

Appels à projets ou commande publique?



Brigitte CLAVAGNIER

Avocat

Droit et fiscalité des organismes sans but lucratif

Directeur scientifique

Juris-Associations (DALLOZ)

L'appel à projet dans la loi HPST

- La Loi HPST réforme la procédure d'autorisation en généralisant le recours à des appels à projet.
- Une forme *sui-generis* d'appel à la concurrence laissant à l'autorité publique davantage de latitude, ou une forme déguisée de marché public?
- Quelles garanties pour les associations gestionnaires?

Subvention ou commande publique: Rappel des critères de distinction

La notion de subvention

- **Pas de définition légale de la notion de subvention**
- **Circulaire du 28 août 2001, JO du 8 septembre 2001**

« il y a subvention lorsqu'il s'agit pour une collectivité d'apporter un concours financier aux activités d'une association qui a bâti un projet spécifique. On ne se trouve alors pas dans le cadre d'une relation de marché public. En effet, chaque fois qu'une collectivité décide de participer financièrement, dans une proportion qui peut fortement varier d'un cas à l'autre, à un projet élaboré par une association, et qui répond aux besoins de cette dernière, on se trouve alors dans le domaine de la subvention qui n'appelle pas de mise en concurrence préalable. Cela reste vrai même si le projet associatif se trouve être un projet d'intérêt général dans un domaine où l'administration pourrait aussi intervenir. De même, l'octroi d'une subvention peut s'accompagner d'un contrat afin que la personne publique convienne avec l'association des objectifs qui justifient une participation financière, prévoient des moyens de contrôle et des échéanciers de versement, sans pour autant donner au contrat passé à cet effet le caractère d'un marché public ou d'une délégation de service public. »

La notion de subvention

- Une définition reprise dans son esprit par la circulaire du 18 janvier 2010 (JO du 20 janvier 2010):
« *La subvention caractérise la situation dans laquelle la collectivité apporte un concours financier à une action initiée et menée par une personne publique ou privée, poursuivant des objectifs propres, auxquels l'administration y trouvant intérêt, apporte aide et soutien* »

Le critère de distinction Subvention/ commande publique : l'initiative de l'activité

- L'association est à l'initiative du projet
=> Subvention
- La collectivité publique est à l'initiative du projet
=>Commande publique

La notion d'appel à projet telle que définie par la circulaire du 18/01/2010

L'Administration identifie une problématique mais ne définit pas la solution attendue

Les associations sont invitées à présenter un projet s'inscrivant dans ce cadre

Elles en définissent librement le contenu.

L'appel à projet ne remet pas en cause l'initiative associative

Sinon: c'est une commande publique

MP / DSP, une caractéristique commune : répondre à un besoin identifié de la collectivité publique

- Soit en lui permettant d'acquérir un bien qui entre dans son patrimoine ou un service dont elle a directement besoin
- Soit en gérant à sa place et sous son contrôle un service public qui lui incombe soit de par la loi soit parce qu'elle l'a créé avant de le déléguer.
- Obligation de mise en concurrence soit dans le cadre du code des marchés publics soit dans le cadre de la loi Sapin

Marché public

Définition

- Conseil d'Etat, 18 mai 2004, cinémathèque française

«Ne peut être qualifié de marché public qu'un contrat conclu à titre onéreux, par une personne publique, en vue d'acquérir des biens, des travaux ou des services dont elle a besoin, qui stipule une rémunération ou un prix ayant un lien direct avec la fourniture d'une prestation individualisée à la collectivité contractante ou avec l'entrée des biens dans son patrimoine. »

Marché public

Définition

- **Caractéristiques**
 - **Un contrat à titre onéreux**
 - Le caractère onéreux exprime l'idée d'une charge pesant sur l'acheteur (circulaire du 3 août 2006, JO du 4 août 2006, p. 11665)
 - Un service rendu à prix coûtant est-il un marché ?
 - **Passé avec un opérateur économique**
 - La notion d'opérateur économique : de plus en plus souvent invoquée par le MINFE pour sortir de la réglementation des marchés publics (exemple: mesures de MASP, ACI, ...)
- En vue de répondre à un **besoin individualisé de la collectivité publique**

La notion d'opérateur économique

- Avis du Conseil d'Etat « Fondation Jean Moulin » (23 octobre 2003 req. n° 369315, Contrats Publics - ACCP, n° 34, juin 2004, p. 74).

Le Conseil d'Etat exclut du champ d'application du code des marchés publics les conventions d'objectifs passées entre l'Etat et une fondation pour la gestion des œuvres sociales du personnel d'un ministère (séjour de vacances, centres de loisirs pour enfants ou pour les familles...).

Le Conseil d'Etat a considéré que les activités en cause avaient une connotation sociale marquée et ne présentaient pas, par nature, un caractère « économique ».

