

LES OGEC ET LA COMMANDE PUBLIQUE



Deux voies possibles pour relever des
procédures de la commande publique :

1. ETRE RECONNU POUVOIR ADJUDICATEUR

ou

2. PASSER UN MARCHÉ SUBVENTIONNÉ À
PLUS DE 50%

INTRODUCTION

Le sujet de la soumission au code des marchés publics a émergé pour le secteur associatif en 2005, avec 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, qui transposait en droit français les directives européennes¹ sur l'application à certaines personnes privées des procédures de marchés publics. En effet, le code des marchés publics français visait essentiellement les collectivités publiques.

L'ordonnance n°2015-899 du 23 juillet 2015 relative aux marchés publics, entrée en vigueur le 1^{er} avril 2016², relance le sujet. Cette nouvelle ordonnance (art. 102) abroge l'ordonnance de 2005 ainsi que le code des marchés publics afin d'unifier le régime de la commande publique.

En termes de vocabulaire, on ne parle plus de procédures des marchés publics mais de procédures de la commande publique. La réalité est la même, ces procédures sont contraignantes et onéreuses (appel d'offres obligatoire et indemnisation des sociétés non retenues), sachant que le moins disant n'est pas toujours le meilleur choix.

Deux voies sont possibles pour relever des procédures de la commande publique : être reconnu pouvoir adjudicateur ou passer un marché subventionné à plus de 50% (nouveau introduite par l'ordonnance du 23 juillet 2015).

ETRE RECONNU POUVOIR ADJUDICATEUR

L'expression « pouvoir adjudicateur » désigne l'acheteur public. Un organisme qui est soumis à la commande publique est un pouvoir adjudicateur.

Toutes les personnes morales de droit public, quels que soient leur forme juridique et leur objet, sont des pouvoirs adjudicateurs (Etat, collectivités territoriales, sociétés d'économie mixte...).

L'article 10-2° de l'ordonnance du 23 juillet 2015 vise aussi comme pouvoirs adjudicateurs :

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, 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 ;*

¹ Directive 2004/18/CE du 31 mars 2004 relative à la coordination des procédures de passation des marchés publics de travaux, de fournitures et de services.

Directive 2004/17/CE du 31 mars 2004 portant coordination des procédures de passation des marchés dans les secteurs de l'eau, de l'énergie, des transports et des services postaux.

² Source : article 188 du décret n°2016-360 du 25 mars 2016 relatif aux marchés publics.

LES OGECS SONT-ILS ASSUJETTIS AUX PROCEDURES DE LA COMMANDE PUBLIQUE ?

La rédaction adoptée par l'ordonnance de 2015 pour les personnes morales de droit privé est sensiblement identique à celle de l'ordonnance de 2005.

Pour être reconnu pouvoir adjudicateur, la personne morale de droit privé doit satisfaire à l'un des trois critères énoncés ci-dessus.

Nous les étudions successivement dans le cas des Ogecs.

LES OGECS SONT-ILS FINANCES MAJORITAIREMENT PAR UN POUVOIR ADJUDICATEUR ?

Les Ogecs sont des organismes d'intérêt général financés majoritairement³ par des fonds publics provenant de l'Etat et des collectivités territoriales. Ces financements relèvent-ils de la catégorie visée par l'ordonnance ?

La notion de « financement majoritaire par un pouvoir adjudicateur » a été précisée par la jurisprudence dégagée sous l'empire de l'ordonnance de 2005, qui devrait trouver à s'appliquer sans modification, la définition des personnes morales de droit privé susceptibles d'être qualifiées de pouvoirs adjudicateurs étant identique dans les deux ordonnances.

Le financement concerné s'entend comme « un transfert de moyens financiers opéré sans contrepartie spécifique, dans le but de soutenir les activités de l'entité concernée » (CJCE 12 septembre 2013, affaire C-526/11).

Ne constituent pas un financement public au sens de l'ordonnance les versements effectués par un ou plusieurs pouvoirs adjudicateurs « en contrepartie de la prestation d'autres services » (CJCE, 3 octobre 2000, affaire C-380/98).

Ainsi, les financements publics visés par l'ordonnance sont versés sans contrepartie spécifique : il s'agit essentiellement des subventions, telles que définies par la loi (cf. article 59 de la loi n°2014-856 du 31 juillet 2014 relative à l'économie sociale et solidaire : les subventions sont des « contributions facultatives »).

Ainsi, ni le financement des enseignants par l'Etat ni les forfaits d'externat n'entrent dans le champ de l'ordonnance du 23 juillet 2015 car ils ne constituent pas une subvention mais un financement obligatoire réglementé versé en contrepartie d'un service d'enseignement.

