Réponse des réseaux français d'entreprises sociales d'insertion à la consultation sur la modernisation de la politique de l'UE en matière de marchés publics

Qui sommes-nous ?

La présente réponse est le fruit d'une concertation entre quatre réseaux d'entreprises sociales d'insertion français : CHANTIER école, le CNLRQ, le CNEI, COORACE et la FNARS.

Les entreprises sociales d'insertion sont appelées en France « structures de l'Insertion par l'Activité Économique » (SIAE)[1]. Né dans les années 70 en réaction à la montée du chômage de masse, le secteur de l'insertion par l'activité économique (IAE) expérimente de nouvelles approches s'appuyant sur diverses activités économiques pour offrir des services d'inclusion active.

Les employeurs de l'insertion par l'activité économique s'inscrivent dans les principes de l'économie sociale et solidaire : une activité économique au service de l'homme et de projets d'utilité sociale, une mise en œuvre du projet fondée sur une gouvernance démocratique et une gestion éthique ainsi que sur une dynamique de développement s'appuyant sur un ancrage territorial et une mobilisation citoyenne.

CHANTIER école est une association nationale regroupant près de 600 structures supports d'actions de chantiers d'insertion ou de chantiers formation, accueillant chaque année de l'ordre de 20 000 salariés en parcours d'insertion.

Acteurs du développement durable du territoire, les ACI adhérents à CHANTIER école axent leur mission principale sur la progression des personnes en favorisant, sur la base d'une démarche pédagogique liée à la situation de production, le développement, l'évaluation et la certification des acquis professionnels

Intervenant dans le champ de l'IAE (Insertion par l'activité économique), CHANTIER école est un des réseaux membres du CNIAE et accompagne la professionnalisation des acteurs par :

- la collecte et la diffusion des informations nécessaires aux acteurs pour développer leurs projets,
- la mise en place de groupes nationaux visant à capitaliser et diffuser des repères et outils méthodologiques,
- l'évolution qualitative des actions portées par ses adhérents à travers le transfert de savoir faire, la création et la diffusion d'outils adaptés, la diffusion de bonnes pratiques et la formation des salariés.

CHANTIER école s'appuie sur un réseau de 17 associations régionales.

[1] En droit français, ces structures peuvent s'organiser selon différents statuts juridiques : Associations Intermédiaires (AI) ; Ateliers et Chantiers d'Insertion (ACI) ; Entreprises de Travail Temporaire d'Insertion (ETTI) ; Entreprises d'Insertion (EI) ; Groupes Économiques Solidaires (GES). Elles sont liées à l'État central par des conventions.

Le **Comité National des Entreprises d'Insertion** (CNEI) rassemble des entrepreneurs qui ont en commun de mettre leur projet économique au service d'une finalité sociale.

Crée en 1988, et organisé en Fédération des Unions régionales des entreprises d'insertion depuis 1996, le CNEI regroupe 600 entreprises d'insertion et entreprises de travail temporaire d'insertion. Celles-ci emploient chaque année 37.000 salariés dans plus de 15 secteurs d'activité.

Le CNEI s'attache à représenter ses adhérents au niveau national, à accompagner leur développement et à mutualiser leurs expériences afin de favoriser l'accès à l'emploi durable des personnes en difficulté sociale et professionnelle.

Créé en 1988, le **Comité National de Liaison des Régies de Quartier** (CNLRQ) rassemble les Régies de quartier (urbaines) et de territoire (rurales) en France. Les appellations « Régie de Quartier » et « Régie de Territoire » sont des marques collectives qui se réfèrent au Label attribué par le CNLRQ.

Les Régies de quartier et de territoire sont des associations qui regroupent les élus des collectivités, les bailleurs sociaux et acteurs socioéconomiques, les habitants, pour intervenir ensemble dans la gestion du territoire. Leurs interventions conjuguent amélioration du cadre de vie, médiation et (re)création du lien social, et offrent des parcours d'insertion à des habitants exclus de la sphère économique marchande.

