



**Université
de Lille**



La mutualisation des achats hospitaliers

Mémoire présenté par

El Hadji Ousseynou DIOUF

Pour l'obtention du diplôme du Master de droit de la santé

Promotion 2019-2020

Sous la direction de Johanne Saison
Maitre de conférence HDR à l'université de Lille

Remerciements

Je tiens tout d'abord à remercier Madame Johanne Saison doublement. De m'avoir permis d'intégrer le master droit de la santé, pour lequel les deux années passées ont été plein d'enseignement et d'expérience. Sa disponibilité et ses conseils m'ont particulièrement ému. Dans un deuxième temps parce qu'elle a accepté de m'accompagner dans la réalisation de ce mémoire.

Ensuite mes remerciements vont au GHSC particulièrement sa directrice Mme Sophie Delmotte, Mme Chrystel Delalee et Mme Khadija El Hassiouy.

Mes remerciements vont enfin à ma famille qui m'a apporté soutien et réconfort inestimables dans cette entreprise au cours de ces deux années.

Acronymes et abréviations

ANAP : Agence Nationale d'Appui à la Performance

ARS : Agence Régionale de santé

ARH : Agence Régionale d'Hospitalisation

CC : Conseil Constitutionnel

CCP : Code de la Commande Publique

CE : Conseil d'Etat

CHT : Communauté Hospitalière de Territoire

CMP : Code des Marchés Publics

CLCC : Centre de Lutte Contre le Cancer

CSP : Code de la Santé Publique

DGOS : Direction Générale de l'Offre de Soins

DHOS : Direction de l'Hospitalisation et de l'Offre Sanitaire

EPS : Etablissement Public de Santé

GHT : Groupement Hospitalier de Territoire

GIE : Groupement d'intérêt Economique

GIP : Groupement d'Intérêt Public

GCS : Groupement de Coopération Sanitaire

HPST : Loi Relative aux Patients, à la Santé et aux Territoires

MEAH : Mission d'Etude et d'Audit Hospitalier

ONDAM : Objectif National des Dépenses d'Assurance Maladie

OPERAH : Optimisation pour la Performance des Achats Hospitaliers

PAAT : Plan d'Actions achat Territorial

RESAH : Réseau des Achats Hospitaliers

PHARE : Performance Hospitalière pour des Achats responsables

SIH : Syndicat Inter Hospitaliers

TC : tribunal des Conflits

TPE/PME : Toute Petite Entreprise/ Petite et Moyenne Entreprise

UGAP : Union Générale des Acheteurs Publics

Uni.HA : Union des Hôpitaux pour les Achats

SOMMAIRE

Remerciements	2
Acronymes et abréviations.....	3
Introduction.....	5
Partie 1 : une mutualisation reposant sur l'adhésion volontaire des établissements de santé.....	15
Chapitre 1 : une souveraineté des établissements de santé sur leur stratégie d'achat.....	16
Titre 1 : A la recherche d'une efficacité dans la dispersion.....	17
Titre 2 : Les modalités de la coopération.....	26
Chapitre 2 : Le développement empirique de la mutualisation des achats.....	30
Titre 1 : Une dynamique impulsée par la DGOS.....	30
Titre 2 : La régularité et répression des opérations relatives aux marchés publics hospitaliers.....	35
Conclusion première partie.....	45
Partie 2 : Une mutualisation imposée dans une coopération fonctionnelle intégrée.....	46
Chapitre 1 : Le GHT, un nouvel acteur rebattant les cartes de l'achat hospitalier.....	47
Titre 1 : les GHT, une logique de groupe impliquant la hiérarchisation des compétences.....	47
Titre 2 : Une vision déclinée autour du territoire.....	54
Chapitre 2 : L'irruption des GHT dans l'environnement des marchés hospitaliers.....	59
Titre 1 : Impacts des GHT sur les autres acteurs de l'achat hospitalier.....	59
Titre 2 : La mise en place des GHT, une articulation tout sauf fluide.....	66
Conclusion deuxième partie.....	73
Conclusion générale.....	74

Introduction

Si les ressources humaines sont indispensables, un hôpital nécessite de nombreux autres moyens pour fonctionner, qu'il s'agisse de médicament et de dispositifs médicaux, des différents équipements ou matériels ou tout un ensemble de biens et services.

Les achats réalisés par les hôpitaux sont d'une très grande diversité. On distingue les achats d'investissement, des achats d'exploitation.

Les achats d'investissement, notamment d'équipements (équipements médicaux, techniques ou logistiques ou de travaux (construction ou rénovation de bâtiments) structurent l'organisation et le fonctionnement des établissements. Ils ont une incidence forte sur les dépenses de personnel, de consommables, maintenance ou d'énergies et le niveau d'activité des services auxquels ils sont liés. Ils ont toujours un caractère stratégique et doivent donc être gérés avec une attention toute particulière.

Les achats d'exploitation très variés quant à eux, concernent les fournitures et consommables nécessaire au fonctionnement quotidien de l'hôpital, les achats de services allant d'une simple prestation ponctuelle à l'externalisation totale d'une ou plusieurs fonctions supports (restauration, location-entretien du linge, stérilisation ...) ou d'achat de travaux nécessaires à l'entretien courant des bâtiments.

Maillon indispensable à l'activité hospitalière, au croisement d'enjeux d'efficience et d'organisation, l'achat de matériels, de biens et de services, en visant à répondre au mieux aux besoins des patients et des personnels, se situe au cœur de l'activité hospitalière et constitue un chaînon déterminant de la qualité des prises en charge.

Son importance a été au cours des années récentes progressivement mieux reconnue au sein des établissements publics de santé compte tenu des enjeux, juridiques, financiers, organisationnels et relatifs à la qualité des soins qu'il recouvre.

La dérive des dépenses d'achats a des conséquences très concrètes sur le fonctionnement des établissements de santé et la qualité des soins. Elle nuit en effet aux marges de manœuvre globales des établissements publics de santé, dont les recettes, dans le cadre de la tarification à l'activité (T2A)¹, dépendent essentiellement de tarifs fixés au niveau national ou GHS (Groupe Homogène de Séjour) sur lesquels ils ne disposent pas de levier. En situation de dépenses croissantes, les établissements se retrouvent contraints d'agir sur le seul facteur d'ajustement disponible, à savoir la masse salariale. Le passage à la tarification à l'activité la notion d'EPRD va pousser les établissements de santé désormais à ajuster leurs charges pour les dépenses de fonctionnement et d'investissement par rapport à leurs recettes.

Ces dépenses ont connu une évolution exponentielle, contrairement aux dépenses affectées aux ressources humaines. En effet sur la période 2005-2010, l'externalisation d'un certain nombre de prestations (nettoyage, blanchisserie, etc.) a entraîné de façon mécanique le transfert de dépenses de personnel vers des dépenses d'achats mais aussi en 2014 par la hausse du prix des médicaments notamment.²

La maîtrise des dépenses est devenue un sujet incontournable autant pour le secteur privé et le secteur public. Mettre en place des procédés pour garantir une meilleure gestion des dépenses est

¹ Entrée pour la première fois par la loi de financement de la Sécurité sociale pour 2004.

² Rapport cour des comptes

inévitables dans le secteur public. Ainsi, pour mieux dépenser, la mutualisation comme d'autres techniques peuvent être utilisées au sein de la commande publique.

Auparavant, la mutualisation des achats était une technique très répandue au sein du secteur privé et particulièrement au sein des PME/TPE. Cependant, face à la réduction des recettes et à la volonté de l'Etat de maîtriser et réduire les dépenses, les organismes publics ont dû développer une réflexion dans ce sens.

Le 1er juillet 2016, les directeurs généraux des ARS ont arrêté la liste et la composition des Groupements hospitaliers de territoire (GHT) dans leurs régions respectives. Ainsi 891 hôpitaux ont été regroupés en 135 GHT dont la taille varie de 2 à 20 établissements³. La superficie du territoire et la taille de la population desservie, sont aussi très variables, allant de 100 000 à 2 millions d'habitants.

Les fonctions obligatoirement mutualisées à partir du 1^{er} janvier 2018 sont : la gestion de l'information médicale, La stratégie, l'optimisation et la gestion commune d'un système d'information hospitalier convergent, la fonction achats, la coordination de la formation ainsi que la gestion des équipes médicales⁴.

Aux termes de l'article L. 6132-1 du code de la santé publique, le GHT assure la rationalisation des modes de gestion par une mise en commun de fonctions ou par des transferts d'activités entre établissements. Les GHT permettraient ainsi de concilier la nécessaire autonomie des établissements de santé et le développement des synergies territoriales, sont dépourvues de personnes morales.

L'article L. 6132-3 I du code de la santé publique prévoit ainsi que « l'établissement support désigné par la convention constitutive » assure « la fonction achat » pour le compte des établissements parties au groupement. La fonction achat est donc une compétence à caractère « obligatoire » de l'établissement support du GHT.

Ainsi, les GHT sont des instruments de coopération « monolithes » dans la mesure où ils ne sont qu'exclusivement ouverts au régime juridique public⁵. Les établissements privés peuvent participer au GHT en qualité d'associé mais pas en tant qu'établissement partie à un GHT.

Les établissements de santé sont des personnes morales de droit public donc des pouvoirs adjudicateurs au sens de l'ordonnance n° 2015-899 du 23 juillet 2015 relative aux marchés publics. Les contrats qu'ils concluent à titre onéreux avec un ou plusieurs opérateurs économiques pour répondre à leurs besoins en matière de travaux, fournitures et services sont soumis aux dispositions de cette ordonnance et ainsi qu'au décret 2016-360 du 25 mars 2016, tendant à assurer le respect à valeur constitutionnelle de liberté d'accès à la commande publique, d'égalité de traitement des candidats et des transparences des procédures⁶.

Par ailleurs selon l'ordonnance du 23 juillet 2015 relative aux marchés publics les pouvoirs adjudicateurs auquel s'applique aux personnes morales de droit public outre les personnes morales de droit public, les personnes morales de droit privé qui ont été créées pour satisfaire à titre principal

³ A la date du 07 octobre 2019, ils étaient au nombre de 135. <https://solidarites-sante.gouv.fr/professionnels/gerer-un-etablissement-de-sante-medico-social/groupements-hospitaliers-de-territoire/article/les-ght-par-region> (consulté le 28 mai 2020).

⁴ Article L6132-3 du CSP.

⁵ Keller Catherine. La coopération inter-hospitalière : entre continuité et rupture. In: Revue juridique de l'Ouest, N° Spécial 2015. 20 ans de législation sanitaire. Bilan et perspectives. Colloque organisé par l'Association des Etudiants en Droit de la Santé (AEDS) pour les 20 ans du Master "Droit, Santé, Ethique" (1994-2014) pp. 39-45

⁶ Article 3 du code de la commande publique.

des besoins d'intérêt général ayant un caractère autre qu'industriel et commercial, à la condition que leur activité soit financé par un pouvoir adjudicateur ou encore que leur gestion soit soumise à un contrôle par un pouvoir adjudicateur ou encore que l'organe d'administration, de direction et de surveillance soit composée de membres dont plus de la moitié sont désignés par un pouvoir adjudicateur⁷. Cette définition inclut donc un certain nombre d'ESPIC, en particulier les CLCC pour le périmètre soumis aux règles de la commande publique comme le sont les EPS.

Le 1er avril 2016, le code des marchés publics sous sa forme décrétole historique est abrogé et remplacé par l'ordonnance n° 2015-899 du 23 juillet 2015 et les décrets 2016-360 et 361 relatifs aux marchés publics.

La particularité du code des marchés publics résidait dans le fait qu'il s'agissait d'un texte de type réglementaire, la raison en serait historique. En effet, l'article 12 de la loi de finances du 31 janvier 1833 et les ordonnances du 4 décembre 1836 et du 14 novembre 1837 auraient été édictés par voie réglementaire et le CMP de 1964⁸ a donc suivi le mouvement et cela a été confirmé par la jurisprudence⁹ qui précise que « le droit des marchés publics relève de l'autorité réglementaire ». Les codes des marchés publics de 2001¹⁰, 2004¹¹ et 2006¹² sont également apparus sous forme de décret. Le premier code des marchés ne distinguait que les travaux d'une part, les fournitures et services d'autre part¹³.

Cette décision a été très controversée, le Conseil Constitutionnel décide donc de préciser dans sa décision du 22 août 2002 relative à la loi de programmation pour la sécurité intérieure que « ni l'article 34 de la Constitution ni aucune règle de valeur constitutionnelle n'exigent que les conditions de passation des marchés et contrats passés par l'Etat soient définies par la loi ».

D'ailleurs le CE l'a confirmé : « le code des marchés publics est en définitive, pour l'essentiel, un code de procédure administrative »¹⁴.

Déjà en juillet 2013, le rapport annexe de la mission parlementaire de simplification de l'environnement réglementaire administratif et fiscal des entreprises a présenté une mesure 11.12 intitulée «Simplification relative aux achats hospitaliers»¹⁵. Ce rapport soulignait aussi que les établissements de santé et médico-sociaux sont soumis à deux réglementations différentes : d'une part, le CMP, applicable aux établissements publics de santé et aux établissements publics sociaux et médico-sociaux ; d'autre part, l'ordonnance du 6 juin 2005, susceptible de s'appliquer aux ESPIC et aux établissements sociaux et médico-sociaux à but non lucratif qui répondent aux critères de qualification de l'article 3 de l'ordonnance.

Bien avant, le rapport Larcher en 2008 allait dans le même sens en préconisant de simplifier et de rationaliser la réglementation applicable aux achats des établissements de santé, en élargissant le

⁷ Article 10 de l'ordonnance du 23 juillet 2015 devenu l'article L 18 du CCP.

⁸ Décret n° 64-729 du 17 juillet 1964 portant Code des marchés publics.

⁹ CE, 23 octobre 1981 Conseil Général de l'ordre des architectes de 1981.

¹⁰ Décret n° 2001-210 du 7 mars 2001 portant code des marchés publics JORF n°57 du 8 mars 2001 page 37003.

¹¹ Décret n° 2004-15 du 7 janvier 2004 portant code des marchés publics.

¹² Décret n° 2006-975 du 1er août 2006 portant code des marchés publics, JORF n°179 du 4 août 2006 page 11627.

¹³ L'article 1er disposait « Les marchés publics sont des contrats passés (...) en vue de la réalisation de travaux, fournitures et services », ce qui était interprété par l'instruction d'application du Code comme constituant deux catégories de biens.

¹⁴ CE, Ass., « Ordre des avocats à la Cour d'appel de Paris, 05 mars 2003 req. n°238039, rec. p. 89

¹⁵ Ce rapport, intitulé « Les 21 chantiers du programme triennal de simplification (2013 – 2016) », disponible sur : http://www.economie.gouv.fr/files/annexes_rapportfinalmandon.pdf

champ d'application de l'ordonnance du 6 juin 2005 à l'ensemble des pouvoirs adjudicateurs intervenant dans le secteur sanitaire, social et médico-social encore soumis au code des marchés publics.

La loi n° 2016-1691 du 9 décembre 2016 relative à la transparence, à la lutte contre la corruption et à la modernisation de la vie économique, dite "Sapin 2", destinée à prévenir et à détecter les faits de corruption, de trafic d'influence, de concussion, de prise illégale d'intérêt, de détournement de fonds publics et de favoritisme, a ratifié via ses articles 39 et 40 l'ordonnance n° 2015-899 du 23 juillet 2015 relatives aux marchés publics et l'ordonnance n° 2016-65 du 29 janvier 2016 relative aux contrats de concession. Cette loi a autorisé le Gouvernement¹⁶ à procéder par voie d'ordonnance, dans un délai de vingt-quatre mois à compter de la promulgation de la loi, à l'adoption de la partie législative du code de la commande publique, qui regroupe et organise les règles relatives aux différents contrats de la commande publique qui s'analysent, au sens du droit de l'Union européenne, comme des marchés publics et des contrats de concession.

Le code de la commande publique, codifiant à droit constant l'ordonnance n° 2015-899 du 23 juillet 2015 relative aux marchés publics et le décret n° 2016-360 du 25 mars 2016 relatif aux marchés publics, fait apparaître un nouveau personnage: l'acheteur public.

L'ordonnance n° 2018-1074 du 26 novembre 2018 portant partie législative et le décret n° 2018-1075 du 3 décembre 2018 portant partie réglementaire du code de la commande publique finalisent l'entrée en vigueur au 1er avril 2019 dudit code.

Le CCP regroupe et organise les règles relatives aux différents contrats de la commande publique à savoir les marchés publics, dont les marchés de partenariat (anciennement Partenariats Public-Privé) et les contrats de concession parmi lesquels les délégations de service public (DSP).

Pour les établissements de santé, les prémices d'une mutualisation remonte aux années 1970 avec la loi dite BOULIN¹⁷, qui en a posé les premiers jalons. Les dispositifs mis en place de 1970 à 2015 se sont caractérisés par leur absence de caractère coercitif, et, par suite, leur faible efficacité. Dans son rapport sur l'application des lois de financement de la sécurité sociale de 2015, la Cour des comptes relevait ainsi « la préférence marquée pour des méthodes coopératives et incitatives, d'efficacité limitée », notant par ailleurs que les dispositifs de coopération se faisaient parfois « au détriment des restructurations nécessaires ».¹⁸

Donc aujourd'hui on est passé d'un caractère facultatif pour les EPS de mutualiser leurs achats à un régime coercitif pour ces derniers d'intégrer obligatoirement un GHT à travers des fonctions support notamment les achats hospitaliers. Il s'agira pour notre part d'en étudier les modalités, leur étendue mais aussi les principales contraintes quant à leur mise en place.

Le décret n° 2016-524 du 27 avril 2016 relatif aux groupements hospitaliers de territoire a précisé les contours de cette fonction achat. Ainsi, les missions relevant de la fonction achat concerne :
« l'élaboration de la politique et des stratégies d'achat de l'ensemble des domaines d'achat en exploitation et en investissement , la planification et la passation des marchés , le contrôle de gestion des achats , les activités d'approvisionnement, à l'exception de l'approvisionnement des

¹⁶ Article 38 de la loi n° 2016-1691 du 9 décembre 2016 relative à la transparence, à la lutte contre la corruption et à la modernisation de la vie économique, JORF n°0287 du 10 décembre 2016.

¹⁷ Loi n°70-1318 du 31 décembre 1970 portant réforme hospitalière.

¹⁸ 1 Cour des comptes, Rapport d'application sur les lois de financement de la sécurité sociale, septembre 2015, Chapitre V : Vingt ans de recomposition territoriale de l'offre de soins : un bilan décevant, p. 205.

produits pharmaceutiques »¹⁹. Le décret susvisé précise également qu'un plan d'action des achats du GHT est élaboré pour le compte des établissements parties au groupement au plus tard le 1er janvier 2017. À la lecture de ces textes, la création des GHT conduisait donc à un transfert obligatoire de compétences au profit de l'établissement support, qui devait désormais gérer la plupart des étapes du processus de la commande publique.

Le décret n° 2017-701 du 2 mai 2017 relatif aux modalités de mise en œuvre des activités, fonctions et missions mentionnées à l'article L. 6132-3 du code de la santé publique, au sein des GHT, tout récemment, modifié le périmètre de la fonction achat devant être transférée à l'établissement support du GHT. Désormais, 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, alors que le(s) établissement(s) partie(s) au GHT assure(nt) l'exécution de ces marchés conformément aux dispositions de la même ordonnance²⁰.

Il convient aussi de ne pas perdre de vue que les établissements publics de santé conservent leur autonomie financière et administrative et que le droit de la commande publique est un droit autonome.

La mutualisation des achats offrent des avantages au secteur public. Cependant, pour garantir le bon fonctionnement d'un tel procédé, l'acheteur doit fixer des règles qui peuvent parfois s'avérer complexes lorsque le groupement d'achat est composé d'un nombre important de membres dont les règles de fonctionnement peuvent différer.

Il est donc indispensable, lors du choix puis de la création d'une structure d'achats groupés, de prendre en compte les différentes options offertes en la matière, au regard du nombre d'acheteurs désireux de se grouper pour acheter et de la complexité des besoins à mutualiser.

Tous ces objectifs, qui peuvent être contradictoires entre eux ou nuire à l'évaluation de l'efficacité de la procédure s'ils sont poursuivis simultanément, se retrouvent dans le code de la commande publique et pèsent sur l'acheteur public.

La définition des termes du sujet et problématique posée

Il s'agira d'abord de définir la notion de mutualisation qui n'est pas à proprement parler une notion juridique.

La mutualisation signifie l'action consistant à regrouper des moyens financiers, humains, organisationnels pour optimiser l'efficacité d'une procédure ou diminuer les coûts d'un projet.

Le mot mutualisation pourtant bien usité, n'est pas bien connu des académiciens. Elle fait référence à des échanges entre deux ou plusieurs personnes.

Ainsi on distingue « la coopération complémentaire » dans laquelle les relations sont alors marquées par l'opportunisme des différents agents, qui acceptent de coopérer uniquement si les gains que cela

¹⁹ Art. R. 6132-16 du code de la santé publique

²⁰ I de l'article R. 6132-16 du code de la santé publique.

leur rapporte excèdent les coûts concédés ; de la « coopération communautaire » où la ressemblance des agents est recherchée dans ce cas. On peut donc le concevoir sous cet angle comme la recherche de gain.

Il pourrait s'agir de la mise en commun temporaire ou pérenne des de ressources humaines, techniques, patrimoniales ou financières²¹.

Selon le Littré, c'est le fait « partager des risques, des frais en les mettant à la charge d'une communauté, d'une collectivité ; partager des ressources au sein d'un réseau de solidarité ».

Que la mutualisation soit verticale ou horizontale, souple ou très encadrée, que le nombre de partenaires soit important ou non, la nécessité reste la même : il faut trouver le dénominateur commun d'entente pour de déterminer ensemble les objectifs et les méthodes, organiser le travail commun, partager des ressources. L'organisation mutualisée doit être portée par un dispositif de gouvernance adapté et doté d'instances destinées notamment à réduire les divergences d'intérêt : les règles communes et l'efficacité de la coordination constituent un enjeu majeur.²²

Dans ces deux approches sémantiques, les notions de partage, de coopération apparaissent en même temps qu'une vision purement économique ou financière de toute démarche de mutualisation.

La mutualisation des achats est le fait que plusieurs acheteurs se rassemblent autour d'un besoin qu'ils ont en commun. Il ainsi existe deux manières de mutualiser : soit par la « centralisation de la fonction achats au sein d'un service unique » ; soit par la « réalisation d'achats groupés sur des segments d'achats communs à plusieurs organismes »²³.

Pour définir les marchés publics, il faut partir de la notion de contrat.

Le contrat est défini à l'article 1101 du code civil comme un accord de volontés entre deux ou plusieurs personnes destiné à créer, modifier, transmettre ou éteindre des obligations. Cela est d'ailleurs rappelé par le code civil « Les conventions légalement formées tiennent lieu de loi à ceux qui les ont faites ».²⁴ Il s'agit d'un contrat onéreux²⁵, ce qui exclut donc tout ce qui est gratuit (convention de partenariat). Le caractère onéreux implique une contrepartie financière de la part de l'acheteur public. Le caractère onéreux concerne donc ce qui a effectivement un prix, mais aussi ce qui aurait pu en avoir un, si la prestation avait été présentée à la concurrence.

L'article L1111-1 du Code de la commande publique précise en effet : « Un marché est un contrat conclu par un ou plusieurs acheteurs soumis au présent code avec un ou plusieurs opérateurs économiques, pour répondre à leurs besoins en matière de travaux, de fournitures ou de services, en contrepartie d'un prix ou de tout équivalent ». Ce sont des contrats conclus à titre onéreux par un acheteur et des opérateurs économiques publics ou privés pour répondre à leur besoin.

²¹idem

²² Baude Catherine, Bardet Florence, Marguerin Stéphane, « Mutualiser : comment ? Les démarches », *I2D – Information, données & documents*, 2015/3 (Volume 52), p. 42-44.

²³ Devendeville (C.), « Les aspects généraux de la mutualisation ». In: *La Gazette des archives*, n°232, 2013-4, p.34.op. cit.

²⁴ art 1134 Code civil.

²⁵ Article L2 du code de la commande publique.

L'objet du contrat est la satisfaction des besoins de l'acheteur en matière de travaux, de fournitures, de services ; ce qui suppose une définition préalable du besoin.

Les marchés de travaux visent la réalisation de tous travaux de bâtiment ou de génie civil à la demande d'une personne publique exerçant la maîtrise d'ouvrage. Les marchés de fournitures visent l'achat la prise en charge en crédit-bail, la location ou la location-vente de produits ou de matériels. Les services quant à eux visent la réalisation de prestation de services. Ces différents marchés sont soumis à des seuils fixés par avis selon qu'ils soient des travaux, fournitures et prestations de services qui précisent par quelle procédure il faut alors passer (formalisées ou pas).

Pour satisfaire ses besoins, le pouvoir adjudicateur et les entités adjudicatrices devront veiller au respect de l'ensemble des règles et des procédures qui régissent dès le 1er euro, la commande publique.

Cette notion de contrat exclut en conséquence tout ce qui va résulter de la volonté unilatérale, de l'autorité d'une seule personne et on pense notamment à l'acte administratif unilatéral.

Le prix matérialise, classiquement, le montant du marché. Il s'agit généralement du paiement d'une somme en argent en échange de la réalisation d'une prestation. Néanmoins, en l'absence d'un versement, d'autres formes de rémunération existent, où le caractère onéreux peut aussi bien résulter d'un abandon par l'acheteur public d'une possibilité de recette liée à l'exécution du marché ²⁶.

Mais le droit administratif des contrats se caractérise par la notion d'exorbitance. La clause d'exorbitance est « la clause ayant pour objet de conférer aux parties des droits ou de mettre à leur charge des obligations, étrangers par leur nature à ceux qui sont susceptibles d'être librement consentis par quiconque dans le cadre des lois civiles et commerciales »²⁷. C'est « une clause que l'on ne trouve pas dans les contrats de droit privé parce qu'elle y serait illégale »²⁸. La clause exorbitante établit un rapport d'inégalité entre les cocontractants car elle octroie à l'une des parties des pouvoirs sans les donner à l'autre. Cela peut constituer « le fait de prévoir au profit de la personne publique contractante un pouvoir de résiliation unilatérale du contrat en l'absence de tout manquement du titulaire de ce dernier à ses obligations contractuelles »²⁹.

On peut noter à propos de la notion de commande publique, deux conceptions s'opposent principalement. D'une part, la première, qualifiée de restrictive³⁰, considère que la commande publique recouvre les contrats d'achat public³¹, qui sont circonscrits aux marchés publics. D'autre part la seconde, qualifiée plus élargie, englobe l'ensemble des contrats par lesquels « les personnes publiques cherchent à se procurer un bien ou un service, y compris ce service d'une nature particulière qui consiste à gérer, avec une relative autonomie, une activité ou un équipement »³². Selon Gabriel Eckert, cette dernière approche « paraît préférable dans la mesure où, d'une part, elle

²⁶ Conseil d'Etat, ass., 04/11/2005 Jean Claude DECAUX, req. n° 247298.

²⁷ CE, Sect. 20 octobre 1950, Stein - Lebon. p. 505.

²⁸ TC, n° 3963, 13 octobre 2014, Axa France IARD c/ MAIF.

²⁹ TC, 5 juillet 1999, Union des Groupements d'Achats Publics - UGAP, n° 03167

³⁰ V. notamment C. BARDON et Y. SIMONNET, « Telaustria : quel périmètre, », Dr. adm. 2009, ét. 2

³¹ Y. GAUDEMET, « Bilan et perspective du processus de réforme du droit de la commande publique », Contrats et marchés publ. 2005, doctr. 12.

³² F. LLORENS, art. préc.

prend acte de ce que les marchés et les délégations ne s'opposent pas tant par leur objet que par leur mode de financement et, d'autre part, en ce qu'elle favorise l'émergence de principes communs aux deux grandes catégories de contrats publics »³³. Cette conception est confirmée par le Tribunal des conflits, qui précise que les règles régissant la commande publique sont applicables « aux marchés publics, aux contrats de partenariat et aux contrats de délégation de service public »³⁴.

