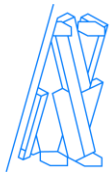


SÉCURISER L'ACHAT PUBLIC ET LA COMMANDE PUBLIQUE DANS LE SECTEUR SANITAIRE ET MÉDICO- SOCIAL

WEBINAIRE DU 4 JUIN 2026



**HOUDART
& ASSOCIÉS**
AVOCATS



FÉDÉRATION HOSPITALIÈRE DE FRANCE

SOMMAIRE

Chapitre 1 : votre établissement a-t-il qualité de pouvoir adjudicateur ?

1. Le cas des établissements publics
2. Le cas des établissements privés

Chapitre 2 : quand un contrat doit-il être qualifié de marché public ?

Chapitre 3: quels impacts sur les modalités de sa passation ?

1. Stop à la systématisation des contrats passés de gré à gré
2. Synthèse des trois procédures de passation
3. Quelques mots sur les grands principes
4. Rappel des risques encourus

Chapitre 4 : le cas spécifique des contrats soumis aux règles de la commande publique, indépendamment de la qualité de pouvoir adjudicateur de l'établissement

Chapitre 5 : *Focus* – marchés numériques et commande publique : sécurisation des contrats en cours d'exécution / sécurisation en amont

Conclusion

1. Synthèse globale
2. Ouverture: le GTSMS (généralités, commande publique, numérique.)





**HOUDART
& ASSOCIÉS**
AVOCATS

Chapitre 1 : votre établissement a-t-il qualité de pouvoir adjudicateur ?

Chapitre 1 : votre établissement a-t-il qualité de pouvoir adjudicateur ?

Article L. 1211-1 du Code de la commande publique :

« Les pouvoirs adjudicateurs, ayant qualité d'acheteurs, soumis au code de la commande publique sont :

1° Les personnes morales de droit public ;

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

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

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

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

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

Le Code de la commande publique distingue donc trois hypothèses distinctes :

1. Le cas des établissements publics ;
2. Le cas des établissements privés créés pour satisfaire spécifiquement des besoins d'intérêt général ;
3. Le cas des établissements privés constitués par des pouvoirs adjudicateurs.



Chapitre 1 : votre établissement a-t-il qualité de pouvoir adjudicateur ?

En pratique, les établissements médico-sociaux autonomes relèvent principalement des deux premières hypothèses:

1. Le cas des établissements publics.

→ Cette hypothèse ne suscite aucune difficulté, tout établissement public a qualité de pouvoir adjudicateur.



Chapitre 1 : mon établissement médico-social a-t-il qualité de pouvoir adjudicateur ?

2. Le cas des établissements privés créés pour satisfaire des besoins d'intérêt général.

Condition n°1 :

→ Une personne morale de droit privé créée pour satisfaire des besoins d'intérêt général ayant un caractère autre qu'industriel ou commercial

Condition n°2 :

→ Une personne morale de droit privé dont :

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

Signifie que plus de la moitié des ressources de la personne morale de droit privé doit émaner de pouvoirs adjudicateurs.

Seuls les financements versés sans contrepartie spécifique sont à prendre en compte.

- Soit la gestion est soumise au contrôle d'un pouvoir adjudicateur ;

Ce contrôle de gestion doit avoir pour objet d'influencer la décision de la personne morale de droit privé en matière de marché public.

Un contrôle a posteriori par une autorité de tutelle ne suffit pas.

A apprécier au cas par cas selon les statuts, documents constitutifs, modalités de prise des décisions...

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





**HOUDART
& ASSOCIÉS**
AVOCATS

Chapitre 2 : quand un contrat doit-il être qualifié de marché public ?

Chapitre 2 : quand est-ce qu'un contrat doit être qualifié de marché public ?

Définition

Article L. 1111-1 du code de la commande publique:

« 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 ».

Conditions

→ Un contrat

Entendu au sens large, quelque soit sa forme, c'est-à-dire l'existence d'un accord définissant certaines obligations réciproques entre les parties.

Des CGV entrent dans cette catégorie.

→ Conclu par un ou plusieurs acheteurs

Cf. Supra

→ Avec un ou plusieurs opérateurs économiques

Entendu au sens de toute personne qui offre sur le marché la réalisation de travaux ou d'ouvrages, la fourniture de produits ou la prestation de services.