La notion d'opérateur économique

- La notion d'opérateur économique est transposée par le Conseil d'Etat aux DSP (CE 6 avril 2007, Ville d'Aix-en-Provence)
- Une notion utilisée par le MINEFE pour exclure du champ d'application du code des marchés publics certaines prestations très sociales:
 - courrier du 4 décembre 2008 à l'ADF concernant les conventions de délégation de la mise en œuvre des mesures d'accompagnement social personnalisé (MASP).
 - courrier du 19 mars 2009 adressé à l'UNCASS concernant l'accompagnement des bénéficiaires du RMI/RSA
 - courrier du 30 octobre 2009 à l'ANRU, en ce qui concerne les ateliers/ chantiers d'insertion.

Dans le champ du social et du médico-social: le recours à des marchés publics passés dans les conditions de l'article 30

■ Caractéristiques:

- Une procédure adaptée (plus souple que les procédures normalisées) déterminée par la collectivité publique en fonction des caractéristiques du marché, sous le contrôle du juge qui vérifie a posteriori le respect des principes de transparence et d'égalité d'accès et de traitement des candidats à la commande publique
- La possibilité de recours précontractuels et contractuels assurant de façon efficace le respect de ces principes de transparence et d'égalité
- L'application de sanctions pénales en cas de favoritisme ou de prise illégale d'intérêt

Un marché public « article 30 »

■ La procédure permet:

- De choisir le mode de publicité adéquat en fonction du montant et des caractéristiques du marché et de l'importance de la concurrence
- De fixer des délais appropriés de présentation des candidatures et des offres
- D'apprécier dans une même séance la recevabilité des candidatures et la valeur des offres
- Les critères de sélection des offres doivent être portés à la connaissance des candidats
- Ils peuvent être simplement hiérarchisés et pas nécessairement pondérés
- Le marché doit être autant que possible alloué pour favoriser la candidature des PME
- Les candidats peuvent présenter des variantes, répondre en groupement (sauf interdiction justifiée par l'objet du marché)
- La collectivité publique peut négocier avec les candidats dans les limites du règlement de consultation et du cahier des charges
- Les règles de révision et d'actualisation des prix sont déterminées dans le marché
- Obligation d'informer les candidats évincés et de communiquer aux candidats qui en font la demande les motifs détaillés du rejet de leur candidature ou de leur offre.
- Délai de 11 jours en général avant de pouvoir signer le marché, délai permettant aux candidats évincés de présenter un recours précontractuel.

L'appel à projet dans la loi HPST

- La loi HPST réforme la procédure d'autorisation de création, d'extension ou de transformation des établissements et services sociaux et médico-sociaux.
- Elle généralise une procédure d'appel à projet lancé sur la base d'un cahier des charges, pour les établissements et services sous **financement public, que celui-ci soit total ou partiel.**

L'appel à projet dans la loi HPST

Objectifs affichés:

- Meilleure réponse aux besoins, au meilleur coût pour les usagers et la collectivité: les projets pourront être comparés entre eux sur la base d'un cahier des charges clair, qui permettra de sélectionner le mieux disant.
- Maitriser les délais entre l'identification des besoins et la mise en œuvre d'une solution adaptée
- S'inscrire dans les PRIACs, schémas départementaux
- Permettre une bonne visibilité pour les promoteurs

Conditions nécessaires mais non suffisantes de l'autorisation

- Etre compatible avec le PRIAC et répondre aux besoins sociaux et MS du schéma
- Répondre aux règles d'organisation et de fonctionnement prévues par le CASF et prévoir l'évaluation,
- Répondre au cahier des charges
- Présenter un coût de fonctionnement en année pleine compatible avec le montant de la dotation des financeurs

L'appel à projet selon la loi HPST

- Un cahier des charges bâti par l'autorité administrative en fonction des besoins recensés dans le plan stratégique régional de santé (PSRS), des schémas régionaux en lien avec les schémas départementaux) et de la programmation des moyens dans le cadre du PRIAC, etc.
- La mise en place d'une commission d'appel à projet qui se substitue au CROSMS

Les autorisations de création, transformation ou extension des ESMS

- Principe : La soumission à la procédure d'appel à projets:
L'autorisation des projets de **création**, de **transformation** ou d'**extension** d'ESMS et lieux de vie et d'accueil qui font appel partiellement ou intégralement à des **financements publics** est délivrée :
 - après avis d'une « commission de sélection d'appel à projet social ou médico-social » associant des représentants des usagers aux décideurs publics
 - par l'autorité administrative compétente pour délivrer l'autorisation: le Ministre, le Directeur général de l'ARS seul ou conjointement, le Préfet ou le Président du conseil généralMais le renouvellement des autorisations continuerait à dépendre de l'évaluation externe.
- La notion de financement public est précisée : les financements « qu'apportent directement ou indirectement, en vertu de dispositions législatives ou réglementaires, les personnes morales de droit public ou les organismes de sécurité sociale en vue de supporter en tout ou partie des dépenses de fonctionnement. »

Les établissements privés ne requérant aucun financement public sont dispensés de cette procédure

- Les projets de création, de transformation, et d'extension font l'objet d'une demande d'autorisation auprès des autorités compétentes.
- Ils doivent satisfaire aux règles d'organisation et de fonctionnement prévues par le CASF et prévoir une évaluation
- Dépôt d'un dossier décrivant de façon détaillée le projet, les prestations délivrées, les usagers concernés, la capacité d'accueil, les effectifs et qualification du personnel, le budget prévisionnel
- L'absence de réponse dans les 6 mois de la demande vaut rejet. Possibilité de recours contentieux sur les motifs du rejet.
- Si des établissements ainsi créés présentent des projets de transformation ou d'extension faisant appel à des financements publics: application de la procédure d'appel à projet.