En associant les habitants et les partenaires publics, les Régies accompagnent et développent les réponses à des besoins collectifs non satisfaits ou émergents et créent des flux économiques réinjectés sur leurs territoires, quartiers prioritaires. Elles portent un projet original entre Insertion par l'Activité Économique, Éducation Populaire et Économie Solidaire. Avec leurs partenaires, les Régies contribuent à développer une expertise de mobilisation de la commande publique et des possibilités du code des marchés publics (marchés de services sociaux, clauses sociales, allotissement,…)

Le CNLRQ assure une mission d'animation (échange, capitalisation, transfert de pratiques), de représentation auprès des pouvoirs publics et partenaires, de soutien au développement des nouvelles Régies et Régies existantes qui se traduit par un ensemble d'actions : Plan de Formation, Guide Commande Publique « Pour une politique d'achat socialement responsable », Plan d'actions Lutte contre l'Illettrisme,….

COORACE est une association loi 1901 (asbl) qui fédère près de 500 entreprises de l'économie sociale et solidaire partageant une ambition commune : l'emploi pour tous.

Ses adhérents sont principalement des entreprises sociales d'insertion (SIAE) et des organismes agréés Services à la Personne (OASP). La fédération se caractérise ainsi par la diversité des entreprises qu'elle rassemble, permettant une réflexion et des actions transversales au service de l'emploi, de l'insertion et du développement de territoires solidaires.

L'ensemble de ces entreprises salarie annuellement près de 90 000 personnes dont 78 000 dans le cadre de « parcours d'insertion ». (Source : Observatoire COORACE 2009)

Constituée d'un COORACE national et de 18 COORACE régionaux, la fédération représente ses adhérents au niveau national et local auprès des partenaires et décideurs, politiques, économiques et sociaux. Force de propositions, elle contribue à l'élaboration des politiques publiques de l'emploi et de l'insertion.

COORACE est membre d'EAPN-France et d'ENSIE (réseau européen des entreprises sociales d'insertion - http://www.ensie.org/)

Pour plus d'infos : www.coorace.org

Créée en 1956, la **Fédération Nationale des Associations d'Accueil et de Réinsertion sociale** (FNARS) fédère au plan national 800 associations et organismes publics qui gèrent près de 2 200 établissements et services allant des centres d'hébergement, à des centres de soins, en passant par des services de relogement, et des structures de l'insertion par l'activité économique (SIAE).

En matière d'insertion par l'activité économique, la FNARS intervient majoritairement par des Ateliers et chantiers d'insertion : 900 Ateliers et Chantiers d'Insertion (ACI) en 2009, 60 Associations Intermédiaires (AI) et 50 Entreprises d'Insertion (EI) et Entreprise de Travail Temporaire d'Insertion (ETTI).

Les chantiers d'insertion adhérents à la FNARS interviennent dans les filières suivantes :

- La récupération, recyclage et ventre : 19%
- L'environnement, la gestion des espaces verts et les forêts : 19%
- Le Bâtiment et les travaux publics : 17%
- Le maraîchage : 15%
- L'entretien et la valorisation du patrimoine : 9%
- Autres activités : 21 %

La FNARS représente ses adhérents auprès des pouvoirs publics et des administrations, au niveau régional, national ou européen et pèse sur les décisions publiques, les lois et les mesures en faveur de l'emploi des plus en difficultés. Elle analyse et évalue les actions menées et les dispositifs mis en place en matière d'emploi, vérifie leur cohérence, mesure les résultats obtenus,... La fédération propose des sessions de formation destinées aux cadres et acteurs associatifs, salariés et bénévoles. La FNARS exerce également une fonction de conseil auprès de ses adhérents, en leur apportant une assistance technique et en favorisant les transferts de savoir-faire entre eux. Elle soutient l'expérimentation de réponses innovantes et pertinentes. La FNARS interpelle les décideurs publics et entend aussi éveiller l'opinion publique à une meilleure compréhension des situations de détresse sociale et de difficultés d'accès à l'emploi.

