou chargée d'une mission de service public ou par une personne investie d'un mandat électif public de prendre, recevoir ou conserver, directement ou indirectement, un intérêt quelconque dans une entreprise ou dans une opération dont elle a, au moment de l'acte, en tout ou partie, la charge d'assurer la surveillance, l'administration, la liquidation ou le paiement (C. pén., art. L. 432-12). La prise illégale d'intérêts s'étend également dans les trois ans qui suivent l'attribution d'un marché : toute personne ayant participé à la procédure d'attribution ne peut prendre un intérêt dans l'entreprise attributaire (C. pén., art. L. 432-13).

La concussion consiste dans le fait, par une personne dépositaire de l'autorité publique ou chargée d'une mission de service public, de recevoir, exiger ou ordonner de percevoir à titre de droits ou contributions, impôts ou taxes publics, une somme qu'elle sait ne pas être due, ou excéder ce qui est dû (C. pén., art. L. 432-10).

Le fait par une telle personne d'agréer ou de solliciter pour elle-même ou pour autrui à tout moment, directement ou indirectement, des offres, des promesses, des dons, des présents ou des avantages quelconques pour accomplir ou s'abstenir d'accomplir un acte ou pour abuser de son influence réelle ou supposée en vue de faire obtenir un marché est constitutif de corruption passive et de trafic d'influence (C. pén., art. L. 432-11).

Le délit de pantoufflage désigne une prise illégale d'intérêts commise par un fonctionnaire (le plus souvent très hauts) qui passe vers le privé avant le délai de trois ans après sa cessation d'activité. (C. pén., art. L. 432-13)

La corruption désigne « le fait par une personne dépositaire de l'autorité publique, chargée d'une mission de service public ou investie d'un mandat électif public dans un Etat étranger ou au sein d'une organisation internationale publique, de solliciter ou d'agréer, sans droit, à tout moment, directement ou indirectement, des offres, des promesses, des dons, des présents ou des avantages quelconques, pour elle-même ou pour autrui, afin d'accomplir ou de s'abstenir d'accomplir un acte de sa fonction, de sa mission ou de son mandat ou facilité par sa fonction, sa mission ou son mandat. ». (C. pén., art. 435-1)

⁴⁵ Documents de candidatures, offres retenues et rejetées, rapports de procédures, courriers et courriels échangés.

Cette situation pose également un problème de droit en ce que l'article 108 du décret 2016-360 du 25 mars 2016 dispose que :

« L'acheteur conserve les pièces constitutives du marché public pendant une durée minimale de cinq ans pour les marchés publics de fournitures ou de services et de dix ans pour les marchés publics de travaux, de maîtrise d'œuvre ou de contrôle technique à compter de la fin de l'exécution du marché public.

L'acheteur conserve les candidatures et les offres ainsi que les documents relatifs à la procédure de passation pendant une période minimale de cinq ans à compter de la date de signature du marché public. ».

C. Le GHEF et le contentieux de la commande publique

Si le constat relaté par Stéphane Braconnier dans l'avant-propos de son ouvrage "Précis du droit de la commande publique", selon lequel « C'est la passation des marchés publics, moment où l'Administration et les entreprises ne sont pas encore partenaires, qui fait aujourd'hui l'objet des recours les plus fréquents au juge » demeure encore actuel, le GHEF peut se réjouir de n'avoir jamais été attaqué dans le cadre du référé précontractuel pour manquement aux obligations de publicité et de mise en concurrence, ni en recours de pleine juridiction en contestation de la validité du contrat (recours Tarn et Garonne).

Par contre le GHEF est engagé devant le juge administratif dans une trentaine de procédures. Il s'agit pour l'essentiel de contestations nées à l'occasion de l'exécution des contrats de travaux. Le GHEF est la partie demanderesse dans 80 % des différends. Sont souvent mis en œuvre la responsabilité du maître d'œuvre pour non-respect de ses obligations envers le maître d'ouvrage au regard de la loi 85-704 du 12 juillet 1985 relative à la maîtrise d'ouvrage publique et à ses rapports avec la maîtrise d'œuvre privée ainsi que du cahier des clauses administratives générales relatives aux travaux. Il s'agit donc de la mise en cause de la responsabilité des constructeurs et ses corolaires de garantie de parfait achèvement et de garantie décennale.

Certains différends sont dus à des sous-traitances non autorisées.

Nous pouvons déduire de ce taux de contentieux initiés par le GHEF, un problème sécurisation juridique des commandes en amont à travers la définition du besoin, la rédaction des pièces du marché et du contrat ainsi que le suivi de l'exécution des contrats.

Ces difficultés peuvent être rectifiées grâce aux nombreux mécanismes prévus par les textes.

Titre II : LES APPROCHES FAVORABLES A DES ACHATS PERFORMANTS MAIS AUSSI REGULIERS

Les recommandations du rapport des juridictions financières en date de juin 2017 semblent s'inscrire dans cet élan, et sont appropriées par les acteurs de divers ordres.

Il s'agit en ce qui nous concerne d'explorer celles des approches pouvant particulièrement concourir à l'efficacité dans la régularité. C'est un triple objectif administratif, économique et juridique qui gouverne cette ambition.

Chapitre 1 : UNE COMMANDE HOSPITALIERE TOUJOURS EFFICACE

Le 8 décembre 2015, Monsieur Jean Debeaupuis, alors Directeur Général de la Direction Générale des Offres de Soins (DGOS) au ministère de la Santé, avait déclaré que « les trois principaux opérateurs nationaux achats en santé (UGAP, UniHA et Resah) pourraient dorénavant déployer leur offre de marchés groupés à tous les établissements de santé ».

Cette annonce intervenait dans le cadre de la création des GHT, prévue dans le projet de loi de santé, lequel devait permettre la mutualisation de la fonction achat entre les établissements du groupement.

Monsieur Jean Debeaupuis avait par ailleurs annoncé que le domaine des achats allait être caractérisé par quatre axes majeurs d'évolution.

Le premier est la mutualisation de la fonction achat qui permettra « une diffusion de processus d'achats performants au profit de tous les établissements membres ».

Le deuxième axe porte sur « la mise en place d'un contrôle de gestion achats, d'une cellule juridique et d'un système d'information (SI) achats dédiés », qui simplifiera et fluidifiera le processus.

Le troisième axe s'intéressait au « renforcement des compétences et à la professionnalisation » tandis que le dernier était relatif à « la confirmation du rôle stratégique des achats, avec le rattachement du directeur achat au directeur de l'établissement support ».

Il avait en outre souligné à juste titre que les équipes achats auront « trois niveaux d'action à leur disposition » et pourront « instruire les marchés en propre » ou « recourir à des opérateurs d'achats mutualisés externes, soit régionaux, soit nationaux ».

Section 1 : L'efficacité de la commande publique

La productivité d'un service est conditionnée par la richesse de ses ressources humaines ainsi que leur capacité à manipuler les outils mis à leur disposition.

Paragraphe 1 : L'efficacité administrative

La réussite des achats publics nécessite en amont de disposer d'agents capables d'assurer la veille économique afin de minimiser au mieux les dépenses publiques. C'est aussi construire une équipe apte à travailler de façon transversale et efficace. La professionnalisation se traduira par la formation et la veille régulière.

Le GHEF peut être fier d'avoir des acheteurs expérimentés et dévoués à la tâche, dont il pourra tirer davantage de résultats s'il consent à renforcer leur rang et mettre en place une politique de veille concurrentielle.

I. La professionnalisation

Dans sa communication 2017/1805 du 3 octobre 2017, la Commission européenne propose aux Etats membres et à leurs administrations une méthode visant à accélérer la professionnalisation de leurs acheteurs publics.

Plus qu'une nécessité économique à cause des gains financiers, la professionnalisation se présente comme une obligation.

En effet, les nombreux outils et alternatives d'achat prévus par les textes ne peuvent être utilement exploités que si la personne publique dispose des ressources humaines capables d'aller au-delà du simple achat. Œuvrer pour l'amélioration des compétences, aptitudes, connaissances et expériences professionnelles des acteurs de la commande publique, c'est disposer de l'arsenal adéquat pour satisfaire toutes sortes de besoin.

La Commission européenne, préconise pour y parvenir, l'élaboration et la mise en œuvre de stratégies à long terme de professionnalisation de la passation des marchés publics, avec un soutien des décideurs qui doit se fonder, notamment, "sur l'expertise et l'appui des établissements de formation, des centrales d'achat et des organisations professionnelles axées sur les marchés publics".

Le deuxième objectif défini par la Commission, est la formation et la gestion des carrières des praticiens des marchés publics, dans le but de disposer d'un personnel "expérimenté, compétent et motivé" en lui offrant les formations initiales et continues nécessaires.

Selon la Commission, la professionnalisation passera aussi par la mise à disposition auprès des praticiens des marchés publics des "outils et processus de passation intelligente", notamment électroniques, accompagnée "du regroupement des connaissances et de l'échange des bonnes pratiques".

Conscient des contraintes budgétaires communes à toutes les personnes publiques, le renforcement du personnel passe prioritairement par une remise à niveau du personnel vis-à-vis des textes en vigueur, en organisant des formations ou ateliers sur la veille juridique afin d'éviter la répétition des références législatives et réglementaires caduques.

Le GHEF devrait s'abonner aux revues juridiques et de gestion spécialisées en commande publique afin de permettre à ses acheteurs d'être à jour sur l'actualité juridique des marchés publics.

Mieux encore, il est indispensable, vu la taille de l'établissement et la part de ses achats, que le

GHEF se dote d'un Juriste spécialiste de la commande publique. Même si les achats sont rattachés à l'économie et à la gestion, c'est aussi et surtout un domaine transversal, juridiquement encadré, qui agrège bien de questions de droit (social, environnement, concurrence, propriété intellectuelle, propriété industrielle, défense, santé, droit pénal), et transcende le seul niveau national.

Les réunions hebdomadaires du département en charge des achats, pourraient être plus productives en terme de temps et d'efficacité si une convocation est préalablement notifiée aux participants avec un ordre du jour bien précis. De même, il est souhaitable qu'après chaque séance, un compte-rendu soit communiqué aux participants par le secrétaire de séance, et qu'il en soit aussi fait lecture à chaque ouverture de séance pour approbation.

Le nombre séance en présentiel peut être réduit à deux et le reste des échanges pourraient s'organiser via un forum (messagerie sur un réseau social ou plateforme fermée).

Il est par ailleurs indispensable que tous les acteurs travaillent en équipe de façon transversale et que les rôles soient bien définis, sans risque de confusion ou de conflits d'intérêts. Il ne doit pas y avoir d'opacité dans le fonctionnement sauf pour raison de secret industriel ou commercial.

Soulignons que la mission d'évaluation et de contrôle des lois de financement de la sécurité sociale (Mecss) de l'Assemblée nationale a pointé le 21 février 2018 des carences dans la formation des acheteurs hospitaliers à l'occasion d'une audition sur la politique d'achats des établissements de santé, à laquelle Marie-Anne Jacquet, sous-directrice du pilotage de la performance des acteurs d'offre de soin à la DGOS et Raphaël Ruano, responsable du programme Phare étaient entendus.⁴⁶

II. La veille concurrentielle

Comme l'a souligné la Cour des comptes dans sa communication de juin 2017, *l'asymétrie de l'information est indispensable pour une commande publique performante, se traduisant par le meilleur rapport qualité/prix ou plutôt le meilleur coût global (ou coût complet) au regard du cycle de vie.*

Ceci passe par la constitution d'une base d'entreprises reconnues.