Selon l'ordonnance du 7 juin 2009³⁵, les contrats de la commande publique sont « les contrats administratifs ayant pour objet l'exécution de travaux, la livraison de fournitures ou la prestation de services, avec une contrepartie économique constituée par un prix ou un droit d'exploitation, ou la délégation d'un service public »³⁶ ainsi que les « contrats de droit privé ayant pour objet l'exécution de travaux, la livraison de fournitures ou la prestation de service, avec une contrepartie économique constituée par un prix ou un droit d'exploitation »³⁷.

Au sens du droit de l'Union européenne, les marchés publics sont des contrats conclus par écrit entre un ou plusieurs opérateurs économiques, et une ou plusieurs autorités adjudicatrices, et ayant pour objet l'exécution de travaux, la fourniture de produits ou la prestation de services³⁸. Les concessions³⁹ sont des contrats par lesquels une ou plusieurs autorités adjudicatrices confient l'exécution de travaux ou la prestation et la gestion de services, à un ou plusieurs opérateurs économiques, avec une contrepartie consistant soit uniquement dans le droit d'exploiter les ouvrages ou service objets du contrat, soit dans ce droit accompagné d'un prix⁴⁰.

Pour ces établissements de santé il s'agit d'un contrat administratif⁴¹, relevant de la juridiction administrative (critère organique). Seuls les marchés publics conclus par des personnes morales de droit public peuvent se voir reconnaître, dans le cadre du code de la commande publique, le caractère de contrats administratifs.

Les marchés et les contrats de concession sont désormais regroupés sous le vocable de commande publique⁴² par l'ordonnance n° 2018-1074 du 26 novembre 2018.

En résumé la mutualisation est la mise en commun des moyens pour l'acquisition de biens fournitures et services, réalisations de travaux pour les acheteurs publics hospitaliers.

Problématique

Ainsi la problématique autour duquel s'articule le sujet comment s'est opérée la mutualisation des achats hospitaliers au travers des différentes formes de coopération depuis la loi Boulin jusqu'à la loi

³³ G. ECKERT, art. préc., p. 241.

³⁴ TC, 17 mai 2010, Institut national de la santé et de la recherche, n° C-37/54 ; RFDA 2010, p. 959, concl. M. Guyomar.

³⁵ Ordonnance n° 2009-515 du 7 mai 2009 relative aux procédures de recours applicables aux contrats de la commande publique,

³⁶ Ibid. Article 1er

³⁷ Ibid, article 2.

³⁸ Art. 2 de la directive 2014/24/UE préc. – Art. 2 de la directive 2014/25/UE préc.

³⁹ Article L1121-1 du Code de la commande publique

⁴⁰ Art. 5 de la directive 2014/23/UE.

⁴¹ Article 6 du CCP.

⁴² Voir Art. 6 de l'Ordonnance n° 2018-1074 du 26 novembre 2018 portant partie législative du code de la commande publique

du 26 janvier 2016 de modernisation du système de santé. Ainsi une distinction sera observée entre la mutualisation incitative pour les établissements de santé née de la loi Boulin jusqu'à l'adoption de la loi de modernisation du système de santé, qui instaure une mutualisation obligatoire de la fonction achat.

Ce qui revient à nous, poser la question de savoir **comment la mutualisation des achats hospitaliers a évolué ?**

Les intérêts du sujet

Sur la pertinence d'un tel sujet il convient de rappeler que les achats hospitaliers représentent un enjeu économique majeur, dont le montant est estimé par la cour des comptes à 25 milliards d'euros par an⁴³. Ce secteur présente toujours des risques en termes de régularité des procédures et d'une efficience incertaine qui peut se vérifier dans le domaine des médicaments et des dispositifs médicaux⁴⁴.

Il faut dire la mutualisation est synonyme d'une massification c'est-à-dire que les achats doivent se faire dans une approche graduée pour la prise en charge des populations du bassin territorial et permet par la même occasion de réduire les coûts et d'engranger des économies pour les EPS notamment dans le cadre de la restructuration hospitalière à travers les GHT.

La nature et l'étendue des besoins à satisfaire sont déterminées avec précision avant le lancement de la consultation en prenant en compte des objectifs de développement durable dans leurs dimensions économique, sociale et environnementale. D'ailleurs s'inscrire dans cette démarche répond parfaitement aux objectifs fixés par le plan national d'actions pour les achats durables (PNAAD)⁴⁵ dont les objectifs sont difficilement quantifiables. L'acheteur public est désormais en mesure de sélectionner des candidats compatibles avec une ambition de qualité environnementale.

Plus qu'aujourd'hui et de manière intrinsèque, la commande publique est un vecteur de soutien à l'économie circulaire. L'hôpital, par un souci d'exemplarité à l'égard des autres acteurs et des administrés, doit favoriser le recours aux équipements produits dans les circuits courts qui intègrent les dimensions de recyclable, voire de réemploi ou réutilisation. D'ailleurs, la recherche de l'achat « économiquement le plus avantageux » porte en elle un renvoi vers l'économie circulaire, c'est-à-dire qu'on se fonde pas seulement sur le prix mais en termes de « coût du cycle de vie »⁴⁶, notion que les évolutions juridiques récentes ont permis de prendre en compte dans les marchés publics.

Parmi toutes les préoccupations auxquelles elle peut répondre à des économies d'échelle contribuant à la maîtrise des finances publiques dans le cadre de la stabilisation des dotations de l'Etat et des incertitudes pesant sur les ressources fiscales, une convergence vers harmonisation des services et équipements proposés aux habitants sur des territoires proches.

⁴³ Lami (A.), Vioujas (V.), « droit hospitalier », collection paradigme, Bruylant, 1ère édition, 2018, p.261

⁴⁴ Voir rapport cour des comptes 2017.

⁴⁵ Il s'agit du deuxième plan couvrant la période 2015-2020. voir supra pour les détails.

⁴⁶ Notion apparue dans la directive du 26 février 2014 sur la passation des marchés publics et transposée à l'article 63 du décret du 25 mars 2016 relatif aux marchés publics.

Il faut en dernier lieu noter en effet que la commande publique représente un levier essentiel, tant au service de l'action publique qu'au bénéfice des entreprises et plus particulièrement des PME/TPE⁴⁷.

Elaboration du plan

Mes axes de réflexions porteront sur l'étude des différentes formes de coopération en ce qui concerne la mise en commun de leurs ressources pour la fonction achat, en place avant la loi du 26 janvier 2016 qui étaient adossées sur une volonté des établissements de santé de partir ou non sur une telle mutualisation.

Ce mémoire va s'appuyer aussi en grande partie la mise en place de la fonction achat au sein du GHT Lille Métropole Flandre intérieur (LMFI).

La mutualisation des achats offrent des avantages au secteur public. Cependant, pour garantir le bon fonctionnement d'un tel procédé, l'acheteur doit fixer des règles qui peuvent parfois s'avérer complexes lorsque le groupement d'achat est composé d'un nombre important de membres dont les règles de fonctionnement peuvent différer.

Il est donc indispensable, lors du choix puis de la création d'une structure d'achats groupés, de prendre en compte les différentes options offertes en la matière, au regard du nombre d'acheteurs désireux de se grouper pour acheter et de la complexité des besoins à mutualiser.

Pour répondre à cette problématique de la mutualisation des achats hospitaliers, il convient de distinguer la mutualisation ante et post 2016. présenter dans une première partie que la mutualisation des achats hospitaliers comme outil incitatif basée sur la volonté des établissements de santé (**première partie**), la mise en place des GHT va conduire, à une restructuration imposée de la fonction de la fonction achat (**deuxième partie**).

⁴⁷ Etude annuelle 2015 du Conseil d'État sur « L'action économique des personnes publiques » mise à jour en décembre 2018

Partie 1 : Une mutualisation reposant sur l'adhésion volontaire des établissements de santé.

Jusqu'en 2016, les achats hospitaliers relevaient de l'entière responsabilité des EPS. Ce qui a eu pour conséquence pour la filière achat de ne pas avoir une stratégie commune mais plutôt individuel, incompatible avec la recherche d'une efficience.

L'optimisation de l'offre de soins implique la mise en place de complémentarité en matière d'activités de soins entre les établissements de santé et d'autres intervenants du système de santé. La coopération inter hospitalière qui permet de coordonner des segments d'activités de notre système de soins de partager des plateaux techniques. Cette coopération a toujours été encouragée par le législateur. La complémentarité des activités administratives, médico légales s'est toujours caractérisée par une approche volontaire c'est-à-dire que la mutualisation dépend de la volonté des établissements qui peuvent pour les achats qu'ils effectuent, se couvrir juridiquement en passant par les centrales et groupements d'achats et d'obtenir par la même occasion des économies. C'est pourquoi les modes de coopération tendant à la mutualisation reposent sur la souveraineté des établissements sur leur stratégie achat (**chapitre 1**), le développement de cette mutualisation s'est effectué de manière empirique (**chapitre 2**).

Chapitre 1 : Une souveraineté des établissements de santé sur leur stratégie d'achat

A l'instar des personnes morales de droit public les établissements publics de santé sont dotés d'une autonomie de gestion administrative et financière⁴⁸. En 2019 quelques 1300 EPS participaient à l'offre de soin avec des statuts différents.

En vertu de l'article L. 1211-1 du code de la commande publique, les pouvoirs adjudicateurs sont, les personnes morales de droit public mais aussi « les personnes morales de droit privé qui ont été créées pour satisfaire spécifiquement des besoins d'intérêt général ayant un caractère autre qu'industriel et commercial ». Il convient donc de noter que ces personnes morales, bien que soumises au droit privé, ont essentiellement des activités et des missions d'intérêt général à l'instar de personnes morales de droit public. La frontière entre de telles activités et missions et celles ayant un caractère industriel et commercial ne sera pas toujours aisée à tracer, surtout dans le cas de structures ayant les deux types d'activités et de missions. On pense ici à certains établissements publics dits à « double visage » ou à certaines sociétés d'économie mixte.

Les EPS ont toujours cherché une efficacité et avoir des prix compétitifs pour leurs besoins en matière de travaux fournitures, services. Cette recherche d'efficacité est rendue difficile par leur dispersion (titre 1^{er}), ils ont adopté des modes de coopérations à la recherche de cette efficience (titre 2).

⁴⁸ Art. Article L6141-1 du CSP

Titre 1 : A la recherche d'une efficacité dans la dispersion

Les stratégies achat des établissements de santé se sont caractérisées par une évolution tardive de la fonction achat(A), la soumission à deux régimes juridiques différents ne favorisait pas une efficience(B).

A-Des efforts trop tardifs d'optimisation de la fonction achats

Le processus de rationalisation des dépenses de santé ne s'est pas fait d'un trait et suivi une longue évolution.

Les achats hospitaliers n'ont pas toujours suivi un mouvement coordonné en vue d'une meilleure optimisation. En effet, il a fallu attendre la fin des années 2000 pour que le sujet des achats hospitaliers soit traité dans sa globalité, et non selon une approche technique ou sectorielle, en dépit de leur masse sans cesse croissante.

La fonction achat n'a pas toujours été une préoccupation pour les EPS alors que ces achats constituent un poste de dépenses qui a le plus cru⁴⁹ comme le constatait le rapport de l'IGAS en 1997 qui notait que les achats publics étaient « injustement négligés ».

Les difficultés observées par l'IGAS sont, incontestablement de nature structurelle. Elles semblent liées à une approche trop juridique de cette fonction, par abstraction, de fait, évince les enjeux économiques et managériaux qu'elle recèle. Les achats étant appréhendés sous l'angle des coûts, et non des profits éventuels, leur gestion est, par conséquent, restée traditionnelle.

Traditionnellement, l'organisation des achats dans les hôpitaux était éclatée au sein de différents pôles spécialisés sur un domaine donné (informatique, produits de santé, équipement biomédical, alimentation, travaux, personnel). Souvent insuffisamment reconnue et/ou mal située dans l'organigramme, la fonction achat restait sans rattachement clair au niveau des directions fonctionnelles et opérationnelles.

De façon récente, en grande partie sous l'impulsion du programme PHARE⁵⁰, les établissements ont, généralement, commencé à faire évoluer leur organisation en structurant une direction achat dotée d'acheteurs professionnels spécialisés, en dissociant les fonctions achat et approvisionnement et en séparant le prescripteur de l'acheteur tout en permettant une collaboration étroite entre acheteurs et experts techniques.

Il n'existe aucune information précise et documentée du nombre d'agents intervenant dans le processus d'achat au niveau national. Selon une estimation de la DGOS, le métier « achat » en compterait entre 4 500 à 5 000 et près du triple pour le métier « approvisionnement »⁵¹. Dans les établissements de l'échantillon, le dimensionnement de la fonction achat.

L'ordonnance n° 58-1198 du 11 décembre 1958 portant réforme hospitalière, accompagnée n° 58-1201 du même jour, instaurait des organes nationaux ayant pour mission de concevoir et contrôler la

⁴⁹ Rapport cour des comptes

⁵⁰ Voir supra pour ce programme

⁵¹ Rapport cour des comptes, 2017

mise en œuvre d'une politique hospitalière nationale. Parmi ces organes la commission nationale de l'équipement hospitalier, créée dans l'optique de faire l'inventaire des équipements sanitaires. Elle devait donner son avis sur les créations, transformations et suppressions des hôpitaux, et sur le plan national de modernisation des hôpitaux.

Les actions de rationalisation se sont d'abord limitées au domaine des équipements lourds, dans un contexte de technicisation croissante de la médecine. La création en 1974 du Centre national de l'équipement hospitalier (CNEH)⁵² visait ainsi à superviser les achats de machinerie biomédicale, via un travail de référencement des équipements, d'assistance aux établissements et de régulation du marché.

Ce n'est pourtant qu'avec le passage à la T2A, introduite par la loi de financement de la sécurité sociale pour 2004⁵³, que la question de la performance de la fonction achats dans sa totalité a commencé à être abordée. Le nouveau mode de financement des hôpitaux poussait en effet les établissements à se saisir de la fonction achats comme un levier d'économies capable de libérer en aval des marges de manœuvre financières.

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. L'achat peut toujours être géré par plusieurs services sans réelle coordination.

Une réforme était fortement attendue par les acheteurs publics et c'est en ce sens qu'intervient le décret n° 2001-210 du 7 mars 2001 portant code des marchés publics. Elle prend en compte, en effet, les différentes évolutions du droit national et communautaire (notamment les diverses directives relatives au droit des marchés) et intègre les apports de la jurisprudence de la Cour de Justice Européenne comme du Conseil d'Etat et du Tribunal des Conflits, mettant ainsi fin à une certaine insécurité juridique.

Les rôles et fonctions des différents acteurs intervenant dans la chaîne achat (prescripteur, acheteur, juriste, approvisionneur) ne sont pas toujours clairement définis.

La Mission d'expertise et d'audit hospitalier (Meah)⁵⁴ a été la première manifestation de ce que l'État entendait désormais traiter le sujet. La Meah a ainsi assisté les établissements de santé dans un triple objectif d'amélioration de leur qualité de service, de leur efficacité économique et des conditions de travail du personnel. Elle était chargée « de procéder ou de faire procéder à des audits de la gestion et de l'organisation de l'ensemble des activités des établissements de santé et de diffuser auprès de ces établissements les références et recommandations de gestion hospitalière qu'elle élabore à partir des résultats des audits »⁵⁵.

Si la fonction achats n'a constitué qu'une partie des champs d'action de la Meah, celle-ci a néanmoins permis de mettre sur la table les préoccupations d'efficacité économique dans la gestion

⁵² Arrêté du 14 mai 1974 portant institution d'un centre national de l'équipement hospitalier.

⁵³ Loi n° 2003-1199 du 18 décembre 2003 de financement de la sécurité sociale pour 2004, art. 22 à 34.

⁵⁴ Créé par la loi n° 2002-1487 du 20 décembre 2002 de financement de la sécurité sociale pour 2003, JORF du 24 décembre 2002 page 21482.

⁵⁵ Loi n° 2002-1487 du 20 décembre 2002 de financement de la sécurité sociale pour 2003, art. 23.

hospitalière, de même qu'elle a initié une dynamique de partage de bonnes pratiques entre les établissements.

Elle a notamment mené le projet OPERAH (Optimisation de la performance des achats hospitaliers), auprès de 92 établissements de santé entre 2005-2007. Axé autour de la formation, de l'accompagnement et de la capitalisation, le projet a eu pour objectif une montée en compétence de la fonction achat via la structuration d'un réseau d'acheteurs, capable par la suite de réaliser des échanges de bonnes pratiques. Témoignant des difficultés rencontrées, la direction de l'hospitalisation et de l'offre de soins⁵⁶ notait alors que « la dynamique enclenchée sur le terrain s'essoufflera[it] rapidement en l'absence d'une structuration du projet »⁵⁷.

La démarche initiée avec la Meah s'est institutionnalisée avec la création en 2009⁵⁸ de l'Agence nationale d'appui à la performance (ANAP). Cette démarche visait à « améliorer le service rendu aux patients et aux usagers, par l'élaboration et la diffusion des recommandations et des outils dont elle assure le suivi de la mise en œuvre, leur permettant de moderniser leur gestion, d'optimiser leur patrimoine immobilier et de suivre et d'accroître leur performance, afin de maîtriser leurs dépenses »⁵⁹.

Les chambres régionales des comptes ont relevé ainsi l'absence de véritable système d'information traitant de l'ensemble du processus achat, ce qui reflète le retard de développement des systèmes d'information dans certains champs administratifs relevé par la Cour des comptes en 2016⁶⁰.

Consciente de l'importance des enjeux économiques et financiers, des difficultés que rencontrent les acheteurs hospitaliers, et des risques auxquels ces derniers s'exposent, la DHOS a donc décidé d'initier une réflexion sur l'ensemble des aspects de la fonction achat-approvisionnement, aspects juridiques et économiques mais aussi organisationnels et stratégiques, ainsi que sur la fonction d'acheteur.

Les achats de médicaments et de dispositifs médicaux sont des dépenses mal maîtrisées et constituent les deux premiers postes de dépenses des EPS⁶¹. En effet, contrairement à d'autres types d'achats, l'achat des dispositifs médicaux est quasi intégralement réalisé au sein de chaque établissement (à 91 % selon la DGOS contre 38 % pour les médicaments). Les demandes sont liées aux pratiques médicales des différentes équipes, ce qui conduit les établissements à acheter ces produits directement plutôt que dans un cadre mutualisé.

Les prescripteurs, notamment les médecins conservent un réel poids dans la décision d'achat des équipements d'imagerie, ce qui a pu représenter un obstacle fort à la mutualisation par crainte d'une standardisation rigide. Le développement de l'achat hospitalier mutualisé ces dernières années a un

⁵⁶ Renommée Direction générale de l'offre de soins (DGOS) en mars 2010.

⁵⁷ Ministère de la Santé et des Solidarités, « Les enjeux de la fonction achat dans les établissements de santé et le pilotage du projet », Dossier de presse, 6 janvier 2006.

⁵⁸ Créée par la loi HPST du 21 avril 2009.

⁵⁹ Loi n° 2009-879 du 21 juillet 2009 portant réforme de l'hôpital et relative aux patients, à la santé et aux territoires, art. 18.

⁶⁰ Cour des comptes, Rapport sur l'application des lois de financement de la sécurité sociale pour 2016, chapitre VIII, « La modernisation des systèmes d'information hospitaliers : une contribution à l'efficacité du système de soins à renforcer », p. 329-361, La Documentation française, septembre 2016, disponible sur www.ccomptes.fr.

⁶¹ Rapport cour des comptes

impact de baisse des prix. La procédure retenue (souvent la centrale d'achat référencement qui permet à l'hôpital de conserver le pouvoir de choisir la marque de l'équipement) témoigne toutefois de la particularité de ce marché.

Le médecin est libre de ses prescriptions comme le précise le code de la santé publique⁶² et de la sécurité sociale⁶³.

La soumission à deux régimes juridiques différents ne permettaient pas de faciliter la performance des achats hospitaliers.

B-Des marchés soumis à deux régimes juridiques

Au plan juridique, le droit de la commande publique a fortement évolué sous l'impulsion de la directive européenne 2004/18/CE du 31 mars 2004 relative à la coordination des procédures de passation des marchés de travaux, de fournitures et de services. S'ensuivent une nouvelle mouture du Code des marchés publics⁶⁴ et l'ordonnance n° 2005-649 du 6 juin 2005 relative aux marchés passés par certaines personnes publiques ou privées non soumises au Code des marchés publics, et pour finir le Code de la commande publique. Ce code constitue le corpus législatif et réglementaire commun à tous les établissements privés. Elle s'applique à la notion de pouvoir adjudicateur. Dans le domaine de la santé, les GIP, les GIE, les GCS, les associations et les établissements de santé à but non lucratif⁶⁵ lorsqu'il y a un financement public majoritaire, toutes ces structures échappaient au Code des marchés publics.

Ce texte prévoyait que ces établissements non soumis au CMP pouvaient conclure des marchés et des accords-cadres. Ces derniers sont conclus par les « pouvoirs adjudicateurs et les entités adjudicatrices avec des opérateurs économiques publics ou privés ayant pour objet d'établir les termes régissant les marchés à passer au cours d'une période donnée, notamment en ce qui concerne les prix et, le cas échéant, les quantités envisagées ».⁶⁶

Depuis 2005, ces structures ont été rattrapées par le droit communautaire et sont donc soumises à l'ordonnance du 6 juin 2005, y compris les établissements privés à but non lucratif⁶⁷, participant au service public hospitalier. Les pouvoirs adjudicateurs devaient respecter « (...) les principes de liberté d'accès à la commande publique, d'égalité de traitement des candidats, et de transparence des procédures. Ces principes permettent d'assurer l'efficacité de la commande publique et la bonne utilisation des deniers publics »⁶⁸. La technicité dans la maîtrise des procédures et du formalisme des marchés est nécessaire pour être efficient (appel d'offres, procédures négociées, marchés à procédure adaptée, règlement de consultation – cahier des clauses techniques particulières, cahier des clauses administratives particulières).

⁶² Article R. 4127-8

⁶³ Article L. 162-2

⁶⁴ Décret No 2004-15 du 7 janvier 2004 portant code des marchés publics

⁶⁵ Ces établissements sont devenus des Etablissements Publics de santé d'Intérêt Collectif (ESPIC) depuis la loi HPST

⁶⁶ Article 1^{er} ordonnance du 06 juin 2005

⁶⁷ Devenus des ESPIC avec la loi du 21 juillet 2009 relative aux « Hôpital, Patients, Santé, Territoires » et qui regroupement les centres de lutte contre le cancer et les établissements de santé privés qui en font la demande auprès de l'ARS

⁶⁸ Article 6 de l'ordonnance du 06 juin 2005

Ce texte prévoyait que ces établissements non soumis au CMP pouvaient conclure des marchés et des accords-cadres. Ces derniers sont conclus par les « pouvoirs adjudicateurs et les entités adjudicatrices avec des opérateurs économiques publics ou privés ayant pour objet d'établir les termes régissant les marchés à passer au cours d'une période donnée, notamment en ce qui concerne les prix et, le cas échéant, les quantités envisagées ».⁶⁹

La dualité des réglementations auxquelles étaient soumis les établissements publics et privés non lucratifs était source de complexité pour tous les acteurs de la filière, qu'ils soient du côté acheteur ou du côté fournisseur. Elle freinait l'accès aux marchés publics des entreprises les plus modestes, qui devaient faire face à deux contextes juridiques d'achats très différents et limitait les possibilités de coopération en matière d'achats entre les deux secteurs.

En effet, antérieurement à la publication de ces textes les achats hospitaliers s'ils étaient réalisés par une administration ou une personne publique ou privée n'étaient soumis ni aux mêmes seuils⁷⁰, ni à la même procédure ni aux mêmes contraintes administratives.

Les marchés passés conformément aux dispositions du Code des marchés publics sont des contrats administratifs par détermination de la loi ⁷¹. Il n'existe pas de disposition équivalente en ce qui concerne les marchés passés conformément aux dispositions de l'ordonnance n° 2005-649 du 6 juin 2005. Leur nature se déduit des critères traditionnels du contrat administratif.

La nature des marchés soumis à l'ordonnance pouvaient ainsi être soit des contrats administratifs, soit des contrats de droit privé.

Ils sont des contrats administratifs s'ils remplissent les deux critères suivants : le premier critère tient à la qualité des contractants : l'un des cocontractants doit être une personne morale de droit public ⁷² ; le second critère est un critère alternatif : un contrat peut être administratif en raison de ses clauses exorbitantes du droit commun (la clause exorbitante est soit une clause exclue dans les contrats de droit privé, soit une clause inégalitaire⁷³) ou à raison de son objet (un contrat relatif à l'organisation ou à l'exécution même d'un service public est un contrat administratif).

Sont donc administratifs les contrats passés par une personne morale de droit public qui associent les cocontractants de l'administration à l'exécution d'une mission de service public ou qui comportent une clause exorbitante du droit commun.

Dans l'hypothèse où ils ne satisfont pas à l'un de ces deux critères, les marchés soumis à l'ordonnance du 6 juin 2005 sont des marchés de droit privé, qui relèvent de la compétence du juge judiciaire.

En accord avec le rapport de M. Stoleru, les institutions auditionnées ont estimé préjudiciable à l'hôpital public le maintien de l'application aux hôpitaux publics du code des marchés publics,

⁶⁹ Article 1^{er} ordonnance du 06 juin 2005

⁷⁰ Décret n° 2005-1742 du 30 décembre 2005 fixait les seuils applicables pour ces personnes morales privés

⁷¹ Loi n° 2001-1168 du 11 décembre 2001 portant mesures urgentes à caractère économique et financier (dite loi MURCEF), article 2.

⁷² Sauf exception, notamment quand l'un des cocontractants est un mandataire de la personne morale de droit public .

⁷³ Voir l'arrêt CE n° 319103 du 3 juin 2009, GIP carte du professionnel de santé.

estimant qu'elle était source de surcoûts et d'un allongement des délais de l'achat public et soulignant la différence des contraintes juridiques applicables aux différentes catégories des établissements de santé.⁷⁴

Dans ces conditions, il paraît intéressant d'appliquer aux hôpitaux publics le régime de l'ordonnance du 6 juin 2005. Une alternative à cette hypothèse, en cas de difficultés de mise en œuvre, consisterait à développer encore, pour les achats hospitaliers, le recours à des structures de coopération non soumises au code des marchés publics.

Le décret du 25 mars 2016 relatif aux marchés publics, pris sur le fondement de l'ordonnance du 23 juillet 2015 relative aux marchés publics constitue une importante simplification en la matière : le Code des marchés publics de 2006 et l'ordonnance du 6 juin 2005 sont abrogés.

La fonction n'a fait l'objet d'une préoccupation et d'une vision globale que tardivement. Elle était éclatée, ce qui n'assurait pas son efficacité.

La mutualisation s'est cependant développée au travers de formes juridiques dont les établissements de santé ont libre disposition pour en fixer les modalités.

⁷⁴ Rapport Larcher 2008, p 35.

Titre 2 : Les modalités de la coopération

La mutualisation s'est développée avec la création des groupements de commandes et des centrales de commande.

Il faut rappeler que l'objectif de cette mutualisation avant la loi de modernisation du système de santé était basée sur une approche volontaire de la part des établissements de santé(A) qui pouvait revêtir différentes formes(B).

A- Une adhésion volontaire à la mutualisation

Le premier code des marchés publics prévoyait que les services de l'Etat et les établissements publics de l'Etat, quel que soit leur caractère, peuvent demander que leurs achats de matériels soit effectués par l'union des groupements d'achats publics⁷⁵. Ce texte ouvrait ainsi la voie pour une mutualisation des personnes morales de droit public.

Sorte de fil rouge tissé par les réformes hospitalières successives, un continuum entre les différents instruments juridiques de coopération à la disposition des acteurs hospitaliers, se trouve ainsi établi, composant ce qui peut être désigné par le terme de « paradigme coopératif hospitalier »⁷⁶.

Trois composantes majeures de la coopération inter-hospitalière émergent de cette mise en perspective : d'une part, la démarche coopérative repose avant tout sur l'engagement volontaire des futurs partenaires, d'autre part, les parties à la coopération sélectionnent librement le support le plus adapté à leur projet coopératif. Enfin, l'objectif du projet relève d'une dynamique de décroisement, entre statuts juridiques, entre secteurs d'activités, ou entre institutions et prises en charge ambulatoire (ville/hôpital). Telle coopération entre établissement public de santé et établissement privé d'intérêt collectif aboutira en effet à un GCS de moyen de droit privé et évoluera vers un GCS-établissement de santé. Tel partenariat fera le choix de se limiter à une base conventionnelle, négociée de gré à gré.