A interpréter au sens large (les sociétés, les succursales, les filiales, les associations, les sociétés coopératives, les sociétés anonymes, les universités, qu'elles soient publiques ou privées, ainsi que d'autres formes d'entités que les personnes physiques peuvent relever de cette catégorie).

→ Ayant pour objet de répondre à son/ses besoins en matière de travaux, fournitures ou services

→ En contrepartie d'un prix ou de tout équivalent.

En substance, il s'agit de déterminer si l'opérateur économique tire du contrat une contre-prestation directe, c'est à dire un avantage direct quelconque.





**HOUDART
& ASSOCIÉS**
AVOCATS

Chapitre 3 : quels impacts sur les modalités de sa passation ?

Chapitre 3: quels impacts sur les modalités de sa passation ?

1. Stop à la systématisation des contrats passés de gré à gré

Tout contrat, au sens large, y compris donc des CGV, répondant à la qualification de marché public, doit respecter les règles de la commande publique, et est soumis aux impératifs de publicité et de mise en concurrence.

- ✓ Aucun contrat, y compris donc les CGV, répondant à la qualification de marché public, **ne peut être passé de gré à gré sans vérifier au préalable si une dispense de publicité et de mise en concurrence expressément prévue par les textes trouve à s'appliquer.**



Chapitre 3: quels impacts sur les modalités de sa passation ?

2. Synthèse des trois procédures de passation

→ Les marchés passés sans publicité ni mise en concurrence ;

Ces marchés sont envisagés par les articles R. 2122-1 à R. 2122-9 du Code de la commande publique. Les hypothèses évoquées sont les suivantes :

- 1^{er} cas : L'urgence impérieuse résultant de circonstances extérieures, que l'acheteur ne pouvait prévoir, et qui ne permet pas de respecter les délais minimaux exigés.
- 2^e cas : En cas de première procédure infructueuse, lorsqu'aucune candidature ou offre n'a été déposée.
- 3^e cas : Lorsque le marché concerne des livraisons complémentaires ou l'achat de matières premières.
- 4^e cas : Lorsque le marché est passé avec un opérateur économique en difficulté (cessation d'activités, etc.), permettant ainsi des conditions particulièrement avantageuses.
- 5^e cas : Avec le lauréat d'un concours.
- 6^e cas : Pour des prestations similaires à celles confiées au titulaire d'un marché précédant passé après publicité et mise en concurrence.
- 7^e : Les marchés de fournitures de livres passés par certains acheteurs.
- 8^e cas : Les **travaux, fournitures ou services innovants** et répondant à un besoin dont la valeur estimée est inférieure à 100 000€ HT.
- 9^e cas : Lorsque les prestations attendues par le marché ne peuvent être fournies que **par un opérateur économique déterminé**, pour l'une des raisons suivantes : le marché a pour objet la création ou l'acquisition d'une œuvre d'art ou d'une performance artistique unique ; des raisons techniques; le marché est lié à des droits d'exclusivité (attention le certificat d'exclusivité doit respecter des exigences strictes).
- 10^e cas : Lorsque le **montant du marché** ne dépasse pas 60 000€ HT (fournitures / services) 100 000€ HT (travaux), ou en cas d'allotissement, pour les lots ne dépassant pas ce montant.

ATTENTION : En tout état de cause, passer un marché sans publicité ni mise en concurrence ne dispense aucunement de formaliser le contrat :

- **D'une part, un écrit est imposé pour tout marché supérieur à 25 000€ HT,**
- **D'autre part, l'acheteur doit préciser ses propres besoins et conditions administratives, techniques et financières dans des documents de marché : la signature de CGV imposée par un opérateur économique est à proscrire.**



Chapitre 3: quels impacts sur les modalités de sa passation ?

2. Synthèse des trois procédures de passation

→ Les marchés passés en procédure adaptée ;

Le recours à la procédure adaptée est possible dans les hypothèses suivantes :

• Lorsque la valeur estimée HT du besoin est inférieure aux seuils européens

De 60 000 € HT à 216 000 € HT pour les marchés de fournitures et services,

De 100 000 € HT à 5 404 000 € HT pour les marchés de travaux.

• En raison de l'objet de ce marché :

Lorsque le marché a pour objet des services sociaux

• Lorsque, alors même que la valeur estimée du besoin est égale ou supérieure aux seuils de procédure formalisée, la valeur de certains lots est inférieure à un seuil fixé par voie réglementaire.

