

Les pouvoirs adjudicateurs

1. Droit communautaire

1.1. Définition extensive

La notion de pouvoir adjudicateur est la notion utilisée pour désigner 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 services.

L'article 1^{er}, alinéa 9, de cette directive dispose :

« Sont considérés comme "pouvoirs adjudicateurs": l'État, les collectivités territoriales, les organismes de droit public et les associations formées par une ou plusieurs de ces collectivités ou un ou plusieurs de ces organismes de droit public.

Par "organisme de droit public", on entend tout organisme:

- a) créé pour satisfaire spécifiquement des besoins d'intérêt général ayant un caractère autre qu'industriel ou commercial,*
- b) doté de la personnalité juridique et*
- c) dont 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.

Les listes, non exhaustives, des organismes et des catégories d'organismes de droit public qui remplissent les critères énumérés au deuxième alinéa, points a), b) et c), figurent à l'annexe III. Les États membres notifient périodiquement à la Commission les modifications intervenues dans leurs listes ».

1.2. Identification des organismes de droit public

Le **caractère cumulatif** de ces trois critères fixé par les dispositions précitées est affirmé par la Cour de justice des communautés européennes (CJCE) dans un arrêt du 15 janvier 1998, affaire C-44/96, *Mannesmann Anlagenbau Austria AG s.a.*(considérants 21 et 39). Voir également CJCE, 10.11.1998, *BFI Holding BV*, C-360/96, point 29 / CJCE, 10.05.2001, *Agora SRL*, C-223/99 et C-260/99, point 26.

Le statut de droit privé d'une entité n'exclut pas pour autant que cette entité puisse être qualifiée d'organisme de droit public et donc de pouvoir adjudicateur au sens de la directive (CJCE, arrêt du 15 mai 2003, affaire C-214/00, *Commission des Communautés européennes / royaume d'Espagne*, considérants 55 à 57 / CJCE, arrêt du 13 janvier 2005, affaire C-84/03, *Commission des Communautés européennes / royaume d'Espagne*, considérants 27 et 28).

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 bien évidemment être interprété à la lumière de la jurisprudence de la CJCE qui a interprété cette définition de la façon la plus large possible à la lumière du double objectif d'ouverture à la concurrence et de transparence.

1.2.2.1. *S'agissant du terme « créé »*

La CJCE a précisé dans un arrêt du 12 décembre 2002, affaire C-470/99, *Universale-Bau AG*, 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'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 satisfaire (CJCE, arrêt du 15 janvier 1998, affaire C-44/96, *Mannesmann*, considérants 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 : CJCE, arrêt du 10 novembre 1998, affaire C-360/96, *Gemeente Arnhem, Gemeente Rheden / BFI Holding BV*, considérants 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 du droit communautaire qui doit recevoir une application unifiée dans l'ensemble des Etats membres. 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. A cet égard, la Cour retient un certain nombre d'indices dont celui selon lequel une activité qui profite à la collectivité et qu'une personne publique pourrait à ce titre prendre en charge peut être regardée comme satisfaisant un besoin d'intérêt général.

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'Etat** exigeant une garantie d'approvisionnement et le respect de normes de confidentialité et de sécurité (CJCE, arrêt du 15 janvier 1998, affaire C-44/96, *Mannesmann*, considérants 22 à 24).

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* » (CJCE, arrêt du 10 mai 2001, affaires jointes C-223/99 et C-260/99, *Agorà Srl*, considérants 33 et 34).

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'Etat 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* » (CJCE, arrêt du 27 février 2003, affaire C-373/00, *Adolf Truley*, considérants 51 à 53 et 66).

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 précisé que **l'intérêt général ne se mesure pas au nombre des utilisateurs directs d'une activité ou d'un service**. (CJCE, arrêt du 22 mai 2003, affaire C-18/01, *Arkkitehtuuritoimisto Riitta Korhonen Oy*, considérants 41 à 45, 61 et 62).

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 oeuvre de la politique pénitentiaire de l'Etat espagnol, constitue une condition nécessaire à **l'exercice du pouvoir répressif de l'Etat** et est intrinsèquement liée à l'ordre public. Il s'agit donc d'une activité d'intérêt général (CJCE, 16 octobre 2003, affaire C-283/00, *Commission des Communautés européennes / Royaume d'Espagne*, considérant 84 à 86)

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

La jurisprudence 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'Etat choisit de satisfaire lui-même ou à l'égard desquels il entend conserver une influence déterminante* ».

Cette définition communautaire est fondée sur la possibilité pour un Etat 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 privées (v. récemment : CJCE, 10 avril 2008, *Ing. Aigner*, aff. C-393/06). 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 précisé 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 constater le caractère autre qu'industriel et commercial du besoin, la recherche de bénéfices ne doit pas constituer en soi l'objectif principal de l'organisme, même si elle n'est pas interdite.

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.

- *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'organisme à l'égard d'un organisme soumis aux dispositions communautaires** en matière de marchés publics

(CJCE, arrêt du 3 octobre 2000, affaire C-380/98, *The Queen / H.M. Treasury ex parte : University of Cambridge*, considérant 20 /).

Ce troisième critère se décline en trois possibilités :

- 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.