Pour autant, sous le double effet de la contrainte économique, emportant un impératif de restructuration de l'offre hospitalière, et de la pression concurrentielle, introduite par le financement à l'activité (T2A), une rupture s'opère au sein de la coopération inter-hospitalière, à compter de la loi HPST.

L'effet de rupture, introduit au cœur même de la coopération inter-hospitalière, infléchit, à compter de 2009, d'une part le paradigme coopératif hospitalier, et d'autre part, emporte la constitution de « blocs juridiques » au sein de l'offre hospitalière. En effet, le paradigme coopératif hospitalier précédemment dégagé se trouve infléchi sur trois points fondamentaux. Misant sur le volontariat des partenaires comme prérequis de la coopération inter-hospitalière, la loi HPST en pallie l'éventuelle défaillance ou les manquements, par la mise en place d'un dispositif gradué allant de l'incitation à la coercition, en passant par l'injonction⁷⁷. En effet, pour soutenir la disposition présumée spontanée des acteurs hospitaliers à la coopération, une incitation financière peut être attribuée par l'ARS pour

⁷⁵ Article 34 du code des marchés publics

⁷⁶ Keller (C.), « La coopération inter-hospitalière : entre continuité et rupture », revue juridique de l'ouest, 2015, p.41, op. cit.

⁷⁷ Article 51 de la loi HPST.

amener les EPS à coopérer⁷⁸. La DGOS et les ARS ont ainsi accompagné la création de groupements sur des segments peu ou pas couverts. Par exemple, en ex-région Nord-Pas-de-Calais, l'ARS a impulsé la création de groupements sur les segments de l'incontinence et de l'alimentation. Les ARS ont également incité les établissements n'ayant pas ou peu d'achats mutualisés à adhérer à ces groupements d'achats.

Accentuant ce glissement du volontariat des potentiels partenaires au volontarisme des pouvoirs publics, la loi HPST introduit un tiers, au sein même du partenariat, au motif de ses attributions de pilote régional du système de santé, à savoir le directeur général de l'ARS. Ce dernier, peut demander aux EPS par le biais de leurs instances dirigeantes, de conclure une convention de coopération, d'adhérer à une CHT, un GCS ou GIP pour : adapter l'offre de soins aux besoins, et d'en assurer l'accessibilité, garantir la qualité et la sécurité des soins favoriser l'efficacité économique et de résorber les situations déficitaires ; favoriser des synergies inter-régionales⁷⁹.

La loi HPST infléchit donc une composante essentielle du paradigme coopératif hospitalier tenant au volontariat des parties, et va jusqu'à attribuer, en cas de réticence voire de résistances des dits établissements, au directeur général de l'agence régionale de santé la possibilité de prendre « toute mesure appropriée », allant de la diminution de dotations financières prévues à l'article 162-22-13 du code de la sécurité sociale à l'engagement de la fusion des établissements publics de santé récalcitrants.

Les groupements se sont créés à l'origine par « affinité entre les acheteurs de différents établissements » et n'obéissent pas forcément à une logique de rationalisation⁸⁰.

Trois facteurs de complexité introduits dans le processus d'achats hospitaliers par la mutualisation peuvent être relevés : un facteur organisationnel, lié aux à la place des acteurs dans une action collective, un facteur opérationnel, lié à l'existence d'interactions entre établissements qui modifie les relations entre acteurs au cours du processus d'achat, enfin un facteur individuel, lié à l'intérêt perçu de la mutualisation par les acteurs⁸¹.

Un même volontarisme de la part des pouvoirs publics se retrouve aux termes de l'article L 6133-7 du CSP, prévoyant l'érection par détermination de la loi du GCS de moyens en GCS -établissement de santé, dès lors que celui-ci devient titulaire d'une autorisation d'activité de soins, par décision du directeur général de l'agence régionale de santé.

Par ailleurs, articulant coopération fonctionnelle et coopération organique, la loi HPST ouvre la voie à une mécanique coopérative, dès lorsqu'elle prévoit une gradation des coopérations dans lesquelles s'engagent les établissements de santé. Ainsi après une première étape de constitution d'une CHT, les hôpitaux souhaitant s'engager dans une dynamique concrète de mutualisation, sont contraints en raison de l'absence de la personnalité morale de la CHT, de recourir au GCS, support de coopération organique.

⁷⁸ Article 22 de loi HPST.

⁷⁹ Article L 6131-2 du code de la santé publique.

⁸⁰ Prise en compte de la complexité dans la mutualisation des achats hospitaliers. Marie-Annick Montalan, Béatrice Vincent Dans *Projectique* 2011/2-3 (n°8-9), pages 107 à 116.

⁸¹ idem

Les modes de coopération permettent aux établissements de choisir le mode de coopération plus qui leur permettait plus de souplesse.

De façon sommaire, le groupement de commandes donne une visibilité précise au prestataire, ce qui lui permettra d'agir en conséquence sur les coûts proposés dans le cadre de son offre. Toutefois, son adhésion préalable avec un formalisme important (convention constitutive signée par tous les membres sans connaître les coûts et solutions qui seront proposées à ce stade), son caractère fermé (avec l'impossibilité d'intégrer des membres après lancement de la procédure de consultation), la nécessité d'une définition des besoins parfaitement partagée, une exécution des marchés convergente et son inadaptation à certains segments d'achats rendent son utilisation limitée dans le cadre d'une mutualisation de plus grande envergure.

L'intérêt principal de la centrale d'achat réside dans sa souplesse, en cela qu'il n'y a pas d'obligation de formalisme en amont de la consultation, que le mécanisme d'adhésion n'est pas fermé et permet aux pouvoirs adjudicateurs de bénéficier des solutions et prix proposés par le titulaire à tout moment et en parfaite connaissance de l'offre, qu'il permet d'harmoniser les pratiques et d'amener des solutions innovantes. Ajoutons qu'il existe d'ailleurs des moyens pertinents pour limiter le manque de visibilité pour les candidats.

Ainsi, d'une façon générale, si le groupement de commandes est l'outil traditionnel pour toute mutualisation ponctuelle, il trouvera toutefois ses limites dans le cadre d'une mutualisation globale des achats, où la centrale d'achat prendra sens ; d'où les nombreuses créations (quels qu'en soient les modèles) de centrales d'achat ces dernières années. Dans le cadre d'une mutualisation globale, il conviendra toutefois de mesurer et sélectionner au cas par cas, selon la nature et les spécificités du segment d'achat concerné, l'outil de passation le plus adapté, voire de combiner les deux.

Un établissement peut en fonction de ses besoins, appartenir à un ou plusieurs groupements de commandes, à une ou plusieurs centrales d'achat tout en continuant à engager ses propres procédures. Et justement, un risque de contentieux existe notamment si un même pouvoir adjudicateur conclut avec des entreprises différentes deux marchés publics distincts ayant le même objet alors même qu'aucune stipulation contractuelle ne le prévoit. Par ailleurs, sur les modalités de recours aux accords-cadres conclus par les centrales d'achat agissant en qualité d'intermédiaire, la direction des affaires juridiques des ministères financiers a indiqué dans un avis du 16 décembre 2016 que, contrairement aux centrales d'achat pratiquant l'achat pour revente, les centrales d'achat intervenant en qualité d'intermédiaire ne peuvent faire bénéficier de leurs accords-cadres les acheteurs finaux non identifiés précisément. Elle précise également que la formalisation par écrit de l'engagement des acheteurs souhaitant bénéficier des accords-cadres passés par une centrale d'achat intervenant en tant qu'intermédiaire s'avère nécessaire avant le lancement de chacune des procédures de passation et ce, quand bien même ces derniers seraient adhérents de cette structure. Ces précisions devraient amener les groupements d'achats hospitaliers à réexaminer la conformité de leurs pratiques au cadre ainsi précisé.

Le risque justement est d'avoir un foisonnement mal maîtrisé de ces groupements sans aucune cohérence. En 2015, selon un état des lieux effectué pour la DGOS, il existait environ 166 groupements territoriaux d'achats dont la quasi-totalité est structurée sous forme de groupements de commandes.

Au côté des trois groupements d'achats d'envergure nationale (UGAP, UniHA et RESAH), un grand nombre de groupements d'achats régionaux ou infrarégionaux (166 groupements recensés) se sont créés sans grande cohérence, parfois en redondance, faute de pilotage d'ensemble.

Si le volontarisme guide la création des organismes de coopération en matière d'achat, les EPS s'appuient pour mutualiser leurs achats sur diverses formes juridiques qu'il convient d'étudier.

B- Reposant sur des modes variés de coopération

Selon les dispositions de l'article L. 6134.1 du Code de la Santé Publique (CSP), les établissements publics de santé peuvent en effet, dans le cadre des missions qui leur sont imparties, participer à des actions de coopération avec des personnes de droit public comme de droit privé.

Une coopération est d'abord un projet de territoire, construit autour de la volonté des plusieurs acteurs, l'outil juridique n'est que la déclinaison. Les formes juridiques présentent des caractéristiques différents (acteurs concernés, gouvernance, personnalité morale statut juridique...) en fonction des besoins auxquels elles répondent.

La forme juridique est selon les cas fonctionnel ou organique, soumis ou non à la création d'une nouvelle personne morale. Le choix de la forme dépend des objectifs poursuivis par les parties et la nature de leur coopération.

La convention est un mode de coopération souple et simple, sans grand formalisme, qui permet d'échapper à un contrôle administratif très lourd. C'est un procédé contractuel traditionnel entre les établissements qui conservent leur personnalité morale. Le régime juridique de la convention relève du droit général des contrats. La convention présente un grand intérêt fonctionnel.

La coopération interhospitalière est une préoccupation ancienne des pouvoirs publics, qui ont mis en place un nombre croissant de dispositifs depuis 1970⁸².

En effet, la loi de 1970 du 31 décembre 1970 dite loi Boulin a ouvert aux hôpitaux la possibilité de former des établissements mutualisés, dénommés syndicats interhospitaliers⁸³. La création des SIH était conditionnée à l'appartenance de ses établissements constitutifs à un même secteur « syndicat interhospitalier de secteur » ou une même région « syndicat interhospitalier régional ». Cette loi ouvrait timidement la voie à une mutualisation des compétences, sur la base du volontariat. Dotés de la personnalité morale, ces syndicats pouvaient en effet, selon les termes de la loi, exercer, pour tous les établissements parties ou pour certains d'entre eux, sur leur demande, « toute activité intéressant le fonctionnement et le développement du service public hospitalier », selon une liste limitative comprenant notamment la gestion de la trésorerie des établissements ou la création et la gestion de services communs⁸⁴. Néanmoins aucun syndicat ne doit plus du moins dans sa forme originelle exister et doit se transformer soit en CHT, GCS ou GIP⁸⁵.

Deux décennies plus tard, la loi du 31 juillet 1991 portant réforme hospitalière a permis aux établissements de santé de se constituer en groupements d'intérêt public (GIP) ou groupements

⁸²Loi n° 70-1318 du 31 décembre 1970 portant réforme hospitalière.

⁸³ Article 8.

⁸⁴ Art. 10.

⁸⁵ Article 23 de la loi HPST

d'intérêt économique (GIE)⁸⁶. Ces structures permettaient aux établissements de réaliser des actions en commun, telles que l'achat d'équipement, dans un cadre à la fois sécurisé juridiquement et plus souple que celui des syndicats interhospitaliers. L'adhésion et le retrait sont possibles dans le respect des dispositions des textes créant le GIP et le GIE.

Une nouvelle étape a été franchie avec l'ordonnance du 24 avril 1996 portant réforme de l'hospitalisation publique et privée, qui a créé les GCS⁸⁷. Dotés de la personnalité morale, les GCS visaient à compléter le paysage des syndicats en permettant à des établissements ne remplissant pas la condition d'appartenance à un même secteur ou une même région de mettre en œuvre des actions de mutualisation. Chaque groupement disposait ainsi la capacité de « réaliser et gérer, pour le compte de ses membres, des équipements d'intérêt commun »⁸⁸.

Le législateur à travers la loi HPST du 21 juillet 2009 a conçu un nouveau véhicule juridique, le GCS, pour permettre aux établissements hospitaliers publics et privés de mutualiser des moyens, et par conséquent les achats, en ayant la possibilité d'avoir recours aux centrales d'achat.

Le GCS de moyens pouvait alors organiser ou gérer des activités administratives, logistiques ou techniques⁸⁹. La loi ouvrait également la possibilité pour un GCS, sur sa demande et après autorisation, de se constituer en GCS « établissement de santé » afin d'exercer, en propre, des activités de soins selon des modalités analogues à un établissement classique.

Le GCS moyens, dans l'esprit de mutualisation de moyens, est proche des groupements hospitaliers de territoire (GHT). Cependant, alors que les GCS ont vocation à faciliter, améliorer ou développer des activités pour leurs membres en passant par une mutualisation de moyens pour la structure du GCS, les GHT pourraient devenir des concurrents sérieux et directs aux centrales d'achats en mutualisant et en internalisant le service achat de tous les membres du GHT, GHT qui aurait la capacité de passer des marchés pour le compte de ses membres, en toute indépendance et sans recours aux centrales d'achats.⁹⁰

De plus, la loi HPST introduisait une nouvelle structure de coopération, les « communautés hospitalières de territoire » (CHT). Instituée par convention entre les établissements parties, la CHT ouvrait de nouvelles possibilités aux hôpitaux souhaitant s'engager plus avant dans la définition d'une stratégie commune sur leur territoire⁹¹. Le caractère facultatif des CHT, de même que leur absence de personnalité morale, a limité leur mise en œuvre par les établissements. En effet, fin 2014, 27 % des EPS étaient membres d'une CHT⁹².

⁸⁶ Loi n° 91-748 du 31 juillet 1991 portant réforme hospitalière, art. 7.

⁸⁷ Ordonnance du 24 avril 1996 portant réforme de l'hospitalisation publique et privée, titre VII.

⁸⁸ Article 39

⁸⁹ Loi n° 2009-879 du 21 juillet 2009 portant réforme de l'hôpital et relative aux patients, à la santé et aux territoires, art. 23.

⁹⁰ Voir développement deuxième intitulé conséquence de la recomposition de l'offre hospitalière

⁹¹ Article 18 idem.

⁹² Rapport cour des comptes

Une association⁹³ reste une modalité de coopération possible mais elle est inadaptée du fait qu'elle ne peut pas exercer des missions de service public, incompatible avec la mission de service publique des EPS.

Il ne faut pas perdre de vue que les GHT en font partie, mais à la différence de ses prédécesseurs, la mutualisation est obligatoire pour les achats.⁹⁴

L'intégralité des formes de coopération précitées sont formalisées dans le cadre d'une convention, dont le contenu varie néanmoins selon l'outil choisi.

La convention demeure l'outil de coopération majoritaire dans les secteurs sanitaire et médico-social, du fait de sa souplesse d'utilisation. Elle relève en effet de la simple volonté des parties en vigueur, qui contractualise pour la mise à disposition de personnel, la mise en œuvre d'une prestation de service.

Le constat que l'on peut faire est que les nombreux dispositifs de coopération volontaire mis en place depuis les années 1970 sont sans réels succès.

En 2015, selon un état des lieux effectué pour la DGOS, il existait environ 166 groupements territoriaux d'achats dont la quasi-totalité est structurée sous forme de groupements de commandes. Cette donnée apparaît cependant imprécise et incertain : d'une part, la situation est assez mouvante sous l'effet de la création ou de la disparition de groupements, d'autre part, l'exhaustivité de ce dénombrement est relative, comme le constate ses auteurs.⁹⁵

Dans le but de faciliter la mutualisation des achats, des centrales d'achat peuvent être créées. En effet l'ordonnance n° 2018-1074 du 26 novembre 2018 rappelle que les des centrales d'achat peuvent être constitués entre des acheteurs afin de passer « conjointement un ou plusieurs marchés »⁹⁶.

En vertu de l'article 26 de l'ordonnance n°2015-899 du 23 juillet 2015, les EPS peuvent recourir directement à une centrale d'achat publique, c'est-à-dire sans publicité ni mise en concurrence.

La centrale, qui doit exercer de façon permanente, est un acheteur qui a l'obligation d'exercer pour les comptes des acheteurs soit l'acquisition de fournitures ou de services, soit la passation des marchés, de travaux, fournitures ou services soit les deux à la fois⁹⁷.

Lorsque l'acheteur recourt à une centrale d'achat, il peut également lui confier des achats auxiliaires⁹⁸. Ces derniers consistent à mettre à disposition des infrastructures techniques pour la conclusion des marchés de travaux, de fournitures ou de services, conseiller sur le choix, l'organisation et le déroulement des procédures de passation de marchés et la préparer et gérer les procédures de passation de marchés au nom de l'acheteur concerné et pour son compte .

⁹³ Avec la Loi du 1er juillet 1901 relative au contrat d'association

⁹⁴ Voir deuxième partie

⁹⁵ Rapport cour des comptes

⁹⁶ Article L2113-2 du CCP

⁹⁷ Idem.

⁹⁸ Article L2113-3 du CCCP

Concernant le respect des procédures en ce qui concerne la passation des marchés, tout acheteur qui effectue ses commandes notamment pour les fournitures, biens et services et réalisation de travaux via une centrale est réputé respecter les règles de la commande publique⁹⁹.

Des groupements de commandes peuvent être constitués entre des acheteurs afin de passer « conjointement un ou plusieurs marchés »¹⁰⁰. Ils sont constitués aux mêmes fins, entre un ou plusieurs acheteurs et une ou plusieurs personnes morales de droit privé qui ne sont pas des acheteurs, à condition que chacun des membres du groupement applique, pour les achats réalisés dans le cadre du groupement, les règles prévues par la présente partie.

Pour les groupements de commande, la convention constitutive du groupement définit les règles de fonctionnement du groupement et peut désigner à l'un ou plusieurs de ses membres la charge de mener tout ou partie de la procédure de passation ou de l'exécution du marché au nom et pour le compte des autres membres.

Les acheteurs membres du groupement de commandes sont solidairement responsables des seules opérations de passation ou d'exécution du marché qui sont menées conjointement en leur nom et pour leur compte selon les stipulations de la convention constitutive.

Au niveau européen la création d'un groupement est aussi possible. Aujourd'hui le groupe Ramsay-Générale santé, regroupant 124 établissements au sein de 22 pôles territoriaux, réalise ses achats au niveau national via des plateformes internationales mutualisées. Le recours à ce groupement a par exemple permis le domaine des dispositifs médicaux, de passer de 71 références de kit de césariennes à deux, pour l'ensemble du groupe. Le groupe indique avoir, en quelques années, divisé par quatre le nombre de ses références¹⁰¹.

Il permet, à des établissements réunis sur la base d'une convention ad hoc de réaliser des achats mutualisés.

Le groupement peut donc être limité à une procédure et le nombre d'adhérents est variable en fonction du segment d'achats et de la nature de leurs besoins. Le groupement de commandes est organisé par un établissement dit support qui gère la procédure pour le compte de l'ensemble des membres. Un groupement de commandes n'a pas la personnalité morale mais il est possible de créer un groupement de coopération sanitaire (GCS) ou un groupement d'intérêt public (GIP) qui gère et coordonne les groupements de commandes pour le compte de ses membres. Chaque établissement doit préalablement définir ses besoins car il s'engage à acheter au fournisseur retenu les prestations et quantités commandées par le groupement.

La centrale de référencement n'est pas un pouvoir adjudicateur au sens du code des marchés publics. Pour un EPS, le recours à une centrale de référencement privée nécessite une procédure de marché public (mise en concurrence).

Trois centrales de référencement interviennent dans le champ sanitaire : la centrale d'achats de l'hospitalisation privée et publique (CAHPP), la centrale de référencement et de conseil de la santé

⁹⁹ Article L2113-4

¹⁰⁰ Article L2113-6

¹⁰¹ Rapport cour des comptes

(CACIC) et Helpevia, mais seules les deux premières proposent une offre aux établissements publics de santé.

Il existe trois opérateurs dits « nationaux »¹⁰² de l'achat mutualisé pour les établissements de santé. L'Union des groupements d'achats publics (UGAP), opérateur généraliste historique, est concurrencée par deux groupements d'achats hospitaliers de création plus récente : le groupement de coopération sanitaire (GCS) UniHA (Union des hôpitaux pour les achats) et le groupement d'intérêt public (GIP) RESAH (Réseau des acheteurs hospitaliers), qui était initialement seulement compétent en région Île-de-France. L'offre de l'UGAP avait alors pu être jugée insuffisante par les établissements de santé qui, par ailleurs, préfèrent maîtriser leur processus.

Sur le plan juridique, dans le cadre d'un groupement de commandes, l'établissement de santé coordonnateur supporte les risques contentieux. Dans le cadre du recours à une centrale d'achat « intermédiaire », les acheteurs signent et exécutent les marchés. À l'inverse, lorsqu'ils s'adressent à une centrale d'achat « grossiste », ils ne font que passer des bons de commandes auprès de la centrale d'achat ;

Au niveau organisationnel, un groupement de commandes s'appuie, tout au long de la procédure de marché, sur les moyens des établissements de santé adhérents, notamment ses personnels. De fait, les moyens propres des centrales d'achat agissant en qualité d'« intermédiaires » sont nécessairement plus réduits que ceux des centrales d'achat dites « grossistes » qui mettent en œuvre les procédures et exécutent les marchés. UniHA et le RESAH peuvent compter sur les moyens des établissements membres pour contribuer à bâtir les procédures d'achats, ce qui explique une administration plus légère que celle de l'UGAP ;

- pour une raison économique : tandis que l'UGAP est financée par des taux d'intermédiation, UniHA et RESAH s'appuient sur les cotisations de leurs membres et sur des financements publics (ainsi que, pour le RESAH, sur la rémunération de prestations de conseil).

La centrale d'achat peut se voir confier des missions plus ou moins étendues par les acheteurs. Elles peuvent porter sur un achat unique ou sur des achats répétés au sens d'achats répondant à un besoin récurrent. Elle peut remplir deux rôles principaux qui sont d'une part l'acquisition de fournitures et biens qu'elle stocke puis cède aux acheteurs rôle de « grossiste », et d'autre part la passation de marchés publics répondant aux besoins d'autres acheteurs pour le compte de ces derniers (rôle d'« intermédiaire »)

Alors que la fonction achat était traditionnellement éclatée et peu professionnalisée dans les hôpitaux, un mouvement général d'évolution de cette fonction est engagé mais il demeure très hétérogène, voire insuffisant, en ce qui concerne la formalisation d'une stratégie achats, l'identification claire des rôles et fonctions des différents acteurs intervenant dans la chaîne achat, la professionnalisation des acheteurs et l'utilisation d'outils de gestion et de suivi. Une véritable politique achat est apparue sous l'impulsion de la DGOS à travers le programme phare.

¹⁰² Le 19 décembre 2018, le Resah, l'Ugap et UniHA ont été désignés "opérateurs d'achat national" par la direction générale de l'offre des soins (DGOS).

Chapitre 2 : Le développement empirique de la mutualisation des achats

Les achats hospitaliers se sont développés de manière empirique grâce aux différentes formes juridiques étudiées précédemment. Le programme phare a été un véritable catalyseur dans ce mouvement de professionnalisation et de mutualisation des achats (titre 1), qui a conduit à la prise en compte de la régularité des opérations relatives aux marchés publics (titre 2).

Titre 1 une dynamique impulsée par la DGOS

Le programme phare a impulsé une dynamique de massification et de professionnalisation chez les acteurs hospitaliers. En effet il a constitué un levier d'amélioration(A), qui peut présenter des limites méthodologiques(B).

A- le programme phare, levier d'amélioration

Pendant longtemps, sauf rares exceptions, les groupements d'achats territoriaux se sont développés empiriquement, voire de manière anarchique dans certaines régions, sans pilotage ferme des pouvoirs publics.¹⁰³

Après une première démarche du ministère de la santé, en 2003-2005, qui n'avait que faiblement mobilisé les établissements, le chantier a été relancé en 2006-2007 et a conduit à la création du GCS UniHA. Mais la dynamique de cette démarche s'est ensuite essoufflée jusqu'au programme PHARE (Performance hospitalière pour des achats responsable). Ce programme, lancé fin 2011 par la direction générale de l'offre de soins (DGOS), a constitué une nouvelle étape et un signal fort.

Conscient de cette dispersion de l'achat mutualisé, le ministère de la santé a engagé un double mouvement de rationalisation des groupements existants et de développement de nouveaux groupements. La DGOS et les ARS ont ainsi accompagné la création de groupements sur des segments peu ou pas couverts. Par exemple, en ex-région Nord-Pas-de-Calais, l'ARS a impulsé la création de groupements sur les segments de l'incontinence et de l'alimentation. Les ARS ont également incité les établissements n'ayant pas ou peu d'achats mutualisés à adhérer à ces groupements d'achats.

Depuis 2006, la DHOS a mis en place un projet baptisé « Achats DHOS ». L'objectif était, en relation avec les ARH (actuellement ARS) de soutenir méthodologiquement¹⁰⁴ et financièrement¹⁰⁵ les projets de mutualisation, essentiellement aux niveaux national et régional. Le projet avait aussi pour vocation de favoriser le partage d'expériences par la mise en place de groupes de travail.

Ce programme devait avoir comme objectif, selon les termes de la DGOS, de dégager des « économies intelligentes », notamment grâce à : un appui stratégique aux établissements, via l'accompagnement de 150 grands établissements dans l'élaboration de leur premier plan d'action achats (PAA) ; une démarche de massification de la demande, par l'accès de tous les établissements à des marchés groupés d'achats ; une professionnalisation de la fonction achats, via l'identification dans chaque établissement ou regroupement d'établissements d'un responsable achats unique ; une

¹⁰³ Rapport cour des comptes p.44

¹⁰⁴ Avec des chargés des chargés de mission

¹⁰⁵ La DHOS soutenant le développement de groupements d'achats en allouant jusqu'à 1,25 million d'euros

meilleure gestion budgétaire à qualité de soins constante, via l'amélioration du dialogue entre le responsables achats et les prescripteurs au sein des établissements.

La croissance des gains doit être permise, selon la DGOS, par la consolidation de la mise en place de la fonction achat mutualisée de GHT, le lancement d'une dynamique sur la mutualisation des opérateurs régionaux et la mise à profit de nouveaux leviers d'efficacité (achats complexes et innovants, l'optimisation de la logistique hospitalière).¹⁰⁶

La première phase du programme PHARE a été guidée par un plan de performance des achats hospitaliers, qui a fixé un objectif national de gains à hauteur de 910 M€ sur la période 2012-2014. Lancé en septembre 2011, le plan était notamment axé autour du développement d'une fonction achat au sein des établissements avec un responsable achats unique, et l'animation d'une politique régionale des achats par les ARS¹⁰⁷.

Le programme Phare a pour objectif, selon les termes de la DGOS, de dégager des « économies intelligentes », autrement dit de « mieux acheter pour donner des marges de manœuvre supplémentaires aux hôpitaux, dans un contexte général de réduction budgétaire, tout en conservant le niveau actuel de prise en charge des patients »¹⁰⁸.

Si le programme PHARE est centré sur les établissements publics de santé, il a aussi 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.

La DGOS avait alors privilégié une approche pragmatique en ne formalisant les orientations de ce programme dans aucun texte réglementaire ou circulaire. Elle avait en effet constaté que les programmes antérieurs lancés sur les achats au niveau national avaient montré les limites d'une action encadrée par l'administration et souhaitait fonder le programme sur une dynamique d'adhésion et de conviction.

Cette approche est particulièrement illustrée par le projet Armen qui a contribué à faire émerger un réseau des acheteurs hospitaliers autour du partage de bonnes pratiques, à l'exception des hôpitaux d'instruction des armées pour lesquels la DGOS indique néanmoins avoir désormais un projet de coopération.

Le plan d'action achats (PAA) est alors l'outil mis en place dans un établissement et permettant de planifier les actions, d'identifier et de suivre les opportunités de gains. Il 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.