La procédure d'appel à projets: les exclusions

■ Exceptions à l'appel à projet :

- Extensions de structures existantes si elles n'excèdent pas 30%, ou 15 places ou lits, de la capacité initiale autorisée (que cette augmentation soit demandée en 1 ou plusieurs fois)
- Opérations de regroupements d'établissements et services préexistants (rassemblement par un même gestionnaire d'établissements ou services déjà autorisés) accompagnées d'une extension de capacité si :
 - Cette extension de capacité n'excède pas les seuils ci-dessus
 - et si l'opération ne modifie pas les missions des établissements et services concernés

Les projets d'extension qui ne sont pas soumis à la commission de sélection font néanmoins l'objet d'une demande d'autorisation auprès de l'autorité compétente pour délivrer l'autorisation

Les projets de regroupements qui ne sont pas soumis à la commission sont portés à la connaissance de l'autorité ayant autorisé les établissements ou services regroupés

- Changements ne pouvant être considérés comme une transformation définie comme la modification de la catégorie des bénéficiaires de l'établissement ou service
- Services d'aide et d'accompagnement à domicile qui optent pour la voie de l'agrément qualité (Loi Borloo)
- Certains services de la PJJ assumés par le secteur public, pour les investigations et mesures éducatives ordonnées par le juge qui ne peuvent être mises en œuvre que par ces structures (recours gracieux de l'UNIOOSS)

Le décret du 26/07/2010 définit la procédure

- Le décret définit:
 - Les règles de publicité
 - Les modalités de l'appel à projet
 - Le contenu du cahier des charges
 - Les modalités d'examen et de notation et de sélection des projets présentés

- Pour les projets innovants ou expérimentaux: un cahier des charges allégé est possible

Les garanties accordées par la loi:

- Etre transparent et équitable:
 - les promoteurs doivent avoir la même information, sur le projet attendu et les critères de choix et leur pondération
 - un cahier des charges clair et complet décrivant les étapes de la procédure et cadrant les prestations attendues
 - le cahier des charges doit permettre dans une certaine mesure de laisser la place à l'innovation et la créativité

Les étapes de la procédure

- 1- Planification des appels à projets
- 2 Réalisation du cahier des charges
- 3 Diffusion du cahier des charges
- 4 Réception des réponses
- 5 Instruction par les instructeurs
- 6 Evaluation des réponses par la Commission de sélection des appels à projets et avis de la commission
- 7 Décision de l'autorité administrative et notification
- 8 Communication du rejet des autres offres aux candidats

La procédure d'appel à projets

- 1- **Calendrier prévisionnel** annuel ou pluriannuel publié au BO pour les projets relevant de la compétence du ministre ou au recueil des actes administratifs de chaque autorité compétente.
 - Indicatif
 - Recense les besoins par catégorie d'établissements
 - Peut être révisé. Cette révision est rendue publique dans les mêmes conditions
 - Une procédure réservée aux projets innovants ou expérimentaux

La procédure d'appel à projets (suite)

2- Publication de l'avis d'appel à projet

- Assurer une diffusion adaptée auprès des candidats potentiels
- Le cahier des charges est soit annexé à l'avis, soit annoncé avec modalités de consultation et de diffusion
- Contenu de l'appel à projet:
 - L'autorité administrative compétente
 - L'objet de l'appel à projets
 - Les critères de sélection et modalités de notation ou d'évaluation des projets présentés
 - Le délai de réception des réponses des candidats (**entre 60 et 90 jours à compter de la publication de l'avis en fonction de la complexité du dossier et de ses incidences sur le plan immobilier**)
 - Les modalités de consultation des documents constitutifs de l'appel à projets :ils doivent être gratuitement accessibles
 - Les modalités de dépôts des réponses et pièces justificatives (courrier postal, CD-Rom, courrier électronique, nombre d'exemplaires, sort des dossiers incomplets...)

La procédure d'appel à projets (suite)

- Possibilité pour les candidats de demander des renseignements complémentaires au plus tard 8 jours avant l'expiration du délai de réception des réponses.
- L'autorité compétente fait connaître à l'ensemble des candidats les précisions de portée générale qu'elle estime nécessaire d'apporter au plus tard 5 jours avant l'expiration du délai de réception des réponses

La procédure d'appel à projets (suite)

- Garanties à ce stade de la procédure:
 - Les moyens de transmission des documents et informations choisis par l'autorité compétente doivent être accessibles à tous les candidats potentiels et ne doivent pas avoir pour effet de restreindre l'accès des candidats à la procédure de sélection.
 - Les transmissions, échanges et stockage d'informations doivent assurer l'intégrité des données, la confidentialité des candidatures et des projets, garantir que les autorités compétentes ne pourront prendre connaissance du contenu des candidatures et des projets qu'à l'expiration du délai de réception des réponses.