C'est la technique du sourcing ou sourçage, consacrée par l'article 4 du décret du 25 mars 2016 qui dispose que :

« Afin de préparer la passation d'un marché public, l'acheteur peut effectuer des consultations ou réaliser des études de marché, solliciter des avis ou informer les opérateurs économiques de son projet et de ses exigences.

Les résultats de ces études et échanges préalables peuvent être utilisés par l'acheteur, à condition qu'ils n'aient pas pour effet de fausser la concurrence et n'entraînent pas une

⁴⁶ https://www.techopital.com/achats-hospitaliers--l-assemblee-nationale-pointe-le-manque-de-formation-des-acheteurs-NS_3384.html

violation des principes de liberté d'accès à la commande publique, d'égalité de traitement des candidats et de transparence des procédures. ».

Le sourçage ne doit aucunement entraîner la rupture d'égalité entre candidats. Les informations renseignées au cours de la consultation d'entreprises ne doivent pas être de nature à fausser la concurrence au moment du choix du titulaire.

La participation aux salons et colloques est aussi un mode efficace de sourçage en ce que ce sont des occasions pour rencontrer des professionnels et nouer des contacts en peu de temps et sans trop de déplacements.

Les articles de presse et revues spécialisées sont aussi des sources d'informations permettant d'identifier de nouveaux opérateurs, des entreprises innovantes, ou de mieux connaître leurs produits et de connaître leurs coordonnées.

Les chambres de commerce et d'industrie aussi organisent des manifestations pour l'information des entreprises de leur région.

La veille concurrentielle suppose aussi que le GHEF dispose de données chiffrées lui permettant de faire un suivi statistique de ses dépenses d'achat sur une période donnée, en fonction des besoins.

Pour les besoins courants non spécifiques, cette veille peut être assurée par les agents investis de la fonction achat tandis que les besoins plus spécifiques nécessiteront l'expertise des services techniques opérationnels, associés au service achats.

Ainsi par exemple, la veille en matière de technologie de l'information et de la communication sera assurée en étroite collaboration avec le service informatique.

Le personnel soignant de l'hôpital doit être associé en ce qui concerne tous les besoins portant sur la médecine comme par exemple pour les dispositifs biomédicaux. Cette fonction sera facilitée par les participations aux rencontres entre professionnels.

Il est indispensable de veiller à ce que l'information circule entre les différents services intervenant dans le processus des achats, en tenant compte de ce que toute information est potentiellement utile et qu'il convient ensuite de n'en retenir que les plus pertinentes.

La professionnalisation entraînera de facto des procédures plus sûres économiquement et juridiquement.

Paragraphe 2 : L'efficacité juridique des procédures de passation

La sécurité des procédures est indispensable à la bonne exécution de toute mission d'intérêt général et garantir la bonne utilisation des deniers publics.

Pour ce faire, il faut que le besoin soit bien défini et que les documents de la consultation soient bien rédigés.

I. Sur la définition du besoin

Nul ne connaît mieux un produit, un service, une technologie que le professionnel. C'est d'ailleurs pour cette même raison que la loi tend à protéger le consommateur vis-à-vis du professionnel, auquel sont imposées de multiples obligations, en l'occurrence l'obligation d'information et de conseil.

Nous inspirant de cette évidence et des travaux de la Direction des Affaires Juridiques (DAJ) des ministères économiques et financiers, il serait souhaitable de définir précisément le besoin en mettant un point d'honneur sur le résultat auquel on aspire.

Contrairement à la pratique largement répandue, conduisant à imposer la solution dans le cahier des charges et à reproduire systématiquement les mêmes choses dans les marchés successifs, il s'agit de laisser le soin aux professionnels, opérateurs économiques d'innover et concevoir des solutions techniquement plus adaptées à la satisfaction du besoin exprimé.

Cette incitation à la créativité et à l'innovation est un gage de gains économiques et qualitatifs substantiels.

Les variantes sont un outil adapté pour expérimenter cette approche.

Le décret 2016-360 du 25 mars 2016 relatif aux marchés publics aborde la question des variantes différemment selon qu'il s'agit d'un pouvoir adjudicateur ou d'une entité adjudicatrice mais aussi selon qu'il s'agit d'une procédure formalisée ou d'une procédure adaptée⁴⁷.

« Définir le besoin sous sa forme fonctionnelle, en impliquant tous les acteurs, demander aux candidats de proposer leur solution, au lieu de l'imposer à l'avance, préférer un cahier des charges fonctionnel, ou à défaut, autoriser les variantes, utiliser plusieurs critères d'attribution, et mesurer la performance et la qualité de l'offre au-delà de son prix, tels

⁴⁷ Art. 58

« I. - Les acheteurs peuvent autoriser la présentation de variantes dans les conditions suivantes :

1° Pour les marchés publics passés selon une procédure formalisée :

a) Lorsque le marché public est passé par un pouvoir adjudicateur, les variantes sont interdites sauf mention contraire dans l'avis de marché ou dans l'invitation à confirmer l'intérêt ;

b) Lorsque le marché public est passé par une entité adjudicatrice, les variantes sont autorisées sauf mention contraire dans l'avis de marché ou dans l'invitation à confirmer l'intérêt ;

2° Pour les marchés publics passés selon une procédure adaptée, les variantes sont autorisées sauf mention contraire dans les documents de la consultation.

II. - L'acheteur peut exiger la présentation de variantes. Dans ce cas, il l'indique dans l'avis d'appel à la concurrence, dans l'invitation à confirmer l'intérêt ou, en l'absence d'un tel avis ou d'une telle invitation, dans les documents de la consultation.

III. - Lorsque l'acheteur autorise expressément ou exige la présentation de variantes, il mentionne dans les documents de la consultation les exigences minimales que les variantes doivent respecter ainsi que toute condition particulière de leur présentation.

IV. - Pour les marchés publics de fournitures ou de services, une variante ne peut être rejetée au seul motif qu'elle aboutirait, si elle était retenue, à un marché public de services au lieu d'un marché public de fournitures ou à un marché public de fournitures au lieu d'un marché public de services. »

sont les leviers de la commande publique qui, en ouvrant largement les consultations, et par-delà la procédure choisie, permettent d'intéresser de nouvelles entreprises, de les inciter à innover et de capter ces nouvelles offres, pour choisir la solution qui répondra le plus efficacement au besoin exprimé. »⁴⁸

Par ailleurs, une réévaluation périodique des besoins est nécessaire afin de ne pas s'enfermer dans la routine, et ne pas se perdre dans des achats stéréotypés.

A ce titre il est recommandé de se poser les questions suivantes : « Quel est le résultat à atteindre ? Quelles sont les performances, fonctions, fonctionnalités requises ? Quelles sont les contraintes, le cadre imposé, les normes à respecter, les exigences minimales ? ».

L'obligation d'adopter et de publier un schéma de promotion des achats publics socialement et écologiquement responsables⁴⁹, avec les exigences de développement durable obligatoirement prises en compte dans l'expression du besoin, la prise en compte du cycle de vie des produits, du coût tout au long de la vie, constituent des facteurs propices à l'efficacité et à la sécurité de la commande publique.

La définition du besoin axée sur le résultat attendu est pratique aussi bien pour des besoins nouveaux ou présentant un caractère particulier, que pour les besoins courants et répétitifs.

La DAJ nous enseigne à cet effet que « la démarche fonctionnelle aide à la formulation des spécificités du besoin, ainsi qu'à l'identification des besoins émergents, quel que soit le segment d'achat, et même hors segments identifiés comme à forte implication technologique ou à évolution rapide. Dans tous les cas, elle permet de préparer les acteurs au changement et à la prise en compte de nouveaux procédés dans leur activité. ».

Notons toutefois que la définition fonctionnelle du besoin ne revient pas à demeurer dans l'ignorance et la méconnaissance du marché.

Il faut pouvoir mener une étude précise du marché pour chaque commande envisagée afin de cerner l'état de l'art et la capacité de réponse des opérateurs économiques, le niveau de concurrence et la capacité d'innovation, de mesurer le coût complet de la fourniture ou du service innovant comparé à celui de son équivalent traditionnel, de rédiger le cahier des charges techniques, et de déterminer la procédure la plus adaptée.⁵⁰

⁴⁸ DAJ, Guide pratique achat public innovant, 2014

⁴⁹ Loi n° 2015-992 du 17 août 2015 relative à la transition énergétique pour la croissance verte
Et loi n° 2014-856 du 31 juillet 2014 relative à l'économie sociale et solidaire afin d'encourager les acheteurs publics dans la voie des achats responsables

⁵⁰ Cela conduira à poser les questions « Le marché propose-t-il des solutions, directement applicables ? Le marché propose-t-il des solutions susceptibles d'être retenues moyennant adaptation ? Le marché propose-t-il des solutions difficilement évaluables ? Le marché n'existe pas et reste à créer ? »

II. Sur la rédaction des cahiers des charges

Sans être rigides ni même opaques, les cahiers des charges doivent être le plus précis possible quant aux exigences fonctionnelles, aux performances et aux spécifications techniques de la commande publique.

Il faut veiller à la réalité ainsi qu'à l'applicabilité des références législatives ou réglementaires et des normes techniques dont il est fait mention dans les cahiers de charges et les documents de consultation.⁵¹

Il faut veiller à la cohérence des informations de toutes les pièces en particulier les cahiers des charges ou cahiers des clauses particulières (CCP). A ce propos, il est indiqué de mentionner lorsqu'il y est fait référence, le cas échéant, les stipulations des cahiers des clauses générales auxquelles les CCP font dérogation.

C'est ce qu'il ressort par exemple de l'article 1 du cahier des clauses administratives générales des travaux (CCAG Travaux), lequel dispose que :

« Les stipulations du présent cahier des clauses administratives générales (CCAG) s'appliquent aux marchés qui s'y réfèrent expressément.

Ces marchés peuvent prévoir de déroger à certaines de ces stipulations.

Ces dérogations doivent figurer dans le cahier des clauses administratives particulières (CCAP) qui comporte une liste récapitulative des articles du CCAG auxquels il est dérogé.
»

Tout en laissant à la porte ouverte aux propositions des candidats à travers les variantes, il est essentiel de mentionner clairement les informations qu'on estime substantielles ainsi que les modalités d'exécution afin d'éviter ou au moins de limiter les risques d'avenants susceptibles de fausser l'équilibre économique du contrat.

III. Sur les critères d'attribution

Les critères d'attribution d'un marché sont énoncés aux articles 38 et 52 de l'Ordonnance 2015-899 du 23 juillet 2015, 62 du décret 2016-360 du 25 mars 2016, 47 de l'Ordonnance 2016-65 du 29 janvier 2016 et 27 du décret 2016-86 du 1^{er} février 2016.