Pourquoi répondons-nous au livre vert ?

CHANTIER école, le CNLRQ, le CNEI, COORACE et la FNARS adhèrent pleinement à la Stratégie 2020 pour une croissance intelligente, durable, inclusive. Nos adhérents inscrivent leurs activités dans la recherche d'un développement durable compris dans ses 3 composantes, économique, sociale et écologique.

Les adhérents de nos réseaux sont dans leur majorité des entreprises sociales d'insertion qui bénéficient d'un mandatement de l'État au titre de leur mission d'intérêt économique général d'inclusion. Dans le cadre de ce mandatement, une part des charges liées à l'inclusion est potentiellement prise en charge par l'État.

Au delà de ce mandatement, ces entreprises sont de plus en plus confrontées à la commande publique. L'État tend à y recourir de plus en plus pour des services d'inclusion sociale ; il cherche aussi à encourager le développement d'exigences d'inclusion dans des marchés publics ne portant pas directement sur l'inclusion (clauses sociales).

Par ailleurs, l'activité d'inclusion sociale de nos adhérents les conduit à s'investir dans des secteurs d'activités très diversifiés et donc à répondre à des marchés publics ne relevant pas directement de l'inclusion.

Notre réponse repose sur ce champ d'expérience, ce qui nous amène à ne répondre qu'aux questions qui nous concernent directement.

Réponses des réseaux français de l'IAE

Notion d'achats

Question 1. Pensez-vous qu'il faille limiter aux achats le champ d'application des directives sur les marchés publics? Une telle limitation devrait-elle simplement consacrer le critère d'intérêt économique direct invoqué par la Cour, ou définir d'autres conditions et notions pour le compléter ou à titre d'alternative?

LES RÉSEAUX DE L'IAE pensent qu'il est nécessaire de clarifier le champ d'application des directives sur les marchés publics pour que la frontière avec le régime de la subvention appliqué aux services sociaux d'intérêt économique général soit plus claire pour les opérateurs et les pouvoirs adjudicateurs.

En effet, on observe en France une tendance croissante des pouvoirs adjudicateurs à appliquer le code des marchés publics pour ne pas prendre de risques juridiques, là où la subvention serait plus adaptée. Voir la question 97 pour plus de détails.

Services de type A/B

Question 4 : Faut-il selon-vous reconsidérer la distinction entre service de type A et services de type B ?

Question 5 : Les directives sur les marchés publics devraient-elles selon vous s'appliquer à tous les services, éventuellement dans le cadre d'un régime général plus souple? Sinon, veuillez indiquer quel(s) service(s) devraient selon vous rester soumis au régime actuellement prévu pour les services de type B, et pourquoi.

LES RÉSEAUX DE L'IAE considèrent que la distinction entre les services de type A et les services de Type B est justifiée et doit être maintenue. Cependant la liste des services de type B gagnerait à être clairement restreinte en supprimant la catégorie 27 (« autres services »).

LES RÉSEAUX DE L'IAE tiennent fortement à ce que les services sociaux d'intérêt général (SSIG) relevant dans la catégorie 25 de l'annexe II B de la directive 2004/18/CE soient maintenus dans ce cadre spécifique. La présence des SSIG dans la liste B se justifie par l'intérêt transfrontalier très faible des marchés les concernant : il s'agit le plus souvent de marchés de faibles montants, à caractère fortement local, et s'adressant à des personnes en situation de grande vulnérabilité.

Les SSIG sont des services de proximité dont la qualité repose souvent sur l'ancrage local de l'opérateur et sur sa capacité à développer et entretenir dans la durée des partenariats locaux générateurs de lien social. Ils sont mis en œuvre par des opérateurs qui, dans leur immense majorité, sont des organismes sans but lucratif (OSBL) et ne recherchent ni ne pratiquent de « rémunération de leurs capitaux propres ». C'est notamment le cas des marchés d'inclusion sociale.

