

Les pouvoirs adjudicateurs

I. Droit communautaire

I.1. Définition extensive

L'expression « pouvoir adjudicateur » désigne l'acheteur public dans la directive 2004/18/CE du Parlement européen et du Conseil du 31 mars 2004 relative à la coordination des procédures de passation des marchés publics de travaux, de fournitures et de services¹. Cette notion a été complétée, à la lumière de la jurisprudence de la Cour de justice de l'Union européenne (CJUE), par la directive 2014/24/UE du Parlement européen et du Conseil du 26 février 2014 sur la passation des marchés publics.

Le point 1 de l'article 2 de cette directive dispose :

« Aux fins de la présente directive, on entend par :

1. « pouvoirs adjudicateurs », l'État, les autorités régionales ou locales, les organismes de droit public ou les associations formées par une ou plusieurs de ces autorités ou un ou plusieurs de ces organismes de droit public ;
2. « autorités publiques centrales », les pouvoirs adjudicateurs figurant à l'annexe I et, dans la mesure où des rectificatifs ou des modifications auraient été apportés au niveau national, les entités qui leur auraient succédé ;
3. « pouvoirs adjudicateurs sous-centraux », tous les pouvoirs adjudicateurs qui ne sont pas des autorités publiques centrales ;
4. « organisme de droit public », tout organisme présentant toutes les caractéristiques suivantes :
 - a) il a été créé pour satisfaire spécifiquement des besoins d'intérêt général ayant un caractère autre qu'industriel ou commercial ;
 - b) il est doté de la personnalité juridique ; et
 - c) soit il est financé majoritairement par l'État, les autorités régionales ou locales ou par d'autres organismes de droit public, soit sa gestion est soumise à un contrôle de ces autorités ou organismes, soit son organe d'administration, de direction ou de surveillance est composé de membres dont plus de la moitié sont désignés par l'État, les autorités régionales ou locales ou d'autres organismes de droit public ».

I.2. Identification des organismes de droit public

Le caractère cumulatif de ces trois critères fixé par les dispositions précitées est affirmé par la CJUE².

1. La CJUE précise que l'annexe III de la directive 2004/18/CE du 31 mars 2004 qui fixe la liste des organismes de droit public au sens de l'article 1^{er} de la directive présente un caractère indicatif (CJUE, 12 septembre 2013, IVD GmbH & Co. KG, aff. C-526/11).

2. CJUE, 15 janvier 1998, Mannesmann Anlagenbau Austria AG s.a, aff. C-44/96, cons. 21 et 39. Voir également CJUE, 10 novembre 1998, BFI Holding BV, aff. C-360/96, cons. 29 et CJUE, 10 mai 2001, Agora SRL, aff. C-223/99 et C-260/99, cons. 26.

Le statut de l'entité (publique ou privée) 'est indifférent pour la qualification d'organisme de droit public et donc de pouvoir adjudicateur au sens de la directive³.

1.2.1. Personnalité juridique

Ce critère ne fait pas difficulté.

1.2.2. Objet social

Le critère selon lequel l'organisme doit avoir été « *créé pour satisfaire spécifiquement des besoins d'intérêt général ayant un caractère autre qu'industriel ou commercial* » doit être interprété à la lumière de la jurisprudence de la CJUE qui en a retenu une acception large au regard du double objectif d'ouverture à la concurrence et de transparence.

Pour apprécier si des activités poursuivent un but d'intérêt général dépourvu de caractère industriel et commercial, la CJUE fonde son analyse sur un faisceau d'indices liés aux circonstances ayant présidé à la création de l'entité et aux conditions dans lesquelles elle exerce son activité⁴.

1.2.2.1. S'agissant du terme « créé »

La CJUE a précisé⁵ que « *l'effet utile de la directive ne serait pas pleinement préservé si l'application du régime de la directive pouvait être exclue du seul fait que les tâches d'intérêt général ayant un caractère autre qu'industriel ou commercial que celle-ci accomplit en pratique ne lui ont pas été confiées dès sa création* » (considérant 57) et qu'« *une entité qui n'a pas été créée pour satisfaire spécifiquement des besoins d'intérêt général ayant un caractère autre qu'industriel ou commercial, mais qui a par la suite pris en charge de tels besoins, dont elle assure depuis effectivement la satisfaction, remplit la condition pour pouvoir être qualifiée d'organisme de droit public, à condition que la prise en charge de la satisfaction de ces besoins puisse être constatée objectivement* » (considérant 63).

