

Synthèse des achats pour compte dans les marchés hospitaliers

17/10/2022

Vos contacts :



Raphaël APELBAUM
rapelbaum@lexcase.com



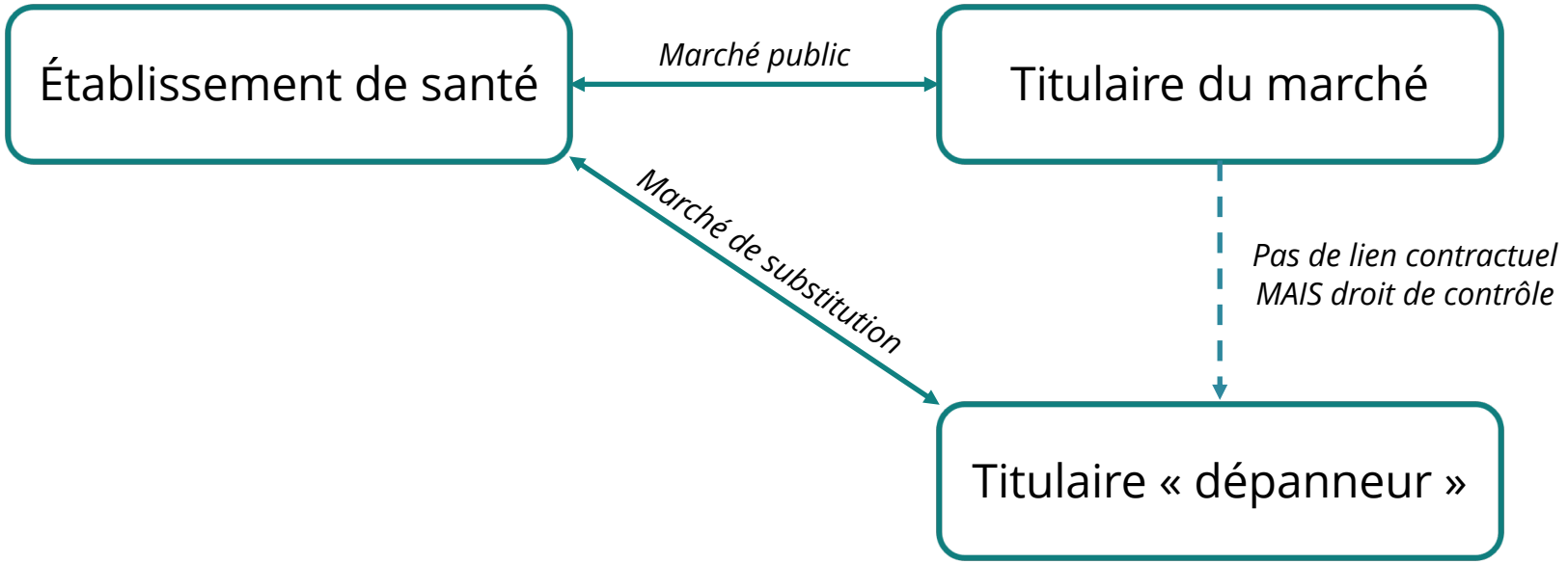
Alain DE BELENET
adebelenet@lexcase.com



Maxime BÜSCH
mbusch@lexcase.com

1 Comprendre l'achat pour compte

Une relation triangulaire



L'exécution aux frais et risques ne signifie pas résiliation aux frais et risques (CE, 18 décembre 2020, *Société Treuils et Grues Labor*, n° 433386). Il s'agit d'un approvisionnement temporaire de l'acheteur auprès d'un fournisseur tiers

2 Comprendre l'achat pour compte

	Acheteur public	Titulaire défaillant	Titulaire dépanneur
Obligations	❑ Sauf clause contraire, obligation de mettre en demeure le titulaire défaillant ❑ Obligation de transparence vis-à-vis du titulaire défaillant ❑ Les principes de la commande publique s'appliquent à l'achat de substitution	❑ Obligation de payer la différence auprès de l'acheteur public entre prix marché #1 et prix marché #2	❑ Obligation d'exécution du marché de substitution ❑ Les principes de la commande publique s'appliquent à l'achat de substitution
Droits	❑ Possibilité de mettre en œuvre l'achat pour compte même sans clause	❑ Droit de suivi et de contrôle de l'exécution du marché de substitution	

3 Comprendre l'achat pour compte

Quand s'active une procédure d'achat pour compte ?