¹⁰⁶ Rapport de la mission parlementaire sur les achats hospitaliers, 2018

¹⁰⁷ Rapport de la mission parlementaire sur les achats hospitaliers, 2018

¹⁰⁸ Ministère des Solidarités et de la Santé, Plaquette de présentation, Les achats hospitaliers. Le programme PHARE, 2019.

Le projet Armen consiste à identifier des bonnes pratiques d'achat générant des opportunités de gains. À chaque séquence (dénommée « vague »), sont examinés une dizaine de segments d'achat dans le cadre de groupes de travail entre acheteurs et prescripteurs, avec un appui méthodologique apporté par l'équipe du programme PHARE. Les supports qui en sont issus présentent une situation concrète de potentiel de gains, la démarche conduite par l'établissement et sa traduction financière. Au total, depuis 2012, cinq « vagues » ont été initiées et, selon la DGOS, elles ont débouché sur 660 bonnes pratiques opérationnelles.

Outre le principe de l'adhésion des acteurs, le développement du programme s'est appuyé sur plusieurs leviers : un pilotage national articulé avec une animation régionale par un chargé de mission PHARE au sein des ARS, la priorité donnée à la performance mesurée par les gains d'achat, l'outillage opérationnel des acteurs et le déploiement d'actions de communication.

La déclinaison régionale du programme par les ARS a été adaptée aux contextes locaux. Des modalités diverses d'animation ont ainsi été mises en œuvre par les ARS. Depuis 2014, dans le cadre du programme PHARE, les ARS sont dotées d'une « feuille de route de mutualisation régionale », afin de clarifier le paysage et de faire atteindre aux groupements une taille régionale ou interrégionale. L'avancement de ces démarches suppose de prendre désormais en compte la nouvelle carte des régions¹⁰⁹, ce qui nécessite pour l'ARS d'effectuer un état des lieux des forces et faiblesses de la mutualisation dans la nouvelle région et de convaincre les hôpitaux des anciennes régions de collaborer dans ce cadre élargi.

Différentes instances de pilotage (comité de pilotage qui valide les orientations stratégiques, comité des achats qui structure l'animation régionale du programme) ont permis d'impliquer les interlocuteurs majeurs (opérateurs d'achat, fédérations, représentants d'établissement). L'absence de l'assurance maladie qui n'a été associée ni à l'élaboration, ni à la mise en œuvre du programme PHARE, peut toutefois être relevée.

On peut ainsi noter que le programme PHARE, malgré sa jeunesse, a réussi 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.

Alors que les achats étaient essentiellement abordés à travers le prisme de la sécurisation juridique des marchés jusqu'au début des années 2000, l'enjeu de performance économique des achats hospitaliers a émergé depuis au premier plan.

Le programme PHARE pourrait cependant gagner à être davantage maillé avec la politique des achats de l'État, de manière à permettre une meilleure synergie entre ces deux politiques publiques, voire à mutualiser certains moyens ou expertises compte tenu des effectifs plus étoffés de la DAE .

Pour mettre en œuvre le programme PHARE, la DGOS s'est appuyée sur les ARS mais également sur les deux principaux groupements d'achats hospitaliers, le groupement de coopération sanitaire (GCS) UniHA et le groupement d'intérêt public (GIP) RESAH IDF, en leur confiant des missions spécifiques.

¹⁰⁹La loi portant sur la Nouvelle Organisation Territoriale de la République (NOTRE) du 07 août, Journal officiel du 8 août 2015

L'approche du programme PHARE basée sur l'adhésion des établissements, même si elle a été nécessaire et utile au lancement de la démarche, paraît désormais devoir être dépassée. L'intégration des mesures d'économies d'achats dans le plan triennal 2015-2017 ONDAM a d'ailleurs déjà contribué à faire évoluer cette approche.

Pour le rendre plus effectif de manière à permettre d'inclure tous les EPS, le programme phare devrait être rendue obligatoire et assortie d'objectifs dans les CPOM passés avec les ARS. Certaines ARS ont d'ailleurs commencé à fixer des objectifs en matière d'achat aux hôpitaux, en particulier lorsque ceux-ci sont en difficulté financière. Sept ARS (Grand Est, Nouvelle Aquitaine, Bretagne, Occitanie, Hauts-de-France, Martinique et Normandie) ont ainsi déclaré fixer des objectifs de performance des achats dans les CPOM de tout ou partie des établissements¹¹⁰.

Toutefois, la DGOS reconnaît elle-même les limites de la notion de gains d'achat, qui visent selon elle à estimer des « coûts potentiels évités » et relèvent d'« une approximation et non d'un calcul mathématique exact »¹¹¹.

Encore une fois de plus malgré la volonté de professionnaliser et d'augmenter la mutualisation dans la part des achats hospitaliers, cette démarche s'inscrivait toujours dans une démarche volontaire et les établissements participaient à ces dites mutualisations que lorsqu'ils n'avaient pas les moyens pour les « petits » établissements, ou qu'ils voulaient assurer le respect des procédures.

Le programme promeut une approche de massification des achats mais présente des limites d'ordre méthodologique.

B- Les limites de la méthodologiques du programme phare

Il faut constater que pour les hôpitaux qui s'engagent dans la mutualisation de leurs achats, les chambres régionales des comptes ont fait le constat d'un désengagement à peu près complet de leur part dans le suivi des achats réalisés par l'intermédiaire de groupements et d'une méconnaissance des bénéfices qu'ils en retirent ou non.

La plupart des établissements sont dans l'incapacité de mesurer les gains qu'ils retirent d'un recours à un groupement. Peu de centres hospitaliers se sont d'ailleurs livrés à des estimations.

Les EPS recourent aux groupements d'achats avec pour objectifs principaux, d'une part, le poids accru sur les marchés fournisseurs et la réalisation d'économies d'échelle, d'autre part, la sécurisation juridique en particulier pour les petits établissements dépourvus de service des marchés. D'autres avantages sont également cités, comme les partages d'expériences, une meilleure garantie de transparence et de prévention des conflits d'intérêts, ou la possibilité pour un petit établissement d'avoir la même qualité de prestation et les mêmes prix que de plus grands établissements. À l'inverse, la standardisation, qui découle en principe de la mutualisation, peut toutefois être freinée par une volonté de ne pas modifier les habitudes des équipes hospitalières.

Dans l'échantillon, les établissements les plus petits qui ne s'estiment pas suffisamment « armés » en termes de personnel et de compétence biomédicale, notamment du fait de la rareté de l'acquisition des équipements matériels lourds, recourent aux groupements d'achats.

¹¹⁰ Rapport cour des comptes intitulé achats hospitaliers, 2017

¹¹¹ Rapport cour des comptes

Mais lorsque les hôpitaux s'engagent dans la mutualisation de leurs achats, les chambres régionales des comptes ont fait le constat d'un désengagement à peu près complet de leur part dans le suivi des achats réalisés par l'intermédiaire de groupements et d'une méconnaissance des bénéfices qu'ils en retirent ou non. Très rares sont ceux en capacité de comparer la performance de leurs achats réalisés directement ou via un groupement.

Ils abandonnent le plus souvent toute velléité de pilotage des processus ainsi externalisés ainsi que toute forme de contrôle. En effet l'adhésion à ces groupements sans personnalité morale n'implique pas de reporting structuré et systématique sur le long cours et l'éloignement induit a parfois démunis les services d'une mémoire active de leurs produits et fournisseurs. Les modalités de contrôle des achats effectuées par un groupement d'achats sont modestes. Il n'existe pas de dispositif spécifique de remontée d'informations, chaque responsable de filière étant chargé de ce suivi, sans coordination ni bilan agrégé au niveau de l'établissement.

Quand bien même cette volonté de suivi des achats mutualisés existerait, elle se heurte à la carence ou au manque de fiabilité des informations fournies par les groupements eux-mêmes. La consolidation des volumes de dépenses pour chaque adhérent d'un groupement est difficile à obtenir, quand elle est réalisée.

La comparaison de la performance des acheteurs mutualisés, quels que soient les segments, est délicate. Globalement les acteurs de l'achat ont peu intérêt à la transparence et à la comparaison dans un contexte de compétition de moins en moins larvée entre groupements. Les données de parangonnage¹¹² sont difficiles à obtenir, dans la crainte de voir afficher une contre-performance ou de tendre les relations avec les fournisseurs. Dans ce contexte, peu de données comparatives ont été communiquées dans le cadre de l'enquête : le RESAH a néanmoins transmis des comparatifs de prix d'achats des médicaments, opérés entre certains groupements adhérents à Alliance groupements¹¹³.

L'évaluation des résultats du programme Phare repose sur la notion floue de « gains d'achat », censée refléter les économies réalisées par les acheteurs grâce à l'amélioration de leurs pratiques, par comparaison avec une situation de référence. Le principal problème rencontré par le MECSS et souligné, tient à l'extrême difficulté de mesure de ces gains d'achats. Il en résulte en aval l'impossibilité d'évaluer les effets du programme Phare, et une pression financière considérable sur l'hôpital public via la mutation des gains d'achat enregistrés en mesures d'économies budgétaires dans le cadre de l'ONDAM.

Comme le constate la cour le rapport d'information des achats hospitaliers « il y'a un lien discutable entre gains d'achats et économie budgétaires ». La difficulté résulte aujourd'hui de l'impossibilité d'évaluer les effets du programme Phare, et une pression financière considérable sur l'hôpital public via la mutation des gains d'achat enregistrés en mesures d'économies budgétaires dans le cadre de l'ONDAM.

¹¹² Communément nommé Benchmark, consiste à analyser les pratiques, les prix, l'approche, l'organisation ou les résultats d'une entité publique ou privée ayant un contexte similaire au sien (ex: volumétrie achat, réglementation applicable, objectifs achats, segments, etc...)

¹¹³ Voir apport cour des comptes pp.84-85

Le gain d'achat peut ainsi recouvrir des réalités très hétérogènes, voire inexistantes et aisément falsifiables »¹¹⁴. Les gains ne constituent pas souvent la réalité car la mesure des gains d'achat est en premier lieu parfois d'ordre quasiment fictif, lorsqu'aucun prix de référence n'est connu avant l'amélioration de la performance.

Certains sont notifiés avant la conclusion du marché. Ainsi, il est fait une différence entre les gains « identifiés, notifiés et réalisés »¹¹⁵. Mais comme le soulignait la DGOS les gains d'achats représentent les gains identifiés, notifiés et réalisés.

Il faut également souligner la non-conformité totale des gains d'achat aux standards en vigueur en matière d'indicateurs de performance. Le guide méthodologique publié lors de l'entrée en vigueur de la loi organique relative aux lois de finances (LOLF)¹¹⁶ définit ces indicateurs. Donc le gain d'achat doit être « utile, pertinent, solide, vérifiable et auditable » pour prétendre à cette qualité.

En fin cette la notion de gain est sans lien avec le service médical rendu et n'intègre pas la qualité de la prise en charge. Il est ainsi préconisé par la cour de remettre à plat ce dispositif et d'évaluer l'impact des changements de pratiques en matière d'achat sur la qualité des soins, au moyen d'un système de traçabilité des bonnes pratiques d'achat mises en place dans les établissements.

L'indicateur de gain d'achat se caractérise par d'importantes limites méthodologiques intrinsèques. en effet, les gains d'achat, qui ne sont pas des gains budgétaires, ne prennent pas en compte les pertes et sont évaluées en début de marché, de manière prévisionnelle. Ces gains d'achat visent l'estimation de « coûts potentiels évités » dont la DGOS admet, qu'ils relèvent d'« une approximation et non [d']un calcul mathématique exact », « utile pour la motivation des acheteurs et pour mettre en évidence le caractère éminemment stratégique de la fonction achat dans une perspective de maîtrise des dépenses, ou, tout au moins, de la croissance de celles-ci ». L'incidence des gains d'achat sur le budget ne peut être approchée qu'en mesurant d'autres variables, dont l'évolution de l'activité et les changements de pratiques de consommation qui nécessitent la mise en place d'un contrôle de gestion des achats.

¹¹⁴ Rapport d'information commission des affaires sociales, conclusion du MECS sur les achats hospitaliers, 2018

¹¹⁵ Cour des comptes, Les achats hospitaliers, juin 2017.

¹¹⁶ Direction de la réforme budgétaire, Commission des finances de l'Assemblée nationale, Commission des finances du Sénat, Cour des comptes, Comité interministériel d'audit des programmes, La démarche de performance : stratégie, objectifs, indicateurs, Guide méthodologique pour l'application de la loi organique relative aux lois de finances du 1er août 2001, juin 2004.

Titre 2 : La régularité et répression des opérations relatives aux marchés publics hospitaliers

La passation des marchés depuis l'expression du besoin jusqu'au paiement doit faire d'un respect édictés par le code de la commande publique en application des nouvelles directives qui régissent la commande publique. Le respect des principes demeurant aujourd'hui fondamental dans les procédures(A), une vigilance doit être apportée dans les règles de la commande publique(B).

A- Le respect des principes à observer en matière d'achats publics

Ces principes sont apparus pour la première fois avec le CMP de 2001 qui disposait «Les marchés publics respectent les principes de liberté d'accès à la commande publique, d'égalité de traitement des candidats et de transparence des procédures »¹¹⁷. La passation des marchés par les Etats membres au sein avec les nouvelles directives de l'UE doit être «conforme aux principes du traité sur le fonctionnement de l'Union européenne, notamment la libre circulation des marchandises, la liberté d'établissement et la libre prestation de services, ainsi qu'aux principes qui en découlent comme l'égalité de traitement, la non-discrimination, la reconnaissance mutuelle, la proportionnalité et la transparence »¹¹⁸.

Ces trois principes repris dans le CCP¹¹⁹ poursuivent ainsi deux objectifs communs permettant d'«assurer l'efficacité de la commande publique et la bonne utilisation des deniers publics »¹²⁰.

La nouvelle rédaction priorise le principe d'égalité de traitement des candidats sur les deux autres. Ces principes sont abordés de manière globale et poursuivent des objectifs communs d'efficacité de la commande publique, de bonne utilisation des deniers publics¹²¹.

En revanche, il est plus difficile de percevoir les fonctions spécifiques à chaque principe, ainsi que leur articulation, au sein de l'ensemble qu'ils forment.

En effet, concomitamment à l'apparition de la notion de commande publique, est révélée l'existence d'un corpus de principes s'y rattachant, désignés comme « principes fondamentaux » de la commande publique¹²². En droit positif ces principes repris dans le CCP, acquièrent ensuite la valeur de principes généraux du droit¹²³, puis de principes à valeur constitutionnelle depuis la décision du Conseil constitutionnel du 26 juin 2003¹²⁴, qui les étend à un ensemble de contrats qu'il qualifie lui-même de commande publique.

Si ces principes sont considérés comme « fondamentaux »¹²⁵ pour le CE, le Conseil Constitutionnel quant à lui n'utilise pas ce qualificatif dans ses décisions, se pose la question de la « fondamentalité » de ces principes.

¹¹⁷ Article 1^{er} du décret no 2001-210 du 7 mars 2001 portant code des marchés publics

¹¹⁸ Directive 2014/24/UE du parlement européen et du conseil du 26 février 2014 sur la passation des marchés publics

¹¹⁹ Article 3 du CCP

¹²⁰ Idem.

¹²¹ Marie-Charlotte Bontron. Les fonctions des principes fondamentaux de la commande publique. Droit. Université Montpellier, 2015

¹²² Y. GAUDEMET, Traité de droit administratif – t. 2, Droit administratif des biens, LGDJ, 14ème éd., 2011, p. 574.

¹²³ CE, avis, 29 juillet 2002, Société Maj Blanchisseries de Pantin, n° 246921, Rec. p. 297 ; BJCP 2002, n° 25, p. 427, concl. D. Piveteau, obs. Ch. Maugué ; AJDA 2002, p. 755, note J.-D. Dreyfus ; CP-ACPP n°15, 2002, p. 42, note A. Daomarico et M. Echegut ; Contrats et marchés publ. 2002, comm. 207, note F. Llorens ; LPA, 11 oct. 2002, p. 17, note Pignon ; CJEG, 2003, p. 163, étude Gourdou et Bourrel.

¹²⁴ CC, décision n° 2003-473 DC du 26 juin 2003, Loi habilitant le gouvernement à simplifier le droit.

¹²⁵ CE, 27 mars 2015, n° 386646 – CE, 10 juillet 2013, Société Électricité de Tahiti, n° 361607 ; JCP G. 2014.

Ce qu'on constate en revanche aujourd'hui, est la difficulté de percevoir les fonctions spécifiques à chaque principe, ainsi que leur articulation, au sein de l'ensemble qu'ils forment. En d'autres termes, l'analyse du droit positif révèle l'absence de précision sur la substance propre à chacun d'eux, ce qui ne permet pas d'appréhender leur articulation dans le régime et, partant, dans le contentieux du droit de la commande publique. Ainsi que l'affirme Sébastien Platon, « ces quelques principes sont bien évidemment fort vagues, en particulier concernant leurs implications exactes sur le déroulé de la passation »¹²⁶.

Le constat est aujourd'hui certain que trois principes « souffrent d'une imprécision juridique, alors qu'ils sont constamment sollicités pour l'élaboration des règles relatives aux contrats publics ou pour la sanction de leur irrespect »¹²⁷. À cet égard, les règles de la commande publique « ne produisent des effets utiles devant le juge qu'à l'aune de leur impact sur les principes »¹²⁸ de la commande publique. Ces derniers sont ainsi la clé de voûte du contrôle des juges du contentieux de cette branche du droit. À ce titre, et du fait du caractère global du droit des contrats publics, les principes sont utilisés par plusieurs juridictions différentes, ce qui rend plus nécessaire encore une étude sur leurs fonctions propres en vue d'unifier la compréhension du contentieux de la commande publique. À l'échelle du droit de l'Union européenne, il existe « un risque d'insécurité juridique lié aux divergences d'interprétation des principes du traité par les législateurs nationaux, et de fortes disparités entre les législations des différents États membres »¹²⁹. De plus, depuis qu'ils ont acquis une fonction supplétive certaine, ils disposent d'un rôle fondamental lorsque les textes sont absents ou imprécis. En conséquence, une précision sur leur substance propre est indispensable, dans la mesure où, d'une part, la viabilité d'un

Le Service central de prévention de la corruption a approuvé également la réaffirmation à l'article 1er du Code de janvier 2004, des principes gouvernant la commande publique, dans la continuité du dispositif antérieur, et que ces principes doivent être respectés « quel que soit le montant des marchés publics ». Cette précision permettait ainsi d'énoncer clairement que l'ensemble des marchés publics doit respecter les principes de « liberté, égalité, transparence » y compris les marchés qui échappent aux procédures formalisées prévues par le Code.

C'est enfin pour cette raison que le SCPC considère que le Conseil d'État s'est inscrit parfaitement dans cette exigence du respect des principes majeurs et dans cette dynamique d'efficacité et de bonne gestion lorsque, par son arrêt du 23 février 2005, celui-ci a annulé les dispositions des articles 30 et 40 du Code des marchés publics qui dispensaient certaines catégories de services de toute obligation de procédure adéquate de publicité et de mise en concurrence, en méconnaissance des « principes qui découlent de l'exigence d'égal accès à la commande publique ».

Le but qui est premièrement recherché est de permettre aux « petits fournisseurs » d'accéder directement à des commandes plus lucratives (des prestations avoisinant les 40.000 € n'intéressant pas forcément les entreprises de plus grande envergure), en étant sollicités directement par les acheteurs sans que ceux-ci n'aient à publier d'avis de publicité ou de manifester « officiellement » leur besoin.

¹²⁶ S. PLATON, « La passation des concessions : de l'eau du service public dans le vin de la concurrence ? », AJDA 2014, p. 841.

¹²⁷ BONTRON (M.C), « Les fonctions des principes fondamentaux de la commande publique », thèse de doctorat, 2015

¹²⁸ BONTRON (M.C), « Les fonctions des principes fondamentaux de la commande publique », thèse de doctorat d'Etat, 2015,

¹²⁹ BONTRON (M.C), « Les fonctions des principes fondamentaux de la commande publique », thèse de doctorat d'Etat 2015.

Cette mesure présente cependant un écueil : en effet, certains acheteurs privilégient parfois les mêmes fournisseurs qui leur ont antérieurement donné satisfaction pour l'exécution de prestations de même nature et s'adressent unilatéralement à ces derniers. Ces sociétés bénéficieraient donc de contrats successifs d'un montant relevé de 40.000 Euros.

Pour sécuriser cette pratique plus ou moins opaque les acheteurs public sont limités par des « garde-fous ».

D'une part, l'acheteur public quel que soit le montant de l'achat et au titre la bonne gestion des deniers publics, est censé solliciter la concurrence dès le premier euro et requérir plusieurs devis¹³⁰. Cependant cette règle dite des « 3 devis » est un usage qui n'est pas encadrée réglementairement.

D'autre part, l'acheteur est tenu de ne pas passer de commandes systématiques au(x) même(s) fournisseur(s), ce qui s'apparenterait à du favoritisme.

En outre, il est tenu pour tous ses achats, quel qu'en soit le montant, à une traçabilité de la procédure, tant du point de vue de la chronologie de celle-ci, de la teneur des échanges que des critères de sélection, ces éléments devant être reportés dans un rapport d'analyse, même succinct.

Enfin il faut dire que le nouveau Code a conservé à la charge de l'acheteur des obligations de transparence¹³¹ : pour ses marchés dont le montant se situe entre 25.000 et 40.000 €, l'acheteur doit publier la liste de ces marchés, au 1er trimestre de l'année N+1, en mentionnant les « données essentielles » suivantes : l'objet du contrat, son montant HT, la date de sa conclusion, l'identité de l'attributaire et son lieu d'implantation. Cette publicité doit permettre à tous de savoir notamment si le principe du « turn-over » des prestataires a bien été respecté, ainsi que les prix pratiqués. rendre obligatoire, au sein des établissements publics de santé et des groupements d'achats, le dépôt de déclarations d'intérêts des agents participant, dans le processus achat, à la définition du besoin et à l'analyse des offres (ministère de la santé, établissements)¹³².

Au contentieux, les principes participent à la solution du litige, dès lors qu'ils sont sollicités par le juge lorsque les textes sont imprécis ou lacunaires.

Lorsqu'on étudie leur contenu ou l'interprétation qui est faite, ces principes renvoient à des réalités.

Le principe d'égalité de traitement à l'attribution d'un marché public recouvre l'absence de favoritisme, atteinte au principe d'égalité en exigeant l'utilisation d'une marque d'un produit s'il n'est pas accompagné de la mention « ou équivalent »¹³³, spécification neutres et non orientées, une égalité d'information¹³⁴.

En revanche la mention d'un procédé de fabrication dans un CCTP peut être acceptable sous conditions. Ainsi, un procédé de fixation de la couverture justifié par l'objet même du marché ne méconnaît pas les dispositions du IV de l'article 6 du code des marchés publics¹³⁵.

La liberté d'accès aux contrats qui concerne notamment la publicité qui doit être suffisante et la mise en concurrence, même pour les marchés les marchés sans publicité ni mise en concurrence préalables inférieur à 40.000 euros hors taxes ou pour des lots répondant à certaines conditions¹³⁶.

La transparence des procédures qui concerne notamment : l'obligation de transparence¹³⁷, l'information des candidats et des soumissionnaires évincés, la non-discrimination en raison de la nationalité¹³⁸.

¹³⁰ Article R. 2122-8 du code de la commande publique

¹³¹ Article R.2196-1 du code

¹³² Recommandation n°4 de la cour des comptes rapport 2017

¹³³ (CJCE, ord., 3 déc. 2001, Bent Moustén Vestergaard c/ Spottrup Boligselskab, n° C-59/00),

¹³⁴ CAA Bordeaux, 19 juillet 2005, 01BX02528)

¹³⁵ Conseil d'Etat, 10 février 2016, n° 382148, Société SMC2

¹³⁶ Article L. 2122-1 du CCP

La communication des critères d'attribution, ainsi l'information appropriée des candidats sur les critères d'attribution d'un marché public est nécessaire dès l'engagement de la procédure d'attribution du marché, dans l'avis d'appel public à concurrence ou le cahier des charges y compris pour les marchés passés selon la procédure adaptée¹³⁹

Ces principes sont des principes généraux qui concernent tous les contrats soumis aux dispositions du code, donc aussi bien aux marchés publics qu'aux contrats de concession. Ils sont rappelés à l'article L.3 du code de la commande publique et s'appliquent dans les conditions définies dans le code et permettent d'assurer l'efficacité de la commande publique et la bonne utilisation des deniers publics.

A côté de ces principes une certaine vigilance doit être apportée dans les règles de la commande publique.

B- Une vigilance à renforcer en matière de respect des règles de la commande publique

Depuis la loi n° 2009-879 du 21 juillet 2009 et la transformation du statut des EPS, devenus des établissements publics nationaux, les ARS n'exercent plus de contrôle de légalité sur les marchés publics, comme l'a confirmé le Conseil d'État dans un arrêt du 2 juin 2016¹⁴⁰.

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. 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. Cependant, de nombreuses défaillances ponctuelles, voire des irrégularités manifestes, ont aussi été relevées par les chambres régionales des comptes.

La tenue des dossiers de marchés parfois défaillantes, une définition des besoins perfectibles ou encore un choix de procédures inadéquats font partie des éléments à noter quant à la régularité des opérations.

La computation des seuils 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. Pour effectuer cette computation des seuils, l'arrêté du 13 décembre 2001¹⁴¹ avait établi et rendu obligatoire une nomenclature des familles d'achat qui s'est révélée peu opérationnelle. Abrogée en 2006¹⁴², elle sert toutefois encore souvent de référence pour les acheteurs, selon la cour des comptes.

Les établissements s'appuient parfois sur la liberté de prescription du praticien et la spécificité de

¹³⁷ CJCE, 21 juillet 2005, Consorzio Aziende Metano (CONAME), Aff. C-231/03. Attribution ne répondant pas à des exigences de transparence de nature à permettre qu'une entreprise située sur le territoire d'un État membre autre puisse avoir accès aux informations adéquates relatives au contrat),

¹³⁸ CJCE, 7 décembre 2000, Telaustria, aff. C-324/98)

¹³⁹ Conseil d'Etat, 24 février 2010, n° 333569, Communauté de commune de l'Enclave des Papes)

¹⁴⁰ CE, 7^e et 2^e section, 02 juin 2016, Ministre des affaires sociales et de la santé c/ Centre hospitalier Emile Roux du Puy-en-Velay et autres, req. N° 395033 et 396645.

¹⁴¹ Arrêté du 13 décembre 2001 définissant la nomenclature prévue aux II et III de l'article 27 du code des marchés publics.

¹⁴² Arrêté du 28 août 2006 portant diverses dispositions relatives aux textes d'application du code des marchés publics.

certaines dispositifs médicaux impliquant un prestataire déterminé pour justifier le recours à des procédures d'achat négociées sans mise en concurrence. En effet, le médecin peut : « Dans les limites fixées par la loi, le médecin est libre de ses prescriptions qui seront celles qu'il estime les plus appropriées en la circonstance. Il doit, sans négliger son devoir d'assistance morale, limiter ses prescriptions et ses actes à ce qui est nécessaire à la qualité, à la sécurité et à l'efficacité des soins. Il doit tenir compte des avantages, des inconvénients et des conséquences des différentes investigations et thérapeutiques possibles »¹⁴³. Cette liberté de prescription du médecin doit cependant se concilier avec les principes généraux de la commande publique.

La constitution d'une commission d'appel d'offres n'est plus obligatoire pour les établissements publics de santé pour l'analyse des offres depuis 2008¹⁴⁴. Pour autant, afin d'assurer la transparence dans l'attribution des marchés, les hôpitaux publics ont, pour la plupart, institué une ou plusieurs commissions qui sont chargées d'émettre un avis sur les offres des candidats sous des appellations et configurations diverses. Ainsi, ces commissions sont soit organisées en fonction de l'achat en cours, soit constituées sous la forme d'une commission permanente, qui peut cependant n'examiner que les marchés d'un montant élevé ou à enjeu financier.

Les établissements peuvent passer un avenant à un marché public en cours de validité, mais celui doit respecter un certain nombre de règles.

Selon l'article 20 de l'ancien code des 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. Ainsi, lorsque l'augmentation du montant du marché provoquée par les avenants est de 15 % ou plus du prix d'un marché, elle est susceptible d'être regardée par le juge administratif comme bouleversant l'économie du contrat. Désormais lorsque la modification envisagée, elle 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 travaux¹⁴⁵.

