

Marchés publics : une réforme à an

L'obligation de transposer la directive européenne du 26 février 2014 sur la passation des marchés publics a conduit le gouvernement à prendre l'ordonnance du 23 juillet 2015 pour unifier, sous un même ensemble, le Code des marchés publics mais également l'ordonnance du 6 juin 2005 relative aux marchés passés par certaines personnes publiques ou privées non soumises au Code des marchés publics. Si la réforme est toujours en discussion les grands principes sont connus. Les associations doivent les anticiper.

L'ordonnance du 23 juillet 2015 est un texte en cours de ratification par le Parlement. Son contenu est donc susceptible d'être plus ou moins modifié. De la même manière, la réforme comprend un volet réglementaire qui est en préparation. Le projet de décret relatif aux marchés publics a été publié le 5 novembre 2015 et soumis à consultation publique. Les associations qui le souhaitent peuvent donc y participer. Là encore, le texte définitif devrait être différent du projet actuel. En termes de préparation au changement, il est néanmoins possible d'indiquer que la réforme complète, comprenant l'ordonnance ratifiée et le décret, devrait très probablement entrer en vigueur le 1^{er} avril 2016, sur des bases relativement prévisibles.

Seuils rehaussés

Au 1^{er} janvier 2016, les seuils de procédures formalisées sont légèrement rehaussés pour les marchés passés par l'État et les collectivités territoriales. Pour donner un exemple connu des associations, le seuil en matière de marchés de fournitures et de services des collectivités territoriales passe de 207 000 € HT à 209 000 € HT. Autre évolution remarquable, le seuil de dispense de formalités préalables, qui était fixé à 15 000 € HT, est passé à 25 000 € HT par décret du 17 septembre 2015. Ce relèvement du seuil de dispense présente un intérêt pour les associations qui ont la qualité de

pouvoir adjudicateur puisque cela apporte de la souplesse dans la gestion de leurs « petites » commandes, mais également pour celles qui répondent occasionnellement à des marchés publics, pour des besoins ponctuels d'un faible montant.

Pouvoir adjudicateur : critères inchangés

Les critères de définition du pouvoir adjudicateur demeurent inchangés. Une association est susceptible d'être pouvoir adjudicateur si elle a été spécialement créée pour répondre à un besoin d'intérêt général autre qu'industriel et commercial (services sociaux, éducatifs, culturels, etc.) et si elle est soit majoritairement financée par un pouvoir adjudicateur, soit soumise à un contrôle de gestion exercé par un pouvoir adjudicateur, soit composée majoritairement, dans ses organes de direction, de membres désignés par un pouvoir adjudicateur. Il est possible de regretter le maintien de cette définition dans la mesure où les difficultés liées à sa mise en œuvre sont sources d'insécurité juridique pour les associations qui, en fonction des circonstances (changement de gouvernance) ou des années (évolution des modes de financement), peuvent être pouvoirs adjudicateurs puis ne plus l'être ou inversement. Par ailleurs, une association peut être pouvoir adjudicateur, sans remplir tous ces critères, si elle passe un marché financé à plus de 50 % par un pouvoir adjudicateur, sous réserve que

NOUVELLES PROCÉDURES POUR LES MARCHÉS PUBLICS DE SERVICES SOCIAUX

Si elle n'est pas spécialement orientée vers l'économie sociale et solidaire, il apparaît que la réforme en cours de la commande publique comporte un grand nombre d'évolutions susceptibles de l'intéresser. Certaines sont déjà connues, mais d'autres sont encore à découvrir telles que les nouvelles procédures adaptées applicables aux marchés publics de services sociaux ou la justification d'un label particulier. Dans ces circonstances, les associations sont invitées à suivre au plus près cette réforme, notamment par une veille juridique renforcée sur les thèmes les concernant.

l'objet du marché porte sur des travaux de génie civil, de construction et/ou des prestations d'études liées, dont le montant est supérieur au seuil de procédure formalisée. Cela signifie qu'une association subventionnée sur une opération donnée n'est pas considérée comme un pouvoir adjudicateur, sauf si elle intervient dans le champ particulier du bâtiment et des travaux publics.