Le cahier des charges

- Il est établi par l'autorité compétente pour délivrer l'autorisation.
- Il identifie les besoins à satisfaire conformément aux schémas d'organisation sociale ou médico-sociale et au programme interdépartemental d'accompagnement des handicapés et de la perte d'autonomie lorsqu'il en relève
- Indique les exigences que doivent respecter le projet
- Invite les candidats à proposer les modalités de réponses qu'ils estiment les plus aptes à satisfaire aux objectifs et besoins, afin notamment d'assurer la qualité de l'accueil et de l'accompagnement des personnes
- Autorise les candidats à présenter des variantes aux exigences et critères posés sous réserve du respect des exigences minimales
- Mentionne les conditions particulières qui pourraient être imposées

Le cahier des charges (suite)

- Les rubriques suivantes doivent figurer dans le cahier des charges:
 - capacité en lits, places ou bénéficiaires
 - Zone d'implantation et dessertes retenues ou existantes
 - Etat descriptif des principales caractéristiques du projet et critères de qualité des prestations
 - Exigences architecturales et environnementales
 - Coût ou fourchette de coûts de fonctionnement prévisionnels
 - Modalités de financement
 - Montant du « reste à charge » pour les usagers
 - Habilitation à l'aide sociale, le cas échéant

Un cahier des charges « allégé » pour les projets expérimentaux ou innovants

- Pour les projets expérimentaux:
 - Possibilité d'une description sommaire
 - Absence d'exigences techniques particulières sauf sécurité des personnes et des biens
- Pour les projets innovants:
 - Absence de description des modalités de réponse aux besoins identifiés
 - Absence de coûts de fonctionnement prévisionnels

Le dossier de réponse des candidats: la présentation de la candidature

- Statuts et récépissé de déclaration à la préfecture et de publication au JO s'agissant d'une association
- Déclaration sur l'honneur de non condamnation pour infraction aux conditions d'ouverture et de fonctionnement d'un EMS
- Déclaration sur l'honneur certifiant l'absence de fermeture et sanctions administratives
- Rapport du CAC
- Description des activités menées dans le domaine social, médico-social,
- Situation financière

Le dossier de réponse des candidats: la présentation de l'offre (Arrêté du 30/08/2010)

- Etat descriptif des principales caractéristiques du projet
 - Qualité de la prise en charge, droit des usagers, droit à la vie familiale
 - Evaluation
 - Modalités de coopération le cas échéant envisagées

- Dossier relatif au personnel
 - Répartition des effectifs et qualification
 - Méthodes de recrutement et contrôle des délégations pour la mise en œuvre des mesures de protection des majeurs ou des mesures judiciaires d'aide à la gestion du budget familial

- Dossier architectural
 - Description de l'implantation, surface, nature des locaux
 - En cas de construction nouvelle, plans prévisionnels **qui peuvent ne pas être réalisés à ce stade par un architecte.**

- Dossier financier
 - Bilan financier du projet et plan de financement
 - Comptes annuels consolidés
 - Programme d'investissement, nature des opérations, coûts, modes de financement, planning de réalisation
 - En cas d'extension: bilan comptable de l'établissement, incidences sur le budget d'exploitation, sur le « reste à charge » des usagers, budget(prévisionnel en année pleine pour sa première année de fonctionnement.

- L'exposé précis des variantes le cas échéant

Le dossier de réponse des candidats:

- D'autres informations pourront être demandées (Guide méthodologique)
 - Mode de gouvernance,
 - L'articulation du projet dans son environnement
 - Conditions d'admissions et de sortie des usagers,
 - Amplitude d'ouverture de l'établissement ou service

La procédure d'appel à projets (suite)

3- Réception des dossier de candidature

- Dans la date limite fixé dans l'appel à projet
- Enregistrement et Accusé de réception par l'autorité administrative

La procédure d'appel à projets (suite)

4- L'Instruction par des instructeurs

- Première instruction par les services de l'autorité administrative sur la recevabilité du dossier. Le guide méthodologique préconise une instruction de chaque dossier réputé complet par deux instructeurs

- Objectifs (article R 313-5):
 - Vérification du caractère complet du dossier, de la régularité administrative des candidatures
 - Demande le cas échéant de compléments dans un délai ou notification de l'irrecevabilité du dossier
 - Vérification de l'adéquation du projet avec les besoins décrits dans le cahier des charges,
 - Analyse et évaluation des projets en vue de la préparation d'un classement: rédaction d'un compte rendu d'instruction motivé sur chacun des projets
 - Préparation de la commission de sélection d'appel à projets

- Les comptes-rendus des instructeurs sont accessibles aux membres de la Commission de sélection des appels à projets

- Les instructeurs présentent les dossiers à la commission. Ils ne prennent pas part à la délibération mais y assistent pour établir le procès-verbal

L'Instruction par des instructeurs

- Sont refusés et ne sont pas présentés à la commission de sélection, les dossiers:
 - Déposés au-delà du délai mentionné dans l'avis d'appel à projet
 - Dont les conditions de régularité administrative ne sont pas satisfaites
 - Manifestement étrangers à l'objet de l'appel à projet
- Les décisions de refus préalable sont notifiées aux candidats dans un délai de 8 jours suivant la réunion de la commission
- Les candidats dont le dossier est transmis à la commission sont informés dans un délai de 8 jours suivant la réunion de la commission.

