

Médico-social : ESSMS et règles de la commande publique



© 2024 Les Echos Publishing

Les acheteurs contraints d'appliquer le Code de la commande publique pour leur passation de marchés (appelés les « pouvoirs adjudicateurs ») sont généralement des personnes morales de droit public (État, communes, régions...). Cependant, une association peut, elle aussi, lorsqu'elle présente certaines caractéristiques, être qualifiée de pouvoir adjudicateur et ainsi devoir se soumettre à ce Code pour ses marchés.

C'est ainsi le cas des associations qui ont été créées pour satisfaire spécifiquement des besoins d'intérêt général ayant un caractère autre qu'industriel ou commercial et qui entretiennent un lien étroit avec un pouvoir adjudicateur (financement majoritaire ou contrôle de sa gestion par un pouvoir adjudicateur, notamment).

Dans une affaire récente, le président d'un conseil régional avait refusé d'attribuer des subventions européennes à une association gérant des établissements et services sociaux et médico-sociaux (ESSMS) pour personnes handicapées. La raison ? L'association ne produisait pas de documents justifiant qu'elle respectait les règles liées à la commande publique.

Mais, saisi du litige, le Conseil d'État a estimé que les

ESSMS gérés par des organismes privés ne sont pas des pouvoirs adjudicateurs et que, dès lors, ils ne sont pas soumis au Code de la commande publique.

Être contrôlé par un autre pouvoir adjudicateur

En effet, le Conseil d'État a rappelé que, pour être elle-même un pouvoir adjudicateur, l'association doit voir sa gestion soumise au contrôle d'un autre pouvoir adjudicateur (État, communes, régions...). Ce qui suppose notamment que ce dernier « exerce un contrôle actif de sa gestion qui, dans les faits, remet en cause son autonomie, au point de permettre à cette autorité d'influencer ses décisions en matière d'attribution de marchés ». Ce contrôle devant « être de nature à créer une situation de dépendance à l'égard de l'autorité publique ».

Or, selon le Conseil d'État, les personnes morales de droit privé gestionnaires d'ESSMS ne sont soumises qu'à des contrôles de régularité qui n'ont pas pour objet ni pour effet de remettre en cause leur autonomie de gestion (accord de l'autorité compétente en matière de tarification pour les emprunts d'une durée supérieure à un an et les programmes d'investissement, conclusion d'un contrat pluriannuel d'objectifs et de moyens, contrôle de l'inspection générale des affaires sociales et des autorités de tarification, etc.). Les juges en ont conclu que les ESSMS ne sont pas soumis à un contrôle actif de leur gestion permettant aux autorités publiques d'influencer leurs décisions en matière d'attribution de marchés.

[Conseil d'État, avis n° 489440 du 11 avril 2024, JO du 18](#)