La notion de conflit d'intérêts a reçu une définition législative par la loi n° 2013-907 du 11 octobre 2013 relative à la transparence de la vie publique dont l'article 2 précise que « constitue un conflit d'intérêts toute situation d'interférence entre un intérêt public et des intérêts publics et privés qui est de nature à influencer ou à paraître influencer l'exercice impartial de ses missions ». Pour l'ordonnance n° 2015-899 du 23 juillet 2015 relative aux marchés publics « 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 »¹⁴⁶. L'ordonnance prévoit 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.

Cette question commence à faire l'objet d'une plus grande attention en compte et se développe plus au niveau les acheteurs publics hospitaliers¹⁴⁷.

¹⁴³ Article R4127-8 du code de la santé publique.

¹⁴⁴ Décret n° 2008-1355 du 19 décembre 2008.

¹⁴⁵ Article 139 du décret du 25 mars 2016 relatif aux marchés publics

¹⁴⁶ Article 48

¹⁴⁷ Rapport cour des comptes, 2017

La cour des comptes notent les besoins sont perfectibles. 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. Pour autant, il subsiste dans quelques établissements, une 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.

La direction des affaires criminelles et des grâces ne suit plus aucune affaire de poursuites pénales dirigées contre des personnels hospitaliers depuis 2011. Quant à la Mission interministérielle d'enquête sur les marchés publics, chargée notamment de procéder à des enquêtes portant sur les conditions de régularité et d'impartialité de la passation et de l'exécution des marchés des établissements publics, elle a été supprimée en 2012¹⁴⁸. Le service central de prévention de la corruption¹⁴⁹ n'a relevé de 2011 à 2014 aucune décision des juridictions répressives sur le champ hospitalier et il n'a reçu de 2010 à 2015 aucun signalement en ce domaine. Pour le Service Central de Prévention de la Corruption les lois successives sur la sécurité sanitaire du médicament et des produits de santé, l'expertise en matière de santé et d'environnement et sur la lutte contre la fraude fiscale et la grande délinquance économique, auraient contribué à limiter le nombre des infractions constatées donnant lieu à une sanction pénale dans le secteur de la santé, en général, et de la commande publique hospitalière, en particulier. L'enquête réalisée par la Cour, à la demande de la commission des affaires sociales du Sénat, sur la mise en œuvre des dispositions de la loi de décembre 2011 relative à la prévention des conflits d'intérêts en matière d'expertise sanitaire a cependant mis en lumière d'importantes défaillances dans leur application¹⁵⁰.

Il faut malgré tout dire que les signalements portés par la DGCCRF, une minorité de ces signalements concernait les établissements de santé¹⁵¹. Ainsi, l'entente effectuée par des opérateurs a pu être sanctionnée.¹⁵²

Il est interdit aux agents de la fonction publique hospitalière «quelle que soit leur position, d'avoir par eux-mêmes ou par personne interposée, dans des établissements ou organismes en relation avec le service public hospitalier, des intérêts de nature à compromettre leur indépendance»¹⁵³.

Le Code de la commande publique¹⁵⁴ intègre désormais la définition de l'offre anormalement basse, considérée comme « une offre dont le prix est manifestement sous-évalué et de nature à compromettre la bonne exécution du marché », issue de la jurisprudence¹⁵⁵.

¹⁴⁸ Loi du 23 mars 2012 relative à la simplification du droit et à l'allègement des procédures administratives.

¹⁴⁹ Créé par la loi du 29 janvier 1993 relative à la prévention de la corruption et à la transparence de la vie économique, le Service central de prévention de la corruption (SCPC) structure interministérielle placée auprès du ministre de la justice, centralise et analyse l'ensemble des informations qu'il recueille en cette matière. Dépourvu de tout pouvoir d'investigation, il transmet les signalements qu'il reçoit aux procureurs de la République territorialement compétents. Il est remplacé par l'Agence Française Anticorruption dont les compétences sont renforcées (voir Décret n° 2017-329 du 14 mars 2017 relatif à l'Agence française anticorruption, JORS n°0063 du 15 mars 2017).

¹⁵⁰ Cour des comptes, Communication à la commission des affaires sociales du Sénat « La prévention des conflits d'intérêts en matière d'expertise sanitaire », mars 2016, 98 p., disponible sur www.ccomptes.fr.

¹⁵¹ Rapport cour des comptes 2017

¹⁵² Décision n° 10-D-04 du 26 janvier 2010.

¹⁵³ Loi no 86-33 du 9 janvier 1986 modifiée relative à la fonction publique hospitalière :

¹⁵⁴ Article L. 2152-5

Certaines pièces essentielles peuvent ne pas figurer dans les dossiers et la traçabilité des documents n'est pas toujours bien assurée. Parfois, les établissements méconnaissent leurs 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.

Plusieurs anomalies ont pu être relevées dans le recours au MAPA : certains achats sont effectués au-delà du seuil réglementaire sans que cela puisse être motivé par des conditions particulières. 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.

Enfin, des achats dits « hors marché », c'est-à-dire sans avoir recours à l'une des procédures prévues par la réglementation en matière de marchés publics¹⁵⁶, peuvent être constatés alors que le montant cumulé pour une même famille d'achat de la nomenclature excède le seuil nécessitant de faire appel à une procédure formalisée d'appel à concurrence. La pratique du « hors marché » paraît même organisée pour certains établissements, selon la cour des comptes.

Le juge pénal peut constater lors de sa saisine les infractions relatives aux marchés publics notamment le délit d'octroi d'un avantage injustifié¹⁵⁷ (délict de favoritisme) et la prise illégale d'intérêt¹⁵⁸ entre autres. Le directeur d'un EPS ou son délégué peut voir sa responsabilité engagée, à condition que les trois éléments constitutifs de l'infraction existent : élément légal, matériel et intentionnel. Dans ce type d'infraction, le c'est le directeur de l'établissement qui est visé mais s'il est démontré que des agents publics de l'achat hospitalier aient interféré dans le processus.

La cour de discipline budgétaire et financière est une juridiction administrative chargée de réprimer les infractions relatives aux finances publiques. Les arrêts que la cour rend peuvent accorder la relaxe ou donner lieu à des amendes¹⁵⁹. La cour précisait ainsi « (...) la procédure d marché négocié contrevenait aux règles fixait par le code des marchés publics(...) cette irrégularité constitue une infraction aux règles d'exécution des dépenses de l'organisme(...) ».

En ce qui concerne l'action des requérants, ils disposent de plusieurs voie et moyens pour obtenir gain de cause. Il convient de distinguer les recours possibles au moment de la passation et durant l'exécution du marché. L'ordonnance 2009-515 du 07 mai 2009 relative aux procédures de recours applicables aux contrats de la commande publique et du décret 2009-1456 du 27 novembre 2009 définissent le régime juridique applicable à ces marchés.

Ces régimes ne feront pas l'objet de développements importants dans cette partie¹⁶⁰.

¹⁵⁵ Conseil d'Etat, 29 mai 2013, n° 366606, Ministre de l'intérieur / Sté Artéis req. no 425191, Lebon T. ; AJDA 2019. 605 ; AJDA 2019. 1119, note S. Hul ; AJCT 2019. 338, obs. M. Lorient

¹⁵⁶ L'expression « hors marché » est traditionnellement utilisée pour désigner les achats dont le montant estimé est inférieur au seuil de déclenchement des marchés à procédure adaptée, seuil qui a évolué sur la période sous contrôle de 4 000 € HT, en 2010, à 25 000 € HT en 2016.

¹⁵⁷ Article 432-14 du code pénal

¹⁵⁸ Article 432-12 du code pénal

¹⁵⁹ CDBF, 2^e sect., 11 décembre 2011, Centre hospitaliers universitaires de Reims, N°170-652.

¹⁶⁰ Pour en savoir plus se conférer à Sur le régime juridique de ces actions voir BOISSY (X.) et Cros (N.), marchés publics hospitaliers », collection tout savoir, LEH, 2011, p. 177 et suiv.

Avant l'exécution du marché plusieurs recours sont possibles et sont ouverts aux parties et aux tiers. Il s'agit d'abord du recours pour excès de pouvoir qui est interdit en matière contractuel sauf pour les actes détachables du contrat¹⁶¹, mais le contrat n'est pas annulé dans sa totalité¹⁶² (sauf pour les clauses qui en sont divisibles). Le recours précontractuel, d'origine jurisprudentielle ne peut plus être exercé si le contrat est signé et revêt donc un caractère suspensif.

Le recours contractuel intervient en aval de la signature du contrat et le requérant ne peut pas demander des dommages-intérêts, à l'exception, à l'exception des demandes reconventionnelles en dommages et intérêts fondée sur la requête initiale.

Le référé suspension permet la suspension de l'exécution d'une décision ou certains de ses effets lorsque l'urgence le justifie et qu'il existe un doute sérieux quant à la légalité de la décision.

Le recours indemnitaire est possible au stade de la passation et permet au candidat irrégulièrement évincé de demander la réparation de préjudices subis du fait de son manque à gagner. Il s'agit d'un recours de pleine juridiction.

En ce qui concerne le contentieux durant la phase d'exécution du marché, le juge l'a strictement encadré car seuls les tiers peuvent l'intenter.

Il s'agit du recours Tropic¹⁶³, de la responsabilité décennale, la responsabilité contractuelle et du référé provision.

¹⁶¹ CE 04 août 1905, Martin, R 747, concl. ROMIEU)

¹⁶² CE, CE, Balland, 30 mars 1906.

¹⁶³ CE, 16 juillet 2007, société Tropic Travaux signalisation, R.361.

Conclusion première partie

Il convient ainsi de noter que les achats hospitaliers n'ont pas suivi un mouvement coordonné durant longtemps. L'organisation interne des établissements et leur degré de maturité n'ont pas facilité la mise en place de la fonction achat et donc la mutualisation, qui de surcroît reposait sur la volonté des établissements de santé. En atteste le nombre de groupements créés par les EPS qui constitue un foisonnement non maîtrisé. De plus la soumission à deux régimes distincts des marchés publics était source de difficultés pour les EPS dans une dynamique de rationaliser la politique des achats.

Malgré tout, le programme phare a impulsé une nouvelle dynamique qui a professionnalisé petit à petit cette filière dans la perspective d'une maîtrise des dépenses et des coûts.

Des risques de régularités juridiques ont été notés, quoi qu'amointris au cours des dernières années du fait de la montée en puissance de la massification et de la mutualisation qui en découle.

Un nouveau paradigme est introduit avec la loi de modernisation du système de santé, qui posé une nouvelle organisation basée sur une logique de groupe, et à laquelle tous les EPS doivent systématiquement intégrer.

Partie 2 : Une mutualisation imposée dans une coopération fonctionnelle intégrée

L'article 107 de la loi 2016-041 du 26 janvier 2016 de modernisation du système de santé créa les GHT, devenus obligatoires pour les établissements publics de santé.

Pur produit de la loi Santé portée par Marisol Touraine à travers son article 27, les GHT constituent la forme de coopération la plus aboutie en milieu hospitalier dans la mesure où établissements publics comme privés peuvent collaborer au moyen notamment d'une « mise en commun de fonctions et d'activités par des délégations ou des transferts de compétences entre établissements »¹⁶⁴. Tout l'intérêt des GHT est alors de mutualiser les compétences et les ressources, dont le premier est la fonction achat entre les établissements du groupement.

Certaines fonctions sont obligatoirement assurées par l'établissement support : il s'agit de la stratégie, l'optimisation et la gestion commune d'un système d'information hospitalier convergent ; la gestion d'un département de l'information médicale de territoire ; la fonction achats ; la coordination des instituts, écoles et plans de formation opérés dans le cadre du groupement¹⁶⁵. D'autres peuvent être transférées à l'établissement support avec l'accord de l'établissement partie : il s'agit de la gestion d'équipes médicales communes, la mise en place de pôles inter établissements tels que définis dans la convention constitutive du groupement, et des activités administratives, logistiques, techniques et médico-techniques¹⁶⁶.

Le GHT « restructure » aujourd'hui les achats hospitaliers (chapitre 1^{er}), son environnement s'en trouve modifié (chapitre 2).

¹⁶⁴ Dossier de presse de la loi de Santé

¹⁶⁵ Art. L. 6132-3 du code de la santé publique, I.

¹⁶⁶ Id., II.

Chapitre 1 : Le GHT, un nouvel acteur rebattant les cartes de l'achat hospitalier

L'avènement des GHT, pour lesquels la fonction achat est mutualisée à partir du 1^{er} janvier 2018 va constituer une nouvelle logique d'organisation en ce qui concerne l'acquisition de biens, la prestation de service et la réalisation de travaux. Les GHT constituent une logique de groupe impliquant la hiérarchisation des compétences (titre 1) et dont la vision s'articule autour du territoire (titre 2).

Titre 1 : les GHT, une logique de groupe impliquant la hiérarchisation des compétences

Avant de procéder à l'analyse de la répartition des compétences au sein du GHT (B), il convient de noter que la fonction achats est désormais pilotée par un établissement support sur lequel la stratégie du groupe repose(A).

A- Une stratégie des achats adossée sur l'établissement support

La mutualisation de la fonction achat a pour objectif de faire du GHT l'échelon pertinent pour la mise en œuvre d'une politique et d'une organisation des achats des établissements parties.

Chaque EPS, sauf dérogation tenant à sa spécificité dans l'offre de soins territoriale, est partie à une convention de GHT. Le groupement hospitalier de territoire n'est pas doté de la personnalité morale. Le GHT a pour objet de permettre aux établissements de mettre en œuvre une stratégie de prise en charge commune et graduée du patient, dans le but d'assurer une égalité d'accès à des soins sécurisés et de qualité.¹⁶⁷

En termes de nombre d'établissements, de volume d'achats, de ressources dédiées à l'achat, de maturité achat, il ne peut y avoir de modèle d'organisation unique de la fonction achat de GHT.

La particularité du GHT est de ne pas disposer de la personnalité morale, cette option ayant été écartée lors de la mise en place de la réforme. Il était prévu au départ de créer une « super personnalité morale pour les achats le département d'information médicale et le système d'information »¹⁶⁸, mais cela aurait sans doute augmenter « la technostructure, avec des frais supplémentaires, une direction, une administration »¹⁶⁹.

Le GHT constitue un dispositif conventionnel, basé sur la conclusion et la signature d'une convention constitutive par les établissements dits « parties » au groupement. En l'absence de personnalité morale, la mise en œuvre de cette stratégie de groupe repose notamment sur le transfert obligatoire de certaines fonctions des établissements « parties » du groupement à l'établissement désigné « support ».

Le transfert de la fonction achat des établissements membres doit permettre de définir au niveau de l'établissement support du groupement une stratégie et de structurer une fonction achat plus professionnalisée et mieux outillée, y compris pour sécuriser juridiquement les procédures de marchés publics. Sa mise en œuvre suppose une série d'étapes préalables.

Dans un premier temps, il faut faire un état du recensement des achats des établissements membres du GHT, des procédures de marché en cours et de leurs échéances, l'identification des personnels

¹⁶⁷ Article L6132 du CSP

¹⁶⁸ Audition assemblée nationale le 20 juin 2018

¹⁶⁹ Rapport Martineau-Hubert

dédiés à l'achat et des compétences d'expertise ; la définition d'une stratégie achat validée par les instances de gouvernance du GHT et ayant pour but de faire converger les stratégies d'achats en exploitation mais aussi en investissement, en particulier lorsqu'elles impactent les achats de consommables et de maintenance .

Dans un deuxième temps la première étape va permettre la mise en place d'une direction achat transversale et professionnalisée, réunissant les acheteurs des différents établissements (même si cela n'implique pas nécessairement un regroupement physique de toutes les équipes) ; l'installation d'un contrôle de gestion des achats ; la mise en place SI achat qui devra permettre le traitement et l'analyse de données, la remontée d'informations, la planification, la publication des procédures, la dématérialisation des processus, la gestion électronique des documents. Cela implique d'harmoniser les logiciels de gestion économique et financière et d'acquérir des logiciels spécialisés.

Au niveau du GHT LMFI regroupant les centres hospitaliers d'Armentières, Hazebrouck, Bailleul, Loos Haubourdin, Roubaix, Seclin Carvin, Tourcoing, Wasquehal, Wattrelos et le CHRU de Lille. Le CHU de Lille est désigné établissement support par la convention constitutive.

Ainsi, un établissement support, disposant d'un statut particulier par rapport aux autres membres du GHT est désigné. Il est chargé d'assurer certaines fonctions et activités pour le compte des autres établissements parties au groupement. Il revient alors au CHU de Lille de piloter la politique d'achats pour le GHT Lille Métropole Flandres Intérieure.

Ce que reconnaît le rapport Martineau – Hubert puisqu'il fallait : « [...] organiser sur le territoire l'offre par des filières de soins et non plus à partir d'établissements. Le GHT devait permettre cette mise en place, avec un maillage territorial et la gradation de l'offre. [...] Nous sommes arrivés au constat – sans hospitalo-centrisme – que puisque l'on fait face à des contraintes médico économiques, de démographie médicale, mais aussi d'hyperspécialisation des médecins et de haute technicité de la médecine, on ne peut pas se permettre aujourd'hui de diffuser les services dans tous les endroits de la même façon. [...] »¹⁷⁰.

La mutualisation de la fonction achats inscrite dans la loi vise : une harmonisation des équipements et services au profit du projet médical ; une couverture de tous les domaines d'achat d'exploitation et d'investissement ; une mutualisation de la politique d'achat au niveau de l'établissement support incluant notamment les stratégies de recours aux opérateurs d'achat mutualisés.

L'idée centrale de la réforme était d'instituer une logique de groupe, en obligeant les établissements à collaborer et définir ensemble l'organisation de l'offre de soins sur leur territoire. Mme Hubert et le Dr Martineau notait ainsi dans leur rapport intermédiaire : « conscients de l'environnement contraint (...) il nous paraît incontournable d'outiller nos hôpitaux de dispositifs permettant de passer d'une stratégie concurrentielle à une véritable stratégie de groupe »¹⁷¹.

L'article R. 6132-16 du CSP transfère à l'établissement support la responsabilité de la passation dès le premier euro, et quel que soit le montant du marché. Ainsi, l'établissement support est responsable

¹⁷⁰ Rapport Martineau –HUBERT de la mission relative à la mise en place des GHT (novembre 2014-mars 2016)

¹⁷¹ Jacqueline Hubert, Frédéric Martineau, Mission Groupements hospitaliers de territoire, Rapport intermédiaire, mai 2015.

de la passation des marchés pour tous les achats, y compris ceux réalisés en deçà du seuil des 25 000 euros GHT.

La politique d'achat du GHT prend en compte les exigences générales sur l'ensemble des affaires du GHT. Celle-ci pourra porter sur les interfaces avec le projet médical partagé du GHT, les exigences générales de performance économique, les problématiques de développement durable, les principes et/ou domaines de recours aux opérateurs d'achat mutualisés nationaux ou régionaux.

Les stratégies d'achat relèvent de la démarche d'optimisation de chaque achat notamment son périmètre, la segmentation de l'achat, les leviers d'action, ainsi que clauses entre autres à instruire sur chaque affaire.

Les équipes de la fonction achat mutualisée, relevant pour la plupart des celles de l'établissement support, procèdent ensuite à la rédaction du dossier de consultation des entreprises (D.C.E) en consolidant les cahiers des charges du marché notamment les CCTP, CCAP, RC des marchés avant publication. Afin de garantir la qualité, la sécurité et la performance de l'achat, il est essentiel que chaque établissement joue un rôle important dans le processus d'élaboration finale des documents de marché, dont la rédaction relève de la compétence de la fonction achat mutualisée.

Les équipes de la fonction achat instruisent la procédure de passation proprement dite. Conformément aux dispositions relatives aux marchés publics, celle-ci comprend : les opérations préalables à la publication (calcul de la valeur estimée du besoin, évaluation préalable du mode de réalisation du projet d'investissement) ; le choix de la procédure (procédure formalisée, procédure adaptée, marchés publics négociés sans publicité ni mise en concurrence préalable) ; la publicité préalable (avis d'appel à la concurrence, modalités de publication des avis d'appel à la concurrence, l'invitation à confirmer l'intérêt) .

Par ailleurs les équipes de la fonction achat mutualisée sous la responsabilité de l'établissement support définissent les règles générales de passation (dématérialisation des procédures, délai de réception des candidatures et des offres, sélection des candidats, choix de l'offre) , le déroulement des procédures formalisées selon la nature de la procédure (appel d'offres, procédure concurrentielle avec négociation, procédure négociée avec mise en concurrence préalable, dialogue compétitif), les techniques particulières d'achat (marchés publics à tranche, accords-cadres,...), les marchés publics particuliers (marchés publics globaux de performance, partenariats d'innovation,...), l'achèvement de la procédure (abandon de la procédure, information des candidats et des soumissionnaires, signature du marché public, notification du marché public, avis d'attribution, transparence).

L'établissement support procède tout d'abord à la consolidation des besoins de l'ensemble des établissements du GHT. Il s'agit d'analyser les besoins exprimés en veillant à l'expression fonctionnelle de ceux-ci et sans biais susceptible de générer un litige juridique ultérieur instruit par un fournisseur débouté. Il s'agit également, pour les acteurs de la fonction achat, d'analyser les spécifications fonctionnelles en s'assurant qu'il s'agit du juste besoin et, à travers les échanges avec les prescripteurs d'achat de tous les établissements parties, de tenter d'obtenir un accord sur l'harmonisation des besoins (sans occulter les spécificités objectives de certains établissements) dans une optique de recherche d'efficience commune, en lien avec le projet médical partagé du GHT.

L'établissement support, sur la base des besoins consolidés et du sourcing des fournisseurs effectué (études de marchés, échanges préliminaires,...), élabore ensuite la stratégie d'achat après avoir identifié les leviers de performance pertinents et mobilisables.

Une dynamique de GHT tributaire de la santé budgétaire et financière de l'établissement support. Le rôle dévolu à l'établissement support suppose une capacité d'entraînement auprès des établissements parties. Ceci requiert de sa part une crédibilité faite de ressources en compétences et moyens, de capacité à élaborer, à déployer des projets communs à l'échelle du groupement et à soutenir les établissements du territoire.

Quoiqu'il en soit la mutualisation ne dépossède totalement pas les établissements partie de la fonction achat. Ces derniers demeurant impliqués dans le processus, ce qui pose l'intéressante question de la réorganisation des compétences au sein du GHT.

B-Une nouvelle redistribution des compétences au sein du GHT

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

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

Ainsi, l'émission des bons de commandes, la vérification du service fait ou encore la liquidation et le mandatement des factures ressortent de la compétence de l'établissement partie. Par conséquent, le décret n° 2017-701 a modifié et clarifié les rôles respectifs entre établissement support et établissement partie au GHT. Par ailleurs, il convient de souligner que le guide de la fonction achat mentionne que l'identification du besoin demeure de la responsabilité des établissements partie : « L'identification des besoins relève de chaque établissement partie au GHT. Ainsi, au préalable, chaque établissement partie se prononce en opportunité et définit ses besoins fonctionnels propres. Ce travail d'identification des besoins est réalisé en lien avec les prescripteurs concernés, par domaine d'achat. Chaque établissement partie se prononce donc en opportunité sur ses besoins qu'il a la charge d'exprimer »¹⁷². Cependant, l'ordonnance n° 2015-899 ne mentionne pas la « phase de préparation » du marché mais uniquement celle de la passation et de l'exécution. Au sein de l'ordonnance n° 2015-899, les obligations en terme de définition préalable du besoin sont incluses au sein des dispositions relatives à la passation.

De la même façon, s'est également posé la question de savoir à qui revenait la phase de « sourcing » entre l'établissement support et l'établissement partie. Si l'on suit le raisonnement du Guide et de l'instruction ministérielle, les discussions préalables avec les opérateurs devraient être conduites par les établissements parties dès lors que ces missions figurent au sein du Titre II du décret concernant

¹⁷² Guide méthodologique de la fonction achat de GHT, p. 11

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

Le transfert de compétences est néanmoins source d'incertitudes pour les établissements, notamment en raison des nombreuses questions juridiques et pratiques soulevées par la distinction entre passation et exécution de la commande publique.

La répartition des compétences entre établissement partie et établissement support se décompose en trois temps. Dans un premier temps, l'établissement partie identifie et exprime ses besoins à l'établissement support. Ce dernier doit ensuite les analyser, puis passer le marché correspondant. L'établissement partie assure ensuite l'exécution du marché.

Les articles 101 et 103 du décret n° 2016-360 du 25 mars 2016 relatif aux marchés publics intègrent la signature et la notification du marché public dans la procédure de passation. Le transfert de la compétence de passation (dont la signature et la notification des marchés) au directeur de l'établissement support, intervient au plus tard le 1er janvier 2018, sauf si une date antérieure a été prévue à cet effet par la convention constitutive.

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

Sur le plan juridique, les établissements ont fait face à des difficultés, certains points n'ayant été précisés qu'un an et demi après l'adoption de la loi. Ainsi, la question de l'établissement compétent en matière de passation des avenants comme d'exécution est restée en suspens même après le premier décret d'application d'avril 2016¹⁷³. En effet, celui-ci n'incluait pas ces sujets dans la liste des missions correspondant à la fonction achat et ne mentionnait pas les compétences de l'établissement partie. Il a fallu attendre mai 2017 soit près d'un an et demi après l'entrée en vigueur de la loi pour qu'un deuxième décret d'application vienne clarifier la situation avec le décret du 2 mai 2017 précise la portée de ce transfert de compétences.

L'établissement support est alors 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 », et assure « la passation des marchés et de leurs avenants ». L'établissement partie assure quant à lui l'exécution des marchés¹⁷⁴. Celle-ci comprend, selon le guide d'achat publié par la DGOS en mai 2017: la gestion et l'émission des commandes passées au titre des marchés ; la vérification du service fait ; la liquidation et le mandatement des factures relatives aux prestations accomplies ; le traitement de premier niveau des litiges concernant les commandes ; la clôture des marchés en liaison avec les fournisseurs et dans la gestion économique et financière (GEF) ; enfin, la mise en œuvre éventuelle des garanties courant après la clôture d'un marché.

¹⁷³ Décret n° 2016-524 du 27 avril 2016 relatif aux groupements hospitaliers de territoire.

¹⁷⁴ Art.R. 6132-16 du CSP

En cas de contentieux sur un marché, la responsabilité sera appréciée par le juge administratif au regard de l'origine de la faute. Il s'agira d'apprécier la responsabilité de chacun. Sur cette base, dès lors que la faute est en lien avec la passation du marché, l'établissement support du GHT est en principe l'unique responsable vis-à-vis des tiers et des établissements parties au GHT. A l'inverse, si la faute commise est en lien avec l'exécution du marché l'établissement partie en est en principe l'unique responsable.¹⁷⁵

Des interrogations avaient notamment été formulées quant à la conduite des travaux au sein des GHT. Les dispositions de la loi de modernisation du système de santé, en attribuant la fonction achat et donc la capacité de signer des marchés de travaux à l'établissement support, dérogent en effet à l'article 2 de la loi du 12 juillet 1985 relative à la maîtrise d'œuvre privée (MOP)¹⁷⁶, qui prévoit que le maître d'ouvrage « est la personne morale [...] pour laquelle l'ouvrage est construit ». Ces dispositions législatives contradictoires avaient suscité l'inquiétude des établissements, avant que la DGOS ne vienne clarifier cette situation en décembre 2017, en indiquant que la loi de modernisation du système de santé, dérogeant à la loi MOP, confiait la compétence de passation des marchés de travaux à l'établissement support.

Cette répartition des compétences est critiquée par la cour des comptes qui estime que cela conduit qu'un démembrement de la fonction achat entre la passation des marchés qui relève de l'établissement support revenant à l'établissement support et son exécution relevant des établissements parties¹⁷⁷.

La convention constitutive de groupement de commandes confie au coordonnateur le soin d'assurer au nom et pour le compte des autres établissements la passation du marché ainsi que certaines missions liées à l'exécution (décision de reconduction, conclusion d'avenant, décision de résiliation)¹⁷⁸.