Par conséquent, c'est l'activité effectivement exercée par l'organisme qu'il convient de prendre en compte pour le qualifier ou non d'organisme de droit public. Ainsi, en droit français, la qualification d'établissement public industriel et commercial (EPIC) d'un organisme ne permet pas à elle seule de l'exclure a priori de sa qualité d'organisme de droit public soumis aux règles des marchés publics.

1.2.2.2. S'agissant du terme « spécifiquement »

La condition selon laquelle l'organisme doit avoir été créé pour satisfaire « spécifiquement » des besoins d'intérêt général ayant un caractère autre qu'industriel ou commercial, n'implique pas qu'il soit « uniquement » chargé de satisfaire de tels besoins. Le fait que la satisfaction des besoins d'intérêt général ne constitue qu'une partie relativement peu importante des activités réellement entreprises par l'organisme est sans pertinence dès lors qu'une telle entité continue à se charger des besoins qu'elle est spécifiquement obligée de satisfaire⁶.

3. CJUE, 15 mai 2003, Commission c/ royaume d'Espagne, aff. C-214/00, cons. 55 à 57 et CJUE, 13 janvier 2005, Commission c/ royaume d'Espagne, aff. C-84/03, cons. 27 et 28.

4. CJUE, 16 octobre 2003, Commission c/ Royaume d'Espagne, aff. C-283/00, cons. 81.

5. CJUE, 12 décembre 2002, Universale-Bau AG, aff. C-470/99.

6. CJUE, 15 janvier 1998, Mannesmann, aff. C-44/96, cons. 25 et 26. Sur la conséquence de la présence d'entreprises ayant des activités commerciales au sein du même groupe que l'organisme de droit public : CJUE, 10 novembre 1998, Gemeente Arnhem, Gemeente Rheden / BFI Holding BV, aff. C-360/96, cons. 56 et 57.

1.2.2.3. S'agissant des termes « besoin d'intérêt général autre qu'industriel et commercial »

- La première question consiste à s'interroger sur le *caractère d'intérêt général* du besoin satisfait.

La notion de « besoin d'intérêt général » est une notion autonome interprétée par la CJUE afin d'en assurer une application uniforme dans l'ensemble des États membres de l'Union européenne. Ainsi, la Cour examine chaque cas afin de le qualifier ou non de besoin d'intérêt général. La législation nationale ne peut discrétionnairement décider que tel ou tel besoin est ou n'est pas d'intérêt général. À cet égard, la Cour juge qu'une activité répond à un besoin d'intérêt général lorsqu'elle profite à la collectivité et qu'une personne publique pourrait, à ce titre, la prendre en charge.

Exemple n° 1 :

La production de documents administratifs dont certains sont soumis au secret ou au respect de normes de sécurité est étroitement liée à l'ordre public et au fonctionnement institutionnel de l'État exigeant une garantie d'approvisionnement et le respect de normes de confidentialité et de sécurité⁷.

Exemple n° 2 :

La Cour a reconnu que « *les activités visant à l'organisation de foires, d'expositions et d'autres initiatives semblables satisfont à des besoins d'intérêt général. L'organisateur de telles manifestations n'agit pas seulement dans l'intérêt particulier de ces derniers mais il procure également aux consommateurs qui fréquentent ces manifestations une information permettant à ceux-ci d'effectuer leurs choix dans des conditions optimales. L'impulsion pour les échanges qui en résulte peut être considérée comme relevant de l'intérêt général* »⁸.

Exemple n° 3 :

Des activités mortuaires et de pompes funèbres sont considérées comme des activités répondant effectivement à un besoin d'intérêt général. De telles activités sont liées à l'ordre public dans la mesure où l'État a un intérêt manifeste à exercer un contrôle étroit sur l'établissement de certificats tels que les certificats de naissance ou de décès.

S'ajoutent à cela des motifs évidents d'hygiène et de santé publique. La Cour précise en outre que « *la circonstance qu'une collectivité territoriale a l'obligation légale de prendre en charge les funérailles et, le cas échéant, d'en assumer les frais, (...) constitue un indice de l'existence d'un tel besoin d'intérêt général* »⁹.

Exemple n° 4 :

Une activité qui consiste à acquérir des services de planification et de construction dans le cadre d'un projet immobilier portant sur la construction de plusieurs immeubles de bureaux et d'un immeuble de stationnement couvert, faisant suite à une décision de la ville de créer sur son territoire un pôle de développement technologique, est susceptible de répondre effectivement à un besoin d'intérêt général. En effet, la Cour a reconnu dans cette affaire que la défenderesse n'agissait pas seulement dans l'intérêt particulier des entreprises directement concernées par ledit projet, mais également dans celui de la ville qui souhaite se développer du point de vue économique et social. En outre, la Cour a

7. CJUE, 15 janvier 1998, Mannesmann, aff. C-44/96, cons. 22 à 24.

8. CJUE, 10 mai 2001, Agorà Srl, aff. C-223/99 et C-260/99 (aff. jointes), cons. 33 et 34.

9. CJUE, 27 février 2003, Adolf Truley, aff. C-373/00, cons. 51 à 53 et 66.

précisé que l'intérêt général ne se mesure pas au nombre des utilisateurs directs d'une activité ou d'un service¹⁰.

