

La biologie médicale privée confrontée aux règles des marchés publics

Les contraintes réglementaires pesant sur les laboratoires de biologie médicale (notamment celles relatives aux exigences d'accréditation) ont conduit les acteurs du secteur à des investissements parfois lourds qui leur appartiennent aujourd'hui de pérenniser. Alors que les pouvoirs publics ne cessent de répéter la nécessité de maîtriser les dépenses publiques (en limitant la prise en charge des actes médicaux), cette durabilité ne peut passer que par une politique de croissance en volume. Dans cette optique, l'externalisation par les établissements publics hospitaliers de la réalisation des actes de biologie médicale peut constituer un débouché intéressant.



Le Code des marchés publics encadre non seulement les conditions d'exécution des prestations réalisées pour le compte des établissements publics hospitaliers mais aussi les conditions dans lesquelles ces contrats sont conclus.

Cette externalisation est réalisée dans un cadre juridique spécifique, parfois complexe : celui de la commande publique. Dès lors qu'une entité publique ou parapublique conclut un contrat à titre onéreux pour répondre à l'un de ses besoins, ce contrat constitue un « marché public » au sens du droit communautaire et – selon sa nature – est soumis en droit national aux dispositions du Code des marchés publics ou à l'ordonnance n° 2005-649 du 6 juin 2005. Garant d'une bonne utilisation des deniers publics et devant prévenir toute prise illégale d'intérêt et/ou favoritisme, le Code des marchés publics encadre, non seulement les conditions d'exécution des prestations réalisées pour le compte des établissements publics

hospitaliers mais également les conditions dans lesquelles ces contrats sont conclus. Il convient de préciser aujourd'hui, que ce Code est le résultat de la transposition en droit national français

Les prestations d'analyse de biologie médicale échappent à la procédure très formaliste de l'appel d'offres.

de directives communautaires propres à la matière. La rigueur des exigences du droit de la commande publique ne se limite pas seulement aux achats de prestations médicales mais peut aussi concerner les structures de coopération entre établissements publics et privés, parmi lesquelles les groupements de coopération sanitaire de moyens (GCS). Ceux-ci retiendront notre attention grâce aux perspectives qu'ils laissent transparaître.

Le déroulement de la procédure d'attribution d'un marché public

Les prestations d'analyse de biologie médicale échappent à la procédure très formaliste de l'appel d'offres (procédure particulièrement rigide dans son déroulement, ses délais, ses modalités de publicité). Il n'en reste pas moins que, préalablement à l'attribution de ces prestations à un laboratoire, les établissements publics hospitaliers sont tenus de mettre en concurrence les opérateurs qui seraient intéressés par le marché. Cette procédure débute par la diffusion d'un avis décrivant les prestations attendues et précisant les conditions de déroulement (modalités de communication du règlement de la consultation et des pièces du marché, date limite pour remettre une offre etc.). Après avoir pris connaissance de l'objet et des conditions d'exécution du marché, il appartient aux opérateurs intéressés par son attribution de constituer un dossier contenant leur candidature et leur offre. Concrètement, les candidats doivent fournir des informations



François Marchadier
Avocat au Barreau de Paris



Yann Simonnet,
Avocat au barreau de Paris.

sur leurs capacités (notamment financières) ou leurs références. En principe, les candidats doivent aussi remettre un « mémoire technique » où sont décrites les conditions dans lesquelles ils se proposent d'exécuter les prestations, s'engager sur des délais etc. Enfin, les candidats s'engagent sur les modalités financières de réalisation des prestations.

Il est important de noter qu'une fois remise, une offre ne peut plus être modifiée, même si parfois, le règlement de la consultation peut prévoir une phase de négociation entre l'établissement public et les candidats. Malgré tout, ces négociations doivent se dérouler dans le plus strict respect des principes d'égalité de traitement entre les candidats.