La phase d'instruction: une étape très sensible

- Une phase préparatoire, importante en pratique
- A priori, ce n'est pas une décision administrative susceptible de recours, mais un acte préparatoire
- Quid en cas de rejet à ce stade d'un dossier?

La procédure d'appel à projet (suite)

5- La commission de sélection d'appel à projets: Composition

- membres permanents avec voix délibérative:
 - 4 représentants de l'autorité compétente pour délivrer l'autorisation (DGARS, PCG, Préfet)
 - 4 représentants d'usagers désignés par l'autorité compétente (1 par secteur concerné).
 - En cas d'autorités conjointes: 3+3 représentants des autorités compétentes et 6 représentants des usagers
- Membres avec voix consultative:
 - 2 représentants permanents des unions et fédérations désignés par l'autorité compétenteEt désignés pour chaque appel à projet:
 - 2 personnes qualifiées désignées par l'autorité compétente
 - Au plus 2 représentants des usagers spécialement concernés par l'appel à projet considéré
 - Au plus 4 représentants des services de l'autorité compétente pour délivrer l'autorisation

La commission de sélection des appels à projets (suite)

- Des membres suppléants sont également désignés dans les mêmes conditions
- La durée des mandats des membres permanents est de 3 ans renouvelables
- La liste des membres de la commission est arrêté par la ou les autorités compétentes et publiée au BO ou au recueil des actes administratifs de chaque autorité compétente.
- Les réunions de la commission ne sont pas publiques
- Un quorum fixé à la moitié des membres ayant voix délibérative est nécessaire sur première convocation. Sur seconde convocation, absence de quorum.
- Les délibérations sont adoptées à la majorité des voix des membres présents ou représentés.
- Voix prépondérante du président (ou des coprésidents conjointement) en cas de partage égal des voix.

La commission de sélection des appels à projets (suite)

- Les membres de la commission, doivent remplir une déclaration d'absence de conflits d'intérêts lors de leur désignation.
- Les membres ne peuvent prendre part à la délibération s'ils ont un intérêt personnel à une affaire inscrite à l'ordre du jour, à peine de nullité de la décision prise, sauf si la participation du membre intéressé est resté sans influence sur la délibération.

La commission de sélection des appels à projets (suite)

- La convocation, l'ordre du jours et les projets sont adressés ou rendus accessibles aux membres de la commission 15 jours avant sa réunion
- Les candidats sont informés de leur audition 15 jours à l'avance
- Les instructeurs présentent les dossiers et leur évaluation
- La commission peut demander à revoir les dossiers rejetés par les instructeurs comme étant manifestement étrangers à l'objet de l'appel à projet
- La commission examine les dossiers et auditionne les candidats
- La commission peut demander à un ou plusieurs candidats de préciser le contenu de leur projet dans un délai de 15 jours. L'ensemble des candidats dont le dossier a été soumis à la commission en est informé. La commission sursoit à l'examen des projets pendant un mois au plus. Dans ce cas, 1 réunion supplémentaire de la commission
- La commission procède au classement des projets
- La liste des projets par ordre de classement vaut avis de la commission. Elle est publiée au BO ou au recueil des actes administratifs de la collectivité
- La commission peut émettre le cas échéant un avis pour relancer la procédure
- Transmission de l'avis de la commission à (aux) autorité(s) compétente(s)

**L'AVIS DE LA COMMISSION N'EST PAS COMMUNICABLE AUX CANDIDATS
CE N'EST PAS UNE DECISION ADMINISTRATIVE SUSCEPTIBLE DE RECOURS**

- Les informations obtenues dans le cadre de cette procédure ne sont pas publique

La commission de sélection des appels à projets (suite)

- Le procès-verbal de la réunion de la commission est préparé par l'instructeur et signé par l'autorité administrative compétente
- Il mentionne:
 - Le nom et la qualité des membres présents
 - La liste des projets examinés au cours de la séance et le sens des délibérations
 - Le nom et la qualité des candidats auditionnés
 - Les observations le cas échéant des membres de la commission
 - Les avis des personnes qualifiées
- Le rapport de présentation du déroulement de la procédure est également préparé par l'instructeur et signé par le président ou les coprésidents
- Il mentionne:
 - La mention des autorités compétentes pour délivrer l'autorisation
 - L'objet, l'origine et le montant des financements
 - Les motifs du classement des projets réalisés par la commission

La commission de sélection des appels à projets (suite)