Lorsqu'il passe un marché en procédure adaptée, l'acheteur définit librement les modalités de passation du marché, dans le respect des règles de la commande publique, en fonction de la nature et des caractéristiques du besoin à satisfaire, du nombre ou de la localisation des opérateurs économiques susceptibles de présenter une offre, ainsi que des circonstances de l'achat.

Le marché est attribué au soumissionnaire ayant présenté l'offre la plus avantageuse sur la base d'un ou plusieurs critères objectifs, précis et liés à l'objet du marché ou à ses conditions d'exécution.



Chapitre 3: quels impacts sur les modalités de sa passation ?

2. Synthèse des trois procédures de passation

→ Les marchés passés en procédure formalisée.

L'acheteur est tenu de passer le marché selon une procédure formalisée lorsque la valeur estimée du besoin HT est supérieure aux seuils européens :

À partir de 216 000 € HT pour les marchés de fournitures et services ;

À partir de 5 404 000 € HT pour les marchés de travaux.

Le marché est attribué au soumissionnaire ayant présenté l'offre la plus avantageuse sur la base d'un ou plusieurs critères objectifs, précis et liés à l'objet du marché ou à ses conditions d'exécution.

Les procédures formalisées sont les suivantes :

• L'appel d'offres

Ouvert lorsque tous les opérateurs économiques peuvent participer à la procédure ; **Restreint** lorsque seuls les candidats sélectionnés par l'acheteur sont autorisés à soumissionner.

Attention : pas de négociation en appel d'offres.

• La procédure avec négociation et le dialogue compétitif

Une procédure avec négociation ou un dialogue compétitif sont possibles dans des cas limités :

- Quand le besoin ne peut être satisfait sans adapter des solutions immédiatement disponibles ;
- En présence d'une solution innovante ;
- Lorsque le marché comporte des prestations de conception ;
- En cas de circonstances particulières (nature, complexité, risques) ;
- Lorsqu'il n'est pas possible de définir les spécifications techniques avec suffisamment de précision ;
- Lorsqu'en cas d'appel d'offres, seules des offres irrégulières ou inacceptables ont été présentées.



Chapitre 3: quels impacts sur les modalités de sa passation ?

3. Quelques mots sur les grands principes

Il s'agit de principes indispensables, **à appliquer en toute circonstance, tout au long de la procédure achat, quelle que soit l'étape mise en œuvre, et a fortiori pour les « achats importants »**

→ L'égalité de traitement des candidats

Il s'agit de traiter de manière identique l'ensemble des candidats et soumissionnaires, autrement dit de s'abstenir de toute discrimination à l'encontre de l'un d'eux pendant la procédure.

→ La liberté d'accès :

Il s'agit de permettre à tous les opérateurs économiques de connaître les besoins des acheteurs et de participer à la passation de leurs marchés publics.

→ La transparence de la procédure

il s'agit pour l'acheteur de fournir aux candidats un degré d'information optimal. Grâce à cette transparence d'information, les candidats peuvent s'assurer du respect des principes d'égalité de traitement et de liberté d'accès.

La conclusion de tout contrat répondant à la qualification de marché public susvisé, quel que soit sa forme, doit respecter ces grands principes.

Attention à la méconnaissance des grands principes en cas de *Sourcing*.



Chapitre 3: quels impacts sur les modalités de sa passation ?

4. Rappel des risques encourus

→ Risque contentieux

Risque de nullité du contrat

Induisant un risque de rupture de la continuité et du fonctionnement du service public

Risque financier et indemnitaire important

→ Risque pénal

Délit d'octroi d'avantage injustifié au sens des dispositions de l'article 432-14 du Code pénal, dit « délit de favoritisme », puni de 2 ans d'emprisonnement et d'une amende de 200 000 €, dont le montant peut être porté au double du produit tiré de l'infraction.

→ Risque en cas de contrôle des juridictions financières





**HOUDART
& ASSOCIÉS**
AVOCATS

Chapitre 4 : le cas spécifique des contrats soumis aux règles de la commande publique, indépendamment de la qualité de pouvoir adjudicateur de l'établissement

Chapitre 4 : le cas spécifique des contrats soumis aux règles de la commande publique, indépendamment de la qualité de pouvoir adjudicateur de l'établissement

Point de vigilance: un contrat qui ne répond pas à la définition de marché visée à l'article L. 1111-1 du Code de la commande publique susvisé peut malgré tout devoir respecter les règles de la commande publique.