Depuis le 1er janvier 2018, l'établissement support est devenu compétent pour décider et mettre en œuvre, le cas échéant, le recours à un groupement de commandes qui est une décision de stratégie d'achat.

Il peut donc être considéré que c'est l'établissement support qui sera habilité, pour le compte de chaque établissement partie au GHT : à signer des conventions constitutives de groupement de commandes, à signer les avenants à ces conventions constitutives de groupement de commandes mais aussi à dénoncer les conventions constitutives de groupement de commandes.

Le dispositif légal de transfert de compétences en matière de passation de marchés publics à l'établissement support équivaut à lui conférer des facultés analogues à celles des formules d'achat groupés ou centralisés prévus par l'ordonnance n°2015-899 du 23 juillet 2015. Il est donc considéré qu'il n'est pas nécessaire de « doubler » le GHT d'une formule d'achat groupés ou centralisés prévue par l'ordonnance dite « marchés publics » de 2015.

¹⁷⁵ Foire aux questions sur la question achat, 2017.

¹⁷⁶ Loi n° 85-704 du 12 juillet 1985 relative à la maîtrise d'ouvrage publique et à ses rapports avec la maîtrise d'œuvre privée

¹⁷⁷ Lami (A.), Vioujas (V.), « droit hospitalier », collection paradigme, Bruylant, 1ère édition, 2018, p.262

¹⁷⁸ Article 28 de l'ordonnance n°2015-899 du 23 juillet 2015

La coordination d'un groupement de commande peut être faite par un établissement partie non support d'un GHT, conformément à ce qui est prévu dans la convention constitutive du groupement de commande.

Dans ce contexte, les groupements de commande conclus antérieurement à la constitution des GHT continuent d'exister. Au terme des marchés qu'ils portent, ils peuvent poursuivre leurs missions dans le cadre des avenants qui pourraient être signés par l'établissement support de chaque GHT concerné, pour le compte de chaque établissement partie de leurs GHT qui seraient concernés. L'établissement support peut en effet permettre à un ou plusieurs des établissements partie du GHT de rejoindre des groupements de commande existants, ou de s'en retirer.

Si la compétence de passation des marchés confiée à l'établissement support lui confère également la responsabilité du recours ou non aux groupements de commande, il est très fortement recommandé que les décisions relatives aux groupements de commande dans lesquels les établissements parties du GHT sont engagés soient prises en concertation étroite avec les représentants de ces établissements.

Aujourd'hui la loi de modernisation du système veut imposer une logique de groupe et la fonction achats doit se structurer autour du territoire.

Titre 2 : Une vision déclinée autour de projets du territoire

La stratégie de groupe devra s'appuyer sur la définition d'un projet médical partagé au service de la mutualisation(A), mais aussi l'adoption d'un plan d'actions achat territorial (B).

A- Projet médical partagé et projet de soins partagé au service d'une mutualisation

La convention constitutive est définie de façon matérielle par l'article L. 6132-2-II et les dispositions réglementaires du code de la santé publique. Ainsi, la convention constitutive est constituée de deux volets : un volet relatif au projet médical partagé et un projet de soins partagé s'inscrivant dans une stratégie globale de prise en charge, en articulation avec le projet médical partagé.

L'élaboration d'un document unique, qui serait un projet médico-soignant partagé, est à privilégier pour garantir une stratégie cohérente de prise en charge globale du patient.

Il est également prévu, pour les activités hospitalières et universitaires, le principe d'une association du CHU à tout GHT qui ne compterait parmi ses membres un CHU¹⁷⁹. Cette association est traduite dans le projet médical partagé du GHT et dans la convention d'association passée entre l'établissement support et le CHU.

Si le projet médical partagé/et ou de soins partagé organise le travail d'équipe et la collégialité des équipes médicales, il est indispensable que les professionnels médicaux et soignants puissent travailler avec les mêmes matériels et équipements dans tous les établissements de santé d'un même GHT. Les outils de travail se doivent d'être homogènes pour permettre la constitution d'équipes de territoire, au même titre que la convergence du système d'information.

Cette convergence des matériels et équipements suppose une mutualisation des achats. En outre, tous les établissements de santé ne sont pas dotés d'acheteurs professionnels, et une part importante des marges de manœuvre des établissements de santé en matière d'achats relève de la professionnalisation de cette fonction. En effet, la mise en œuvre d'une fonction achats nécessite des compétences expertes, qui sont encore des compétences rares. Mutualiser cette fonction, c'est permettre aux établissements de santé de mettre en commun ces compétences expertes. C'est aussi leur permettre d'être plus « solides » dans la négociation de leurs marchés avec les prestataires, et ainsi de dégager des marges d'efficience puisque la composition publique du GHT lui permet de se constituer en groupement d'achats. Tout en étant respectueux des groupements d'achats existants, le GHT est l'échelon pertinent pour de nombreux achats. Il doit s'inscrire dans les dispositifs à vocation régionale ou nationale existants.

L'idée de mettre en place un projet médical partagé est née avec la loi HPST avec les CHT. Mais son caractère incitatif ne permettait pas d'avoir une préférence pour les EPS.

Le rapport Hubert-Martineau se fixait ainsi comme ambition de « donner naissance à un outil organisant partout et pour tous une gradation des soins hospitaliers, dans le cadre d'une approche centrée sur le patient »¹⁸⁰.

¹⁷⁹ A propos du Projet médical partagé voir développements ultérieurs

¹⁸⁰ Jacqueline Hubert, Frédéric Martineau, Mission Groupements hospitaliers de territoire, rapport intermédiaire, mai 2015.

L'achat des équipements d'imagerie revêt un caractère stratégique dans la mesure où il est lié au projet médical et à l'organisation du plateau technique des établissements¹⁸¹. Ces équipements peuvent être schématiquement classés en deux grandes catégories :

- les équipements matériels lourds (EML) soumis à autorisation : imagerie par résonance magnétique (IRM), scanner, gamma-caméras et caméras-TEP (équipements de scintigraphie utilisés en médecine nucléaire) dont leur prix s'échelonne entre 500 000 € et 2,5 M€ (selon la cour des comptes dans son rapport).

- les équipements d'imagerie courants (radiographie « standard » et échographie), qui sont très largement diffusés dans les établissements de santé et dont le prix s'échelonne entre quelques dizaines et quelques centaines de milliers d'euros (rapport cour des comptes). Le marché des équipements matériels lourds est oligopolistique ; il est dominé par quatre fournisseurs mondiaux (General Electric, Siemens, Philips et Toshiba).

Ainsi, les prescripteurs (médecins) conservent un réel poids dans la décision d'achat des équipements d'imagerie, ce qui a pu représenter un obstacle fort à la mutualisation par crainte d'une standardisation rigide. Néanmoins, l'organisation mutualisée des achats d'imagerie progresse, puisque le RESAH et UniHA se positionnent désormais sur ce marché, alors que jusqu'à présent seule l'UGAP l'avait investi. Le développement de l'achat hospitalier mutualisé ces dernières années a un impact de baisse des prix. La procédure retenue (souvent la centrale d'achat référencement qui permet à l'hôpital de conserver le pouvoir de choisir la marque de l'équipement) témoigne toutefois de la particularité de ce marché.

Le projet médical et de soins partagé pourrait permettre de renforcer cette dynamique notamment pour les médicaments et les dispositifs médicaux qui constituent les catégories de dépenses les moins mutualisées et qui sont mal maîtrisées.

D'ailleurs la commission des médicaments et des dispositifs médicaux stériles (COMEDIMS) a un rôle clé en matière de référencement des produits pharmaceutiques et, à ce titre, a une influence directe sur les achats de médicaments et des dispositifs médicaux stériles. La loi du 26 janvier 2016 a prévu que la convention constitutive du GHT définisse les modalités d'articulation entre les commissions médicales d'établissement pour l'élaboration du projet médical partagé. Elle doit prévoir la mise en place d'un collège médical ou d'une commission médicale de groupement et fixer ses compétences. Dans un objectif d'harmonisation des pratiques, l'élaboration d'un référentiel visant à un resserrement des références, en lien avec la politique d'achat définie au sein de ce groupement, devrait ainsi être réalisée à l'échelle des GHT, en s'appuyant sur le collège médical ou la commission médicale du groupement qui aurait un rôle de « COMEDIMS territoriale ».

Cette commission devrait aussi se saisir de la possibilité, désormais élargie, de substitution des biosimilaires. En effet, alors que la substitution par le pharmacien d'un médicament biologique prescrit en initiation de traitement par un médicament biosimilaire était possible mais strictement encadrée depuis 2014, les recommandations de l'ANSM ont évolué au printemps 2016. L'article 96 de la loi de financement de la sécurité sociale pour 2017 tire les conséquences de cette évolution en permettant l'interchangeabilité à tout moment du traitement sous le contrôle du prescripteur. Cette mesure devrait permettre de lever les freins au référencement et à l'utilisation des médicaments biosimilaires à l'hôpital avec pour conséquence de fortes économies envisageables.

¹⁸¹ Cour des comptes, L'imagerie médicale, Communication à la Commission des affaires sociales du Sénat, mai 2016, disponible sur www.ccomptes.fr.

Si le GHT concerne en première intention les établissements publics de santé et, dans une certaine mesure, les établissements et services publics médico-sociaux, les textes ouvrent la perspective de travailler, autour du projet médical partagé, avec le secteur privé dans le cadre d'une convention de partenariat. Ce dispositif répond de toute évidence aux coopérations public/ privé particulièrement. Pour la constitution des GHT, la loi affirme la primauté du PMP en prévoyant qu'il constitue un volet de la convention constitutive et qu'il « est transmis à l'ARS avant la conclusion de la convention constitutive ». L'application de cette disposition posait toutefois un problème de droit, à défaut d'existence juridique des instances du GHT avant sa création par arrêté de l'ARS. Elle était également irréaliste en fait, un projet réellement concerté ne pouvant être élaboré dans les cinq mois seulement séparant la promulgation de la loi de la date à laquelle les directeurs généraux devaient arrêter la liste des GHT, soit le 1er juillet 2016.

Si le projet médical et soins partagé est au cœur de la stratégie du groupement, il convient de dire le plan d'actions achat territorial en constitue aussi un volet important.

B- La mise en œuvre du plan actions achat territorial

Le plan d'actions achat territorial doit formaliser pour les membres du GHT la mise en œuvre de la performance des achats de manière annuelle.

Le nombre d'établissements d'un GHT, leur dispersion géographique, la qualité de leurs processus d'achat, le niveau de professionnalisation de leurs équipes, leur volume d'achat, l'historique de leur implication au sein des opérateurs d'achat mutualisés ou de leur recours à ceux-ci, empêchent toute tentative d'élaboration d'un schéma d'organisation ou de processus uniques.

La mise en place d'un Plan d'Actions Achats (et Logistique) Territorial annuel commun est une étape essentielle pour définir et formaliser une stratégie d'achats commune.

Le chef de projet peut être un directeur ou responsable achat ou cadre expérimenté de l'achat de l'un des établissements parties du GHT et il n'est donc pas forcément celui de l'établissement support. Pour asseoir la légitimité du chef de projet dans sa mission, nous recommandons la rédaction d'une lettre de mission signée par le directeur de l'établissement support ou du responsable de la fonction achat. Le chef de projet PAAT doit dégager 50 % de disponibilité tout au long de la démarche du PAAT et constituer une équipe projet comportant idéalement un représentant achat de chaque établissement du GHT¹⁸².

L'élaboration d'un PAAT demande de suivre sensiblement les mêmes étapes que pour un PAA d'établissement, à la différence près qu'on recherche des pistes d'optimisation des achats au niveau d'un territoire, complétées le cas échéant de pistes locales en lien avec la stratégie achat du GHT. La méthodologie est donc proche de celle d'un PAA, structurée autour de sept phases¹⁸³ pour la partie relative à l'élaboration du PAAT et de deux phases de mise en œuvre et de bilan. La méthodologie est toutefois enrichie des objectifs de coopération et adaptée aux spécificités d'une démarche multi-établissements.

L'élaboration d'un PAAT pour les établissements de santé doit reposer sur un état des lieux de la politique achat au sein des établissements parties. La méthodologie du PAAT déclinée dans le kit PAAT du programme PHARE s'adapte au contexte du Groupement Hospitalier de Territoire.

¹⁸²Guide GHT mode d'emploi, DGOS, 2016.

¹⁸³ Idem

L'essentiel de cette étape consiste à évaluer les points forts et les axes de progrès des fonctions achat des différents établissements afin de dégager des axes de développement et des premières orientations, stratégiques et opérationnelles qui pourront être approfondies dans un deuxième temps. Ce diagnostic partagé permettra également de poser les fondements de l'organisation commune avant de définir une feuille de route pour y arriver.

Cette étape permet d'identifier les actions génératrices de gains sur achat qui pourraient être mises en place. Elle prend tout son sens dans le cadre d'une coopération : les pratiques sont différentes tant au niveau des acheteurs qu'au niveau des utilisateurs.

Sur le plan juridique, l'élaboration d'un plan d'actions achat territorial, la sécurisation juridique des actes d'achat réalisés figure au nombre des éléments devant être pris en compte dans le cadre de la définition d'une politique achat commune. Compte tenu des implications fortes qu'elle peut avoir pour les responsables de l'établissement (ex : délit de favoritisme), elle constitue historiquement un point d'attention important de leur part. L'introduction d'une expertise juridique au sein de la fonction achat est indispensable pour assurer celle-ci. Quelques indicateurs peuvent être utilement mobilisés dans ce cadre : mesure de la sécurité juridique des procédures de passation, nombre de contentieux de la passation perdus annuellement ; nombre d'annulations totales de procédures prononcées par le juge ; nombre d'annulations partielles prononcées par le juge ; nombre de contentieux en exécution perdus annuellement (mémoire en réclamation, demandes indemnitaires...) ainsi que le nombre de protocoles transactionnels¹⁸⁴.

La difficulté dans le cadre du PAAT de GHT sera de réunir les interlocuteurs des différents établissements pour chacune des familles d'achat autour d'une même table pour la tenue de « remue-méninges » communs. Ces rencontres doivent être l'occasion d'échanger sur les bonnes pratiques observées dans chaque établissement en vue d'une harmonisation potentielle.

L'identification et la diffusion de ces bonnes pratiques est l'un des challenges du PAAT de GHT.

Une délégation partielle peut être constatée. En effet l'absence de personnalité morale et la crainte pour les petits « établissements » d'être absorbés et par leur volonté de conserver leur autonomie. Souhaitant prendre en compte les craintes les « petits » établissements d'être « absorbés », la réforme n'a pas créé une, les GHT permettraient ainsi de concilier la nécessaire autonomie des établissements de santé et le développement de synergies territoriales.

L'élaboration d'un Plan d'Actions Achat de Territoire est un vecteur majeur d'émergence de pistes d'économies achat concrètes. Un kit méthodologique d'aide à l'élaboration d'un PAAT et des outils dédiés ont été élaborés pour aider les GHT dans cette démarche. Ces documents sont accessibles directement auprès de l'équipe PHARE/DGOS ou du référent PHARE de l'ARS. Afin de mettre en place des PAAT efficace, il faut systématiser la mise en œuvre de la méthodologie PAAT à travers une organisation spécifique, comme le prévoit le kit PAAT élaboré par la DGOS.

Le P.A.A.T est un document recensant l'ensemble des actions achat annuelles des différents établissements parties au GHT. Il doit donner une vision précise de la dynamique achat et des actions envisagées au sein du GHT.

¹⁸⁴ Voir guide GHT mode d'emploi, DGOS, 2016, p .91 et suiv.

Il est recommandé qu'à terme (scénario-cible), les actions issues de la démarche PAAT représentent au moins 70% des gains achat du GHT. En d'autres termes, 70% des gains devront faire l'objet d'actions formalisées en mode projet issues d'une démarche collective¹⁸⁵.

Les PAA des établissements parties doivent bien sûr se poursuivre en complément des PAAT. La démarche PAAT doit permettre d'identifier des actions collectives pour l'ensemble des établissements du GHT ou une partie des établissements, voire des actions spécifiques à certains établissements parties. Il ne peut, d'un point de vue pratique, pas être discuté de toutes les actions achat collectivement lors de la démarche PAAT réunissant tous les établissements. Il faut donc, en parallèle, que la recherche d'actions achat propres à chaque établissement soit menée au sein de chacun d'entre eux, en complément des actions identifiées au niveau « territorial ». Il convient pour chaque établissement partie, en lien avec l'établissement support, d'apprécier comment mener la démarche PAA établissement, en terme de mobilisation de ressources achat notamment, puisque ces dernières sont mutualisées.

Il est par ailleurs fondamental que le directeur achat du GHT ait une vision de l'ensemble des actions achat menées au sein du GHT, issues de la démarche PAAT ou des démarches PAA d'établissement. La trame PAAT permettra la saisie par onglet des actions des différents établissements et la distinction entre les actions issues des différentes démarches.

Pour son fonctionnement le PAAT doit s'appuyer sur un comité de pilotage dédié à l'élaboration et la mise en place du PAAT, un comité dédié à la mise en place de la fonction achat ainsi qu'un comité de pilotage dédié à la production opérationnelle est souhaitable.¹⁸⁶

Il s'agit d'instances de pilotage et de suivi opérationnel des projets. Les comités ont en charge la bonne tenue des travaux, le suivi du planning et la mise en place d'actions correctives définies par le comité de coordination achat. Ils permettent une prise de décision opérationnelle sur des actions pratiques. Ils assurent également la communication vers le terrain ainsi que l'information du comité de coordination achat au sujet de l'avancement du projet.

¹⁸⁵ cf. méthodologie décrite dans le kit PAAT élaboré par le programme Phare.

¹⁸⁶ Voir Guide de la fonction achat des GHT, DGOS, 2016

Chapitre 2 : L'irruption des GHT dans l'environnement des marchés hospitaliers

La création des GHT permet d'optimiser la fonction achat et de développer au niveau territorial une politique structurée qui doit répondre à un souci de graduation des soins au niveau du territoire. L'irruption des GHT aura des impacts sur les autres acteurs de l'achat hospitalier (titre 1), la fluidité de sa mise en place pose problème dans son fonctionnement (titre 2).

Titre 1 : Impacts des GHT sur les autres acteurs de l'achat hospitalier

La réorganisation la fonction achat avec la création des GHT va entraîner une recomposition des acteurs de l'achat hospitalier(A) qui aura des impacts certains sur l'offre (B).

A- recomposition des acteurs de l'achat hospitalier

La mutualisation des achats au sein des GHT va bouleverser le rôle et la place de la fonction des acteurs préexistants.

La DGOS a officialisé la création de 135 GHT en France, regroupant plus de 850 hôpitaux sources qu'il va falloir développer pour pouvoir répondre au plus grand nombre de marchés possibles ; ce qui risque de creuser l'écart entre les TPE-PME et les grandes sociétés. En effet, il est beaucoup plus difficile pour un industriel sous-dimensionné de répondre à plus de 100 groupements de commande que de répondre à 3 structures. Pour pouvoir répondre à un maximum d'appels d'offres, la TPE-PME va devoir mobiliser une ressource à temps plein. Chaque appel d'offres étant différent, l'affinage du prix de la solution proposée requiert une appropriation du marché (en fonction des volumes et de la typologie du marché, le prix variera significativement entre un produit vendu à un CHU avec des volumes importants et le même produit vendu à un EPHAD avec une problématique de stockage et qui nécessite un réassort à fréquence régulière). Par ailleurs, le risque d'un allongement des durées de paiement pourrait se présenter¹⁸⁷.

En outre, la DGOS prend en compte les craintes des fournisseurs mais aussi des opérateurs nationaux qui se voient amputés de certains marchés du fait de ces prérogatives d'achats. A titre d'exemple, dans la mesure où près des 2/3 du volume d'activité d'Uni.H.A est généré par la vente de médicaments, il est facile d'imaginer l'impact significatif pour Uni.H.A du partage de ce marché entre l'opérateur national et les groupements territoriaux.

Face à cette nouvelle organisation, les opérateurs nationaux s'inquiètent également de la transition de certains marchés avec les fournisseurs actuels. En effet, il est légitime de s'interroger sur la continuité ou la rupture d'un contrat passé par un opérateur national avec un fournisseur, dès lors que le groupement sera structuré et en capacité de passer ses propres marchés. L'opérateur national risque d'avoir beaucoup de mal à s'engager sur une volumétrie de commande sans savoir ce que deviendra le contrat à court ou moyen terme. L'idée d'une cession des contrats des opérateurs nationaux vers les groupements territoriaux semble exclue dans la mesure où ils sont concurrents. Les différents acteurs se penchent sur la question d'une co-prescription entre structures nationales et régionales pour unifier les procédures et les ressources associées. L'exécution des contrats serait préservée, avec une transition pour les fournisseurs.

¹⁸⁷ Cour des comptes.

Née avec la mise en place du programme PHARE puis accélérée avec les GHT, la logique de centralisation et de massification se superpose aujourd'hui aux formes de mutualisation existant déjà à travers les groupements d'achat. Force est de constater que le paysage de l'achat hospitalier présente une certaine complexité, en raison des différents niveaux mobilisés.

En ce qui concerne les groupements d'achats deux niveaux peuvent être identifiés : les groupements nationaux d'une part, et les groupements régionaux ou locaux d'autre part.

Les opérateurs d'achat nationaux constituent aujourd'hui des interlocuteurs quotidiens pour les établissements, qui y trouvent des avantages juridiques et financiers notables.

Aujourd'hui les trois principaux groupements d'achat nationaux généralistes : UniHA, le Resah et l'UGAP constituent une logique de complémentarité avec les GHT. À côté, on recense par ailleurs d'autres groupements d'achat, à vocation sectorielle comme UNICANCER qui travaille ainsi auprès de 20 établissements spécialisés dans la lutte contre le cancer. La majeure partie de ces achats est réalisée sur les produits d'oncologie .

Aux structures à dimension nationale s'ajoutent des groupements d'achat régionaux, qui opèrent sur une base géographique plus circonscrite.

Si ceux-ci permettent de mutualiser les achats tout en conservant une certaine proximité entre fournisseurs et établissements, leur pertinence à l'heure des GHT semble parfois contestable. La présence d'un groupement d'achat local et d'un GHT sur un périmètre sensiblement identique paraît ainsi redondante. Elle doit pouvoir être évitée en mutualisant les achats directement à l'échelle de l'établissement support, sans intervention d'une structure juridique supplémentaire.

Dans son audition de février 2018¹⁸⁸, Mme Marie-Anne Jacquet recensait 160 groupements régionaux ou infrarégionaux, et estimait ainsi que « Ces groupements sont encore trop éclatés et de taille encore trop modeste pour pouvoir produire tous les effets escomptés. L'un des enjeux consiste à encourager le regroupement de ces groupements d'achat régionaux, qui ont tous leur pertinence dans l'ensemble du dispositif, autour d'un nombre plus efficace et plus restreint. »

La DGOS mène aujourd'hui une action de réduction du nombre de groupements régionaux sur la base d'une complémentarité avec les groupements nationaux, dans une logique de spécialisation des groupements selon les filières d'achat.

Ainsi, la DGOS est appelé à doubler cette action d'une surveillance des éventuelles redondances entre groupements locaux et GHT. Le partenariat avec le secteur privé, une complémentarité plus étroite pour une efficience accrue.¹⁸⁹

Compte tenu des très nombreux groupements d'achats, la mise en place de la réforme des GHT pose la question de l'articulation du transfert de la fonction achat aux GHT avec ces multiples dispositifs existants et, plus largement, de la stratégie du ministère de la santé en matière de mutualisation.

Depuis la fin 2015, la DGOS a engagé un travail de clarification des rôles et des positionnements des opérateurs de mutualisation, tendant à une plus forte spécialisation des opérateurs par catégorie de

¹⁸⁸ Audition de Mme Marie-Anne Jacquet (DGOS), 21 février 2018.

¹⁸⁹ Rapport cour des comptes

segments d'achat selon le niveau national, régional ou local. Le premier schéma présenté au premier semestre 2016 structurait les achats hospitaliers en trois niveaux : achat en propre au niveau du GHT pour les achats locaux, recours à des opérateurs d'achats mutualisés régionaux pour des segments définis, recours à des opérateurs d'achats mutualisés nationaux pour d'autres segments¹⁹⁰. Mais cette approche apparaissait très prescriptive et était susceptible de se heurter à des risques forts d'atteinte à la concurrence si elle conduisait à réserver certains types d'achats à une catégorie d'opérateurs. Elle a ainsi provoqué de fortes interrogations de la part des acheteurs hospitaliers.

Dans ces conditions, le projet a évolué en s'orientant vers de simples recommandations de spécialisation par niveau. Aucun vecteur réglementaire ou normatif n'est plus prévu, le GHT restant seul décideur de sa stratégie de mutualisation. La DGOS prévoit cependant la signature d'une charte des achats hospitaliers par les représentants des acteurs majeurs de l'achat hospitalier ainsi que la signature de conventions de partenariat avec les opérateurs nationaux qui préciseront les conditions d'élaboration d'offres régionales par ces derniers, ce qui suppose cependant que toute précaution soit prise pour éviter un risque d'atteinte à la concurrence.

La nouvelle position de la DGOS semble plus consensuelle. Les opérateurs nationaux et territoriaux pourraient tout vendre. Sous cette configuration, les opérateurs nationaux rencontreraient une concurrence sévère de la part des plus gros groupements territoriaux ces « supergroupements » auraient une capacité financière de près d'un milliard d'euros, à l'image de celle du RESAH. Il va sans dire que quelle que soit l'option retenue, la création pure et simple des GHT va impliquer une montée en compétences sur certains segments et notamment celui des achats. Aussi, tant que les membres du GHT n'auront pas tranché en interne les questions d'organisation des achats, les opérateurs nationaux pourront se substituer à eux sur cet aspect achat. C'est une manière pour l'UGAP, le RESAH et Uni.H.A de ne pas abandonner certains marchés du jour au lendemain.

Par ailleurs, l'instruction interministérielle du 4 mai 2017 laisse une liberté d'organisation au sein des GHT, en précisant que les groupements de commandes conclus antérieurement continuent d'exister et que l'établissement support peut permettre à un ou plusieurs des établissements parties du GHT de bénéficier d'un groupement de commande existant ou de s'en retirer. La mise en place d'une stratégie unifiée permettant de regrouper les volumes à acheter et de concentrer l'achat auprès d'un nombre plus réduit de groupements risque d'en être rendue plus difficile.

Une recomposition du paysage de la mutualisation hospitalière est de fait en train de s'engager, non sans hésitation persistante entre pilotage directif, encadrement contractuel et liberté des acteurs et sans lever, à ce stade, toutes les interrogations sur les conséquences à en attendre.

B -Les conséquences des GHT dans l'offre hospitalière

La mise en place de GHT va profondément va profondément la structuration de l'offre hospitalière.

Les TPE/PME vont être durablement impactées par la réforme des GHT. En effet, le risque justement pour un grand nombre de ces petites structures est que leurs réponses aux appels d'offres soient

¹⁹⁰La DGOS qualifie un segment d'achat de national lorsque les critères suivants sont simultanément réunis : il est possible d'harmoniser les besoins sur l'ensemble des établissements du territoire national ; le marché fournisseur très concurrentiel est en situation de faire une offre et de la mettre en œuvre dans l'ensemble des établissements hospitaliers. Dans le cas contraire, les segments d'achat sont qualifiés de régionaux ou locaux.

écartées au motif de leur dimensionnement vis-à-vis du cahier des charges émis par l'acheteur. Aussi, pour pallier cette « discrimination », le législateur a insisté sur la règle de l'allotissement des marchés en la consacrant comme un principe¹⁹¹, auquel il sera possible de déroger à condition que l'exception du recours au marché global soit justifié¹⁹².

Ce principe d'allotissement favorable aux petits fournisseurs s'inscrit dans le cadre du plan « Tout pour l'emploi dans les TPE et les PME » annoncé par le Premier Ministre en juin 2015.

Mais lors du besoin si plusieurs établissements décident de partir sur un marché (par exemple 18 membres du GHT du Limousin ou 10 membres pour le GHT LMFI), la possibilité pour les TPE/PME d'accéder à des marchés s'en trouvera réduite. Toutefois, l'article 2113 du CCP prévoit en effet que l'acheteur public peut limiter le nombre de lots auquel un fournisseur peut présenter une offre.