6- la décision d'autorisation

- Elle est délivrée par l'autorité compétente (Etat, DGARS, PCG, Préfet, ou conjointement)
- L'autorité n'est pas tenue de suivre l'avis de la commission (elle informe alors les membres de la commission des motifs de sa décision)
- L'autorisation intervient dans un délai maximum de 6 mois à compter de la date limite de dépôt des projets mentionnée dans l'avis d'appel à projet
- L'absence de notification dans ce délai vaut rejet du projet
- Elle est notifiée au candidat retenu par LRAR
- Elle est publiée au BO ou au recueil des actes administratifs
- Elle est notifiée aux candidats non retenus: Les délais de recours courent à compter de cette notification. Information des modalités de recours
- Lorsque, dans un délai de deux mois, le demandeur le sollicite, les motifs justifiant ce rejet lui sont notifiés dans un délai d'un mois. Dans ce cas, le délai du recours contentieux contre la décision de rejet est prorogé jusqu'à l'expiration d'un délai de deux mois suivant le jour où les motifs lui auront été notifiés.
- A défaut de notification des motifs justifiant le rejet de la demande, l'autorisation est réputée acquise (article L313-2 du CASF)
- A défaut d'un commencement d'exécution dans un délai de 3 ans, l'autorisation est caduque

L'appel à projet: une forme particulière de marché public?

- Plus proche de la notion de marché public à procédure adaptée que d'un appel à projet tel que défini par la circulaire du 18 janvier 2010
- Sans les mêmes garanties de procédures. Les interrogations essentielles portent sur:
 - La phase d'instruction administrative et le rejet préalable des dossiers
 - Les difficultés de recours contentieux préalables à la décision d'autorisation (référé suspension? référé précontractuel?)
 - L'appréciation de la notion de conflits d'intérêt (au sens du délit de prise illégale d'intérêt, au sens de la notion de conseiller intéressé en droit public?)
 - Quelles garanties d'égalité de traitement en cas d'extension ou de transformation d'un établissement existant (ex: reconversion des hôpitaux publics locaux)? Quel impact à terme sur le renouvellement des autorisations?

Quel impact à terme sur le secteur associatif?

- Nécessité pour le secteur associatif d'un travail en amont avec les autorités pour l'élaboration des schémas régionaux et départementaux, du PRIAC pour faire émerger les besoins nouveaux détectés
- Mobilisation des compétences techniques et financières nécessaires, sans garantie d'un « retour sur investissement »
- Incitation à une politique expansionniste des institutions importantes:
 - Compte tenu des délais relativement courts de réponse à un appel à projet (60 à 90 jours), nécessité d'avoir préalablement déterminé une stratégie d'évolution à moyen terme. Quelle maturation des projets?
 - De rentabiliser la création d'un service dédié
- Renoncement des institutions de taille modeste (trop complexe, trop cher, absence de compétence pour monter un dossier)
- Favorise l'arrivée du secteur lucratif
- Accroît en conséquence les risques fiscaux pour les associations (cf. l'exemple actuel des EHPAD et contrôles fiscaux en cours)

Les contraintes européennes

Tout cela est-il imposé par la réglementation européenne?

Rappel de quelques notions:

Réglementation européenne relative aux SIEG

- La recherche d'un équilibre entre l'intérêt général et les principes de libre concurrence.
 - Les Etats sont libres en principe de définir l'intérêt général sous réserve de l'erreur manifeste d'appréciation
 - Des dérogations à la libre concurrence sont possibles .
 - Contrôle de la commission qui tend à faire prévaloir la libre concurrence au détriment de la liberté des Etats membres

L'évolution du contexte en Europe

- Les services économiques d'intérêt général : simplement évoqués dans le Traité (Article 86-2 du Traité de Rome):
 - Large pouvoir d'appréciation des Etats membres
 - En principe les SIEG sont soumis aux règles du Traité et aux principes de libre installation et de libre concurrence et de reconnaissance mutuelle
 - Dérogations possibles pour préserver l'intérêt général.

- 3 conditions cumulatives à la reconnaissance d'un SIEG:
 - L'entreprise, quelle que soit sa forme juridique, exerce une activité économique. Une activité non économique n'est pas concernée par le Traité de Rome.
 - La mission doit être dévolue par un acte exprès et explicite de la puissance publique (de nature législative, réglementaire ou contractuelle): **Notion de mandatement**
 - La mission doit être d'intérêt général et comporter des obligations de service public. Mais la Commission Européenne n'exclut pas des SIEG d'initiative privée sous réserve d'une reconnaissance par la personne publique et d'un droit de regard sur son organisation. Position comparable du Conseil d'Etat dans l'arrêt du 6 avril 2007 « Ville d'Aix-en-Provence »

SIEG: La prédominance de l'économie

- **Une conception extensive de la notion d'activité économique:** Toute offre de biens ou de service sur un marché potentiellement concurrentiel.
- Les seuls services jugés non concurrentiels par la Commission européenne et la CJCE visent essentiellement les services résultant du pouvoir régalien des Etats et les régimes sociaux par répartition financés par des prélèvements obligatoires.
- **Le secteur associatif n'est pas reconnu dans sa spécificité** et est considéré comme un opérateur économique dans la grande majorité des cas (ex: CJCE 29 nov. 2007 : Transporte sanitaire d'urgence fonctionnant grâce à des bénévoles).