Ainsi, la soumission aux règles de la commande publique ne dépend pas uniquement de la qualification en pouvoir adjudicateur de l'acheteur, ou plus largement de la qualification en marché, mais peut découler des modalités de financement du contrat.

Fondement textuel :

Article L. 2100-2 du Code de la commande publique.

Conditions :

Condition n°1 : Le contrat conclu est **subventionné directement à plus de 50 % par un pouvoir adjudicateur;**

Condition n°2 : La valeur estimée hors taxe du besoin est égale ou supérieure aux seuils européens;

Pour rappel, les seuils européens sont les suivants :

- **216 000 € HT** pour les marchés de fournitures et services,
- **5 404 000 € HT** pour les marchés de travaux.

Condition n°3 : L'objet du contrat correspond à l'une des activités suivantes :

- Des activités de génie civil figurant sur la liste mentionnée au 1° de l'article L. 1111-2 ;
- Des travaux de construction relatifs aux hôpitaux, aux équipements sportifs, récréatifs et de loisirs, aux bâtiments scolaires et universitaires ainsi qu'aux bâtiments à usage administratif ;
- Des prestations de services liés aux travaux mentionnés ci-dessus.





**HOUDART
& ASSOCIÉS**
AVOCATS

**Chapitre 5 : Focus – marchés numériques et
commande publique :
Sécurisation des contrats en cours d'exécution
Sécurisation en amont**

Chapitre 5 : *Focus* – marchés numériques et commande publique : sécurisation des contrats en cours d'exécution / sécurisation en amont

Les contrats méconnaissant les règles de la commande publique et exposant les établissements médico-sociaux à un risque juridique sont aujourd'hui très nombreux, tout secteur confondu.

Ils sont toutefois particulièrement présents dans le secteur du numérique.

Pourquoi?

Les habitudes de l'achat de gré à gré sont particulièrement ancrées dans ce secteur.

Les opérateurs économiques du secteur sont particulièrement actifs et convaincants.

Conséquences:

Les signatures intempestives de contrats de gré à gré ou de GCV sont encore aujourd'hui très fréquentes.

Quels risques?

Outre les risques déjà identifiés (contentieux, pénal notamment), cette mauvaise pratique induit un **risque financier important**.





Chapitre 5 : *Focus* – marchés numériques et commande publique : sécurisation des contrats en cours d'exécution / sécurisation en amont

Alors, comment sécuriser les pratiques?



Chapitre 5 : Focus – marchés numériques et commande publique : sécurisation des contrats en cours d'exécution / sécurisation en amont

1. Sécurisation des contrats déjà passés

Au préalable, un recensement de **tout achat** passé en matière de prestations / services numériques doit être réalisé, particulièrement les achats passés de gré à gré.

Chaque achat / bons de commande / CGV / contrat doit être pris en compte et faire l'objet d'une analyse dédiée.

Pour chaque marché passé dont la passation s'avérerait contraire aux règles de la commande publique, il peut être envisagé, à apprécier au cas par cas :

- ➔ Soit d'attendre l'arrivée à échéance du contrat, et de préparer en parallèle la passation d'un marché régulier.
- ➔ Soit anticiper une non-reconduction du contrat, et préparer en parallèle la passation d'un marché régulier.
- ➔ Soit d'envisager une résiliation anticipée, et préparer en parallèle la passation d'un marché régulier.

ATTENTION : La sortie d'un marché public doit également prendre en considération **les conditions techniques de sortie** (réversibilité des données)



2. Sécurisation des contrats à venir

→ Sécuriser la procédure de passation

Cf. Supra.

Etapes à suivre pour sécuriser de manière optimale les contrats à venir, notamment dans le domaine du numérique :

- Déterminer si mon établissement a qualité de pouvoir adjudicateur.
- Déterminer si l'achat envisagé relève de la qualification de marché, au 1^{er} euro.
- Déterminer si l'achat est soumis aux règles de la commande publique.
- Estimer justement le montant du marché et déterminer la procédure de passation applicable.
- Tout marché passé de gré à gré, sans publicité ni mise en concurrence doit être fondé juridiquement.
- Tout marché passé de gré à gré, sans publicité ni mise en concurrence, doit malgré tout être formalisé, selon les besoins de l'acheteur (exit la signature de CGV).
- Préparer les documents de marché (CCAP / CCTP ou cahier des charges ; RC, actes d'engagement, annexes etc.).
- Mettre en œuvre les étapes de la procédure de passation, dans le respect des règles de la commande publique.