L'objectif est de sélectionner l'offre économiquement la plus avantageuse, en ce qui concerne les marchés, et la meilleure offre au regard de l'avantage économique global pour l'autorité concédante s'il s'agit d'un contrat de concession.

⁵¹ Il nous est arrivé de relever dans certains documents de consultation des références législatives et réglementaires caduques parce qu'abrogées ou substantiellement modifiées.

Au-delà du prix, l'acheteur doit s'efforcer de fonder ses choix sur des critères objectifs, opérationnels, non discriminatoires et liés à l'objet de la consultation.

Ces critères sont le plus souvent le prix, la valeur technique, la qualité, les délais, les performances voire le caractère esthétique et fonctionnel de l'offre.

La DAJ suggère de recourir au critère « caractère innovant » même si ce dernier est très peu utilisé, et sa teneur imprécise.

La DAJ procède par analogie en reprenant les règles communes aux critères d'attribution.

Ainsi, le critère doit avoir un lien avec l'objet du marché. Il doit être formulé de manière à permettre à tous les soumissionnaires raisonnablement informés et normalement diligents de l'interpréter de la même manière. Il doit également être porté à la connaissance des candidats, de même que la pondération qui y est associée.

Le choix doit être porté sur une offre qui répond le mieux au besoin, compte tenu du budget dégagé à cette fin.

La conjoncture et le souci d'une bonne utilisation des deniers publics ne doit pas pousser l'acheteur à se contenter d'une vision à court terme.

En effet, un achat apparemment coûteux au départ peut présenter des avantages plus intéressants sur le moyen et le long terme à travers la minimisation du coût d'entretien, la rentabilité, la productivité et la durabilité de la solution apportée.

La DAJ dira que :

« L'innovation n'est pas antinomique, tout au contraire, avec la soutenabilité budgétaire sur le long terme. La réflexion peut se porter, plutôt que sur le coût d'acquisition, sur l'analyse du cycle de vie (coût de production, de transport, d'utilisation ou d'usage, maintenance...). Dans tous les cas, la pondération prépondérante du critère prix peut, en minorant mécaniquement la prise en compte des gains non financiers ou différés de la proposition, décourager les propositions innovantes. »

Alors que la grande majorité des procédures concernent des achats récurrents, la tentation existe, pour l'acheteur, d'en rester à des pratiques routinières. Il n'est cependant pas rare de voir émerger des solutions nouvelles, innovantes, et susceptibles d'atteindre l'objectif d'efficience consistant à faire aussi bien, et si possible mieux, avec beaucoup moins. Ces bouleversements des pratiques provoqués par les contraintes budgétaires recèlent donc un potentiel qui pourrait être plus souvent prospecté.

Dans le guide pratique de l'achat public innovant, dans sa version de janvier 2014, la DAJ énonce que :

« La tentation est forte en période de crise de se replier sur les choses connues : pour les entreprises, cela peut se traduire par une frilosité à l'innovation, et pour les acheteurs, par

un recentrage sur des achats, produits et procédés connus et éprouvés. De part et d'autre, la tentation de minimiser la prise de risques conduit à une « rigidification » des marchés qui fragilise les uns et les autres. Or, en période de crise, l'innovation peut être un levier pour dynamiser l'activité et créer de la croissance à moyen terme. Et quand bien même il n'achèterait pas de l'innovation pour elle-même, l'acheteur vise la recherche de la performance technique, l'ouverture à de nouveaux procédés, car elles peuvent être source de création de valeur, d'économies, d'amélioration du service rendu et, in fine, participent de l'achat économiquement le plus avantageux.

La prise en compte de l'innovation dans les marchés publics est donc une démarche gagnant-gagnant. En stimulant l'innovation, la demande publique constitue l'un des leviers permettant de faire grandir les entreprises innovantes, qui, en retour, offrent aux collectivités publiques les moyens d'améliorer le service rendu. Il s'agit moins de faire porter une nouvelle politique publique à l'acheteur, que de sensibiliser toute la chaîne, du prescripteur à l'utilisateur final, en passant par l'acheteur, pivot de cet écosystème, à la nécessité, pour la satisfaction optimale de son besoin, de laisser toute sa place à la réponse innovante. »

Il serait utile de confronter les besoins à caractères spécifiques et non ordinaires du GHEF avec les capacités d'innovation des opérateurs économiques.

Il importe aussi de faciliter les relations entre les responsables de l'achat et les opérateurs économiques, ce qui permettra aux opérateurs de mieux connaître et de s'approprier les particularités des besoins du GHEF, qui pourra quant à lui intégrer l'innovation dans ses stratégies d'achat, par un meilleur couplage entre la fonction achat et les fonctions opérationnelles à chaque étape du processus d'achat.

Les montages basés sur l'innovation présentent un intérêt certain en l'espèce pour tous les besoins d'ordre médical.

Le GHEF peut aussi faire l'option des achats conditionnés par le résultat.

Section 2 : Les montages axés sur l'obligation de résultat

L'efficacité nécessite souvent de tenir compte d'une obligation de résultat dans la détermination des objectifs à atteindre.

L'acheteur doit profiter de la possibilité qui lui est offerte d'établir des obligations contractuelles de résultat en ayant recours à des procédures spécifiques favorisant la performance dans les contrats de la commande publique. Les documents de consultations sont le meilleur moyen pour instaurer une obligation contractuelle par la mise en place d'objectifs chiffrés qui constitueront le résultat à atteindre.

Certaines procédures, comme le dialogue compétitif ou le concours, ainsi que les marchés

globaux de performance peuvent être utilisées comme alternatives pour optimiser l'achat public.

Paragraphe 1 : Le recours aux marchés globaux de performance

L'article 34 de l'Ordonnance 2015-899 du 23 juillet 2015 dispose que : « (...) les acheteurs peuvent conclure des marchés publics globaux de performance qui associent l'exploitation ou la maintenance à la réalisation ou à la conception-réalisation de prestations afin de remplir des objectifs chiffrés de performance définis notamment en termes de niveau d'activité, de qualité de service, d'efficacité énergétique ou d'incidence écologique. Ces marchés publics comportent des engagements de performance mesurables. »

Longtemps utilisés pour établir des objectifs énergétiques à atteindre, ils présentent une véritable alternative pouvant être utilisée en matière de qualité du service.

Yoan VOLPELLIERE⁵² considère que les objectifs chiffrés à atteindre dans le cadre des marchés globaux de performance sont assimilables à des obligations de résultat. C'est donc lors de la passation, de la concertation que ces objectifs pourront être décidés. Ce sont des données, des engagements de performance mesurables.

Loin d'être un marché de partenariat simplifié, le marché global de performance a la particularité que l'obligation de rémunération qui pèse sur l'acheteur public pourra être modulée en fonction de performances, énergétiques ou techniques atteintes par l'opérateur économique. Il est en outre soumis aux mêmes seuils de publicité que les marchés de travaux, de fournitures et de services.

La sélection des offres basée sur des critères relatifs au coût global de l'offre ou aux objectifs de performance est une option évolutive impliquant une véritable obligation contractuelle de résultat. Par les objectifs assignés au cocontractant, l'acheteur s'inscrit dans une dynamique favorable à l'atteinte d'un résultat qu'il a défini.

Le montage du marché global peut être utilisé par le GHEF dans son ambition d'optimisation énergétique comme ce fut le cas du contrat de performance énergétique signé entre Dalkia et le CHU de Saint Etienne qui garantit une baisse de 28% des consommations énergétiques thermiques sur le site de l'hôpital de Bellevue, l'un des 3 sites dudit EPS, et qui comprend l'installation d'une centrale de cogénération à moteur gaz d'une puissance de 1 MWe capable de produire simultanément de l'électricité et de la chaleur de façon vertueuse, afin d'alimenter localement le site en énergie.⁵³

⁵² Thèse de doctorat « L'obligation de résultat de l'Administration », p. 474, Université Montpellier, 2015.

⁵³ https://www.techopital.com/un-contrat-entre-dalkia-et-le-chu-de-saint-etienne-promet-une-baisse-de-28-pour-cent-des-consommations-d-energie-NS_3571.html

Le contrat prévoit des opérations d'optimisation de la maintenance, du chauffage, de la ventilation et de la climatisation du site, notamment sur la balnéothérapie. Il intègre également un ensemble de travaux avec la mise en place d'une chaudière à condensation, la télégestion des différents équipements ainsi que le raccordement au DESC, le centre de pilotage de Dalkia.

La totalité des travaux et investissements y compris la construction de la cogénération seront financés par les économies réalisées. Le CHU obtiendra même un gain supplémentaire de 25% sur le budget thermique de référence du site.

En ce qui concerne le risque de conflits d'intérêts, le GHEF pourrait s'inspirer des bonnes pratiques de prévention relevées par la Cour des Comptes au niveau de l'assistance publique – Hôpitaux de Paris (AP-HP), de l'assistance publique – Hôpitaux de Marseille et des Hospices civils de Lyon.

Il s'agit d'instaurer un dispositif de déclaration de liens d'intérêts pour l'ensemble des intervenants dans la commande publique, depuis la phase de définition du besoin jusqu'à l'exécution. Cette déclaration de liens d'intérêts, qui sera mise à jour chaque année, s'impose également aux experts auxquels le GHEF fait appel.

Toutefois, dans la mesure où la détermination du résultat à atteindre ne peut être effectuée par l'acheteur lui-même, faute pour lui de pouvoir évaluer ses propres besoins, le dialogue compétitif est envisageable.

Paragraphe 2 : La détermination du résultat à atteindre par le dialogue compétitif

Le dialogue compétitif est une procédure formalisée de passation des marchés publics applicable aux pouvoirs adjudicateurs ainsi qu'aux entités adjudicatrices.

L'article 75 du décret 2016-360 du 25 mars 2016 dispose que :

« Le dialogue compétitif est la procédure dans laquelle l'acheteur dialogue avec les candidats admis à participer à la procédure en vue de définir ou développer une ou plusieurs solutions de nature à répondre à ses besoins et sur la base de laquelle ou desquelles les participants au dialogue sont invités à remettre une offre.

L'acheteur définit ses besoins et ses exigences dans l'avis de marché et, le cas échéant, dans un programme fonctionnel ou un projet partiellement défini.

Les modalités du dialogue, les critères d'attribution et un calendrier indicatif sont précisées dans l'avis de marché ou dans un autre document de la consultation. ».

C'est une procédure spécifique de passation des marchés publics qui répond en général, à la situation spécifique dans laquelle se trouve le pouvoir adjudicateur. Elle permet d'établir les objectifs à atteindre et est ouverte uniquement aux marchés jugés complexes.

La complexité est définie comme le cas où le pouvoir adjudicateur n'est pas en mesure de définir seul et à l'avance les moyens techniques de répondre à ses besoins, ou d'établir le montage juridique ou financier du projet. L'appréciation de la complexité d'un marché est faite au cas par cas. Ce n'est qu'en cas de difficulté malgré ces mesures, qu'il peut légalement recourir au dialogue compétitif.