In house : une exception confirmée mais à préciser

Beaucoup d'associations sont issues de la sphère publique. Outre le risque de gestion de fait qui est toujours à considérer (voir pages 20-21), ces associations sont souvent placées en situation de quasi-régie à l'égard de personnes publiques ayant la qualité de pouvoir adjudicateur. Il s'agit d'une exception à l'application du Code des marchés publics rappé-

Participer



lée par l'ordonnance du 23 juillet 2015. Dénommée « in house », la réforme précise que cette exception est soumise à des conditions tenant au contrôle analogue exercé par la personne publique comme s'il s'agissait de ses propres services, mais également à l'activité de l'association qui doit être réservée à plus de 80 % au pouvoir adjudicateur qui la contrôle. La réforme présente ainsi l'intérêt de donner une grille de lecture plus claire de l'application de cette exception.

De nouvelles exceptions reconnues

L'ordonnance reconnaît par ailleurs clairement les subventions comme étant en dehors du champ de la commande publique. Cependant, il est regrettable que le texte ne soit pas allé plus loin dans la distinction entre subventions et marchés publics, en excluant notamment l'ensemble des accords de partenariat, très fréquents avec les associations qui agissent en co-initiative, et les proc-

dures d'appel à projets (autres que celles de nature réglementaire pour l'attribution d'un agrément ou d'une autorisation d'exploitation) qui se multiplient dans le secteur de l'économie sociale et solidaire. Enfin, une nouvelle exception sectorielle concerne les organismes à but non lucratif attributaires de marchés publics en matière de services d'incendie et de secours, de services de protection civile, de services de sécurité nucléaire et de services ambulanciers, sauf transports exclusifs de patients.

Conflit d'intérêts : la jurisprudence consacrée

Le conflit d'intérêts devient une cause d'interdiction de soumissionner à un marché public et plus largement, un moyen sanctionné par l'annulation d'un marché. Les personnes qui, par leur candidature, créent une situation de conflit d'intérêts, lorsqu'il ne peut y être remédié par d'autres moyens, peuvent être exclues de la procédure par le pouvoir adjudicateur.

Constitue une situation de conflit d'intérêts toute situation dans laquelle une personne qui participe au déroulement de la procédure de passation du marché public ou est susceptible d'en influencer l'issue a, directement ou indirectement, un intérêt financier, économique ou tout autre intérêt personnel qui pourrait compromettre son impartialité ou son indépendance dans le cadre de la procédure. Ainsi posée, cette règle devra encourager les associations qui accueillent en leur sein des élus ou des cadres de l'administration à davantage de vigilance dans la réponse qu'elles pourraient faire aux marchés publics, pour éviter de tomber sous le coup de cette interdiction et remettre ainsi en cause leur participation à la commande publique. La réforme consacre aussi la jurisprudence qui est venue encadrer, au-delà du strict cas du conflit d'intérêts, la possibilité pour un organisme de participer à une procédure de marché public se rapportant à une opération sur laquelle il est intervenu en amont. La participation de celui-ci reste libre mais susceptible d'être sanctionnée, notamment par une exclusion de la procédure, s'il est démontré un risque de distorsion de concurrence. Cette hypothèse peut concerner les associations qui travaillent de manière très intégrée, en collaboration étroite avec des personnes publiques, sur des projets aboutissant en fin de chaîne à l'attribution de marchés publics. Suivant la nouvelle grille d'analyse de cette situation, elles devront ainsi redoubler d'attention. ■

Renaud-Jean Chaussade
Avocat associé, Delsol Avocats

DES MARCHÉS RÉSERVÉS POUR L'ÉCONOMIE SOCIALE ET SOLIDAIRE

Un pouvoir adjudicateur peut décider de réserver la conclusion de marchés publics (un marché public, ou un ou plusieurs lots d'un marché public) à des structures d'insertion par l'activité économique. La nouveauté réside ici dans l'extension du périmètre des marchés réservés aux entreprises de l'économie sociale et solidaire, ayant pour objectif d'assumer une mission de service public liée à des services de santé, sociaux ou culturels, dont la liste sera publiée au Journal officiel. Un système de rotation sur les marchés réservés est prévu par tranches de trois années, sans possibilité pour l'entreprise titulaire d'un marché réservé de candidater à son renouvellement. Il s'agit donc d'une évolution à surveiller pour déterminer les services qui pourront faire l'objet de cette réservation.