Chapitre 5 : Focus – marchés numériques et commande publique : sécurisation en amont / sécurisation des contrats en cours d'exécution

2. Sécurisation des contrats à venir

➔ Sécuriser le fond du marché à passer en identifiant et sécurisant les clauses contractuelles à fort enjeux dans les marchés numériques :

1) Clauses de responsabilité RGPD

- Quelle responsabilité RGPD retenue par le titulaire du marché (sous-traitant ou co-responsable de traitement)
- Encadrement juridique dépend de la qualification retenue => article 28 RGPD pour le sous-traitant / Article 26 du RGPD pour la co-responsabilité de traitement
- **Attention** : les niveaux de responsabilité varient selon la granularité des services ([publication CNIL 28 mai 2026](#))

2) Clauses de sécurité / conformité (SLA, continuité des activités, signalement, souveraineté, etc..)

- Enjeu = Refléter le niveau d'exigence qui s'impose aux ESMS (RGPD/NIS2/etc...) auprès des titulaires
- Certification obligatoire en cas de sous-traitance de l'activité d'hébergement de données de santé => HDS (article L.1111-8 du CSP) => Mentions obligatoires (Article R.1111-11 du CSP) => imposer le respect de ces normes et maintien de la détention de la certification
- Décret du 3 mars 2026 => opposabilité des référentiels de l'Agence du numérique de la santé (ANS) auprès des éditeurs de service de santé numérique (Article L.1470-5 du CSP) => Normes de sécurité et d'interopérabilité à mettre en œuvre pour l'éditeur (ex : Pro Santé Connect / interopérabilité avec le DMP)
- **IMPORTANT** : Les engagements de niveaux de service (SLA pour *Service Levels Agreement*) => Engagement de disponibilité de la solution et garanties d'intervention/résolution (GTR/GTI) à négocier pour assurer les besoins opérationnels de l'ESMS

3) Clauses de réversibilité

- **Objectif de la clause** => Assurer la restitution des données dans un format exploitable en cas de changement de prestataire ou fin du contrat
- **Enjeu** => Anticiper la fin du contrat pour mieux préparer le suivant ! (cahier des charges)



Chapitre 5 : Focus – marchés numériques et commande publique : sécurisation en amont / sécurisation des contrats en cours d'exécution

Focus sur la Clause de réversibilité

- Risques juridiques et contractuels (clauses de résiliation de contrat mal négociées, etc...)
- Risques techniques (format illisible, inexploitable, etc...)
- Risques opérationnels (rupture de la continuité dans les activités, etc..)
- Risques liés à la sécurité et à la conformité RGPD de la structure lors de la réversibilité

Quels points d'attention ?

- Périmètre des données concernées (quel type de donnée, quel format, etc..)
- Délais de réalisation de la réversibilité
- Réaliser des tests de réversibilité en cours d'exécution du marché

Evolution majeure sur les clauses de réversibilité

- Règlement (UE) 2023/2854 => le DATA ACT
 - Article 13 - Identification de clauses abusives (irréfragable ou présumée)
 - Article 29 – fin des frais de changement de fournisseur à compter du 12 janvier 2027 => d'ici là, frais réduits et obligations d'information





**HOUDART
& ASSOCIÉS**
AVOCATS

Conclusion



FÉDÉRATION HOSPITALIÈRE DE FRANCE

Conclusion

1. Synthèse globale

2. Ouverture: le GTSMS (généralités, commande publique, numérique)

→ Définition du GTSMS

Le Groupement territorial social et médico-social (GTSMS), créé par la Loi n° 2024-317 du 8 avril 2024 portant mesures pour bâtir la société du bien vieillir et de l'autonomie, a pour objet « *d'une part, de mettre en œuvre une stratégie commune d'accompagnement des personnes âgées dans une logique de parcours et, d'autre part, de rationaliser les modes de gestion par une mise en commun de fonctions et d'expertises* » (article L. 312-7-2 du Code de l'action sociale et des familles.).

→ Le GTSMS sous l'angle de la commande publique

→ Le GTSMS sous l'angle du RGPD et du numérique





**HOUDART
& ASSOCIÉS**
AVOCATS



FÉDÉRATION HOSPITALIÈRE DE FRANCE