Il peut en outre être utilisé sous certaines conditions pour les marchés de conception-réalisation, dans le cas d'opérations limitées à la réhabilitation de bâtiments, comme c'est actuellement le cas au GHEF.

La DAJ suggère aussi qu'il peut être utilisé, dans certains cas, pour la passation d'un marché ou accord-cadre de maîtrise d'œuvre pour la réhabilitation d'un ouvrage ou la réalisation d'un projet urbain ou paysager.

Le dialogue compétitif peut tout aussi bien être utilisé en vue de la réalisation d'une cogénération afin de définir au mieux le besoin en énergie (électricité, chauffage, ...) du GHEF ainsi que l'ingénierie technique la plus adaptée à son budget.

La procédure de dialogue compétitif est prévue aux articles 42-1°d) de l'ordonnance marchés et 75 du décret 2016-360 relatif aux marchés publics. Elle s'apparente à une négociation, avec les mêmes contraintes : assurer l'égalité de traitement des candidats, garantir la transparence de la procédure, garantir le respect du secret industriel. Les échanges engagés entre les parties, non viciés par quelque solution préconçue favorisent l'émergence de solutions mieux adaptées aux besoins du pouvoir adjudicateur.

Pour son efficacité, il est recommandé de limiter le nombre de candidats admis à dialoguer, ce qui présente aussi l'avantage d'alléger d'autant la charge de l'acheteur public.

Le dialogue doit s'établir sur la base des solutions jugées meilleures. La négociation doit respecter la confidentialité des offres des candidats et se dérouler dans le respect des principes de la commande publique. Les offres se construisent ainsi en parallèle au fil du dialogue, chaque candidat étant conduit à proposer et affiner la solution qui lui paraît la plus adaptée au besoin.

La DAJ énonce quelques bonnes pratiques visant à faciliter les candidatures d'entreprises innovantes.

- L'ouverture à tout type de solution technique permettant de susciter et d'accueillir les propositions nouvelles, innovantes, créatives, il est souhaitable que l'acheteur public élabore son cahier des charges ou son programme fonctionnel, en gardant une parfaite neutralité sur les éléments de solution possibles.
- Il convient de faciliter la constitution de groupements, en formulant la demande et le besoin de manière complète, afin que les candidats puissent identifier précisément les compétences et partenaires susceptibles de les aider pour y répondre. Pour cela il faut également prévoir un temps raisonnable entre l'avis de publicité et le dépôt des offres pour prendre en compte le temps nécessaire à la constitution des groupements.
- Il est par ailleurs indispensable de ne pas apporter de modifications substantielles en cours de procédure, d'où la nécessité d'exprimer le besoin de manière claire et complète, de manière à être compris de la même manière par tous les candidats.

Le pouvoir adjudicateur doit également veiller à ce que la procédure ne soit pas longue de peur de démotiver les opérateurs économiques.

Le dialogue compétitif nécessite que le pouvoir adjudicateur dispose d'agents dédiés, avec des compétences complémentaires.

Paragraphe 3 : La procédure de concours et les accords-cadres

I. La procédure de concours

Le concours est défini à l'article 8 de l'ordonnance relative aux marchés publics comme « un mode de sélection par lequel l'acheteur choisit, après mise en concurrence et avis d'un jury, un plan ou un projet, notamment dans le domaine de l'aménagement du territoire, de l'urbanisme, de l'architecture et de l'ingénierie ou du traitement de données. ». La procédure de concours permet de stimuler la créativité et peut constituer un moyen de faire émerger et de tester des propositions nouvelles. Très utilisé pour les prestations d'architecture, le concours n'est cependant pas limité aux marchés de travaux, et peut être expérimenté à d'autres domaines comme les transports et les prestations intellectuelles. Par ce canal, l'acheteur public bénéficie de l'expertise technique d'un jury, mais reste seul décisionnaire, sur la base du rapport établi par le jury.

Dans la procédure de concours, il est possible d'envisager un dialogue entre les candidats et le jury, ainsi qu'une négociation sur les éléments du projet avec le pouvoir adjudicateur.

Il offre l'avantage de faire émerger plusieurs propositions adaptées, et d'en discuter les éléments avec le ou, le cas échéant, les lauréats. Pour optimiser les propositions des candidats, la procédure de concours doit faire l'objet en amont, d'une définition précise du besoin et des contraintes. Il convient donc que les compétences essentielles attendues des candidats soient utilement précisées, de même que le cadre de la réponse.

Le projet de cogénération peut aussi être mis en œuvre après une procédure de concours.

La jeunesse du service des achats recommande cependant de ne pas s'encombrer de procédures de passation. Il serait plutôt judicieux de recourir à l'externalisation afin de s'assurer de la sécurité juridique des procédures et de s'accorder le temps d'acquérir toutes les compétences utiles pour la gestion efficace des achats.

II. Les accords-cadres

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. (Art.4 l'ordonnance n° 2015-899 du 23 juillet 2015)

L'article 78 du décret n° 2016-360 du 25 mars 2016 distingue deux catégories d'accords-cadres.

D'une part, lorsque l'accord-cadre ne fixe pas toutes les stipulations contractuelles, il donne lieu à la conclusion de marchés subséquents et il faut une remise en concurrence des titulaires.

D'autre part, lorsqu'il fixe toutes les stipulations contractuelles, l'accord-cadre est exécuté au fur

et à mesure de l'émission de bons de commande. 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.

Le GHEF est d'ores et déjà assez familiarisé avec les accords-cadres pour la satisfaction de besoins ayant un caractère courant ou répétitif tels que la maintenance, l'entretien des locaux et la dératisation. D'ailleurs la majorité des procédures externalisées par le GHEF est sous forme d'accords-cadres. La procédure d'accord-cadre est à encourager, tout en veillant à ne pas en faire un usage abusif et contraire au droit de la concurrence⁵⁴.

L'intérêt de l'accord-cadre est que l'acheteur forme un répertoire et se lie avec un ou plusieurs cocontractants pour une durée ferme ne pouvant excéder quatre ans. Au cours de cette période de quatre ans, il ne sera lié au cocontractant que pour une année et est libre de ne pas renouveler cette relation si les prestations fournies au cours de l'année ne le satisfont pas.

⁵⁴ Art. 78 I al.5 « Les acheteurs ne recourent pas aux accords-cadres de manière abusive ou aux fins d'empêcher, de restreindre ou de fausser la concurrence. »

Chapitre 2 : LE RECOURS A L'EXTERNALISATION

La complexité et le coût de gestion du processus d'achat, la nécessité d'atteindre une taille suffisante sur les marchés pour obtenir de bonnes conditions des opérateurs économiques conduisent de plus en plus les pouvoirs adjudicateurs à envisager d'externaliser la gestion de certains de leurs achats. Cette tendance est due au fait qu'il faut disposer en amont de compétences techniques, méthodologiques, économiques ou juridiques très importantes, sans oublier les moyens à mettre en œuvre.

Pour être justifiée, l'externalisation doit présenter des avantages qui l'emportent sur l'inconvénient de la perte de contrôle pratique et d'expertise.

Une expression claire des besoins est une condition nécessaire, sans être suffisante, pour vérifier que la prestation fournie est conforme aux engagements contractuels, notamment en termes de qualité. Elle est également nécessaire pour ne pas avoir à passer des « avenants » aux marchés à l'initiative de l'acheteur, en ce que cette situation est de nature à le mettre en position de faiblesse vis-à-vis du cocontractant.

Section 1 : La mutualisation des achats

La mutualisation se révèle être un mécanisme de performance encouragée par les pouvoirs publics et les experts en économie. Elle reste cependant une notion à cerner dont il faut véritablement appréhender les contours. Elle se traduit par le recours à un groupement de commandes ou à une centrale d'achat.

Paragraphe 1 : La notion de mutualisation

La notion de mutualisation se rapproche des notions de mise à disposition et de coadministration, définie comme une convention par laquelle deux ou plusieurs personnes publiques, exerçant des compétences concurrentes, déterminent les objectifs ainsi que les règles d'organisation et de fonctionnement d'un service commun ou coordonnent l'activité des services qu'elles gèrent.⁵⁵

L'ordonnance n°2015-899 du 23 juillet 2015 relative aux marchés publics et l'ordonnance 2016-65 du 29 janvier 2016 relative aux contrats de concession ouvrent la possibilité aux acheteurs de grouper ou centraliser leurs commandes.

Elle a pour corolaire la massification des achats, et donc de la dépense. Elle permet ainsi de regrouper les besoins de plusieurs entités et d'adapter ce besoin commun pour réaliser un achat groupé qui tienne un minimum compte des différences. C'est un levier fort en termes de rationalisation des besoins et de génération d'économies d'achat.

⁵⁵ J.-D. Dreyfus, Mutualisation des services et mise en concurrence, AJDA 2007. 1865

Étape indissociable de la bonne définition du besoin, les efforts en matière de mutualisation et de massification de la dépense vont de pair avec les exigences de rationalisation des moyens et de gestion efficiente des services.

Cette démarche s'articule selon deux axes : la mutualisation des organisations d'achat avec désignation d'un service acheteur, et la mutualisation des besoins avec la recherche d'un dénominateur commun aux administrations bénéficiaires. L'élaboration d'une cartographie des achats, ainsi qu'une programmation stratégique du volume total de la commande, permettront d'obtenir une vision claire de l'état des besoins et du poids budgétaire alloué à l'achat groupé.

La mutualisation permet donc de réaliser des profits en minimisant les coûts et participe à la professionnalisation accrue des services acheteurs. La réussite de ces processus permet de valoriser la performance collective et de favoriser le maintien d'un dialogue transversal et en bonne intelligence entre les services bénéficiaires. La mise en place de groupements hospitaliers de territoire (GHT) est une illustration de cette mutualisation. Le GHEF se présente donc comme un cadre idéal de mutualisation et tirerait bien avantage à en faire souvent usage.

Au nombre des commandes susceptibles d'être mutualisées nous pouvons citer :

- Les fournitures, mobiliers et matériels de bureau,
- Les matériels informatiques et services associés,
- Les matériels et services d'impression, d'expéditions, d'affranchissements,
- L'entretien des bâtiments (nettoyage, entretien espaces verts) et les maintenances d'installations techniques (maintenance informatique, maintenance CVC, maintenance portes et portails),
- Les énergies et fluides,
- L'acquisition de denrées alimentaires.

Dans un contexte économique fermé, la mutualisation est donc un levier intéressant pour équilibrer les rapports commerciaux et stimuler la concurrence.

Aux fins de mutualiser leurs commandes, les acheteurs peuvent recourir au mécanisme des groupements de commande ou d'autorités concédantes. Ils peuvent également externaliser la passation de leurs commandes en recourant aux centrales d'achat ou aux entités communes transnationales.

Paragraphe 2 : Les modes de mutualisation

La mutualisation des achats peut être mise œuvre grâce au mécanisme du groupement de commande (ou groupe d'autorités concédantes) ou par le recours à une centrale d'achat.

I. Le groupement de commande

L'article 28 de l'ordonnance relative aux marchés publics offre la possibilité de constituer des

groupements de commandes publiques.