Exemple n°5 :

L'activité qui consiste à assumer l'exécution des programmes et actions prévus dans le plan d'amortissement et de création de centres pénitentiaires, aux fins de la mise en œuvre de la politique pénitentiaire de l'État espagnol, constitue une condition nécessaire à l'exercice du pouvoir répressif de l'État et est intrinsèquement liée à l'ordre public. Il s'agit donc d'une activité d'intérêt général¹¹.

- La deuxième question vise à déterminer si le besoin d'intérêt général a un *caractère autre qu'industriel ou commercial*.

La Cour a précisé que « *les besoins d'intérêt général ayant un caractère autre qu'industriel ou commercial sont en règle générale satisfaits d'une manière autre que par l'offre de biens ou de services sur le marché. Il s'agit en général de besoins que, pour des raisons liées à l'intérêt général, l'État choisit de satisfaire lui-même ou à l'égard desquels il entend conserver une influence déterminante* »¹².

Cette définition européenne est fondée sur la possibilité pour un État de décider de conserver une influence déterminante sur une activité jugée nécessaire dans la mesure où cette activité pourrait ne pas être entièrement satisfaite par les offres d'opérateurs entièrement privés.

Il ressort dès lors de la jurisprudence que l'absence de concurrence ne doit pas être considérée comme une condition *sine qua non* à la reconnaissance d'un organisme de droit public puisque la notion de besoin d'intérêt général ayant un caractère autre qu'industriel ou commercial n'exclut pas des besoins qui sont également satisfaits ou pourraient l'être par des entreprises privées¹³. Cependant, l'existence d'une concurrence développée peut être un indice au soutien du fait qu'il ne s'agit pas d'un besoin d'intérêt général ayant un caractère autre qu'industriel ou commercial.

La Cour a également souligné que d'autres facteurs devaient être pris en compte pour déterminer le caractère autre qu'industriel et commercial du besoin, notamment les conditions dans lesquelles l'organisme exerce ses activités. En effet, si l'organisme opère dans des conditions normales de marché, poursuit un but lucratif et supporte les pertes liées à l'exercice de son activité, il est peu probable que les besoins qu'il vise à satisfaire soient d'une nature autre qu'industrielle ou commerciale. Ainsi, pour reconnaître que l'intérêt général est autre qu'industriel ou commercial, il n'est pas exclu que les activités donnent lieu à la réalisation de bénéfices. Il importe en revanche que la recherche de tels bénéfices ne constitue pas l'objet principal de l'entité¹⁴.

En outre, le fait que le pouvoir adjudicateur auquel l'organisme est lié opère une recapitalisation de l'organisme dans le cas où celui-ci est déclaré en faillite ou réalise des pertes financières, est un indice du caractère autre qu'industriel ou commercial du besoin satisfait. L'organisme ne se comporte pas comme un simple opérateur privé puisqu'il n'assume pas l'intégralité des risques liés à son activité et qu'il se laisse guider par des considérations autres que purement économiques.

10. CJUE, 22 mai 2003, *Arkkitehtuuritoimisto Riitta Korhonen Oy*, aff. C-18/01, cons. 41 à 45, 61 et 62.

11. CJUE, 16 octobre 2003, *Commission c/ Royaume d'Espagne*, aff. C-283/00, cons. 84 à 86.

12. CJUE, 10 novembre 1998, *BFI Holding BV*, aff. C-360/96, cons. 50 et 51.

13. CJUE, 10 avril 2008, *Ing. Aigner*, aff. C-393/06.

14. CJUE, 22 mai 2003, *Riitta Korhonen Oy*, aff. C-18/01, cons. 54.

– *Exemple d'intérêt général ayant un caractère commercial :*

L'organisation de foires et d'expositions est une activité économique qui consiste à fournir des services aux exposants contre versement d'une contrepartie. Par son activité, l'entité satisfait des besoins de nature commerciale. Par conséquent, les activités visant à l'organisation de foires, d'expositions satisfont un besoin d'intérêt général ayant un caractère commercial, l'entité n'est alors pas qualifiée d'organisme de droit public.

