

DIRECTION DES AFFAIRES JURIDIQUES
SOUS-DIRECTION DE LA COMMANDE PUBLIQUE
8, RUE LOUISE WEISS
75703 PARIS CEDEX 13 - TELEDOC 353
TELECOPIE : 01-44-97-33-99

PARIS, LE 15 AVR. 2004

N° D 041B0100

CAB N° 0618**NOTE**

Objet : Achat de produits pharmaceutiques aux « centrales d'achat privées » dites également centrales de référencement.

Réf : Vos courriers en date des 6 octobre 2003 et 16 décembre 2003.

Par courriers cités en référence vous m'avez transmis un courrier émanant d'un établissement sanitaire et social de MÂCON et une lettre qui vous a été adressée le 16 septembre 2003 par le ministre de la santé, de la famille et des personnes handicapées qui vous interrogeait sur différentes problématiques liées aux pratiques d'approvisionnement des établissements publics de santé auprès de « centrales d'achat privées » dénommées également « centrales de référencement ». Le ministre souhaitait tout d'abord savoir si le recours à de tels organismes s'assimile à une prestation de services relevant du code des marchés publics et quelles sont les formes que doivent adopter les achats de fournitures passant par ces centrales (1). Ensuite il demandait la confirmation que l'UGAP était la seule centrale d'achat reconnue par le code des marchés publics issu du décret du 7 mars 2001 et que seuls des organismes publics sont visés par l'article 32 du code des marchés publics 2004 (2). Enfin, il sollicitait un avis sur l'annexe des conventions d'adhésion à ces centrales notamment en ce qu'elle prévoit qu'un établissement public de santé membre d'un groupement de commande se verra appliquer les conditions tarifaires négociées par le groupement de commande et non celles obtenues par la centrale (2). Vous souhaiteriez connaître mon analyse juridique concernant ces différentes questions.

1) Sur le principe de l'adhésion à une centrale de référencement :

L'article 1^{er} du code des marchés publics définit les marchés publics comme des « contrats conclus à titre onéreux avec des personnes publiques ou privées par les personnes morales de droit public mentionnées à l'article 2, pour répondre à leurs besoins en matière de travaux, de fournitures ou de services ».

Les établissements publics de santé, personnes publiques visées à l'article 2 du code des marchés publics, font appel à des centrales de référencement privées afin qu'elles leur fournissent un catalogue personnalisé de fournisseurs potentiels. Il s'agit donc d'une prestation de services de référencement.

Toutefois, cette prestation peut être regardée comme ne faisant pas l'objet d'une rémunération par les établissements publics de santé, au sens du code des marchés publics. En effet, ils ne sont soumis qu'à l'obligation de verser à la centrale de référencement des frais d'adhésion, en principe inférieurs à 500 € et qui, compte tenu de ce montant réduit qui ne semble pas avoir été établi en tenant compte du coût réel de la prestation, peuvent ne pas être assimilés à une véritable rémunération. Les centrales de référencement sont en revanche rémunérées par les fournisseurs sur la base d'un pourcentage fixe du chiffre d'affaires généré par les commandes des adhérents.

Il est donc possible de considérer que les établissements publics de santé peuvent librement adhérer à une centrale de référencement s'il s'agit uniquement d'accéder à des informations sur les fournisseurs potentiels de produits pharmaceutiques. En revanche, la situation est différente s'agissant de la possibilité pour les établissements de santé de contracter directement avec les fournisseurs référencés par ces centrales.

2) Sur l'achat de produits pharmaceutiques auprès des fournisseurs référencés par les centrales de référencement :

Deux cas peuvent se présenter : soit le fournisseur dispose d'une exclusivité pour la distribution d'un produit spécifique, soit plusieurs fournisseurs peuvent mettre le produit à la disposition de l'établissement de santé.

a) S'agissant des produits pour lesquels le code des marchés publics autorise l'acheteur à négocier directement avec le fournisseur pour des raisons techniques ou tenant à la protection de droits d'exclusivité (article 35.III-4°).

Dans ce cas, le code des marchés publics dispose expressément qu'il s'agit de marchés qui peuvent être directement négociés avec le fournisseur, sans publicité ni mise en concurrence préalable. L'établissement de santé peut donc s'adresser directement au fournisseur pour négocier les conditions de son achat.