L'article 26 de l'ordonnance concessions ouvre la même possibilité aux autorités concédantes, qui peuvent ainsi constituer des groupements d'autorités concédantes soumises aux mêmes exigences que les groupements de commande en matière de marchés publics.

C'est une alternative qui permet à un acheteur de s'associer à d'autres acheteurs, personnes publiques ou privées, soumises ou non aux ordonnances, afin de constituer une structure ad hoc qui coordonnera les contrats passés en réponse à leurs besoins.

Il présente l'avantage de réaliser des économies d'échelle, en assurant une mutualisation des procédures de passation.

Il s'agit de constituer une structure sans personnalité juridique, formalisée par une convention constitutive déterminant ses modalités de fonctionnement, son objet et les engagements des parties prenantes. Cette convention revêt la nature d'un contrat administratif en raison de la participation d'une personne publique.

Les acheteurs disposent d'une relative liberté dans la détermination du contenu du contrat de groupement de commande.

Le GHEF forme déjà un GHT avec le CH de Jouarre jusqu'au 1^{er} janvier 2019, date d'effet de leur fusion. Le GHEF pourrait toujours s'associer à d'autres établissements de santé du département de Seine et Marne, de la région Ile-de-France voire même d'une autre région du territoire français, afin de constituer un groupement de commande, dont un établissement support auquel ils délègueront la gestion de leurs achats récurrents ou présentant une telle particularité que la mutualisation constitue la réponse appropriée pour minimiser les coûts et bénéficier de compétences avérées.

C'est le cas du Groupement Rhône Alpes Alimentation (GRAAL), de niveau régional, qui compte près de 200 adhérents avec les établissements auvergnats, piloté par le CH de Chambéry, spécialisé dans l'achat des fruits et légumes⁵⁶.

Nous avons aussi le groupement de commandes du Limousin porté de 2007 jusqu'à sa transformation en GCS EPSILIM en 2014 par le CHU de Limoges⁵⁷.

Il est aussi possible d'envisager la constitution de groupement avec des établissements de santé d'un Etat membre de l'Union européenne.

En effet, les ordonnances ouvrent cette possibilité de groupement entre des pouvoirs adjudicateurs ou des entités adjudicatrices de différents pays membres de l'Union européenne, à condition que ce choix n'ait pas été fait dans le seul but de se soustraire aux dispositions nationales qui intéressent l'ordre public. En revanche les acheteurs ne peuvent modifier la composition du groupement librement constitué, en cours de la passation d'un contrat.

⁵⁶ http://www.achats-sante-rhonealpes.fr/portail/index.php?p=72&art_id=

⁵⁷ <http://www.epsilim.fr/>

Les groupements de commande sont soumis aux règles de la commande publique.

Par exception, dans le cadre des groupements de commande transnationaux, les membres du groupement peuvent choisir de soumettre les contrats qu'ils passent à un droit étranger choisi parmi les droits des membres non français.

Le recours au groupement de commandes permet de bénéficier d'un effet de masse aidant à obtenir des prix plus intéressants et d'exercer une pression plus forte sur l'opérateur économique. À plusieurs, on compte plus que tout seul. De même, la mutualisation de l'achat pour le compte de plusieurs acheteurs permet de réaliser des économies sur les coûts de procédures.

D'un point de vue technique la constitution de groupement permet le partage des compétences et la sécurisation des procédures, répondant par conséquent aux difficultés en moyens techniques et humains. Il est en effet plus évident de trouver, dans un même groupement, un acheteur doté d'une certaine compétence sur un objet en particulier et un autre acheteur plus expérimenté sur un autre objet. Un « référent technique » pourra ainsi être identifié selon l'objet du marché passé par le groupement.

Le recours au groupement est plus avantageux lorsque les besoins de ses membres sont identiques et qu'il y a peu de contraintes techniques propres à chaque membre. Il importe aussi qu'aucun membre en l'occurrence le coordonnateur, ne se retrouve pas en position de prioriser ses propres besoins par rapport aux autres membres dont les volumes d'achats sont plus faibles par rapport aux siens.

De façon plus pragmatique, le GHEF a tout à gagner en faisant davantage recours au Resah et à UniHA, qui sont des groupements de commande assez fiables, dont les résultats positifs et l'expertise sont avérés.

II. Les centrales d'achat

Définie à l'article 26.I de l'ordonnance relative aux marchés publics, une centrale d'achat est un acheteur doté de la personnalité morale, et qui exerce des activités d'achat centralisées. Un acheteur ne peut se porter comme centrale d'achat que s'il est légalement ou statutairement autorisé à intervenir en cette qualité.

C'est par exemple le cas de l'UGAP⁵⁸ que le décret n°85-801 du 30 juillet 1985 qualifie expressément de centrale d'achat ou encore de l'Economat des armées auquel l'article R. 3421-2 du code de la défense⁵⁹ confère cette qualité.

⁵⁸ L'Union des groupements d'achats publics (UGAP) est un établissement public industriel et commercial (EPIC) de l'Etat placé sous la tutelle du ministre chargé du Budget et du ministre chargé de l'Education nationale. Elle est la seule centrale d'achat public « généraliste » en France, qui se distingue par sa politique partenariale, son engagement en faveur des politiques publiques (innovation, PME, Développement Durable) et son fonctionnement « achat pour revente ».

Elle a réalisé 100 millions d'euros d'achats innovants soit 3,25% de ses achats, en particulier dans les domaines médical, mobilier et équipement général, informatique, services et véhicules.

Les activités exercées par les centrales d'achat consistent en l'acquisition de fournitures ou des services destinés à des acheteurs et en la conclusion de marchés ou accords de travaux, fournitures ou services destinés à des acheteurs. L'ordonnance relative aux marchés publics prévoit, par ailleurs, que les centrales d'achat peuvent également fournir aux acheteurs une assistance technique pour la passation de leurs marchés notamment de travaux. Une telle assistance peut, consister en la mise à disposition d'infrastructures techniques permettant aux acheteurs de conclure leurs marchés, en conseils sur le déroulement ou la conception des procédures de passation de ces marchés, ou en la préparation et la gestion de ces procédures de passation.

Les centrales d'achat auxquelles les acheteurs sont susceptibles de faire appel peuvent être situées en France mais aussi, conformément à l'ordonnance marchés publics, elles peuvent se situer dans un Etat membre de l'Union européenne à condition, toutefois, que ce choix ne soit pas fait dans le but de se soustraire aux dispositions nationales qui intéressent l'ordre public dont les règles de publicité et de mise en concurrence.

Etant donné les circonstances actuelles, le GHEF pourrait davantage recourir aux centrales d'achat dont la principale est l'UGAP, pour satisfaire ses besoins importants et nécessitant une certaine expertise.

La Cour des Comptes encourage d'ailleurs le recours aux centrales d'achat, qu'elle estime insuffisant.

L'externalisation de la commande par le recours à une centrale d'achat présente un intérêt renforcé pour les acheteurs, dès lors qu'elle permet de réduire les coûts de transaction liés à la conclusion des marchés publics non seulement par la réalisation d'économie d'échelles, inhérentes à la technique de centralisation des achats, mais aussi par la mutualisation des procédures de passation destinées à acquérir ces prestations.

Ainsi, le recours à une centrale d'achats pour acquérir, par exemple, de l'électricité ou du gaz, est particulièrement opportun s'agissant d'un achat nouveau pour de nombreux acteurs publics qui bénéficient d'une expertise potentielle et de prix attractifs du fait du volume des commandes auprès des fournisseurs sur le marché⁶⁰.

Sur la question du dispositif organique pouvant revêtir la qualité de centrale d'achats, les textes offrent plusieurs alternatives aussi bien par la voie d'entités de droit privé que par celle de structures de droit public.

98% des fournisseurs de l'UGAP sont implantés en France et représentent 1 004 400 emplois directs en France.

⁵⁹ Modifié par le Décret n° 2013-779 du 27 août 2013 (article 2)

⁶⁰ Exemple du Syndicat intercommunal pour le gaz et l'électricité en Île-de-France pour l'achat groupé de 9TWh (500 millions d'euros) de gaz naturel, au profit de 565 acheteurs publics d'Île-de-France (collectivités et établissements publics). Plus exactement, il portait sur la fourniture d'un volume annuel de 3 TWh pendant trois ans (alors que lors des précédents appels d'offres, la durée était de deux ans), répartis sur plus de 10 700 points de livraison.

« Au regard des tarifs réglementés de vente (faisant encore l'objet d'une indexation mais quasiment plus délivrés aux acheteurs professionnels), les prix obtenus par le Sigeif feraient apparaître, selon les lots, des gains allant de 23 à 32 % ».

L'association loi 1901 paraît a priori mal adaptée à la fonction de centrale d'achat, dans la mesure où elle agit en principe au bénéfice de ses seuls membres. Cependant, il n'est pas interdit que l'association œuvre au profit de personnes non membres et d'agir en qualité de centrale d'achats dès lors qu'elle répond aux critères posés par les textes en vigueur.

Dans cette optique, l'achat/revente ou la passation de marchés pour le compte d'autres pouvoirs adjudicateurs paraît en outre être compatible avec l'objet d'une association, dès lors que le but de celle-ci n'est pas lucratif.

Comme dans le cas du groupement, le GHEF pourrait s'associer à d'autres établissements de santé ou ayant des activités assimilées, pour créer une association ayant la fonction de centrale d'achat, à laquelle ils externaliseront certains achats spécifiques pour lesquelles ils manquent d'expertise et de compétences avérées, ceci afin d'effectuer des gains de temps et de crédits.

Pour éviter toute confusion, il conviendrait de donner mandat à ladite association, au risque qu'elle soit qualifiée d'association transparente.

Certaines structures de droit public présentent plus de légitimité pour remplir la fonction de centrale d'achat.

Ainsi, un établissement public pourrait se voir investir de la mission de centrale d'achat et passer des marchés pour le compte d'autres organismes publics, dès lors qu'il est lui-même soumis pour la totalité de ses achats aux règles de la commande publique et à condition de le préciser dans le marché ou dans l'accord-cadre.

Cependant, il convient d'exercer cette possibilité dans la limite de la compétence et, le cas échéant, du principe de spécialité de l'organisme de droit public. L'activité de l'établissement ne devant pas en effet excéder « le cadre des missions qui lui ont été assignées par les textes qui l'ont institué ».

Un GIP peut tout aussi valablement être constitué et chargé de la fonction de centrale d'achat.

Nous encourageons donc le GHEF à externaliser les procédures de passation qui lui paraissent complexes et sensibles.

Il importe toutefois de ne pas confondre la centrale d'achat avec la centrale de référencement privée⁶¹, société de droit privé qui propose des prestations de services de référencement, de conseil et d'assistance à l'achat.

⁶¹ 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, négociations).

À défaut d'être un pouvoir adjudicateur au sens de l'ordonnance du 23 juillet 2015, une centrale de référencement privée n'a pas la qualité de centrale d'achat public. Par conséquent, il n'est pas possible pour les acheteurs publics d'avoir recours directement à ses services. Les personnes soumises aux règles de la commande publique désireuses d'accéder aux services d'une centrale de référencement doivent lui confier un mandat, contrat lui-même soumis à la réglementation relative à la passation des marchés publics s'il est conclu à titre onéreux (et donc à une mise en concurrence).