1.2.3. Lien avec un pouvoir adjudicateur

Ce critère vise à constater l'existence d'une dépendance étroite de l'entité à l'égard d'un organisme soumis aux dispositions du droit de l'Union européenne en matière de marchés publics¹⁵.

Ce troisième critère est satisfait dès lors que l'une des conditions suivantes est remplie :

- soit l'activité est financée majoritairement par l'État, les collectivités territoriales ou d'autres organismes de droit public ;
- soit la gestion est soumise à un contrôle par ces derniers ;
- soit l'organe d'administration, de direction ou de surveillance est composé de membres dont plus de la moitié sont désignés par l'État, les collectivités territoriales ou d'autres organismes de droit public.

La Cour a eu l'occasion d'appliquer ce critère à un ordre professionnel, en estimant qu'« *un ordre professionnel de droit public, ne remplit ni le critère relatif au financement majoritaire par les pouvoirs publics lorsque cet organisme est financé majoritairement par les cotisations payées par ses membres, dont la loi l'habilite à fixer et à percevoir le montant, dans le cas où cette loi ne détermine pas l'étendue et les modalités des actions que ledit organisme entreprend dans le cadre de l'accomplissement de ses missions légales, que ces cotisations sont destinées à financer, ni le critère relatif au contrôle de la gestion par les pouvoirs publics du seul fait que la décision par laquelle le même organisme fixe le montant desdites cotisations doit être approuvée par une autorité de tutelle* »¹⁶.

1.2.3.1. Financement majoritaire par l'État, les collectivités territoriales ou d'autres organismes de droit public

S'agissant de la notion de financement public, seuls les financements versés sans contrepartie spécifique aux activités de l'entité concernée peuvent être qualifiés de « financement public ». La Cour de justice a confirmé que « *la notion de financement vise un transfert de moyens financiers opéré sans contrepartie spécifique, dans le but de soutenir les activités de l'entité concernée* »¹⁷. Ne constituent donc pas un financement public, au sens de la définition de l'organisme de droit public, les versements effectués en contrepartie de prestations de services. Sont notamment qualifiées de financement public par la Cour les subventions¹⁸.

La Cour a jugé qu'il y a financement majoritaire par l'État lorsque les activités d'organismes de radiodiffusion publics sont financées majoritairement par une redevance mise à la charge des détenteurs d'un poste récepteur, qui est imposée, calculée et perçue suivant des règles exorbitantes du droit commun et sans contre-prestation spécifique¹⁹.

15. CJUE, 3 octobre 2000, *The Queen c/ H.M. Treasury ex parte : University of Cambridge*, aff. C-380/98, cons. 20.

16. CJUE, 12 septembre 2013, *IVD GmbH & Co. KG*, aff. C-526/11, cons. 31.

17. CJUE, 12 septembre 2013, *IVD GmbH & Co. KG*, aff. C-526/11, cons. 22.

18. *Ibid.*, cons. 21 et 26.

19. CJUE, 13 décembre 2007, *Bayerischer Rundfunk*, aff. C-337/06.

Sur le caractère « majoritaire » du financement public, la Cour précise que « le terme « majoritairement » doit être interprété comme signifiant « plus de la moitié ». [Pour un tel calcul], il y a lieu de tenir compte de l'ensemble des revenus dont l'organisme bénéficie, y compris ceux qui résultent d'une activité commerciale. (...) L'exercice budgétaire au cours duquel la procédure de passation d'un marché déterminé est lancée doit être considéré comme la période la plus appropriée pour le calcul du mode de financement de cet organisme, étant entendu que ce calcul doit être effectué sur la base des chiffres disponibles au début de l'exercice budgétaire, fussent-ils de nature prévisionnelle. »²⁰

1.2.3.2. Gestion soumise à un contrôle par l'État, les collectivités territoriales ou d'autres organismes de droit public

Le contrôle requis se caractérise par la capacité d'influencer les décisions de l'organisme concerné. Ce doit être un contrôle actif. C'est pourquoi, l'hypothèse d'un simple contrôle a posteriori ne suffit pas à considérer que le critère du contrôle de gestion est satisfait²¹.

La Cour a cependant nuancé sa position puisqu'elle précise, dans un arrêt relatif aux SAHLM, que dès lors que les règles de gestion sont très détaillées, la simple surveillance de leur respect peut, à elle seule, aboutir à conférer une emprise importante aux pouvoirs publics²². Mais si l'entité jouit d'une autonomie organisationnelle et budgétaire et que le contrôle ne s'effectue qu'a posteriori, le juge considère qu'il y a absence de tutelle ou de contrôle sur cette entité²³.