En revanche, dans une telle hypothèse, le lien contractuel existant entre l'établissement de santé et la centrale de référencement prend un tout autre aspect. Il ne peut plus être considéré que cette acquisition directe, réalisée sur la base des prix obtenus par la centrale de référencement, est satisfaisante au regard des dispositions du code. En effet, compte tenu d'une part, du fait que les avantages de prix obtenus par la centrale de référencement sont le fruit d'une négociation de cette centrale avec les fournisseurs et que, d'autre part, l'acquisition des produits dans le catalogue de la centrale donne lieu à une rémunération de la centrale par les fournisseurs sur la base d'un pourcentage fixe du chiffre d'affaires généré par les commandes d'adhérents, dans ce cas, l'adhésion à une centrale de référencement doit être assimilée à l'achat d'une prestation de services réalisée, à titre onéreux, par l'établissement public. Si tel est le cas, il est incontestable qu'elle doit donner lieu, au préalable, à une mise en concurrence des centrales de référencement. En outre, sauf hypothèse où la centrale d'achat fournirait elle-même les produits pharmaceutiques, la sélection des fournisseurs qu'elle opère pour les mettre en contact avec les établissements de santé doit, elle aussi, obéir à des règles strictes de mise en concurrence.

b) S'agissant des produits susceptibles d'être proposés par plusieurs fournisseurs, les établissements publics de santé ne peuvent s'approvisionner qu'en respectant les principes de transparence et de mise en concurrence fixés par le code des marchés publics. Le fait de pouvoir

disposer du catalogue édité par la centrale pour leurs marchés publics passés selon une procédure adaptée ne les dispense pas de procéder à des mesures de publicité et de mise en concurrence, quel que soit le montant de leurs besoins. Il s'agit en effet de permettre à tous les fournisseurs potentiels, y compris ceux dont les produits ne sont pas référencés dans le catalogue de la centrale de référencement, de proposer une offre. L'établissement peut ensuite choisir l'offre économiquement la plus avantageuse parmi toutes celles qui seront présentées par les candidats sélectionnés par lui. Il est en conséquence évident que les établissements de santé ne peuvent, ni se contenter de s'adresser aux fournisseurs listés par la centrale de référencement, ni bénéficier des prix négociés directement par elle.

3) Sur la réglementation relative aux centrales d'achat :


L'article 9 du code des marchés publics 2004, détermine ce que sont les centrales d'achat. Cet article précise qu'il ne peut s'agir que d'une personne publique soumise à des obligations de mise en concurrence ou d'un organisme de droit privé qui répond aux conditions fixées par le c) de l'article 9 de la loi n°91-3 du 3 janvier 1991. Ces organismes sont des « pouvoirs adjudicateurs » au sens des directives communautaires et, comme tels soumis à des règles de publicité et de mise en concurrence.

L'article 32 du code des marchés 2004 précise quant à lui que le recours à une telle centrale d'achat permet aux acheteurs publics d'être considérés comme ayant respecté leurs obligations en matière de publicité et de mise en concurrence, pour autant que la centrale a elle-même respecté ces obligations pour la totalité de ses achats.

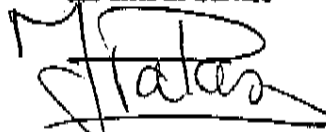
S'agissant plus particulièrement de l'UGAP, l'article 1^{er} du décret 85-801 du 30 juillet 1985 portant statut de cet établissement, modifié par le décret 2004-15 du 7 janvier 2004 portant code des marchés publics, indique que « L'Union des groupements d'achats publics est une centrale d'achat au sens de l'article 9 du code des marchés publics ». Cette disposition n'exclut toutefois pas la possibilité que d'autres centrales d'achat soient créées, qui répondent aux conditions précédemment mentionnées.

En revanche, les centrales de référencement ou les centrales d'achat qui ne répondent pas aux conditions précises fixées par l'article 9 du code des marchés publics 2004, ne bénéficient d'aucun régime dérogatoire particulier et ne peuvent être considérées que comme des candidats potentiels à l'attribution de marchés publics. En aucun cas l'adhésion à de tels organismes ne dispense les acheteurs publics, soumis à des règles de mise en concurrence, de l'obligation de mettre en œuvre de telles règles pour satisfaire leurs besoins.

En conclusion, si l'établissement public de santé est libre d'adhérer à une centrale de référencement lorsque l'adhésion ne donne pas lieu au versement d'une rémunération (cf. 1), il ne peut bénéficier des facilités proposées par celle-ci pour l'achat des produits référencés, qu'il s'agisse de la sélection des fournisseurs potentiels ou des prix préférentiels négociés par elle auprès de ces fournisseurs (cf. 2), hormis le cas où l'adhésion et le choix des fournisseurs auraient fait l'objet d'une mise en concurrence préalable dans les conditions prévues pour les établissements de santé eux-mêmes.

 Le directeur des affaires juridiques,

Le Chef de Service


Marie-José PALASSE