De même, les prix de journée et les dotations globales versés au secteur sanitaire et social ne constituent pas des subventions : ces financements représentent la contrepartie financière de services spécifiques rendus par les associations.

Les Ogecs, à l'instar de ces associations du secteur sanitaire et social, ne sont pas des pouvoirs adjudicateurs au titre de leur financement public.

³ Si l'on intègre le salaire des enseignants.

LA GESTION DES OGE C EST-ELLE CONTROLEE PAR UN POUVOIR ADJUDICATEUR ?

L'article 16-3° de l'ordonnance du 23 juillet 2015 définit le contrôle d'un pouvoir adjudicateur sur une personne morale de droit privé comme étant similaire à celui qu'il exerce sur ses propres services : « *Un pouvoir adjudicateur est réputé exercer sur une personne morale un contrôle analogue à celui qu'il exerce sur ses propres services, s'il exerce une influence décisive à la fois sur les objectifs stratégiques et sur les décisions importantes de la personne morale contrôlée.* »

Les Ogec ne sont pas soumis au contrôle de gestion d'un pouvoir adjudicateur au sens de cette ordonnance car le contrôle financier auquel ils sont soumis (article R442-17 du Code de l'éducation) ne donne pas le droit à la puissance publique de modifier l'action de l'Ogec, qui conserve son entière autonomie. Un contrôle de gestion au sens de l'ordonnance de 2015 réduit l'autonomie de gestion de l'association. Le contrôle exercé par le directeur départemental (ou régional) des finances publiques (anciennement le TPG) est a posteriori et sans pouvoir contraignant.

PLUS DE LA MOITIE DES MEMBRES DU CONSEIL D'ADMINISTRATION D'UN OGE C SONT-ILS DESIGNES PAR UN POUVOIR ADJUDICATEUR ?

Aucun représentant de collectivité territoriale ou de l'Etat n'est administrateur d'un Ogec. Le représentant de la collectivité territoriale financeuse n'est invité qu'une fois dans l'année et ne dispose pas de voix délibérative.

En effet, en application de l'article L442-8 du code de l'éducation, le contrat d'association prévoit la participation d'un représentant de la collectivité locale compétente (commune pour l'école, conseil départemental pour le collège, conseil régional pour le lycée) aux réunions visant à voter l'adoption du budget des classes sous contrat.

En conclusion, on ne peut pas considérer que les Ogec sont des pouvoirs adjudicateurs soumis aux procédures de la commande publique.

PASSER UN MARCHE SUBVENTIONNE A PLUS DE 50%

Pour autant, un Ogec, sans être pouvoir adjudicateur, peut être soumis aux règles de la commande publique lorsqu'il passe **un marché** pour lequel il obtient une **subvention qui excède 50% de son montant**.

Cette hypothèse pourrait se réaliser dans un lycée professionnel ou technologique éligible à une subvention loi Astier (article L443-4 du code de l'éducation).

LES OGECS SONT-ILS ASSUJETTIS AUX PROCÉDURES DE LA COMMANDE PUBLIQUE ?

Ce sera plus difficile dans le cadre d'une subvention loi Falloux (article L151-4 du code de l'éducation) car elle est plus limitée dans son montant (10% des dépenses annuelles de l'établissement), d'autant que ce marché hors taxes doit excéder les seuils de la commande publique⁴, à savoir :

- **209 000 € HT pour des achats d'équipements⁵ ;**
- **5 225 000 € HT pour des marchés de travaux.**

Le premier seuil pourrait être dépassé dans le cadre d'un marché d'équipements informatiques qui serait subventionné au titre de l'article L442-16 du code de l'éducation, qui autorise les collectivités territoriales à verser des subventions pour l'acquisition de matériels informatiques, en dehors des limites Falloux et Astier.

Dans un tel cas, l'Ogéc ne sera soumis aux procédures de la commande publique que pour ce marché subventionné et n'en deviendra pas pour autant un pouvoir adjudicateur.

En conclusion, les Ogecs ne sont pas assujettis aux procédures de la commande publique en tant que tels car ils ne répondent pas à l'un des trois critères énoncés dans l'ordonnance du 23 juillet 2015 pour être qualifiés de pouvoirs adjudicateurs.

Ils peuvent l'être ponctuellement s'ils reçoivent des subventions d'investissement qui excèdent 50% des marchés de travaux ou d'acquisition d'équipements dont les montants sont supérieurs aux seuils visés ci-dessus.

⁴ Seuils applicables pour les procédures formalisées (appels d'offres...).

⁵ Seuil applicable aux collectivités territoriales.