Par conséquent, le contrôle de gestion peut éventuellement être a priori dès lors qu'il ne se résume pas à un simple contrôle de la régularité. En l'affaire, l'effectivité du contrôle de gestion était révélée par la possibilité pour le ministre de prononcer la dissolution de la SAHLM, de nommer un liquidateur, de suspendre les organes dirigeants et de nommer un administrateur provisoire, autant d'indices qui, selon la Cour, impliquent un contrôle permanent de l'organisme.

1.2.3.3. Organe d'administration, de direction ou de surveillance composé de membres dont plus de la moitié sont désignés par l'État, les collectivités territoriales ou d'autres organismes de droit public

Ce dernier critère ne pose pas a priori de difficultés d'interprétation. La Cour a été amenée à le rechercher : « Quant à la troisième condition, il y a lieu de constater que le directeur général de l'ÖS est nommé par un organe composé en majorité des membres nommés par la Chancellerie fédérale ou différents ministères. De plus, elle est soumise au contrôle de la Cour des comptes et un office de contrôle étatique est chargé de veiller aux imprimés soumis à un régime de sécurité. Enfin, selon les déclarations faites à l'audience par la SRG, la majorité des actions de l'ÖS restent dans les mains de l'État autrichien ». ²⁴

20. CJUE, 3 octobre 2000, The Queen c/ H.M. Treasury ex parte : University of Cambridge, aff. C-380/98, cons. 33, 36 et 44.

21. CJUE, 27 février 2003, Adolf Truley, aff. C-373/00, cons. 70 à 73.

22. CJUE, 1^{er} février 2001, Commission c/ République française, aff. C-237/99, cons. 52.

23. CJUE, 12 septembre 2013, IVD GmbH & Co. KG, aff. C-526/11, cons. 30.

24. CJUE, 15 janvier 1998, Mannesmann Anlagenbau Austria AG s.a. / Strohal Rotationsdruck GesmbH, aff. C-44/96, cons. 28.

2. Droit national

2.1. Impact de la définition européenne

Les organismes soumis au code des marchés publics sont l'État et ses établissements publics autres que ceux ayant un caractère industriel et commercial, les collectivités territoriales et les établissements publics locaux (article 2 du code des marchés publics).

Des organismes non soumis au code des marchés publics relèvent pourtant de la définition européenne des « pouvoirs adjudicateurs » : il s'agit essentiellement de personnes morales de droit public ou de droit privé poursuivant une mission d'intérêt général et financées principalement sur fonds publics. Ces organismes sont soumis à l'ordonnance n° 2005-649 du 6 juin 2005 modifiée relative aux marchés passés par certaines personnes publiques ou privées non soumises au code des marchés publics.

Cette distinction demeure pour des raisons tenant à la séparation entre le domaine législatif et le domaine réglementaire : les contraintes en matière de marchés publics pour l'État, les collectivités territoriales et leurs établissements publics peuvent être régies par des textes de niveau réglementaire, alors que les contraintes pesant sur les autres acheteurs nécessitent le recours à la loi.

La notion européenne de pouvoir adjudicateur est donc déclinée deux fois : dans le code des marchés publics et dans l'ordonnance du 6 juin 2005 et dans son décret d'application concernant les pouvoirs adjudicateurs : le décret n°2005-1742 du 30 décembre 2005.

Ces deux catégories de pouvoirs adjudicateurs relèvent bien évidemment des mêmes dispositions d'origine européenne. Toutefois, les pouvoirs adjudicateurs relevant du code des marchés publics sont soumis à des règles spécifiques d'origine nationale, telles que celles relatives à la composition des commissions d'appel d'offres, aux groupements de commande, à l'allotissement, aux documents constitutifs du marché, à l'exécution et au contrôle des marchés. Le régime des pouvoirs adjudicateurs relevant de l'ordonnance n'ajoute que peu d'éléments aux règles européennes.

2.2. Pouvoirs adjudicateurs soumis au code des marchés publics

2.2.1. L'État et ses établissements publics autres qu'industriels et commerciaux

Sont soumis aux dispositions du code des marchés publics les marchés de l'État²⁵, qu'ils soient passés par les services centraux, les services à compétence nationale, les services déconcentrés ou des organismes qui, sans posséder la personnalité juridique²⁶, disposent d'une certaine autonomie, comme par exemple les autorités administratives indépendantes²⁷.