Pour garantir l'hétérogénéité des fournisseurs et des opérateurs sur un même marché, l'article 32, I de l'ordonnance n°2015-899 prévoit que « les acheteurs peuvent limiter le nombre de lots pour lesquels un opérateur économique peut présenter une offre ou le nombre de lots qui peuvent être attribués à un même opérateur économique ». Le Conseil d'Etat a admis cette limitation au motif qu'elle est de nature « à susciter l'émergence d'une plus grande concurrence »¹⁹³.

Il reste alors pour les TPE/PME la possibilité de recourir à un groupement pour leurs offres. Ainsi un groupement est conjoint lorsque chacun des opérateurs économiques membres du groupement s'engage à exécuter la ou les prestations qui sont susceptibles de lui être attribuées dans le marché ; ou solidaire lorsque chacun des opérateurs économiques membres du groupement est engagé financièrement pour la totalité du marché¹⁹⁴. Il est ainsi fait l'appréciation des capacités d'un groupement d'opérateurs économiques sur sa capacité globale et non celle de chaque membre du groupement¹⁹⁵.

Mais dans ce cas, l'établissement support devra travailler avec les opérateurs économiques de son choix. Si cette possibilité de limiter le nombre de lots par opérateur économique offre la possibilité de générer de la concurrence sur un secteur donné, cette disposition autorise aussi l'acheteur à prévoir dans son appel d'offre la possibilité pour les soumissionnaires de faire des offres variables en fonction des lots susceptibles d'être obtenus¹⁹⁶. Cet allotissement du marché reste à la discrétion de l'acheteur public sous certaines conditions¹⁹⁷.

Ce droit offert aux acheteurs avantage les grosses structures qui peuvent construire leur réponse à un appel d'offres en jouant sur les économies d'échelles réalisées en fonction des lots remportés ; les PME-TPE risquant alors de se voir concurrencer sur les seuls lots auxquels ils peuvent répondre.

Certes, la mutualisation a comme objectif fondamental d'aboutir à des économies d'échelle. Toutefois, plusieurs leviers sont à la disposition des personnes publiques désirant intégrer dans leurs politiques achats une dimension forte d'accès des PME à la commande publique en adéquation avec

¹⁹¹ Article 2113-10 du CCP

¹⁹² Voir en ce sens l'article 2113-11 du même code

¹⁹³ Conseil d'Etat, 7ème / 2ème SSR, 20/02/2013, req.363656, recueil Lebon

¹⁹⁴ Article R2142-20 du CCP

¹⁹⁵ Article R2142-25 du CCP

¹⁹⁶ Article L2113-10 du CCP

¹⁹⁷ Article L2213-11 du CCP

la mutualisation. Ainsi, par exemple l'acheteur pourra définir un périmètre d'achats à mutualiser compatible avec ces deux objectifs, établir des politiques achats complémentaires au sein des différents établissements pour permettre le respect de tels engagements ou encore mutualiser certaines procédures tout en portant une réflexion particulière sur l'allotissement, entre autres. Tout est une question de dosage, c'est-à-dire de priorité en matière d'enjeux, de spécificité du segment d'achat bref, de politique achat.

En second lieu, les petites entreprises sont souvent pénalisées par le recours désormais systématique à la procédure formalisée en matière d'achats publics. En application du code de la commande publique, tout besoin dont la valeur estimée dépasse 40000¹⁹⁸ € hors taxes doit en effet faire l'objet d'un marché avec publicité et mise en concurrence préalables¹⁹⁹. Or le transfert de la fonction achat à l'établissement support entraîne la computation de ce seuil au niveau du GHT, et non plus au niveau de chaque établissement.

Ceci pose question, dans la mesure où les petites entreprises ne disposent parfois pas de l'expertise juridique et du savoir-faire pour répondre à des cahiers des charges complexes, et remporter les appels d'offres face aux grandes entreprises de leur secteur. Elles sont par conséquent évincées de marchés sur lesquels elles étaient pourtant offreuses historiques, et compétitives.

A cet égard le relèvement annoncé des seuils dispense de procédure à 40 000 € HT, dont les fournisseurs locaux du secteur hospitalier devraient pouvoir tirer parti. Un nouvel aménagement des seuils est intervenu avec l'épidémie du Covid-19 mais ne concerne que les entreprises des BTP dont le seuil est relevé pour une période de douze mois à 70000 € et à 100000 € pour soutenir les industries alimentaires et éviter le gaspillage, pour lesquelles la production est effectuée avant le 11 juillet et les produits livrés jusqu'au 10 décembre²⁰⁰.

L'article 80 de la LFSS 2017 qui est entrée en vigueur en octobre 2018 rénove les transports sanitaires en prévoyant pour les entreprises soumissionnaires de rationaliser leur offre. A cette fin, afin de garantir la qualité du service rendu aux patients, il est recommandé aux établissements de santé d'inclure dans leur CCTP et CCAP des clauses favorisant le dépôt de candidatures communes dans l'optique de permettre aux transporteurs proposer une offre de transport conséquente et organisée, limitant ainsi le temps d'attente et d'éventuels retours «à vide» de véhicules. Les transporteurs sont ainsi incités à déposer des candidatures conjointes et solidaires²⁰¹.

En dépit des efforts accomplis par la DGOS et des effets bénéfiques qu'il a pu avoir en termes de prise de conscience chez les acteurs hospitaliers, le programme Phare risque à terme de causer de lourdes difficultés aux établissements.

¹⁹⁸ Depuis le 1^{er} 2020 ces seuils sont révisés : 40.000 € pour les fournitures, 214000€ pour les biens et services et 5.350.000 € pour les travaux. Avis relatif aux seuils de procédure et à la liste des autorités publiques centrales en droit de la commande publique (JORF n°0286 du 10 décembre 2019 / Annexe 2 du code de la commande publique).

¹⁹⁹ Article R. 2122-8 du code de la commande publique.

²⁰⁰ Décret n° 2020-893 du 22 juillet 2020 portant relèvement temporaire du seuil de dispense de procédure pour les marchés publics de travaux et de fourniture de denrées alimentaires.

²⁰¹ Note d'information no DSS/1A/DGOS/R2/2018/80 du 19 mars 2018 relative à la mise en œuvre de l'article 80 de la LFSS pour 2017

Ceci s'explique par d'une part par la massification excessive des structures d'achat, à l'origine de risques considérables pour l'approvisionnement en médicaments et la place des entreprises locales à long terme, et d'autre par la structuration du programme sur la notion de « gains d'achat », notion floue servant à la fois de critère d'évaluation et de support pour des économies budgétaires d'une ampleur toujours croissante.

Enfin, la massification rapide des achats promue par le programme PHARE comporte des risques. En effet, la constitution d'un oligopole sur chaque segment de marché est susceptible de réduire la pression concurrentielle, ce qui peut avoir des conséquences graves : accroissement des ruptures d'approvisionnement, hausse des prix, baisse de la qualité de service.

En outre, comme pour le moment il n'existe pas de groupements régionaux matures que dans quelques régions, une phase transitoire de plusieurs années sera nécessaire pour atteindre une quinzaine de groupements régionaux, comme le souhaite la DGOS, au lieu des 166 recensés. A titre provisoire avant d'en arriver là, il est probable qu'un transfert massif puisse s'opérer vers UniHA sous l'impulsion des établissements supports des GHT. En effet, en décembre 2016, sur les 67 établissements membres d'UniHA, 62 étaient établissements supports de GHT. Les établissements parties du GHT pourraient donc se désolidariser des groupements régionaux ou infrarégionaux existants.

Si le recours aux opérateurs de mutualisation nationaux ou régionaux doit être encouragé et si les groupements locaux doivent être fortement rationalisés compte tenu de leur dispersion actuelle, la mise en œuvre de l'orientation de la DGOS doit s'accompagner de précautions notamment une égalité de traitement des trois opérateurs nationaux (UGAP, UniHA, RESAH) et des groupements régionaux, un maintien des groupements d'achats locaux les plus dynamiques, et une vigilance quant au respect de la libre-concurrence et préservation de l'accès à la commande publique à des fournisseurs diversifiés et aux PME. Il importe désormais pour les pouvoirs publics de clarifier rapidement les perspectives à court et moyen terme de la recomposition attendue des acteurs de la mutualisation des achats hospitaliers.

L'Agence nationale de sécurité du médicament et des produits de santé (ANSM) surveille avec intérêt les ruptures/risques de rupture de stocks des médicaments d'intérêt thérapeutique majeur (MITM), c'est-à-dire des médicaments dont l'indisponibilité transitoire, totale ou partielle, est susceptible d'entraîner un problème de santé publique²⁰².

La MECSS a pu constater (Mission d'évaluation et de contrôle des lois de financement de la sécurité sociale)²⁰³ toutefois que les risques d'une concentration excessive des achats, notamment des médicaments. Si une unification de la demande permet à court terme d'améliorer le pouvoir de marché des acheteurs, les effets apparaissent plus mitigés à moyen et long terme.

En premier lieu, une massification excessive de la demande risquerait de dégrader durablement le niveau de concurrence sur le marché du médicament. En effet, l'organisation du marché autour de commandes moins nombreuses et de volumes plus importants peut évincer d'office les fabricants de taille modeste, qui ne seraient pas en mesure de pourvoir aux besoins exprimés.

²⁰² Mise en jeu du pronostic vital, perte de chance importante pour les patients

²⁰³ La loi n° 2004-810 du 13 août 2004 relative à l'assurance maladie autorise la création au sein de chaque assemblée une commission chargée de faire une mission d'évaluation et de contrôle de la LFSS

Or une réduction du niveau de concurrence sur le marché du médicament entraînerait comme effets principaux une hausse des prix, car en ce moment il pourrait y avoir l'apparition d'un monopole sur chaque segment de marché et un risque accru de pénuries, en raison de l'incapacité des autres fabricants à fournir un produit de substitution en cas de défaillance du contractant. Il est nécessaire de préserver une pluralité de l'offre en matière de médicament, car la défaillance d'un acteur entraînerait très vite à des défauts d'approvisionnement potentiellement catastrophique.

Un deuxième risque lié à la massification et qui tiendrait aux coûts logistiques supplémentaires causés par l'éloignement entre l'acheteur et les bénéficiaires, eu égard notamment aux éventuelles ruptures d'approvisionnement.

Enfin, une massification des achats est toujours synonyme de centralisation et risquerait d'éloigner les acheteurs des prescripteurs, avec par conséquent une baisse de qualité du service médical rendu.

Il ne paraît donc pas opportun de poursuivre la massification jusqu'à un acheteur national unique. La question du niveau adéquat de concurrence se pose également au niveau des groupements d'achat nationaux. La création des GHT va sans doute conduire à une recomposition dont les effets se feront se sentir à moyen ou long terme.

Poursuivant l'objectif d'une performance des achats et d'une professionnalisation des acteurs dans une logique de groupe, sa mise en œuvre ne s'est pas aujourd'hui instaurée facilement.

Titre 2 : La mise en place des GHT, une relation tout sauf fluide

Aujourd'hui le constat qui est fait : « (...) les acteurs manifestent régulièrement le sentiment d'avancer dans l'inconnu, de devoir construire des synergies avec d'autres acteurs avec qui ils ne partagent pas nécessairement d'identité ou d'objectifs communs. »²⁰⁴. Car ils sont potentiellement déséquilibrés et bien que la coopération ait parfois pu émerger de manière ascendante, c'est -à-dire sur la base du volontariat des acteurs, les GHT sont des partenariats dont le principe est imposé par un tiers, en l'occurrence par l'Etat, ce qui pose le problème de la construction et de l'appropriation d'un intérêt collectif. Ainsi des contraintes sont apparues dès sa mise en œuvre (A), et il s'agira de voir quelle est la place du développement durable dans les marchés publics hospitaliers (B).

A- Les contraintes apparues dès sa mise en œuvre

Il apparaît tout d'abord que dans une majorité de groupements, les relations se sont bien structurées, et la répartition des rôles s'est effectuée de manière relativement fluide. Dans certains groupements en revanche, les effets attendus de la réforme ont été entravés par une hostilité de la part des établissements partie à perdre leur compétence en matière d'achat, parfois renforcée par une attitude peu conciliatrice de la part de l'établissement support. Le dialogue constructif censé résulter du transfert de compétences prend alors la forme d'une relation d'approvisionnement, l'établissement partie passant « commande » auprès de l'établissement support.

La principale difficulté réside dans les résistances que peuvent opposer les établissements partie face à des charges perçues comme « imposées » par l'établissement support. En particulier, il a été porté à la connaissance du rapporteur que des établissements partie ont pu contester le montant des dépenses liées à la fonction achat retenu par l'établissement support.

L'approche normalisatrice de l'organisation des processus d'achats hospitaliers ne permet pas de prendre en compte leur complexité : complexité liée à l'action collective entre de multiples parties prenantes, complexité liée au nombre et à la technicité des objets au centre des processus d'achat. Les expériences actuelles de mutualisation en dépit d'une forte volonté institutionnelle peinent à se pérenniser.

Tous les établissements aujourd'hui ne disposent pas de compétences techniques à même de piloter des marchés dans le cadre des achats mutualisés d'un GHT. Il est évident que les plus grands établissements recèlent des équipes suffisamment étoffées pour piloter un processus achat mutualisé. La taille du et le dimensionnement des établissements du GHT seront déterminante pour cette question. Un groupement composé de 10 membres voire plus est plus difficile à organiser en terme de fluidité que d'un GHT de trois, quatre, cinq membres. Cette difficulté se ressent aujourd'hui au sein du GHT LMFI. Aussi, dans le cadre de la mutualisation des achats les établissements n'ayant pas suffisamment de ressources humaines dédiées à la fonction achat, ne pilotent jamais ou quasiment rarement un projet d'achat mutualisé. C'est encore plus une charge de travail qu'ils ne sont pas encore prêts à assumer. Et finalement l'idée de groupe décliné dans cette réforme va vite trouver ses limites.

²⁰⁴ CAZIN (L.), « Regrouper pour mieux gouverner ? Le cas des hôpitaux publics français », décembre 2017, p.13, op.cit.

Sur les 276 demandes de quantification effectuées au niveau du GHT LMFI en juin 2018, le constat qui avait été dressé : « un processus long et complexe, une organisation chronophage et la non maîtrise des délais à chaque étape du processus »²⁰⁵. Ce qui a pour conséquence, parfois des délais non respectés, irréalistes voire impossibles à tenir et qui accroissent les risques de retard.

Le décret du 27 avril 2016 relatif aux groupements hospitaliers de territoire avait laissé subsister plusieurs incertitudes juridiques sur des points majeurs pour la mise en place effective de la réforme.

Tous les GHT doivent ainsi, avant le 1er janvier 2018, procéder à ces opérations préalables de mise à disposition et de formalisation des délégations de signature indispensables pour sécuriser les processus d'achat et éviter des irrégularités formelles en cas de recours contentieux. S'il s'agit de l'urgence du moment, le transfert de la fonction achats soulève de nombreuses autres questions qui devront être appréhendées par la suite. Comme le note la Cour des comptes, la stratégie de mutualisation mérite en effet d'être précisée, ce qui interroge sur l'avenir des très nombreux groupements de commandes existants²⁰⁶.

La première incertitude tient aux conséquences concrètes des délégations de signature mises en place après l'entrée en vigueur du transfert de la fonction achat. Afin de faciliter la passation de marchés concernant un établissement partie, le directeur de l'établissement support peut en effet déléguer sa signature à un agent de l'établissement partie. Le décret du 2 mai 2017, prévoit ainsi que « le directeur de l'établissement support peut déléguer sa signature aux agents recrutés par cet établissement ou mis à sa disposition »²⁰⁷ pour assurer les fonctions mutualisées. Les agents qui recevront délégation de signature doivent être mis à disposition (même partiellement) et un lien hiérarchique doit exister entre le délégant et le délégataire.

Au sein du GHT LMFI, des modalités spécifiques ont été mis en place pour cette délégation de signature. Les responsables achats des établissements parties peuvent recevoir une délégation de signature sans limite de montants pour les achats effectués au niveau des centrales nationales. Pour les petits achats imprévus, une délégation de signature dans le seuil des 20000 € est accordée. Pour les travaux une délégation est possible jusqu'à un montant de 5000000 €. Et enfin pour certaines filières spécifiques une délégation jusqu'à 50000 € HT est accordée pour les établissements de Wasquehal, Wattrelos, Loos-Haubourdin, Hazebrouck et Bailleul et jusqu'à 200000 € pour le groupement hospitalier Seclin Carvin, les centres hospitaliers Tourcoing et Roubaix.

Aisé à mettre en œuvre grâce à la convention-modèle publiée par la DGOS²⁰⁸, ce dispositif laisse néanmoins planer des doutes sur ses conséquences contentieuses à terme. L'établissement support conserve en effet l'entière responsabilité des actes signés à l'aide de cette délégation. Si cette situation ne présente pas de difficultés lorsque l'établissement support exerce un réel contrôle sur les actes signés à l'aide de la délégation, elle devient problématique dès lors que l'établissement partie utilise la délégation de signature de façon indépendante. L'établissement support, qui

²⁰⁵ Réunion du Collège des Chefs d'établissements du 20 juin 2018

²⁰⁶ Vincent Vioujas, « Contrats / Marchés publics - Groupements hospitaliers de territoire et fonction achats : le big-bang du 1er janvier 2018 », La Semaine Juridique Administrations et Collectivités territoriales n° 51-52, 26 Décembre 2017, act. 862,

²⁰⁷ L'article R. 6132-21-1 du code de la santé publique

²⁰⁸ DGOS, Modèle de convention de mise à disposition pour les fonctions, activités et missions mutualisées du GHT, 2017

demeure responsable des actes signés et peut voir sa responsabilité engagée à l'occasion d'un litige, fait alors face à un risque financier important.

En deuxième lieu, un risque existe s'agissant de la répartition des charges liées à l'exercice de la fonction achat par l'établissement support. L'article R. 614512 du code de la santé publique prévoit en effet que les charges liées à l'exercice de la fonction achat mutualisée font l'objet d'un budget annexe porté par l'établissement support. Ces charges sont ensuite réparties entre les établissements du groupement, selon une clé de répartition fondée sur la part des charges globales de chaque établissement (sauf charges exceptionnelles et financières, et dotations aux amortissements) dans le total des charges des établissements du groupement (selon la même base de calcul). Pour ce faire, les établissements parties communiquent le montant de leurs charges à l'établissement support, qui les agrège. La principale difficulté réside dans les résistances que peuvent opposer les établissements parties face à des charges perçues comme « imposées » par l'établissement support. En particulier, il a été porté à la connaissance du rapporteur que des établissements parties ont pu contester le montant des dépenses liées à la fonction achat retenu par l'établissement support.

S'il a parfois pu être évité depuis le 1er janvier 2018 grâce à une attitude conciliante de la part des établissements supports, souvent disposés à supporter une charge plus que proportionnelle des dépenses de façon à apaiser le climat au sein du GHT dans un contexte de transfert de compétences, ce point de discorde pourrait prendre de l'ampleur lors des exercices à venir. De tels compromis paraissent en effet fragiles à compter de l'exercice 2020, la période de mise en place de la réforme étant désormais passée. Divers scénarios de contentieux, telles qu'une cessation de paiement de la cotisation au budget annexe, sont à craindre.²⁰⁹

Le MECSS a attiré l'attention sur les modalités d'adhésion des établissements aux accords-cadres en cours d'exécution. En application du décret du 25 mars 2016 relatif aux marchés publics²¹⁰, transposant la directive européenne de 2014 dite « marchés publics »²¹¹ et repris aujourd'hui par le code de la commande publique²¹², les marchés subséquents ou les bons de commande ne « peuvent être conclus ou émis que par les acheteurs identifiés à cette fin 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 un autre document de la consultation ». L'effectivité de ces dispositions a été confirmée par un arrêt de la Cour de Justice de l'Union européenne du 19 décembre 2018²¹³, qui précise que l'acheteur potentiellement bénéficiaire de l'accord-cadre à une date ultérieure doit être clairement désigné comme tel « dans les documents d'appel d'offres par une mention explicite qui soit de nature à faire connaître cette possibilité tant au pouvoir adjudicateur « secondaire » lui-même qu'à tout opérateur intéressé ».

²⁰⁹ Rapport cour des comptes

²¹⁰ Décret n° 2016-360 du 25 mars 2016 relatif aux marchés publics, art. 78.

²¹¹ 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, art. 33.

²¹² Article R. 2162-6 du code de la commande publique.

²¹³ CJUE, 19 décembre 2018, Aff. N° 216/17, Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato – Antitrust & Coopservice Soc. coop. arl c/ Azienda Socio-Sanitaria Territoriale della Vallecamonica – Sebino (ASST), ASST del Garda (ASST) & ASST della Valcamonica (ASST)

Il apparaît aujourd'hui primordial de tenir compte de ces obligations légales, afin de sécuriser juridiquement l'achat mutualisé tout en garantissant l'accès à la commande publique de tous les fournisseurs. Le risque encouru par les acheteurs hospitaliers, en cas d'absence de mention d'un établissement acheteur dans le texte initial de l'accord, est celui d'une annulation des marchés concernés.

Il convient cependant de noter que les marchés conclus avant la mise en place des conventions constitutives des GHT continuent de relever des établissements parties jusqu'à la fin de leur exécution. Et ce n'est pas qu'après la fin de cette exécution qu'ils vont tomber dans le périmètre des achats mutualisés.

Il est alors nécessaire dans le cas d'une cession de marché d'obtenir le consentement du titulaire du marché, faute de quoi la cession lui est inopposable²¹⁴. Le Conseil d'Etat a, dans un important avis de la Section des finances, défini cette notion : « La cession d'un marché (...) doit s'entendre de la reprise pure et simple, par le cessionnaire qui constitue son nouveau titulaire, de l'ensemble des droits et obligations résultant du précédent contrat »²¹⁵. Elle ne saurait être assortie d'une remise en cause des éléments essentiels. Une cession de marché d'un établissement partie vers l'établissement support est donc possible en conservant les éléments essentiels du marché et sous réserve du consentement du titulaire du marché.

Cette cession emporte les conséquences suivantes : l'établissement partie ne pourrait plus bénéficier des prestations assurées par le titulaire dans le cadre du marché public ; l'établissement support bénéficierait des prestations prévues dans le marché cédé, et en contrepartie devra les payer, ce qui constituera une dépense à imputer dans le budget annexe.

On peut considérer que les seuls marchés publics que l'établissement support souhaiterait voir transférer et que l'établissement partie souhaiterait céder seraient, par hypothèse, les marchés d'assistance à maîtrise d'ouvrage comportant des missions d'accompagnement à la procédure de passation d'un marché, ou à la mise en place d'un plan d'action des achats, dès lors que ces marchés répondent à un besoin en lien avec les missions déléguées à l'établissement support au titre de la fonction achat.

Toutefois, dans le cas où un établissement partie disposerait effectivement d'un marché de ce type, celui-ci aurait été conclu pour satisfaire le besoin spécifique de cet établissement partie. La cession d'un marché par changement de pouvoir adjudicateur entre un établissement partie et un établissement support est possible, sous réserve du consentement du titulaire du marché.

Aujourd'hui le développement durable doit être pris en compte dans la mise en œuvre des politiques d'achats.

²¹⁴ CE, 25 octobre 1978, OCIB, n° 99491.

²¹⁵ Avis n° 141654 du 8 juin 2000.

B- Et le développement durable dans tout ça ?

L'obligation de promouvoir un développement durable pour les collectivités publiques dont les EPS a fait son apparition en droit français dans la loi constitutionnelle n° 2005-205 du 1er mars 2005 relative à la Charte de l'Environnement. Celle-ci dispose dans son article 6 que les politiques publiques doivent promouvoir un développement durable et qu'elles concilient la protection et la mise en valeur de l'environnement, le développement économique et le progrès social.

A la faveur des nouvelles directives, la prise du développement durable devient un sujet central. Il est en effet prévu dans la directive n°2014/24/UE du 26 février 2014 que : « La recherche et l'innovation, y compris l'éco-innovation et l'innovation sociale, comptent parmi les principaux moteurs de la croissance future et ont été placées au cœur de la stratégie Europe 2020 pour une croissance intelligente, durable et inclusive (...) »²¹⁶.

Le pouvoir adjudicateur doit, pour chaque marché, trouver un équilibre entre les principes de l'article 1^{er} du CCP, le respect du principe de libre concurrence, le principe d'efficacité et l'intégration des dimensions environnementales et sociales²¹⁷. Les acheteurs doivent tenir compte à toutes les étapes du processus d'achat, depuis la définition des besoins jusqu'à l'exécution du marché, puisqu'il a désormais l'obligation, au moment de la définition de son besoin, de réfléchir à l'intégration des principes du développement durable. La définition des besoins par les acheteurs publics prend en compte des objectifs de développement durable dans leurs dimensions économique, sociale et environnementale²¹⁸. Il est en de même pour l'attribution du contrat qui peut se fonder sur des critères environnementaux et sociaux non discriminatoires et liés à l'objet du marché²¹⁹.

Cette obligation de moyen²²⁰ est directement issue de l'article 6 de la Charte pour l'environnement qui dispose que « Les politiques publiques doivent promouvoir un développement durable. À cet effet, elles concilient la protection et la mise en valeur de l'environnement, le développement économique et le progrès social »²²¹.

Le code de l'environnement à travers l'article L. 541-1 relatif aux dispositions générales de la politique de prévention et de gestion des déchets prévoit que « la commande publique durable est mise au service de la transition vers l'économie circulaire [...]. Par son effet d'entraînement, elle contribue à faire émerger et à déployer des pratiques vertueuses, notamment en matière d'économie de la fonctionnalité, de réemploi des produits et de préparation à la réutilisation des déchets, et de production de biens et services incorporant des matières issues du recyclage »²²².

Un achat public est durable s'il intègre des dispositions en faveur de la protection ou de la mise en valeur de l'environnement, du progrès social, et favorisant le développement économique ; prend en compte l'intérêt de l'ensemble des parties prenantes concernées par l'acte d'achat ; permet de réaliser des économies « intelligentes » au plus près du besoin et incitant à la sobriété en termes

²¹⁶ Considérant 47

²¹⁷ Via l'article 30 de l'ordonnance n° 2015-899 du 23 juillet 2015 portant code des marchés publics.

²¹⁸ Articles 2111-1 et L. 3111-1 du code de la commande publique.

²¹⁹ Articles 2112-2, R. 2152-7, L. 3114-2 et R. 3124-4 du code de la commande publique.

²²⁰ Réponse ministérielle no 25167, JORF, Sénat Questions 9 novembre 2006, p. 2793.

²²¹ Loi constitutionnelle no 2005-205 du 1er mars 2005 relative à la Charte de l'environnement, JORF, 2 mars 2005

²²² La performance environnementale de la commande publique est également prévue à l'article L. 228-4 du code de l'environnement relatif à la qualité de l'air et de l'atmosphère.

d'énergie et de ressources ;intègre toutes les étapes du marché et de la vie du produit ou de la prestation.

Le PNAAD 2015-2020 qui constitue un guide de pratique officiel pour toutes les collectivités publiques. Il se fixe comme objectif une part de : 25% des marchés passés au cours de l'année comprennent au moins une clause sociale ; 30% des marchés passés au cours de l'année comprennent au moins une clause environnementale ; dès l'étape de la définition du besoin, 100% des marchés font l'objet d'une analyse approfondie, visant à définir si les objectifs du développement durable peuvent être pris en compte dans le marché ; 60% des organisations publiques (services de l'Etat, établissements publics, collectivités locales et établissements publics locaux, établissements hospitaliers) sont signataires de la charte pour l'achat public durable en 2020 ;100% des produits et services achetés par les organisations publiques sont des produits à haute performance énergétique, sauf si le coût global des produits et services à haute performance énergétique est supérieur à celui des produits et services classiques, et dans la mesure où cela est compatible avec l'adéquation technique et la durabilité au sens large ;80% des organisations réalisant des achats de papier, d'appareils d'impression, de fournitures, de mobilier, de vêtements, de matériel de bureautique prennent en compte la fin de vie de ces produits, que ce soit dans les conditions d'exécution du marché ou dans une démarche globale de gestion de la fin de vie des produits (recyclage, réemploi, traitement des déchets...).