Section 2 : La possibilité de la gestion intégrée

Le choix d'un mode gestion tourne souvent autour du souci de l'intérêt général, dont la gestion publique est garante, et l'efficacité que l'on prête à tort ou à raison à la gestion privée. Aussi a-t-on tendance à penser que la gestion publique garantit l'accessibilité du service à tous en raison des tarifs modérés tandis que la recherche du profit motive la gestion privée.

Au niveau de l'Union européenne, la Cour de justice a reconnu aux pouvoirs adjudicateurs la faculté de déroger à l'obligation de mise en concurrence lorsqu'ils attribuent des contrats à des entités dotées de la personnalité juridique, à condition qu'elles constituent le prolongement administratif du pouvoir adjudicateur.⁶²

L'invitation à envisager de tels contrats⁶³ n'est pas motivée par le désir d'échapper aux obligations de publicité et de mise en concurrence, mais plutôt la conviction qu'ils permettent à l'acheteur de garder un certain contrôle sur les domaines d'expertise de sorte à minimiser les coûts.

Il s'agit en l'occurrence de la quasi-régie ou in house.

Ces modes de gestion sont proposés en raison du vivier de compétences dont le GHEF dispose déjà en interne et en alternative à la délégation de service public.

Paragraphe 1 : Le montage in house et la régie

Le montage in house est une pratique administrative de longue date en France connue sous la dénomination de quasi-régie qui a été consacrée par le droit de l'Union européenne. Elle revêt bien de similitude avec la régie directe.

I. La quasi-régie ou in house

La quasi-régie est un contrat de création jurisprudentielle, prévu par les directives 2014/24/UE et 2014/23/UE de février 2014.

Trois options de quasi-régie sont à la disposition des acheteurs. L'acheteur public peut recourir à la quasi-régie descendante, qui est la forme dite traditionnelle. Il peut également préférer la quasi-régie ascendante ou la quasi-régie latérale.

La quasi-régie est assujettie à trois conditions cumulatives. D'abord, l'acheteur doit exercer sur la personne morale cocontractante, un contrôle analogue à celui qu'il exerce sur ses propres services. Ce contrôle analogue peut être exercé conjointement avec d'autres pouvoirs

⁶² CJCE 18 nov. 1999, aff. C-107/98, Teckal Srl c/ Comune di Viano, D. 1999. 276

⁶³ Ils constituent bien des contrats de la commande publique, mais ils bénéficient d'une exception à l'applicabilité des règles de mise en concurrence, compte tenu de la dépendance dans laquelle se trouve l'attributaire vis-à-vis du pouvoir adjudicateur.

adjudicateurs⁶⁴ à condition que chacun des pouvoirs adjudicateurs participe tant au capital qu'aux organes de direction de la personne morale contrôlée⁶⁵.

Ensuite, plus de 80 % des activités de la personne morale contrôlée doivent être exercées dans le cadre de l'exécution des tâches qui lui sont confiées par le pouvoir adjudicateur qui le contrôle ou par d'autres personnes morales qu'il contrôle. L'appréciation de cette condition doit être faite de façon globale en cas de pluralité de pouvoirs adjudicateurs⁶⁶. Par ailleurs, il n'est pas exigé que la personne morale contrôlée conjointement réalise une partie de ses activités individuellement avec chaque pouvoir adjudicateur qui lui attribue des contrats sur le fondement de l'exception de la quasi-régie.

Enfin, la personne morale contrôlée ne doit pas, en principe, comporter de participation directe de capitaux privés⁶⁷. Ce dernier point est primordial afin de préserver la concurrence effective et d'éviter tout conflit d'intérêts dans un contexte qui est censé poursuivre l'intérêt général et la mise en œuvre d'une action publique. Toutefois, les participations indirectes des capitaux privés sont admises de sorte qu'il peut valablement y avoir une quasi-régie entre un acheteur, pouvoir adjudicateur de contrôle dont le capital comporte une participation de capitaux privés et un cocontractant sur lequel il exerce un pouvoir de contrôle.⁶⁸ De même la personne morale contrôlée peut comporter des formes de participation de capitaux privés sans capacité de contrôle ou de blocage requises par les dispositions législatives nationales, conformément aux traités, qui ne permettent pas d'exercer une influence décisive sur la personne morale contrôlée.

Dans la décision CJUE, 19 juin 2014, Centro Hospitalar de Setubal EPE et SUCH, C-574/12, La Cour de justice a affirmé que l'attribution directe d'un contrat à une association d'utilité publique

⁶⁴ CJCE 13 nov. 2008, aff. C-324/07, Coditel Brabant

« (...) les principes d'égalité et de non-discrimination en raison de la nationalité ainsi que l'obligation de transparence qui en découle ne s'oppose pas à ce qu'une autorité publique attribue, sans appel à la concurrence, une concession de services publics à une société coopérative intercommunale dont tous les affiliés sont des autorités publiques, dès lors que ces autorités publiques exercent sur cette société un contrôle analogue à celui qu'elles exercent sur leurs services et que ladite société réalise l'essentiel de son activité avec ces autorités publiques. ».

⁶⁵ CJUE, Affaires jointes C-182/11 et C-183/11 du 29 novembre 2012

« Lorsque plusieurs autorités publiques, en leur qualité de pouvoir adjudicateur, établissent en commun une entité chargée d'accomplir leur mission de service public ou lorsqu'une autorité publique adhère à une telle entité, la condition établie par la jurisprudence de la Cour de Justice de l'Union européenne selon laquelle ces autorités, afin d'être dispensées de leur obligation d'engager une procédure de passation de marchés publics selon les règles du droit de l'Union, doivent exercer conjointement sur cette entité un contrôle analogue à celui qu'elles exercent sur leurs propres services est remplie lorsque chacune de ces autorités participe tant au capital qu'aux organes de direction de ladite entité. »

« une même personne pouvant représenter plusieurs pouvoirs adjudicateurs participants ou l'ensemble d'entre eux » (dir. 2014/24/UE, art. 12 § 3, i).

⁶⁶ CJCE, arrêt Carbotermo, 11 mai 2006, et arrêt Asemfo, 19 avril 2007

⁶⁷ CJCE, Stadt Halle, 11 janvier 2005, affaire C-26/03

« la participation, fût-elle minoritaire, d'une entreprise privée dans le capital d'une société à laquelle participe également le pouvoir adjudicateur en cause exclut en tout état de cause que ce pouvoir adjudicateur puisse exercer sur cette société un contrôle analogue à celui qu'il exerce sur ses propres services »

⁶⁸ Considérants 32 de la directive Marchés et 46 de la directives Concessions

sans but lucratif qui, lors de l'attribution du marché, comptait parmi ses sociétaires des entités relevant du secteur public ainsi que des institutions privées de solidarité sociale exerçant des activités sans but lucratif faisait obstacle à ce que le critère du contrôle analogue soit rempli. Une situation de quasi-régie ne peut ainsi être reconnue, dès lors que cet organisme poursuit des intérêts et des finalités qui sont d'une nature différente de celle des objectifs d'intérêt public poursuivis par les pouvoirs publics.

La quasi-régie est également prévue par l'ordonnance « concessions », qui l'exclut de son champ d'application. (Art. 16)

Toutefois, c'est un mode de gestion qui est difficilement envisageable en ce qu'il implique la création d'une société publique locale (SPL) ou d'une société publique locale d'aménagement (SPLA) dont seules les collectivités territoriales peuvent être actionnaires. C'est donc une option ouverte sur laquelle il convient de s'interroger étant donné tous les avantages que les personnes publiques quelles qu'elles soient peuvent en tirer.

La quasi-régie se distingue des conventions en vertu desquelles les personnes publiques organisent entre elles une mission de service public commune, sans qu'existe de contrôle de l'une sur l'autre.

II. La gestion en régie directe

La gestion en régie directe désigne le mode de gestion du service public par lequel la collectivité publique assume directement la gestion du service qui relève d'elle.

C'est la collectivité publique « qui gère le service, soit elle-même, soit par un organisme de droit public qui est son émanation ».

Elle est également conçue comme étant « le procédé de la régie tout à fait indépendant de la personne qui a la responsabilité du service ». Ainsi, il y a régie lorsqu'une personne publique ou privée qui a le service en charge décide de le gérer elle-même alors qu'elle pourrait le concéder à une autre personne.

Il sera retenu une définition dite cohérente selon laquelle la régie est « un mode de gestion des services publics consistant en une prise en charge directe de l'organisation et du fonctionnement du service par une collectivité territoriale (Etat compris). L'absence de personnalité morale distincte est la caractéristique fondamentale de la gestion en régie.

Le critère de la gestion en régie directe repose sur l'absence de personnalité juridique distincte de l'organisme chargé de la gestion du service : l'activité du service est imputable à la collectivité elle-même qui est seule chargée de la gestion du service et seule titulaire des droits et obligations correspondants. C'est le principe d'unité caractéristique de la gestion en régie directe.

Le principe est donc la liberté de choix mais il faut tenir compte d'un certain nombre de limites.

Il est admis qu'une collectivité publique est libre de faire faire par ses propres services les prestations dont elle a besoin, ces activités étant elles-mêmes considérées comme des services publics⁶⁹.

Ce choix doit résulter d'une décision de l'organe délibérant compétent⁷⁰. La gestion en régie peut porter aussi bien, à titre de service public, sur une activité destinée à fournir les moyens nécessaires au fonctionnement d'un service public principal mais que l'acheteur peut librement externaliser en se fournissant auprès du secteur privé par de simples marchés publics, ou sur la délégation de la gestion à un cocontractant public ou privé, tout en assurant la maîtrise de l'activité.

L'alternative de la régie directe proposée ne concerne pas en l'espèce les missions principales des acheteurs mais les activités destinées à leur fournir les moyens administratifs, techniques, sociaux et autres qui leur sont nécessaires.

Elle se distingue de la régie personnalisée, laquelle confère la personnalité morale et l'autonomie financière et donc les établissements publics.

La régie directe se distingue également de la régie intéressée impliquant un contrat avec une personne de droit privé, rémunérée par la personne publique contractante.

Les exemples de gestion en régie sont nombreux et concernent la restauration collective, les voiries, le transport.

La gestion en régie présente comme avantages pour l'acheteur, de lui garantir une maîtrise totale sur la gestion du service public qu'elle a créé, sur les plans financier, administratif et humain. Elle centralise les besoins et la gestion de la commande publique tout en favorisant la spécialisation des agents concernés.

Paragraphe 2 : La coopération public-public

Les contrats de coopération public-public ont pour objet d'instaurer une coopération entre plusieurs entités publiques afin d'assurer la mise en œuvre d'une mission de service public commune à celles-ci.