Sont également concernés les marchés passés par les établissements publics de l'État autres que ceux ayant un caractère industriel et commercial, à savoir :

- Les établissements publics administratifs ;

25. Sur la notion d'État, voir CJUE, 17 septembre 1998, Commission c/ Royaume de Belgique, aff. C-323/96, cons. 27 à 29.

26. CE, 30 décembre 2013, n° 358826, à propos du Conseil économique, social et environnemental.

27. À l'exception de certaines autorités administratives indépendantes qui, en vertu de textes spécifiques, sont soumises à l'ordonnance n° 2005-649 du 6 juin 2005 (cf. point 2.3.6).

– Les établissements publics de santé, qui depuis l'intervention de la loi n°2009-879 du 21 juillet 2009 (modifiant l'article L. 6141-1 du code de la santé publique), sont considérés comme des établissements publics de l'État. Ces établissements restent toutefois soumis aux seuils applicables aux collectivités territoriales et aux établissements publics locaux (cf. article 2 du décret n° 2010-1177 du 5 octobre 2010).

– Les établissements assimilés, reconnus par la jurisprudence comme une variété d'établissement public administratif :

- *établissements publics à caractère culturel* (EPCC) : les établissements publics de coopération culturelle, qui peuvent aussi être locaux ;

- *établissements publics à caractère scientifique, culturel et professionnel* (EPSCP) : Collège de France, Conservatoire national des arts et métiers, École nationale supérieure d'arts et métiers, écoles normales supérieures, École centrale de Lyon, École des hautes études en sciences sociales, Institut national des langues et civilisations orientales, Muséum national d'histoire naturelle, Observatoire de Paris, Palais de la Découverte, centres universitaires, École centrale des arts et manufactures, Institut de physique du globe de Paris, Institut national des sciences appliquées, instituts nationaux polytechniques, etc. ;

- *établissements publics à caractère scientifique et culturel* (EPSC) : universités, instituts d'études politiques, Institut d'études politiques de Paris, École pratique des hautes études ;

- *établissements publics d'enseignement supérieur* ;

- *établissements publics à caractère scientifique et technologique* (EPST) pour les achats qui ne sont pas directement liés à leurs activités de recherche : Centre national de la recherche scientifique, l'Institut national d'études démographiques, Institut national de la recherche agronomique, Centre national du machinisme agricole, Institut français de recherche scientifique pour le développement en coopération, Institut national de recherche en informatique et automatique, Institut national de recherche sur les transports et leur sécurité, etc. ;

- *établissements consulaires* : chambres de commerce et d'industrie, chambres d'agriculture²⁸.

Toutefois, depuis la loi de programme pour la recherche n° 2006-450 qui a modifié l'ordonnance n° 2005-649, tous les établissements publics à caractère administratif ayant dans leur statut une mission de recherche, parmi lesquels les établissements publics à caractère scientifique, culturel et professionnel, les établissements publics de coopération scientifique et les établissements à caractère scientifique et technologique, appliquent les règles de l'ordonnance et non plus celles du code des marchés publics lorsqu'ils achètent des fournitures, des services et des travaux destinés à la conduite de leurs activités de recherche. Pour les autres achats, ils restent soumis au code des marchés publics.

Enfin, les besoins (notamment le recours à un expert) des comités d'hygiène, de sécurité et des conditions de travail (CHSCT) institués dans les services de l'État ou les établissements publics de l'État ne présentant pas un caractère industriel et commercial sont soumis au code des marchés publics. En effet, ces comités n'ont pas la personnalité morale et ce sont donc les règles posées par le code des marchés publics qui s'appliquent.

28. CE, 13 janvier 1995, Chambre de commerce et d'industrie de la Vienne, n° 68117 ; CE, 9 décembre 1987, Chambre d'agriculture des Deux-Sèvres, n° 70836.

2.2.2 Les collectivités territoriales et les établissements publics locaux

Le code des marchés publics s'applique aux marchés des collectivités territoriales métropolitaines, qu'elles relèvent du droit commun (communes, départements, régions) ou qu'elles soient dotées d'un statut spécifique (communes de Paris, Lyon, Marseille, communes d'Alsace-Moselle).

Il s'applique également aux régions et départements d'outre-mer. En revanche, il ne régit pas les marchés des collectivités d'outre-mer qui disposent de leur réglementation propre. Dans ces collectivités, il appartient en effet aux assemblées délibérantes de déterminer les règles applicables en la matière.

Contrairement aux établissements publics de l'État, tous les établissements publics des collectivités territoriales sont soumis au code des marchés publics, qu'ils revêtent un caractère administratif ou industriel et commercial. Le code s'applique aussi bien à ceux d'entre eux qui ont le statut d'établissement public territorial (structures de coopération intercommunale) qu'à ceux à caractère purement fonctionnel (centres communaux d'action sociale). Il a en outre été jugé que les associations syndicales autorisées doivent être considérées comme des établissements publics rattachés aux collectivités territoriales²⁹. Seule exception, les offices publics de l'habitat, qui, en vertu de l'article L 421-26 du code de la construction et de l'habitation, sont soumis aux règles fixées par l'ordonnance n° 2005-649 du 6 juin 2005 (cf. point 2.3.6).