Une fois en possession de l'ensemble des offres remises, il appartient à l'établissement public de les analyser. Si, au cours de cette analyse, une proposition s'avère non conforme aux exigences des pièces du marché, cette offre est éliminée. Quant aux offres conformes, elles sont notées au moyen de critères faisant l'objet d'une pondération mais ayant préalablement été communiqués aux candidats (dans le règlement de consultation). Cette notation permet de classer les offres et donc de désigner l'attributaire du marché. La signature du marché ne se fait pas immédiatement après cette étape. En effet, l'établissement public hospitalier doit auparavant, informer formellement les autres candidats du rejet de leurs offres. L'établissement public doit alors attendre quelques jours avant de signer le marché pour laisser la possibilité aux candidats évincés de contester les résultats de la consultation dans le cadre d'un référé précontractuel, introduit devant le tribunal administratif. Saisi d'un tel recours, le juge vérifie que les obligations de publicité et de mise en concurrence imposées à l'entité publique ont bien été respectées. Si des manquements à ces obligations sont constatés, le juge peut imposer que la procédure d'attribution du marché soit recommencée. Cette contestation est très rapide car le juge statue

dans un délai d'environ trois semaines après sa saisine. D'ailleurs, au regard de l'évolution jurisprudentielle, l'annulation d'une procédure suppose que le candidat évincé requérant démontre, non seulement l'existence des manquements de la personne publique, mais également le fait que ces manquements aient pu le léser. Cette démonstration n'est guère évidente et, depuis une petite dizaine d'années, on peut constater une nette diminution des annulations de procédure et ainsi, un recul du nombre de référés précontractuels introduits.

Si la procédure n'a pas été contestée par l'un de candidats évincés, ou si le juge administratif a estimé que la procédure s'était déroulée conformément aux exigences de publicité et de mise en concurrence, le marché peut enfin être signé.

On signalera que, même après la signature du marché, tout tiers à ce dernier (candidat évincé, contribuable etc.) peut contester sa légalité devant le juge administratif. Le recours qui peut alors être introduit n'est pas un référé : son instruction est longue (entre deux et trois ans) et, souvent, le juge administratif est amené à statuer sur la légalité d'un contrat qui a été entièrement exécuté... Ce type de recours présente généralement, un intérêt fort discutable.

La création d'un groupement de coopération sanitaire de moyens permet-il d'échapper à l'application du Code des marchés publics ?

Le groupement de coopération sanitaire de moyens (GCS) a pour objet de faciliter, de développer ou d'améliorer l'activité de ses membres (article L.6133-1 Code de la santé publique). Il peut être constitué pour organiser ou gérer des activités administratives, logistiques, techniques, médico-techniques, d'enseignement ou

de recherche, réaliser ou gérer des équipements d'intérêt commun, permettre les interventions communes de professionnels médicaux et non médicaux exerçant dans les établissements ou centres de santé membres du groupement ainsi que des professionnels libéraux membres du groupement. Ce groupement, à but non lucratif, peut être constitué par des établissements de santé publics ou privés, des établissements médico-sociaux, des centres de santé et des pôles de santé, des professionnels médicaux libéraux exerçant à titre individuel ou en société. Il doit comprendre au moins un établissement de santé (article L.6133-2 Code de la santé publique).

Un GCS peut ainsi être composé par des personnes de droit public et des professionnels médicaux libéraux. Face à une telle hypothèse, il est légitime de s'interroger sur l'articulation entre ce mode de coopération et les exigences de la commande publique (Code des marchés publics et ordonnance n° 2005-649 du 6 juin 2005)



Les candidats doivent remettre un « mémoire technique » où sont décrites les conditions dans lesquelles ils se proposent d'exécuter les prestations et de s'engager sur des délais. De même, les candidats s'engagent sur les modalités financières de réalisation des prestations.

Une série de questions se profile!

Le GCS permettrait-il à un opérateur privé de réaliser, pour le compte d'une personne publique, des prestations répondant aux besoins de cette dernière? Les établissements publics souhaitant créer un GCS devraient-ils mettre en concurrence les laboratoires intéressés afin de désigner leurs futurs partenaires au sein du GCS? Les établissements publics membres du GCS devraient-ils mettre en concurrence ce dernier avec d'autres opérateurs susceptibles de répondre à ses besoins?