Achat pour compte = **Exécution aux frais et risques** = **Défaillance du titulaire**

Par conséquent, il n'y a pas de « défaillance » du titulaire si la cessation d'approvisionnement ne résulte pas de son fait notamment (i) si le non approvisionnement est le résultat d'une décision de contingentement prise par l'ANSM ou encore (ii) si le titulaire subit une situation de force majeure.



À noter: il est possible de contester la procédure d'achat pour compte si le non-approvisionnement résulte d'une imprécision dans la définition du besoin (en particulier une mauvaise indication des quantités indicatives)

4 Source contractuelle

- Article 11.3.7 du CCAG 2021 :

  « En cas d'exécution de prestations aux frais et risques du titulaire défaillant, le surcoût supporté par l'acheteur est déduit des sommes dues au titulaire au titre des prestations admises. Ce surcoût correspond à la différence entre le prix que l'acheteur aurait dû régler au titulaire pour la réalisation des prestations et le prix effectivement payé pour l'exécution de celles-ci à la place du titulaire défaillant. »

5 Source contractuelle

- Article 45.1 du CCAG FCS 2021 :

  L'acheteur peut faire procéder par un tiers à l'exécution de tout ou partie des prestations prévues par le marché, aux frais et risques du titulaire (...) lorsque le titulaire n'a pas déféré à une mise en demeure de se conformer aux stipulations du marché ou aux ordres de service, ou en cas d'inexécution par ce dernier d'une prestation qui, par sa nature, ne peut souffrir aucun retard. La décision de faire exécuter les prestations par un tiers, en lieu et place du titulaire, est notifiée au titulaire par l'acheteur. Sous réserve qu'elles ne soient pas entièrement exécutées, le titulaire peut être autorisé par ordre de service à reprendre l'exécution des prestations s'il justifie des moyens nécessaires à cette fin dans le délai prévu par les documents particuliers du marché ou, à défaut, dans le délai de trois mois suivant la notification de la décision d'exécution aux frais et risques. S'il n'a pas été autorisé à reprendre l'exécution du marché dans ce délai, le marché est résilié pour faute du titulaire.

  (...)

  S'il n'est pas possible à l'acheteur de se procurer, dans des conditions acceptables, des prestations exactement conformes à celles dont l'exécution est prévue dans les documents particuliers du marché, il peut y substituer des prestations équivalentes.

  (...)

  L'augmentation des dépenses, par rapport aux prix du marché, résultant de l'exécution des prestations aux frais et risques du titulaire, est à la charge du titulaire. La diminution des dépenses ne lui profite pas. »

6 Source contractuelle

L’achat pour compte s’applique aussi dans le silence du contrat. Même si la procédure d’achat pour compte n’est pas prévue au contrat, l’acheteur public peut l’activer :

- **CE, 9 novembre 2016, *Sté Fosmax LNG*, n°388806** *: « que la règle selon laquelle, même dans le silence du contrat, le maître d'ouvrage peut toujours faire procéder aux travaux publics objet du contrat aux frais et risques de son cocontractant revêt le caractère d'une règle d'ordre public ; que, par suite, les personnes publiques ne peuvent légalement y renoncer »*

7 Points de vigilance

1. **Mise en demeure préalable :** S'agissant d'une sanction, et sauf stipulation particulière du marché, la règle de la mise en demeure préalable s'applique (CE, 18 décembre 2020, *Société Treuils et Grues Labor*, n° 433386)

2. **Procédure provisoire et limitée :** L'approvisionnement de substitution doit être limité au périmètre de la défaillance constatée ainsi que dans le temps (jusqu'à ce que le titulaire ne soit plus défaillant)

3. **Respect des procédures :** L'approvisionnement de substitution doit respecter les règles de la commande publique puisqu'il s'agit d'un « achat » (TA Paris, 4 octobre 2012, n°1109276 ; CAA Nancy, 23 juillet 2019, n°18NC01514)

4. **Droit de contrôle du marché :** Le titulaire doit pouvoir exercer son droit de contrôle sur le marché de substitution (CE, 9 juin 2017, *Société EMCC*, n° 399382)

8 Focus sur le droit de contrôle

Ce droit de contrôle porte sur :

- L'obligation de notifier au titulaire défaillant le marché de substitution avant le commencement d'exécution afin de lui permettre de suivre au fur et à mesure les opérations exécutées dans le cadre du marché de substitution.

- Le titulaire défaillant doit pouvoir notamment vérifier que les prestations de substitution sont conformes ou à tout le moins équivalentes à celles de son marché (contenu des bons de commande, quantités, etc.).