Les établissements publics sont soumis aux règles applicables à leur collectivité de rattachement. Dès lors qu'un article du code vise les collectivités territoriales, il s'applique également à leurs établissements publics.

Enfin, en vertu de la réglementation qui leur est propre, les établissements publics locaux d'enseignement (collèges, lycées d'enseignement général, technologique et professionnel et les établissements d'éducation spéciale) sont soumis aux règles du code des marchés publics applicables aux collectivités territoriales.

2.2.3. Marchés passés ou/et exécutés à l'étranger

Les marchés passés en France par les pouvoirs adjudicateurs précités et exécutés matériellement à l'étranger sont soumis à la loi française et donc au code des marchés publics. En revanche, sauf décision des parties de s'y soumettre volontairement, le code des marchés publics ne s'applique pas aux marchés passés et exécutés à l'étranger par des pouvoirs adjudicateurs français³⁰. Néanmoins, les principes fondamentaux de la commande publique de liberté d'accès à la commande publique et d'égalité de traitement des candidats, ainsi que les règles de transparence s'appliquent à ces marchés³¹.

2.3. Pouvoirs adjudicateurs soumis à l'ordonnance du 6 juin 2005

L'article 3 de l'ordonnance n° 2005-649 du 6 juin 2005 modifiée précise :

« *Les pouvoirs adjudicateurs soumis à la présente ordonnance sont :*

1° Les organismes de droit privé ou les organismes de droit public autres que ceux soumis au code des marchés publics dotés de la personnalité juridique et qui ont été créés pour

29. CE, 13 septembre 1995, Favier, n° 125018.

30. CE, 4 juillet 2008, Société Colas Djibouti, n° 316028 : construction d'une trésorerie et restructuration du consulat général de France à Djibouti.

31. CE, 29 juin 2012, 7^{ème} et 2^{ème} sous-section réunies, Société Pro 2C, n° 357976.

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 soumis au code des marchés publics ou à la présente ordonnance ;

b) Soit la gestion est soumise à un contrôle par un pouvoir adjudicateur soumis au code des marchés publics ou à la présente ordonnance ;

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 soumis au code des marchés publics ou à la présente ordonnance.

2° La Banque de France, L'Institut de France, l'Académie française, l'Académie des inscriptions et belles-lettres, l'Académie des sciences, l'Académie des beaux-arts et l'Académie des sciences morales et politiques ;

3° La Caisse des Dépôts et Consignations ;

4° Les organismes de droit privé dotés de la personnalité juridique constitués en vue de réaliser certaines activités en commun :

a) Soit par des pouvoirs adjudicateurs soumis au code des marchés publics ;

b) Soit par des pouvoirs adjudicateurs soumis à la présente ordonnance ;

c) Soit par des pouvoirs adjudicateurs soumis au code des marchés publics et des pouvoirs adjudicateurs soumis à la présente ordonnance.

5° Tous les établissements publics à caractère administratif ayant dans leur statut une mission de recherche, parmi lesquels les établissements publics à caractère scientifique, culturel et professionnel, les établissements publics de coopération scientifique et les établissements à caractère scientifique et technologique, pour les achats de fournitures, de services et de travaux destinés à la conduite de leurs activités de recherche.»

L'ordonnance retient un périmètre quasi-analogue à celui qui figurait déjà dans la loi n° 91-3 du 3 janvier 1991 relative à la transparence et à la régularité des procédures de marchés et soumettant la passation de certains contrats à des règles de publicité et de mise en concurrence.

2.3.1 Les personnes de droit privé relevant du 1° de l'article 3

Parmi les personnes soumises à l'ordonnance, certaines ont un statut de droit privé, d'où la nécessité d'une analyse au cas par cas afin de vérifier si ces acheteurs satisfont ou non aux critères posés par la directive.

2.3.2 Les personnes de droit public relevant du 1° de l'article 3

Parmi les personnes soumises à l'ordonnance, d'autres ont un statut de droit public. On trouve ici les groupements d'intérêt public (GIP) et les établissements publics industriels et commerciaux nationaux (EPIC) satisfaisant spécifiquement des besoins d'intérêt général ayant un caractère autre qu'industriel ou commercial. Il s'agit d'EPIC gérant de manière effective des activités de nature administrative et remplissant les critères posés par la définition européenne d'organisme de droit public. C'est notamment le cas des établissements publics qui gèrent à la fois un service public administratif et un service public à caractère industriel ou commercial ou le cas des « faux-EPIC » qui ne gèrent pas de service public industriel ou commercial mais pour lesquels cette qualification d'EPIC a été retenue par le législateur afin qu'il bénéficie d'un mode de gestion privée.