Le SIEG nécessite une reconnaissance par l'Etat (ou les collectivités territoriales)

- En droit communautaire, une association ne « s'autoproclame » pas SIEG. Elle doit être reconnue comme tel par les pouvoirs publics (mandatement)
- Un mandatement est un acte officiel par lequel les pouvoirs publics confient à un organisme la gestion d'un SIEG et lui imposent une obligation de « prester ».
- Le mandatement peut résulter de la loi, d'un acte administratif, d'une convention (par exemple une convention de subvention sous certaines conditions), d'un marché public ou d'une délégation de service public

Principes régissant les SIEG

- Obligations de service public
 - Accès universel: objectifs d'accessibilité du service sur l'ensemble du territoire concerné
 - Continuité: permanence du service, continuité temporelle et territoriale,
 - Qualité: exigence de qualité, suivi, évaluation, réponse aux besoins des utilisateurs,
 - Accessibilité tarifaire: accessibilité financière pour les utilisateurs (en fonction du niveau de leurs ressources)
 - Protection des utilisateurs: encadrement des prestataires, participation des utilisateurs, voies de recours des utilisateurs

Les enjeux de la Directive Service du 16 novembre 2006

- La Directive veut lever le verrou des différentes réglementations qui constituent des entraves injustifiées à la liberté d'établissement, liberté de prestations, liberté de circulation des personnes, liberté du droit de la concurrence en Europe. Reconnaissance mutuelle
- Chaque Etat doit évaluer ses différents régimes d'autorisation ou d'agrément qui peuvent constituer des freins injustifiés au regard des principes de non discrimination et de proportionnalité
- Il peut conserver (et justifier devant la Commission) ceux qui sont édictés dans un but d'ordre public de sécurité publique, de santé publique, d'environnement. de protection des publics fragilisés. (impérieuses nécessités d'intérêt général)
- L'exclusion de la directive Services n'a pas d'autres effets que de dispenser l'Etat de devoir justifier auprès de la Commission Européenne de certains régimes d'encadrement.

Les exclusions de la directive « Services »

- Les services de Santé
- Les services sociaux dans les domaines suivants:
 - Logement,
 - L'aide à l'enfance
 - L'aide aux familles et aux personnes dans le besoin
- Lorsqu'ils sont assurés par:
 - L'Etat
 - Des opérateurs mandatés par l'Etat
 - Des associations caritatives reconnues comme telles par l'Etat.

(article 2-2j. De la directive Services)

Conditions d'exclusion de la Directive Services

3 critères retenus pour bénéficier de l'exclusion de la directive « services »

- **Faire partie de la liste limitative des services sociaux exclus**
- **Exigence d'un mandat des opérateurs par la puissance publique en droit national**
- **ou reconnaissance des opérateurs comme des «associations caritatives » en droit national**

D'une façon générale, l'Etat considère que les services MS relevant de la loi du 2 janvier 2002 répondent aux exigences d'un mandatement compte tenu du régime d'autorisation et des contrôles et contraintes administratives et financières qui les entourent.

La question de l'exclusion se pose donc pour les services sociaux qui ne relèvent pas de la loi 2002-2 mais d'un régime d'agrément concernant simplement des normes minimales d'encadrement (aide à domicile sous régime de l'agrément Loi Borloo, accueil collectif de la petite enfance). Crainte d'une dérégulation (déjà engagée) préjudiciable aux bénéficiaires des services sociaux.