L'article 17 de l'ordonnance « concessions » parle de coopération entre pouvoirs adjudicateurs et dispose que :

« La présente ordonnance n'est pas applicable aux contrats de concession par lesquels les pouvoirs adjudicateurs, y compris lorsqu'ils agissent en qualité d'entité adjudicatrice, établissent ou mettent en œuvre une coopération dans le but de garantir que les services publics dont ils ont la responsabilité sont réalisés en vue d'atteindre les objectifs qu'ils ont en commun, lorsque les conditions suivantes sont réunies:

⁶⁹ CE 29 avril 1970, Sté Unipain

⁷⁰ CE 6 janvier 1995, Ville de Paris

- 1° La mise en œuvre de cette coopération n'obéit qu'à des considérations d'intérêt général ;
- 2° Les pouvoirs adjudicateurs concernés réalisent sur le marché concurrentiel moins de 20 % des activités concernées par cette coopération. Ce pourcentage d'activités est déterminé dans les conditions fixées au IV de l'article 16. »

On retrouve les mêmes dispositions à l'article 18 de l'ordonnance « marchés publics ».

Ils peuvent être passés sans publicité ni mise en concurrence à condition que la mission d'intérêt général soit « effectivement et réellement partagée par les personnes publiques contractantes, de sorte que se trouvent exclus tous les cas où une mission serait simplement confiée unilatéralement par une personne publique à une autre et où la première se bornerait à jouer un rôle d'auxiliaire pendant que la seconde prendrait en charge l'ensemble de la mission.

Il n'est pas pour autant nécessaire que chaque personne publique participe à l'exécution de la mission d'une manière identique. Il peut bien s'agir d'une complémentarité ou d'une division des activités.

Ainsi, le GHEF peut valablement convenir avec d'autres établissements de santé aux fins de mutualiser leur parc automobile surtout pour les transports de patients et de produits sensibles, pour lesquels il éprouve de véritables difficultés à cause du vieillissement ou plutôt de l'amortissement de ses véhicules.

C'est donc une exécution conjointe du transport des patients et de produits médicaux grâce à la mutualisation des moyens qui constitue en l'occurrence la mission d'intérêt général partagée par ces personnes publiques.

Il faut par contre être attentif à ce que la mission soit effectivement partagée par les parties à la coopération sous peine de requalification et donc d'être déclarée irrégulière.

A titre illustratif, la Cour de justice a estimé, dans l'affaire Azienda Sanitaria Locale di Lecce, Università del Salento, que le contrat par lequel une agence sanitaire avait confié à une université une mission d'étude et d'évaluation de la vulnérabilité sismique des structures hospitalières n'assurait pas la mise en œuvre d'une mission de service public commune aux deux entités publiques, en l'occurrence une mission de recherche scientifique⁷¹.

Dans une autre décision du 13 juin 2013, la Cour a estimé que la condition tenant à l'exercice commun d'une mission de service public n'était pas davantage remplie par le contrat par lequel un groupement de communes avait transféré le nettoyage de locaux administratifs et scolaires à une commune membre de ce groupement⁷².

⁷¹ CJUE, 19 décembre 2012, Azienda Sanitaria Locale di Lecce, Università del Salento,

⁷² CJUE, 13 juin 2013, Piepenbrock Dienstleistungen GmbH & Co KG c/ Kreis Düren, C-386/11.

CONCLUSION GENERALE

La commande publique hospitalière est, à l'instar de la commande publique de façon générale, dans une forte mutation et fait face à la conjoncture financière qui lui impose davantage d'efficacité économique. Ils demeurent cependant stratégiques pour la sincérité même de la mission de service public de la santé, laquelle est sans objet autrement.

Au-delà de la dynamique économique, c'est donc aussi et surtout une activité érigée par l'Etat au rang de service public avec pour corolaire la poursuite de l'intérêt général, qui est ici en jeu.

Cette dynamique de la performance économique des achats doit pouvoir s'accommoder de cette condition et de la réglementation, en particulier le respect de la liberté de la concurrence, la réalisation du marché intérieur et les principes de finance publique.

Pour ce faire, plusieurs procédés sont offerts par le droit européen et le droit national sans oublier les réformes intervenues dans le secteur de la santé. Les résultats enregistrés semblent encourageants même si quelques réajustements et des précisions jurisprudentielles sont encore attendus sur certaines questions.

Par ailleurs, la mise en œuvre des réformes peut être aussi rendue complexe dans certains cas. C'est ce qu'il convient de relever de l'audition de Jérémie Sécher, président du Syndicat des managers publics de santé (SMPS) lorsqu'il souligne les difficultés rencontrées par les établissements de santé publics pour mutualiser leur fonction achat à l'échelle des GHT.

En s'appuyant sur un recensement déclaratif réalisé auprès des adhérents du SMPS, il a annoncé que les cellules d'achats territoriales qui s'étaient mises en place généraient « un surcoût moyen de 200.000 euros par cellule d'achat territoriale ».⁷³

Tout en étant favorable « aux logiques de mutualisation et de performance », il souligne que les difficultés pour mettre en œuvre cette mutualisation sont proportionnelles à la taille du GHT concerné.

Les groupements de commande et centrales d'achat ne manquent pas non plus de créativité pour accompagner la dynamique.

Aussi des techniques assez originales sont expérimentées par certains pouvoirs adjudicateurs comme c'est le cas par exemple de l'éco-pâturage au centre hospitalier de Valenciennes depuis mars 2018.⁷⁴

⁷³[https://www.techopital.com/la-mutualisation-de-la-fonction-achat-pourrait-generer-un-surcout-global-de-13-millions-d-euros-en-2018-\(smps\)-NS_3405.html](https://www.techopital.com/la-mutualisation-de-la-fonction-achat-pourrait-generer-un-surcout-global-de-13-millions-d-euros-en-2018-(smps)-NS_3405.html)

« En partant de l'hypothèse que cela concernerait la moitié des groupements hospitaliers de territoire, cela représenterait un surcoût global de 13 millions d'euros pour les collectivités », a poursuivi le président du SMPS.

⁷⁴ https://www.techopital.com/un-eco-paturage-mis-en-place-au-ch-de-valenciennes-NS_3445.html

« Un éco-pâturage mis en place au CH de Valenciennes

Le service jardin du centre hospitalier de Valenciennes accueille depuis le 15 mars un mouton du boulonnais et deux chèvres naines. Les animaux serviront à entretenir les espaces verts de l'établissement.

Nous pouvons retenir que la commande publique hospitalière est principalement orientée vers la mutualisation et l'externalisation. Elle est porteuse de performance économique, dans le respect du droit, avec l'implication de toutes les catégories d'acteurs concernés.

Les prochains mois nous édifieront davantage sur la question de la dématérialisation et de la professionnalisation de la fonction achat.

Les animaux ont été mis à disposition, pour 30 € par mois et par bête, par l'association "Espoir avenir, les biquettes de l'espoir" qui œuvre en faveur des personnes en difficulté de réinsertion professionnelle. Ils vont permettre d'entretenir les parcelles difficiles d'atteinte pour les jardiniers.

Cette action s'inscrit dans la politique de développement durable du CH. "En effet, l'environnement et la limitation de l'impact énergétique de l'établissement sont deux axes prioritaires de cette politique volontariste et efficace, qui a permis au CHV de devenir le plus important hôpital de France à obtenir la certification EMAS (système de management environnemental et d'audit mis en place par l'Union Européenne)", précise le CH.

Si l'expérience est fructueuse, l'éco-pâturage devrait être étendu aux autres espaces de l'hôpital, notamment aux établissements d'hébergement pour personnes âgées dépendantes (Ehpad) gérés par lui. »

Réalisé par Emmanuel DJIDONOU

BIBLIOGRAPHIE

Textes officiels (documents/rapports Sénat, gouv.fr...) :

- Arrêté du 27 juillet 2018 modifiant l'arrêté du 14 avril 2017 relatif aux données essentielles dans la commande publique
- Arrêté du 27 juillet 2018 fixant les modalités de mise à disposition des documents de la consultation et de la copie de sauvegarde
- Arrêté du 27 juillet 2018 relatif aux exigences minimales des outils et dispositifs de communication et d'échanges d'information par voie électronique dans le cadre des marchés publics
- « BAROMETRE DE LA COMMANDE PUBLIQUE- LES RESULTATS DE L'ANNEE 2017 », Caisse des Dépôts, 30 janvier 2018
- Code général des Collectivités territoriales
- Code général de la propriété des personnes publiques
- Directive 2014/24/UE du Parlement européen et du Conseil du 26 février 2014 sur la passation des marchés publics
- Directive 2014/23/UE du Parlement européen et du Conseil du 26 février 2014 sur l'attribution de contrats de concession
- Décret n° 2016-360 du 25 mars 2016 relatif aux marchés publics
- Décret n° 2016-86 du 1er février 2016 relatif aux contrats de concession
- DAJ, Guide pratique de la dématérialisation des marchés publics pour les acheteurs au 1er octobre 2018
- DAJ, Guide pratique achat public innovant, 2014
- DAJ, « LES CONTRATS CONCLUS ENTRE ENTITÉS APPARTENANT AU SECTEUR PUBLIC » du 12 février 2015
- DAJ, « LA COORDINATION DES ACHATS », Mise à jour le 29 août 2016
- « Encourager les investissements par l'évaluation ex ante volontaire des aspects relatifs à la passation de marchés pour les grands projets d'infrastructure » COM(2017) 573 final, du 3 octobre 2017
- « Faire des marchés publics un outil efficace au service de l'Europe » COM(2017) 572 final, du 3 octobre 2017

- « LES ACHATS HOSPITALIERS » Cour des Comptes, juin 2017
- « LIVRE VERT sur la modernisation de la politique de l'UE en matière de marchés publics Vers un marché européen des contrats publics plus performant » du 27 janvier 2011
- « Nouvelles Organisations et Architectures Hospitalières », Ministère de la Santé et des Solidarités
- Ordonnance n° 2015-899 du 23 juillet 2015 relative aux marchés publics
- Ordonnance n° 2016-65 du 29 janvier 2016 relative aux contrats de concession
- RECOMMANDATION (UE) 2017/1805 DE LA COMMISSION, du 3 octobre 2017 sur la professionnalisation de la passation des marchés publics
- « Réflexions sur l'intérêt général - Rapport public 1999 », Conseil d'Etat, conseil-etat.fr

Ouvrages :

- J-L ALBERT, « Finances publiques », Dalloz 10ème édition
- J-F LACHAUME, H. PAULIAT et deux autres, « Droit des services publics », LexisNexis, 2ème édition
- S. BRACONNIER, « Précis du droit de la commande publique », Le Moniteur, 5ème édition
- S. NICINSKI, « L'usager du service public industriel et commercial », éd. L'Harmattan
- R LE MESTRE, « Droit du service public », Gualino éditeur
- Y. VOLPELLIERE, Thèse de doctorat « L'obligation de résultat de l'Administration », p. 474, Université Montpellier, 2015.