- Le titulaire défaillant doit ainsi pouvoir, le cas échéant, contester la conclusion du marché de substitution :
  - soit parce que cette mesure repose sur une décision de sanction elle-même irrégulière ou infondée,
  - soit parce que le marché de substitution était dès le départ inutile, qu'il a été irrégulièrement conclu, qu'il comporte des prestations non équivalentes à celles du marché initial, qu'il a été conclu à un prix trop élevé ou encore qu'il a été exécuté avec des surcoûts injustifiés

9 Achat pour compte et COVID 19

- L'ordonnance n° 2020-319 du 25 mars 2020 s'applique aux contrats publics, en cours ou conclus durant la période courant du 12 mars 2020 jusqu'au 23 juillet 2020 inclus.

- Les dispositions de l'ordonnance ne sont applicables que « dans la mesure où elles sont nécessaires pour faire face aux conséquences, dans la passation et l'exécution de ces contrats, de la propagation de l'épidémie de covid-19 et des mesures prises pour limiter cette propagation. »

- L'article 6-b) de l'ordonnance dispose que : « *L'acheteur peut conclure un marché de substitution avec un tiers pour satisfaire ceux de ses besoins qui ne peuvent souffrir aucun retard, nonobstant toute clause d'exclusivité et sans que le titulaire du marché initial ne puisse engager, pour ce motif, la responsabilité contractuelle de l'acheteur ; l'exécution du marché de substitution ne peut être effectuée aux frais et risques de ce titulaire* »



Difficulté de rattacher le contexte actuel (hausse des coûts des matières premières / pénuries) comme une conséquence de la propagation du COVID 19 et des mesures prises pour limiter cette propagation.

10 Achat pour compte et crise internationale

- La circulaire BORNE du 29 sept. 2022 relative à l'exécution des contrats de la commande publique dans le contexte de hausse des prix se prononce explicitement sur le régime du Frais et Risques en période de crise.

5. Le gel des pénalités contractuelles dans l'exécution des contrats de la commande publique

L'augmentation des coûts ne saurait justifier que le cocontractant de l'administration puisse se soustraire à ses obligations contractuelles. Toutefois, à l'instar des mesures prévues par l'ordonnance n° 2020-319 du 25 mars 2020 dans le cadre de la crise sanitaire liée au covid-19, je souhaite que l'exécution des clauses des contrats prévoyant des pénalités de retard ou l'exécution des prestations aux frais et risques de l'entreprise soient suspendues tant que celle-ci est dans l'impossibilité de s'approvisionner dans des conditions normales. Vos services veilleront néanmoins à ce que cette impossibilité résulte bien directement des circonstances extérieures à l'entreprise et non de ses choix de gestion.



Difficulté il faudra que l'opérateur privé puisse rassembler les éléments de preuves suffisants pour déterminer le lien entre les conditions anormales du contexte actuel et la chaine d'approvisionnement et de fabrication.

11 Pour aller plus loin

- CE, 9 novembre 2016, *Sté Fosmax LNG*, n°388806
- CE, 9 juin 2017, *Société EMCC*, n° 399382
- CE, 28 janvier 1977, *Min. Économie c/ Sté Heurtey*, n° 99449
- CAA Nancy, 23 juillet 2019, n°18NC01514
- CAA Versailles, 22 janvier 2013, n° 11VE02317
- TA Paris, 4 octobre 2012, n°1109276

--

- BJCP n°140, Janv-Fév 2022, Chronique *« Exécution aux frais et risques : fondement, champ d'application et contenu de l'obligation de mettre le titulaire défaillant en mesure de suivre les prestations de substitution »*, Alain de Belenet & Alexandre Lo Casto Porte, LexCase

Contact

LexCase



Paris
17, rue de la Paix
Tel. 01 40 20 22 22
Fax. 01 56 72 84 99



Lyon
Espace Cordeliers
2, rue Pdt Carnot
Tel. 04 37 23 11 11
Fax. 04 37 23 11 00



Marseille
38, rue Grignan
Tél. 04 91 33 22 22
Fax. 04 91 33 20 85



Maxime BÜSCH
Avocat associé
Département droit public des affaires
mbusch@lexcase.com
06.25.49.10.51



Alain DE BELENET
Avocat associé
Département droit public des affaires
adebelenet@lexcase.com
06.10.07.24.63



Raphaël APELBAUM
Avocat associé
Département Droit public des affaires
rapelbaum@lexcase.com
06.50.83.84.37