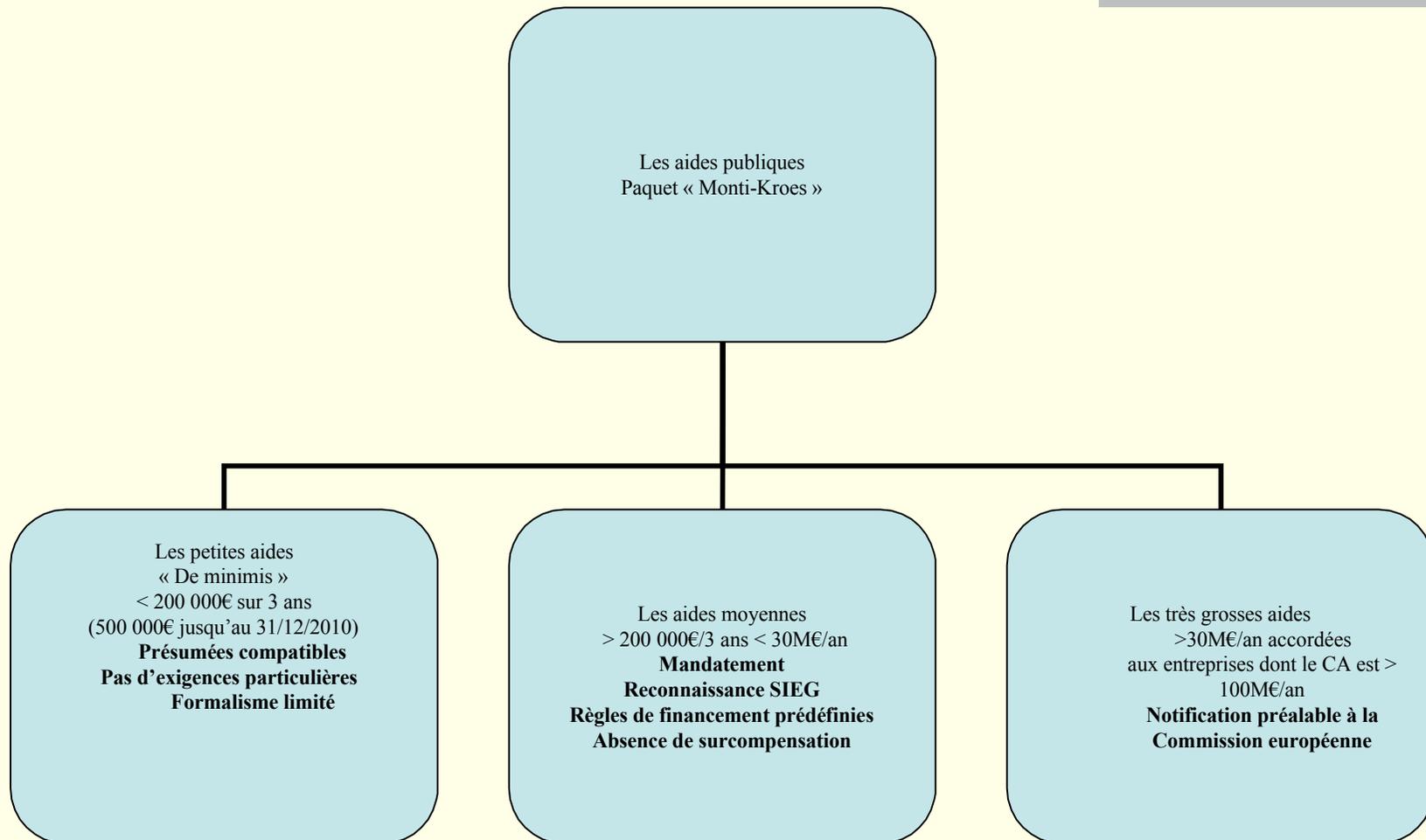
Deux problématiques distinctes concernant les SIEG

- **Les SIEG dans le cadre de la directive service de novembre 2006:**
conditions d'une dérogation au principe de libre prestation au sein de la CEE et de maintien d'un cadre réglementaire contraignant, limitant les opérateurs possibles
- **Le régime des compensations et des aides d'Etat dans le cadre du « paquet Monti-Kroes » :**
encadre les conditions de versement d'un financement public afin de ne pas fausser le libre jeu de la concurrence et concerne en fait le régime des subventions publiques aux entreprises.

Des difficultés de compréhension compte tenu de notion commune de « mandatement ») pour une finalité différente

L'exclusion de la Directive Services n'emporte pas exclusion des règles de compensation.

Les aides d'Etat: un dispositif encadré selon leur montant.



Les conditions d'octroi d'une subvention selon le Paquet Monti-Kroes

- La convention doit conférer un **mandatement**, c'est-à-dire reconnaître que l'activité initiée par l'association constitue un SIEG et en contrepartie du financement public, fixer à l'association des obligations de service public.
- Des **paramètres objectifs de calcul de ces aides** doivent être établis avant leur versement: obligations de produire un budget prévisionnel
- Ces aides ne doivent pas entraîner **de surcompensation** c'est-à-dire ne sont pas supérieures aux charges de fonctionnement du service public

(Arrêt CJCE, 24 juillet 2003 - Altmark Trans GmbH, C280/00 CJCE et Paquet Monti-kroes du 28 novembre 2005))

- **Aide publique = charges du SIEG – les recettes générées par le services+ bénéfice raisonnable plafonné à 10% du montant de la compensation**

Les aides publiques présumées « compatibles »

- Les aides « *de minimis* » d'un montant inférieur à 200 000€ sur 3 ans (500 000€ jusqu'à fin 2010 dans le cadre du plan de relance de l'économie).
Ce seuil inclut les subventions en espèce **et en nature** (mise à disposition gratuite de moyens et de locaux)
- Les aides accordées à des organismes locaux qui n'affectent pas les échanges intracommunautaires (critère délaissé par l'État et à manier avec prudence vu l'ambiguïté de la position de la Commission européenne)
- Les aides accordées après un appel à la concurrence (marché public et délégation de service public)

Les conditions du Paquet Monti-Kroes

- Le secteur médico-social sous tarification répond à la fois aux exigences d'un mandatement et d'impossibilité de surcompensation. La mise en concurrence ne s'imposait pas pour répondre aux exigences européennes
- Pour le secteur social subventionné: convention de subvention euro-compatible

FIN

Merci de votre attention