Aujourd'hui, les contrats globaux de performance peuvent être utilisés comme levier pour les EPS dans le but d'atteindre cet objectif. Il s'agit, là aussi, d'un outil particulièrement utile à l'acheteur pour satisfaire à ses obligations en termes de préoccupations environnementales. Les marchés publics globaux de performance succèdent aux CREM (marchés de conception, de réalisation, d'exploitation ou maintenance) et aux REM (marchés de réalisation et d'exploitation ou maintenance) prévus par l'ancien article 73 du code des marchés publics. Défini à l'article 34 de l'ordonnance du 23 juillet 2015, le marché public global de performance permet à l'acheteur d'associer l'exploitation ou la maintenance à la réalisation ou à la conception-réalisation de prestations (de travaux, de fournitures ou de services), afin de remplir des objectifs chiffrés de performance. Le dispositif n'est toutefois pas limité à la seule performance énergétique. Il peut être utilisé pour satisfaire tout objectif de performance mesurable. Il peut s'agir notamment d'objectifs définis en termes de niveau d'activité, de qualité de service, d'efficacité énergétique ou d'incidence écologique. Ces objectifs peuvent naturellement se cumuler.

La transition écologique doit être à la fois une opportunité de développement économique, une source de création d'emplois favorisant la cohésion sociale et territoriale et un ensemble de droits humains, sociaux et environnementaux, qu'un cadre de responsabilité sociétale des entreprises et organisations permet de mieux faire respecter et de faire progresser.

Une soutenabilité de certains GHT limitée par celle des établissements support et parties financièrement fragiles. Aujourd'hui, on peut s'interroger sur le positionnement de ces TPE/PME des PME/TPE face aux achats hospitaliers à partir du moment où comme le souhaitent la DGOS de se retrouver avec une quinzaine groupements de taille importante pour les besoins des achats hospitaliers. Le circuit court ne sera plus alors privilégié et en serait pas en phase avec une démarche de responsabilité sociale et de développement durable, rompant ainsi avec l'objectif soutien des TPE /PME à l'accès aux commandes publiques. Par ailleurs les « petits » établissement contribuent à la dynamique économique du territoire et constituent un aspect financier important pour ces PME/TPE.

Le CCP impose au pouvoir adjudicateur une obligation de s'interroger eu égard à des objectifs de développement durable, entendu au sens large puisqu'il comprend trois piliers qu'il convient si possible de concilier : efficacité économique, équité sociale et développement écologiquement soutenable²²³.

Dans les établissements de l'échantillon, la prise en compte des préoccupations sociales et environnementales se traduit concrètement par l'édiction de chartes de bonnes pratiques en matière d'achat durable, par l'insertion de critères de sélection des offres intégrant exigences sociales et/ou environnementales et par une politique d'allotissement visant à favoriser l'accès des petites et moyennes entreprises à la commande publique et prévoyant des lots réservés à des entreprises adaptées ou à des établissements d'aide par le travail.

Toutefois comme le remarque la cour des comptes, il est difficile de mesurer précisément l'étendue de ces pratiques car, souvent, les marchés dont les critères de sélection intègrent des considérations sociales et/ou environnementales ne sont pas spécifiquement recensés et l'incidence de ces clauses n'est pas mesurée.

Une prise en compte progressive des préoccupations sociales et environnementales Dans les établissements de l'échantillon, la prise en compte des préoccupations sociales et environnementales se traduit concrètement par l'édiction de chartes de bonnes pratiques en matière d'achat durable, par l'insertion de critères de sélection des offres intégrant exigences sociales et/ou environnementales et par une politique d'allotissement visant à favoriser l'accès des petites et moyennes entreprises à la commande publique et prévoyant des lots réservés à des entreprises adaptées ou à des établissements d'aide par le travail.

Toutefois, il est difficile de mesurer précisément l'étendue de ces pratiques car, souvent, les marchés dont les critères de sélection intègrent des considérations sociales et/ou environnementales ne sont pas spécifiquement recensés et l'incidence de ces clauses n'est pas mesurée.

Le développement durable et la responsabilité sociétale sont devenus des enjeux majeurs pour les achats notamment dans le cadre de la transition écologique déclinée dans le PNAAD. En effet, ils peuvent être des composantes de l'évaluation de la performance achats et font parfois partie des critères de notation des offres.

Toutefois, cette hybridation, au sein des marchés publics, d'objectifs de nature juridique (assurer le respect des principes de liberté d'accès, d'égalité de traitement et de transparence des procédures), et d'objectifs de politique publique (favoriser l'insertion sociale, protéger l'environnement, contribuer au développement des petites et moyennes entreprises...), continue de nourrir la controverse²²⁴. Cette controverse souligne que les conséquences de l'introduction des principes du développement durable ne sauraient être sous-estimées au regard des principes fondamentaux du droit des marchés publics.

²²³ Le Rapport Brundtland - Commission mondiale sur l'environnement et le développement publié en 1987 est disponible à l'adresse <http://www.agora21.org/dd/rapport-brundtland.html>

²²⁴ Pongérard-Payet (Hélène), « Le critère social exprès d'attribution : un cadeau en trompe l'œil fait aux élus », AJDA, no 12, 2006, p. 635 ; De Baecke (Pierre), « Critère social et effectivité de la concurrence : un dialogue de sourds ? », CP-ACCP, no 50, décembre 2005, p. 32-36 ; Linditch (Florian), « Au secours, le critère social revient, Loi du 18 janvier 2005 relative à la cohésion sociale », JCP Administratif, no 8, 21 février 2005, p. 411-412 ; Dubin (Laurence), « Le mieux-disant social, une vieille idée à l'épreuve du droit communautaire », AJDA, no 6, 2002, p. 493-499.

Conclusion deuxième partie

La réforme des GHT a permis d'opérer une mutation profonde de l'achat hospitalier, en définissant au niveau de l'établissement support du groupement une stratégie d'achats et en structurant une fonction achat plus professionnalisée et mieux outillée. Les GHT constituent également le cadre dans lequel pourraient être atteintes une meilleure définition des besoins et la généralisation de l'approche en coût complet. Le suivi de l'exécution des marchés et la logistique constituent des gisements de productivité qui pourront être davantage pris en compte dans le cadre des groupements. Par ailleurs, un potentiel important d'économies d'échelle dans le cadre des GHT existe si l'on se réfère aux écarts de prix constatés entre établissements.

L'articulation du GHT n'est pas aujourd'hui du fait par exemple de la taille . Toutefois, une adaptation doit être trouvée afin de permettre un déploiement harmonieux dans le cadre de la mutualisation de cette fonction.

Conclusion générale

La mutualisation des achats a suivi un long mouvement depuis la loi Boulin qui a jeté les bases de la mutualisation dans le champ hospitalier jusqu'à la mise en place de GHT avec la loi du 26 janvier 2016 dite loi de modernisation du système de santé. Les acheteurs publics n'ont pas suivi un mouvement coordonné allant dans le sens d'une performance car la mutualisation ne leur était pas imposée.

Des évolutions organisationnelles sont désormais à l'œuvre dans de nombreux établissements et le recours multiples aux groupements d'achats, tant nationaux que locaux, s'est généralisé, sans au demeurant que leurs performances ne donnent lieu à analyse comparée. Pour autant, la fonction achat apparaît encore trop souvent dispersée entre de multiples acheteurs, insuffisamment mutualisée dans certains domaines, mal valorisée et encore trop peu professionnalisée.

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.

La loi de modernisation du système de santé a amené un nouveau paradigme coopératif pour les acheteurs publics qui doivent obligatoirement faire partie d'un GHT (sauf exception) pour lequel la fonction achat est mutualisée.

Le GHT a réorganisé la fonction achat entre l'établissement support et les établissements parties, laissant au premier la phase de passation et les autres l'identification de leurs besoins et l'exécution en matière de fournitures, biens et services et travaux. Il a mis en place une logique de groupe pilotée par un établissement support sur lequel va reposer la stratégie achat afin de dégager des économies d'échelle.

La passation des marchés dans le cadre des GHT va conduire à une hyper massification dommageable pour les PME/TPE mais aussi pour les groupements locaux existants à moyen et long terme. Aussi Cette mutualisation imposée aujourd'hui va poser un problème en termes logistiques puisque les commandes se feront de plus en plus dans des volumes importants.

Elle ne sera pas en outre sans conséquence sur les acteurs de l'offre hospitalière car une nouvelle recomposition est en train de se mettre en place, non sans conséquence à moyen et long terme sur la pertinence de groupements régionaux et infra régionaux

Aujourd'hui, la problématique d'optimisation de la logistique est encore plus pressante avec la mise en place des GHT. Même si la gestion des activités logistiques par l'établissement support du GHT n'est que facultative, une prise en compte à l'échelle du GHT permettrait de favoriser les synergies avec la fonction achat stricto sensu. Cela nécessite de mener une réflexion sur les lieux de stockage et de repenser les moyens de distribution au niveau du territoire.

Le décret n° 2019-489 du 21 mai 2019 relatif aux pharmacies à usage intérieur ouvre de nouvelles possibilités aux établissements pour mettre en commun une même pharmacie à usage intérieur. Ce décret ouvre la voie à une mutualisation des PUI au sein des GHT qui le souhaiteraient.

Quoi qu'il en soit, il va sans dire que la mutualisation dans le cadre du GHT constitue une opportunité afin de professionnaliser la fonction achat, de permettre aux EPS de coopérer davantage et d'échanger par la même occasion de bonnes pratiques dans la cohésion. Il ne reste qu'à trouver le bon équilibre dans cette perspective pour y faire participer tout le monde. Tout est question de dosage.

La consolidation du modèle agrégatif du GHT actuel, aux compétences élargies et à la gouvernance potentiellement allégée par les droits d'option ouverts, permettrait de donner un nouvel élan aux GHT, afin de poursuivre et d'amplifier des résultats.

L'IGAS lors de son rapport intitulé « bilan d'étape des groupements hospitaliers de territoire (GHT) » avait alors proposé deux scénarii possibles pour les GHT : le premier de court terme ancré sur la proximité et le second de moyen terme reposant sur un GHT personne morale unique.

Face à ces deux extrémités, la question reste insoluble et le choix ne sera pas facile à faire.

Bibliographie

I.- Traités et manuels

1 -Ouvrages et thèses :

-Ouvrages généraux :

Hauriou (M.), « *les principes de droit publics* », édition Dalloz, 2010,734p.

Philippe Maraval « Optimiser la commande publique, Organisation, acteurs et méthodes d'un service achats performants », Dundod Hors collection,2015

Hoepffner(H.), « *droits des contrats administratifs* », le cours de Dalloz, 2è édition,2020,974p.

Bucher (C.-E.), « *L'inexécution du contrat de droit privé et du contrat administratif* », Dalloz, nouvelle bibliothèque des thèses, Volume 102, 504p.

Anonyme, « *réforme de la commande publique* », DALLOZ, Dalloz Grand Angle, 1ère édition, 2019 ,307p.

Gonod (P.), Melleray (F.) et al., « *Traité de droit administratif* », Dalloz, traités Dalloz, 1ère édition, tome 2 ,2011, 711p.

Auby (J-M), BON (P.) et al., « *droit administratif des biens* », Dalloz, précis, 7ème édition, 2016,720p.

Lebreton (G.), « *droit administratif général* », Dalloz, collection cours,10ème édition, 2019 ,611p.

Benchedikh (F.), « *droit de la commande publique* », Dalloz intégral, dalloz,2019, 448p.

Ouvrages spéciaux

Esper C. et Dupont M., « *droit hospitalier* », Dalloz ,10 édition, 2017, 1047p.

Lami (A.), Vioujas (V.), « *droit hospitalier* », collection paradigme, Bruylant, 1 ère édition, 2018, 487p.

Moquet-Anger (M-L), « *droit hospitalier* », LJDG, 4 è édition, 2016, pp. 185-224

BOISSY (X.) et CROS (N.), « *les achats hospitaliers* », collection tout savoir sur, LEH, 2011 ,232p.

LÉMENT (Jean-Marie), Précis de droit hospitalier. A l'usage de ceux qui n'aiment pas le droit mais veulent comprendre le système hospitalier, 2 éd., Bordeaux, LEH Édition, 2011,

BONTRON (M.C), « *Les fonctions des principes fondamentaux de la commande publique* », soutenue à l'université de Montpellier le 07 décembre 2015, 627p.

Linditch (F.), « *le droit des marchés publics* », Dalloz, collection connaissance du droit, 7ème édition, 2016, 130p.

Anonyme, « *Guide de l'achat responsable* », Dalloz juris, hors-série juriséditions, 2ème édition,2016, 196p.

Thèses

CAZIN (L.), « Regrouper pour mieux gouverner ? Le cas des hôpitaux publics français », université de recherche paris science et lettre, 2017, 282p.

Marcus (L.), « l'unité des contrats publics », Edition-Dalloz, 2010, 608p.

Tarlet (F.), « les biens publics immobiliers », Dalloz, nouvelle bibliothèque des thèses, volume 170, décembre 2016, 746 p.

- Ouvrages collectifs :

- Numéros spéciaux de revues

RDSS n°4 juillet-août 2017, Dalloz, pp.595-657

RDSS n°6, novembre-décembre 2010, Dalloz, pp.409-922

RDSS n° 1, janvier-février 2012, Dalloz, p.p. 45-62

RFDA, n°2 mars-avril 2016, Dalloz, pp.197-323

RFDA, n°1 janvier février 2011, Dalloz, pp.1 -124

RFDA n° mars-avril 2013, dalloz,251 258

RFDA, n°5 mars-avril 2019, Dalloz, pp.197-240

- Présentation par ordre alphabétique

2-Textes législatifs

- Droit européen : texte, Convention par ordre chronologique, jurisprudence

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.

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.

Directive 2014/23/UE du Parlement européen et du Conseil du 26 février 2014 sur l'attribution de contrats de concession.

Règlement d'exécution de la Commission européenne du 6 janvier 2016 établissant le formulaire type pour le DUME.

Droit interne

1-Lois et ordonnances

Ordonnance n° 2016-1729 du 15 décembre 2016 relative aux pharmacies à usage intérieur, JORF n°0292 du 16 décembre 2016

Articles du code de la santé publique : Articles L.6132-1 à L.6132-7, Articles R. 6132-1 à R.6132-13

Loi n° 2016-41 du 26 janvier 2016 de modernisation de notre système de santé JO du 27 janvier 2016

Loi n°70-1318 du 31 décembre 1970 portant réforme hospitalière, JO du 3 janvier 1970

Loi 91-748 du 31 juillet 1991 portant réforme hospitalière, JO du 02 août 1991

Ordonnance n° 96-346 du 24 avril 1996 portant réforme de l'hospitalisation publique et privée JO du 25 avril 1996

Loi n° 2009-279 du 21 juillet 2009 portant réforme de l'hôpital et relative aux patients, à la santé et aux territoires JO du 22 juillet 2009

Loi n° 2001-904 du 10 août 2011 modifiant certaines dispositions de la loi n° 2009-879 du 21 juillet portant réforme de l'hôpital et relative aux patients, à la santé et aux territoires

Loi n° 2016-1691 du 9 décembre 2016 relative à la transparence, à la lutte contre la corruption et à la modernisation de la vie économique (dite loi Sapin 2) Journal officiel du 27 janvier 2016

Loi n° 86-33 du 9 janvier 1986 portant dispositions particulières relatives à la fonction publique hospitalière

Ordonnance n° 2015-899 du 23 juillet 2015 portant code des marchés publics, JORF n°0169 du 24 juillet 2015 page 12602

Ordonnance n° 2005-649 du 6 juin 2005 relative aux marchés passés par certaines personnes publiques ou privées non soumises au code des marchés publics, JORF n°131 du 7 juin 2005 page 10014

- Loi n° 2010-751 du 5 juillet 2010 relative à la rénovation du dialogue social et comportant diverses dispositions relatives à la fonction publique

Ordonnance n° 2018-1074 du 26 novembre 2018 portant partie législative du code de la commande publique, JORF n°0281 du 5 décembre 2018

2-Décrets

Décret n° 2019-489 du 21 mai 2019 relatif aux pharmacies à usage intérieur, JORF n°0119 du 23 mai 2019

Décret n° 2001-210 du 7 mars 2001 portant code des marchés publics, JORF n°57 du 8 mars 2001 page 37003

Décret n° 2004-15 du 7 janvier 2004 portant code des marchés publics,

Décret n° 2006-975 du 1er août 2006 portant code des marchés publics, JORF n°179 du 4 août 2006 page 11627

Décret n° 2016-360 du 25 mars 2016 relatif aux marchés publics

Décret n° 2018-1075 du 3 décembre 2018 portant partie réglementaire du code de la commande publique, JORF n°0281 du 5 décembre 2018

Décret n° 2018-584 du 5 juillet 2018 relatif aux mesures d'accompagnement des personnels de direction de la fonction publique hospitalière liées à la mise en œuvre des groupements hospitaliers de territoire, Journal officiel du 7 juillet 2018

Décret n° 2018-585 du 5 juillet 2018 modifiant le décret n° 92-566 du 25 juin 1992 fixant les conditions et les modalités de règlement des frais occasionnés par les déplacements des fonctionnaires et agents relevant de la fonction publique hospitalière sur le territoire métropolitain de la France, Journal officiel du 7 juillet 2018

Décret n° 2017-701 du 2 mai 2017 relatif aux modalités de mise en œuvre des activités, fonctions et missions mentionnées à l'article L. 6132-3 du code de la santé publique, au sein des groupements hospitaliers de territoire, Journal officiel du 4 mai 2017

Décret n° 2017-603 du 21 avril 2017 modifiant le décret n° 88-976 du 13 octobre 1988 relatif à certaines positions des fonctionnaires hospitaliers et à certaines modalités de mise à disposition, Journal officiel du 23 avril 2017

Décret n° 2017-327 du 14 mars 2017 portant création d'une prime d'exercice territorial et d'une prime d'engagement de carrière hospitalière, Journal officiel du 15 mars 2017

Décret n° 2016-524 du 27 avril 2016 relatif aux groupements hospitaliers de territoire, Journal officiel du 29 avril 2016

- Décret n° 88-976 du 13 octobre 1988 relatif au régime particulier de certaines positions des fonctionnaires hospitaliers, à l'intégration et à certaines modalités de mise à disposition

- Décret n° 91-155 du 6 février 1991 relatif aux dispositions générales applicables aux agents contractuels des établissements mentionnés à l'article 2 de la loi n° 86-33 du 9 janvier 1986 modifiée portant dispositions statutaires relatives à la fonction publique hospitalière

3-Arrêtés et instructions ministériels, note d'information

Arrêté du 6 novembre 2017 modifiant l'arrêté du 10 novembre 2016 fixant la clé de répartition déterminant la contribution des établissements parties à un groupement hospitalier de territoire aux opérations concernant les fonctions et activités mentionnées aux I, II, III de l'article L. 6132-3, Journal officiel du 14 novembre 2017

Arrêté du 10 novembre 2016 fixant la clé de répartition déterminant la contribution des établissements parties à un groupement hospitalier de territoire aux opérations concernant les fonctions et activités mentionnées aux I, II, II de l'article L. 6132-3, Journal officiel du 15 novembre 2016

Instruction N° DGOS/GHT/2017/310 du 6 novembre 2017 relative à l'appel à projets pour la mise en œuvre des projets médico-soignants partagés des groupements hospitaliers de territoire, mise en ligne le 14 novembre 2017

Instruction interministérielle N° DGOS/GHT/DGFIP/2017/153 du 4 mai 2017 relative à l'organisation des groupements hospitaliers de territoire, mise en ligne le 12 mai 2017

- Instruction n° DGOS/RH3/2014/196 du 17 juin 2014 relative aux règles applicables aux élections aux commissions administratives paritaires locales et départementales et aux comités techniques des établissements publics de santé et aux établissements sociaux et médico-sociaux

Note d'information no DSS/1A/DGOS/R2/2018/80 du 19 mars 2018 relative à la mise en œuvre de l'article 80 de la LFSS pour 2017

3-Articles :

- Articles juridiques

Keller Catherine. La coopération inter-hospitalière : entre continuité et rupture. In: Revue juridique de l'Ouest, N° Spécial 2015. 20 ans de législation sanitaire. Bilan et perspectives. Colloque organisé par l'Association des Etudiants en Droit de la Santé (AEDS) pour les 20 ans du Master "Droit, Santé, Ethique" (1994-2014) p.p. 39-45.

DELANDE (Guy), « Les GHT : nouvel avatar de la restructuration hospitalière », RDS, n° 76, 2017, p.p. 255-257.

ROMANENS (Jean-Louis), « L'ordonnancement de la loi de santé 2016 », RDS, n° 82, 2018, p.p. 197-210.

HOUDART (Laurent), « Vers une coopération contrainte : les GHT », RDS, n° 2, 2016 (v. numérique 2018), pp. 103-109.

Marion Ubaud-Bergeron « Exorbitance et droit des contrats : quelques interrogations à propos de la modification non conventionnelle du contrat administratif, Presses de l'Université Toulouse 1 Capitole, 2011, p. p. 229-246

Articles non juridiques

Holcman Robert, « Chapitre 20. Les achats publics », dans : Management hospitalier. Manuel de gouvernance et de droit hospitalier, sous la direction de Holcman Robert. Paris, Dunod, « Guides Santé Social », 2017, p. 595-617. URL : <https://www-cairn-info.ressources-electroniques.univ-lille.fr/management-hospitalier--9782100759002-page-595.htm>

Montalan Marie-Annick, Vincent Béatrice, « Prise en compte de la complexité dans la mutualisation des achats hospitaliers », Projectique, 2011/2 (n°8-9), p. 107-116. DOI : 10.3917/proj.008.0107. URL : <https://www-cairn-info.ressources-electroniques.univ-lille.fr/revue-projectique-2011-2-page-107.htm>

Vincent Béatrice, Montalan Marie-Annick, « *Les déterminants de la performance d'un groupement conventionnel d'achats hospitaliers de médicaments et dispositifs médicaux* », Journal de gestion et d'économie médicales, 2013/4 (Vol. 31), p. 228-240. DOI : 10.3917/jgem.134.0228. URL : <https://www-cairn-info.ressources-electroniques.univ-lille.fr/revue-journal-de-gestion-et-d-economie-medicales-2013-4-page-228.htm>

Vincent Béatrice, Montalan Marie-Annick, « *Facteurs clés de la performance collective de groupements d'achats de produits de santé* », Journal de gestion et d'économie médicales, 2014/1 (Vol. 32), p. 11-24. DOI : 10.3917/jgem.141.0011. URL : <https://www-cairn-info.ressources-electroniques.univ-lille.fr/revue-journal-de-gestion-et-d-economie-medicales-2014-1-page-11.htm>

Béatrice Vincent et Marie-Annick Montalan, « *les déterminants de la performance d'un groupement conventionnel d'achats hospitaliers de médicaments et dispositifs médicaux* », in Journal de gestion et d'économie médicales » 2013/4 Vol. 31, pp. 228 à 240.

Fulconis (F.) et Joubert (J.), « compétitivité et réseau public d'offre de soins : des communautés hospitalières de territoire aux groupements hospitaliers de territoire », in Management Prospective, Management & Avenir », 2017/3 N° 93 | pages 37 à 63

Saussier, (S.), et Tirole (J.), « *Renforcer l'efficacité de la commande publique* », Notes du conseil d'analyse économique, vol. 22, no. 3, 2015, pp. 1-12.

- Rapports, enquêtes, notes, analyses

DGOS, guide méthodologique des GHT fonction achats dans les GHT, 2017, 202p.

Dossier de presse intitulé « Les enjeux de la fonction achat dans les établissements de santé et le pilotage du projet », Ministère de la santé et des solidarités 6 janvier 2006, 17p

Eurasanté, « *nouveau droit des marchés publics Les règles du jeu de L'achat hospitalier renouvelées* », n°38 septembre 2016, 12p.

Rapport d'information n° 2496, déposé par la commission des affaires sociales en conclusion des travaux de la mission d'évaluation et de contrôle des lois de financement de la sécurité sociale sur la politique d'achat des hôpitaux Enregistré à la Présidence de l'Assemblée nationale le 11 décembre 2019.

Communication à la commission des affaires sociales et à la mission d'évaluation et de contrôle des lois de financement de la sécurité sociale de l'Assemblée nationale de la cour des comptes présenté en juin 2017.

Emmanuel VIGNERON, « Histoire et Préhistoire de la coopération hospitalière et des groupements hospitaliers de territoire (GHT) », communication Bull. Acad. Natle Méd., 2018, 202, n° 8-9, 1967-1979, séance du 4 décembre 2018,

« Les 21 chantiers du programme triennal de simplification (2013-2016) » dans le cadre de la mission parlementaire simplification de l'environnement réglementaire, administratif et fiscal des entreprises, 2016, 104 p.

IGAS, « bilan d'étape des groupements hospitaliers de territoire (GHT) », tome 1, 2019, 129p.

- Articles de presses

« Les achats hospitaliers, l'atout performance du système de santé », in revue hospitalière de France, n°560, septembre-octobre 2014, pp. 56-76

Robillard (J.) « L'établissement territorial, avec personnalité morale unique, serait l'avenir des GHT », hospimédia publié le 11/02/2020

Tribault (G.), « La fonction achat doit désormais s'étendre à un rôle d'animateur de projet », hospimédia publié le 28/11/2019

Quéguiner (T.), « La DGOS confirme l'extrême hétérogénéité régionale des recompositions hospitalières de l'avant-GHT », publié le 20/07/2016

Tribault (G.) « La fonction de commande de transports appelle une professionnalisation à plusieurs niveaux » publié le 11/02/2020

Jurisprudence

CJUE, 19 décembre 2018, Aff. N° 216/17, Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato – Antitrust & Coopservice Soc. coop. arl c/ Azienda Socio-Sanitaria Territoriale della Vallecamonica – Sebino (ASST), ASST del Garda (ASST) & ASST della Valcamonica (ASST)

Table des matières

Remerciements.....	2
Acronymes et abréviations.....	3
Sommaire.....	4
Introduction.....	5
Partie 1 : une mutualisation reposant sur l'adhésion volontaire des établissements de santé.....	15
Chapitre 1 : une souveraineté des établissements de santé sur leur stratégie d'achat.....	16
Titre 1 : A la recherche d'une efficacité dans la dispersion.....	17
A- Des efforts trop tardifs d'optimisation de la fonction achats.....	17
B- Des marchés soumis à deux régimes juridiques.....	20
Titre 2 : les modalités de la coopération.....	23
A- Une adhésion volontaire à la mutualisation.....	23
B- Reposant sur des modes variés de coopération.....	26
Chapitre 2 : Le développement empirique de la mutualisation des achats.....	32
Titre 1 : Une dynamique impulsée par la DGOS.....	32
A- Le programme phare, levier d'amélioration.....	32
B- Les limites méthodologiques du programme phare	35
Titre 2 : La régularité et répression des opérations relatives aux marchés publics hospitaliers.....	38
A- Le respect des principes à observer en matière d'achats publics.....	38
B- Une vigilance à renforcer en matière de respect des règles de la commande publique...41	
Conclusion première partie.....	46
2 è partie : Une mutualisation imposée dans une coopération fonctionnelle intégrée.....	47
Chapitre 1 : Le GHT, un nouvel acteur rebattant les cartes de l'achat hospitalier	48
Titre 1 : les GHT, une logique de groupe impliquant la hiérarchisation des compétences.....	48
A- Une stratégie des achats adossée sur l'établissement support.....	48
B- Une nouvelle redistribution des compétences au sein du GHT.....	51
Titre 2 : Une vision déclinée autour du territoire.....	55
A- Projet médical partagé et projet de soins partagé au service d'une mutualisation.....	55
B- La mise en œuvre du plan actions achat territorial.....	57
Chapitre 2 : L'irruption des GHT dans l'environnement des marchés hospitaliers.....	60

Titre 1 : Impacts des GHT sur les autres acteurs de l'achat hospitalier	60
A- recomposition des acteurs de l'achat hospitalier	60
B- Les conséquences des GHT dans l'offre hospitalière.....	62
Titre 2 :La mise en place des GHT, une articulation tout sauf fluide.....	67
A- Les contraintes apparues dès sa mise en œuvre.....	67
B- Et le développement durable dans tout ça ?.....	70
 Conclusion deuxième partie.....	 73
Conclusion générale.....	74
<u>Bibliographie</u>.....	75