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 contre-prestation spécifique aux activités de l'entité concernée peuvent être qualifiés de « financement public ». Ne constituent donc pas un financement public, au sens de la définition de l'organisme de droit public, les versements effectués en contrepartie de la prestation de services. Sont notamment qualifiées de financement public par la Cour les subventions (CJCE, arrêt du 3 octobre 2000, affaire C-380/98, *The Queen / H.M. Treasury ex parte : University of Cambridge*, considérants 21 et 26).

La CJCE a récemment 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 spécifique (CJCE, 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. » (CJCE, 3 octobre 2000, affaire C-380/98, *The Queen / H.M. Treasury ex parte : University of Cambridge*, considérant 33, 36 et 44).

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

La CJCE a précisé que le contrôle doit permettre 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 satisfait (CJCE, arrêt du 27 février 2003, affaire C-373/00, *Adolf Truley*, considérants 70 à 73).

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 publics (CJCE, arrêt

du 1 février 2001, affaire C-237/99, *Commission des Communautés européennes / République française*, considérant 52).

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 rechercher ce critère dans un arrêt du 15 janvier 1998, affaire C-44/96, *Mannesmann Anlagenbau Austria AG s.a. / Strohal Rotationsdruck GesmbH*, considérant 28 : « *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* ».

2. Droit national

2.1. Impact de la définition communautaire

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

Des organismes non soumis au code des marchés publics relèvent pourtant de la définition communautaire 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 relative aux marchés passés par certaines personnes publiques ou privées non soumises au code des marchés publics** (JO n° 131 du 7 juin 2005, p. 10014), modifiée par la loi n° 2006-450 du 18 avril 2006.

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'Etat, 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 communautaire 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 communautaire, à savoir celles de la directive 2004/18/CE du 31 mars 2004. 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 communautaires.

2.2. Pouvoirs adjudicateurs soumis au code des marchés publics

2.2.1. L'Etat et la plupart de ses établissements publics

Sont soumis aux dispositions du code des marchés publics les marchés de l'**Etat**, qu'ils soient passés par les services centraux, les services à compétence nationale, les services déconcentrés ou des organismes qui, sans posséder la personnalité juridique, disposent d'une certaine autonomie, comme par exemple les autorités administratives indépendantes (sur la notion d'Etat, voir CJCE, arrêt du 17 septembre 1998, affaire C-323/96, *Commission des Communautés européennes / Royaume de Belgique*, considérants 27 à 29).

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

- Les **établissements publics administratifs**,
- 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 - (le Collège de France, le Conservatoire National des Arts et Métiers, l'Ecole nationale supérieure d'arts et métiers, les écoles normales supérieures, l'Ecole centrale de Lyon, l'Ecole des Hautes Etudes en Sciences Sociales, l'Institut National des Langues et Civilisations Orientales, le Muséum national d'Histoire Naturelle, l'Observatoire de Paris, le Palais de la Découverte, les Centres universitaires, l'Ecole centrale des arts et manufactures, l'Institut de physique du globe de Paris, l'Institut national des sciences appliquées, les Instituts nationaux polytechniques, etc.),
 - **établissements publics à caractère scientifique et culturel** – EPSC - (les universités, les instituts d'études politiques, l'Institut d'études politiques de Paris, l'Ecole pratique des hautes études),
 - **établissements publics d'enseignement supérieur**,
 - **établissements publics à caractère scientifique et technologique** - EPST - (le Centre national de la Recherche Scientifique, l'Institut National d'Etudes 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** : chambre de commerce et d'industrie, chambre d'agriculture (CE, 13 janvier 1995, *chambre de commerce et d'industrie de la Vienne*/CE, 9 décembre 1987, *Chambre d'agriculture des Deux-Sèvres*).

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.

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'Etat, **tous les établissements publics des collectivités territoriales** sont soumis au code des marchés publics sans restriction aucune, qu'ils revêtent un caractère administratif ou industriel et commercial. Par ailleurs, 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 (lycées et collèges, hôpitaux publics, offices publics de l'habitat, 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 territoriales (CE, 13 septembre 1995, *Favier*).

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

Enfin, en vertu de la réglementation qui leur est propre, les établissements publics locaux d'enseignement 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 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 français (CE, 4 juillet 2008, *Société Colas Djibouti*, n°316028, sera mentionné au tables du recueil Lebon).

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 par la loi n° 2006-450 du 18 avril 2006, précise que « *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 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. 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. Parmi ces organismes, on peut citer certaines sociétés dont l'imprimerie nationale, les SA d'HLM ou encore la Direction des Constructions Navales.

2.3.2. 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 communautaire 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 gère pas de service public industriel ou commercial mais pour lesquels la 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 communautaire, et par delà aux règles fixées par l'ordonnance.

2.3.3. Des entités sont **nominativement mentionnées** : il s'agit de 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 et la Caisse des Dépôts et Consignations. Antérieurement, la loi de 1991 précitée ne mentionnait que la Banque de France. Dès l'adoption de l'ordonnance le 6 juin 2005, il a été décidé de soumettre expressément la Caisse des Dépôts et Consignations 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.

Enfin, la loi de programme pour la recherche n° 2006-450 du 18 avril 2006 est venue compléter 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.

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

2.3.5. 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.