Revues et articles :

- François LLORENS, Professeur, Avocat « Typologie des contrats de la commande publique », Lexis360.fr, consulté le 25 juin 2018
- Rapport de l'Institut de la gestion déléguée - 27 mai 2004, « Gestion directe ou délégation : les conditions de compétition entre les modes d'exécution des services publics », lemoniteur.fr
- « Groupements hospitaliers de territoire et fonction achats : le big-bang du 1er janvier 2018 » Lexis360.fr
- « Achats groupés », Contrats Publics – n°149 - décembre 2014
- Benoît DELAUNAY, Agrégé des facultés de droit, « Synthèse - Services publics », Lexis360.fr, consulté le 25 juin 2018

Sites Web :

- http://ec.europa.eu/growth/content/targeted-consultation-draft-guidance-public-procurement-innovation_fr

- <https://www.lemoniteur.fr/article/commande-publique-la-commission-europeenne-veut-faire-evoluer-les-pratiques.916669>

« Commande publique : la Commission européenne veut faire évoluer les pratiques », Romain Cayrey le 05/10/2017, consulté le 25 juillet 2018.

- <http://www.acheteurs-publics.com/mthodes-et-techniques-de-lacheteur-public/strategie-d-achats-publics/bibliotheque-de-leviers-achats>, 10 mars 2016 à 08:17 par Ludovic Myhié, consulté le 19 juillet 2018

- Alexandre Le Mièrre, Avocat, « Comment organiser la « fonction achats » au sein des Groupements hospitaliers de territoires (GHT) au regard du droit des marchés publics ? », weka.fr, consulté le 2 août 2018

- Daniel Tasciyan, Avocat, « La négociation dans la passation des marchés publics et concessions »,

<https://www.village-justice.com/articles/negociation-dans-passation-des-contrats-commande-publique,23110.html> , consulté le 17 juillet 2018

- <https://www.apmnews.com/depeche/102772/317624/lesgroupements-d-achats-hospitaliers-dressent-un-bilan-positif-du-programme-phare>

- Stéphane Saussier et Jean Tirole, « Renforcer l'efficacité de la commande publique », Les notes du conseil d'analyse économique, n° 22, avril 2015

- « L'économie circulaire et la commande publique », ARENE Île-de-France, septembre 2017

- « GUIDE JURIDIQUE DES ACHATS HOSPITALIERS », réalisé pour la CAHPP par AdDen avocats, Octobre 2014

- « L'externalisation des activités d'achat : l'apport de la théorie des coûts de transaction », Richard CALVI, mai 1998

- « LA COMMANDE PUBLIQUE une réforme au service de l'économie », Ministère de l'Economie, de l'Industrie et du Numérique, avril 2016, consulté le 19 juillet 2018

<https://www.economie.gouv.fr/files/files/PDF/brochure-commande-publique-v04.pdf>

<https://www.economie.gouv.fr/reforme-commande-publique>

- « Mettre en œuvre une veille concurrentielle : le marketing-achat », achatpublic.com

- « Réflexions critiques sur la notion d'externalisation », Gilles J. Guglielmi, in Droit Ouvrier n° 717, « Personnes publiques et personnes privées dans la gestion du service public », avril 2008, p. 175. consulté le 25 juin 2018

<https://www.guglielmi.fr/IMG/pdf/Externalisation.pdf>

- « Contrats / Marchés publics - Groupements hospitaliers de territoire et fonction achats : le big-bang du 1er janvier 2018 - Aperçu rapide par Vincent Vioujas »

<https://www-lexis360-fr.>

-http://www.achats-sante-rhonealpes.fr/portail/index.php?p=72&art_id=

-<http://www.epsilon.fr/>

-<https://www.techopital.com/> consulté le 21 août 2018

Jurisprudence :

- Conseil d'État, 7ème - 2ème chambres réunies, 02/06/2016, 395033, Publié au recueil Lebon

- CE, 27 février 1985, Centre hospitalier de Tarbes, n° 39069-48793

- CE, 9 septembre 1988, M. X, n° 65087

- CE, 10 octobre 2011, Centre hospitalier universitaire d'Angers, n° 328500

- CE 29 avril 1970, Sté Unipain

- CE 6 janvier 1995, Ville de Paris

- CJCE 18 nov. 1999, aff. C-107/98, Teckal Srl c/ Comune di Viano, D. 1999. 276

- CJCE 13 nov. 2008, aff. C-324/07, Coditel Brabant

- CJUE, Affaires jointes C-182/11 et C-183/11 du 29 novembre 2012

- CJCE, arrêt Carbotermo, 11 mai 2006, et arrêt Asemfo, 19 avril 2007

- CJUE, 19 juin 2014, Centro Hospitalar de Setubal EPE et SUCH, C-574/12

- CJUE, 19 décembre 2012, Azienda Sanitaria Locale di Lecce, Università del Salento,

- CJUE, 13 juin 2013, Piepenbrock Dienstleistungen GmbH & Co KG c/ Kreis Düren, C-386/11.

- CJUE, 3e ch., 8 juin 2017, aff. C-296/15, Medisanus

ANNEXES

Annexe 1 : Organigramme du GHEF

Annexe 2 : Organigramme du PRLT

Annexe 2 : Organigramme du PRLT

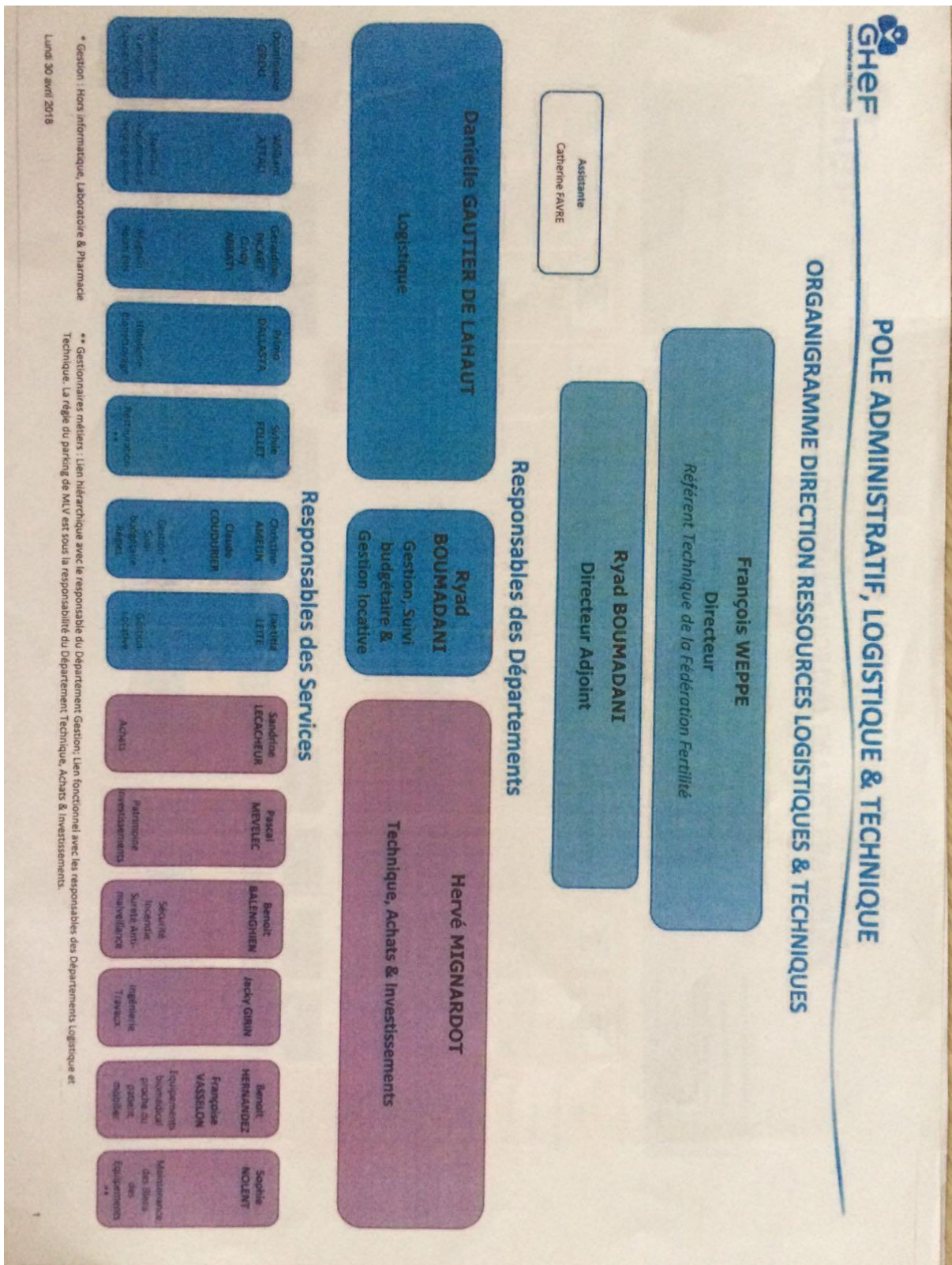


Table des matières

REMERCIEMENTS	4
LISTE DES SIGLES ET ABREVIATIONS.....	5
LISTE DES GRAPHIQUES.....	6
RESUME.....	7
SOMMAIRE	9
INTRODUCTION GENERALE	10
Titre I : LA COMMANDE PUBLIQUE HOSPITALIERE	19
Chapitre 1 : CADRE GENERAL DES ACHATS HOSPITALIERS	20
Section 1 : Organisation des achats hospitaliers.....	20
Paragraphe 1 : Cadre institutionnel du service public de la santé.....	20
Paragraphe 2 : Le programme Performance hospitalière pour des achats responsables (PHARE)..	24
Section 2 : Regard des juridictions financières sur la commande publique hospitalière	26
Paragraphe 1 : Les performances.....	26
Paragraphe 2 : Les faiblesses.....	27
Chapitre 2 : ORGANISATION DE LA COMMANDE PUBLIQUE AU GRAND HOPITAL DE L'EST FRANCILIEN (GHEF).....	33
Section 1 : PRESENTATION DU GHEF.....	33
Paragraphe 1 : Un établissement public de santé.....	33
Paragraphe 2 : Missions et gouvernance du GHEF	36
Section 2 : Le GHEF et les achats publics.....	38
Paragraphe 1 : L'administration des commandes du GHEF	38
Paragraphe 2 : Les activités d'acheteur public.....	43
Titre II : LES APPROCHES FAVORABLES A DES ACHATS PERFORMANTS MAIS AUSSI REGULIERS	53
Chapitre 1 : UNE COMMANDE HOSPITALIERE TOUJOURS EFFICACE	54
Section 1 : L'efficacité de la commande publique.....	54
Paragraphe 1 : L'efficacité administrative.....	54
Paragraphe 2 : L'efficacité juridique des procédures de passation	57
Section 2 : Les montages axés sur l'obligation de résultat	62
Paragraphe 1 : Le recours aux marchés globaux de performance.....	63
Paragraphe 2 : La détermination du résultat à atteindre par le dialogue compétitif.....	64
Paragraphe 3 : La procédure de concours et les accords-cadres.....	66
Chapitre 2 : LE RECOURS A L'EXTERNALISATION.....	68
Section 1 : La mutualisation des achats	68

Paragraphe 1 : La notion de mutualisation	68
Paragraphe 2 : Les modes de mutualisation	69
Section 2 : La possibilité de la gestion intégrée	74
Paragraphe 1 : Le montage in house et la régie.....	74
Paragraphe 2 : La coopération public-public.....	77
CONCLUSION GENERALE	79
BIBLIOGRAPHIE.....	81
ANNEXES.....	85