Seuls les EPIC gérant un service exclusivement industriel ou commercial échapperont à la qualification d'organisme de droit public au sens du droit de l'Union, et par-delà aux règles fixées par l'ordonnance.

2.3.3 Les entités nominativement énumérées aux 2° et 3° de l'article 3

Des entités sont nominativement mentionnées : Banque de France, Institut de France, Académie française, Académie des inscriptions et belles-lettres, Académie des sciences, Académie des beaux-arts, Académie nationale de médecine, Académie des sciences morales et politiques et Caisse des Dépôts et Consignations.

Antérieurement, la loi de 1991 précitée ne mentionnait que la Banque de France. Dès l'adoption de l'ordonnance du 6 juin 2005, il a été décidé de soumettre expressément la Caisse des Dépôts et Consignations (CDC) à cette ordonnance afin de clarifier le régime juridique de ses achats. Cette désignation expresse met donc un terme au contentieux relatif à la soumission de la CDC au code des marchés publics.

La loi de programme pour la recherche n° 2006-450 du 18 avril 2006 a complété cette liste nominative en y ajoutant l'Institut de France, l'Académie française, l'Académie des inscriptions et belles-lettres, l'Académie des sciences, l'Académie des beaux-arts et l'Académie des sciences morales et politiques.

Enfin, l'article 110 de loi n° 2013-660 du 22 juillet 2013 relative à l'enseignement supérieur et à la recherche a ajouté à cette liste l'Académie nationale de médecine.

2.3.4 Les pouvoirs adjudicateurs relevant du 4° de l'article 3

Au 4° de l'article 3 de l'ordonnance, une troisième catégorie de pouvoirs adjudicateurs rassemble les groupements et associations formés par une ou plusieurs de ces collectivités ou un ou plusieurs de ces organismes de droit public.

2.3.5 Les pouvoirs adjudicateurs relevant du 5° de l'article 3

La loi de programme pour la recherche n° 2006-450 précitée a introduit une quatrième catégorie de pouvoirs adjudicateurs soumis à l'ordonnance en ajoutant un 5° à l'article 3 pour tous les établissements publics à caractère administratif ayant dans leur statut une mission de recherche, parmi lesquels les établissements publics à caractère scientifique, culturel et professionnel, les établissements publics de coopération scientifique et les établissements à caractère scientifique et technologique. Il convient de bien noter que ces établissements de recherche ne relèvent du régime juridique de l'ordonnance que pour les achats de fournitures, de services et de travaux destinés à la conduite de leurs activités de recherche. En dehors de ces activités de recherche, ces établissements sont soumis au code des marchés publics.

2.3.6 Les pouvoirs adjudicateurs soumis à l'ordonnance par des dispositions spécifiques

Sont soumis à l'ordonnance du 6 juin 2005 en vertu de textes spécifiques :

- Les offices publics de l'habitat (art. L. 421-26 du code de la construction et de l'habitation) ;
- Les organismes privés d'habitation à loyer modéré (art. L 433-1 du code de la construction et de l'habitation) ;

- Les sociétés d'économie mixte exerçant une activité de construction ou de gestion de logements sociaux (art. L. 481-4 du code de la construction et de l'habitation) ;
- Pôle Emploi (art. L. 5312-8 du code du travail) ;
- Association pour l'accès aux garanties locatives (art. L313-33 du code de la construction et de l'habitation) ;
- Association Foncière Logement (art. L 313-34 du code de la construction et de l'habitation) ;
- Le foyer d'entraide de la Légion étrangère (art. R 3418-11 du code de la défense) ;
- Certaines autorités administratives indépendantes³² :
 - Haut Conseil du commissariat aux comptes (art. R 821-14-19 du code de commerce),
 - Haute Autorité de Santé (art. R 161-101 du code de la sécurité sociale),
 - Agence française de lutte contre le dopage (art. R 232-41 du code du sport),
 - Autorité des marchés financiers (art. R 621-26 du code monétaire et financier),
 - Autorité de régulation des activités ferroviaires (art. 31 du décret n° 2010-1023 du 1^{er} septembre 2010).

32. Par dérogation au principe selon lequel les autorités administratives indépendantes sont soumises au code des marchés publics (cf. point 2.2.1).