Le GCS n'étant, finalement, qu'un groupement d'intérêt public (GIP) qui suit un régime juridique dérogatoire au droit commun, il semble pertinent de se référer aux solutions dégagées à propos des prestations exécutées par les GIP pour le compte de leurs membres personnes publiques.

Lorsqu'un GIP ne comprend que des personnes publiques, ces dernières peuvent, en principe, avoir librement et directement recours aux services de ce GIP pour l'exécution de prestations répondant à leurs besoins. Dans ce cas, les prestations sont réalisées – selon l'expression consacrée – en « quasi-régie » (CE, 4 mars 2009, SNIIS, n° 300481).

En revanche, lorsqu'un GIP comprend des personnes privées, les personnes publiques membres du GIP ne peuvent avoir recours aux services de ce dernier sans l'avoir au préalable mis en concurrence avec d'autres opérateurs (CE, 10 novembre 2010, Société Carso-Laboratoire Santé Hygiène environnement, n° 319109).

Toutefois, récemment, saisie d'une convention conclue entre un centre hospitalier et une SELARL d'imagerie médicale dont les membres exerçaient leur activité de médecins libéraux au sein d'une polyclinique qui avait créé un GCS avec ce même centre hospitalier, la Cour administrative d'appel de Nantes a estimé que cette convention échappait au Code des marchés publics (CAA Nantes, 12 avril 2013, SELARL Radiodiagnostic du Giennois, n° 11NT03011). Cet arrêt confirme que lorsqu'un établissement public hospitalier souhaite créer un GCS avec des partenaires privés, ces derniers n'ont pas à être choisis au terme d'une quelconque procédure de mise en concurrence. De même, cet arrêt admet que les praticiens d'un opérateur privé membre du GCS peuvent librement exercer des prestations pour le compte d'un centre hospitalier membre de ce même GCS. En l'espèce, la SELARL devait prendre en charge la totalité des actes d'imagerie devant être dispensés aux patients du centre hospitalier. Au regard de la jurisprudence relative aux GIP évoquée plus haut, cette solution peut surprendre. Même dans le cadre d'un GCS, un établissement public (ou parapublic) va rémunérer un prestataire privé pour exécuter des actes lui permettant d'assurer ses missions de service public (et donc de répondre à ses besoins), il est légitime de considérer que nous sommes en présence d'une relation relevant de sphère de la commande publique. On ajoutera que même dans



Lorsqu'un GIP ne comprend que des personnes publiques, ces dernières peuvent, en principe, avoir librement et directement recours aux services de ce GIP pour l'exécution de prestations répondant à leurs besoins. La situation est différente lorsqu'intervient des personnes privées.

l'hypothèse d'une rémunération couvrant les seuls frais exposés pour l'exécution des actes, au regard de la jurisprudence communautaire, ce type de rémunération révèle le caractère « onéreux » du contrat. Car la Cour de Justice de l'Union européenne a une conception extrêmement large de la notion de contrat conclu « à titre onéreux »: le fait qu'un contrat prévoit une rémunération correspondant au seul remboursement des frais exposés pour fournir un service, suffit à ce qu'il soit considéré comme étant conclu « à titre onéreux » (CJUE, 19 décembre 2012, Ordine degli Ingegneri della Provincia di Lecce, C-159/11).

Tout laboratoire de biologie médicale qui entre en discussion avec des entités publiques devra faire préalablement l'analyse avec ses futurs partenaires des relations économiques et financières et des flux financiers induits par le projet. Il s'agira de déterminer la nature et la régularité des flux mis en place et de la nécessité ou non pour l'opérateur de respecter les règles de mise en concurrence. Cette analyse concerne autant les laboratoires que les entités publiques car une éventuelle annulation de l'opération rejallirait sur l'ensemble des partenaires. ■

CHEYSSON MARCHADIER & ASSOCIÉS
SOCIÉTÉ D'AVOCATS

Parallèlement à sa maîtrise du secteur de la biologie médicale, le Cabinet CHEYSSON MARCHADIER & ASSOCIÉS a une forte expertise en matière de marchés publics. Il assiste de nombreux opérateurs privés dans leurs opérations avec le secteur public et parapublic. Il est également le conseil d'opérateurs publics importants pour la mise en œuvre de leurs marchés.