Le faible impact de ce type de marché sur les échanges intracommunautaires est d'ailleurs souligné par plusieurs parties prenantes. Ainsi, dans sa réponse à l'évaluation du Paquet « Monti-Kroes» relatif aux aides d'État versées sous forme de compensations de service public, remis en septembre 2010 aux services de la Commission Européenne, la France s'interroge sur l'impact réel des activités à caractère

très local ou très peu économiques sur les échanges intra-communautaires et sur le risque réel d'atteinte à la concurrence.

L'enjeu, au delà de la question des listes A et B, est que ces opérateurs, qui sont souvent de petite taille, soient en mesure d'accéder aux marchés de SSIG lorsque ceux-ci sont mis en œuvre par le biais des procédures de marchés publics. Pour cela il est impératif de conserver une certaine souplesse dans le degré de formalisme, qui peut vite devenir totalement disproportionné pour un marché de SSIG local. Un formalisme accru risquerait de décourager les pouvoirs adjudicateurs de passer ces marchés et/ou d'empêcher les petits opérateurs locaux d'y accéder.

****

Des instruments spécifiques pour les petits pouvoirs adjudicateurs

Question 27 : L'application intégrale du régime de passation des marchés publics vous paraît-elle adaptée ou non aux besoins des petits pouvoirs adjudicateurs? Veuillez expliciter votre réponse.

Question 28 : Dans l'affirmative, seriez-vous favorable à un régime simplifié pour la passation de marchés d'un montant relativement faible par les collectivités territoriales? Quelles devraient en être les caractéristiques?

27.

Le formalisme imposé par le régime de passation des marchés publics est très lourd pour les petits pouvoirs adjudicateurs. Il exige du temps mais surtout une forte compétence juridique. Les procédures adaptées existantes (articles 28 et 30 du code des marchés publics français) offrent la possibilité de faire baisser la charge administrative en adaptant le degré de formalisme et de mise en concurrence à l'objet du marché et à son montant.

LES RÉSEAUX DE L'IAE constatent que les petits pouvoirs adjudicateurs ont tendance à ne pas profiter de toutes les possibilités offertes par ces procédures adaptées parce qu'ils ont beaucoup de mal à apprécier leur marge de manœuvre vis-à-vis des principes du droit primaire. Pour minimiser la prise de risque juridique, ils ont tendance à opter pour la procédure formalisée qui est plus lourde administrativement et peut se révéler disproportionnée et inadaptée pour certaines prestations au regard de l'objet du marché et à l'occasion de faibles montants.

28.

Pour les marchés d'un faible montant, ainsi que ceux relevant de l'annexe IIB quel que soit leur montant, la définition d'une procédure standardisée répondant aux exigences du droit primaire permettrait de lever une partie des incertitudes juridiques auxquelles sont confrontés les petits pouvoirs adjudicateurs.

Une clarification juridique des conditions dans lesquelles l'impact de l'achat public sur les échanges intra-communautaire est faible (voir question 29) irait aussi dans le bon sens.

Il reste que les petits pouvoirs adjudicateurs ont fondamentalement besoin d'une assistance technique leur permettant une utilisation optimale et sécurisée des marchés publics, y compris dans leurs objectifs politiques. Une telle assistance peut facilement être mise en place à l'échelle territoriale (département ou région en France).

Renforcer la sécurité juridique pour les marchés inférieurs aux seuils des directives

Question 29 : Selon vous, la jurisprudence de la Cour telle qu'explicitée par la communication interprétative de la Commission assure-t-elle une sécurité juridique suffisante pour la passation de marchés d'un montant inférieur aux seuils des directives? Estimez-vous au contraire que l'UE doive fournir des indications supplémentaires, par exemple sur les éléments constitutifs d'un éventuel intérêt transfrontalier, ou prendre d'autres initiatives en ce sens? Pour quels aspects une telle mesure vous semble-t-elle nécessaire ou pertinente?

LES RÉSEAUX DE L'IAE considèrent que les éléments d'objectivation de l'intérêt transfrontalier fournis par la Cour restent encore beaucoup trop flous. Un effort de définition d'un faisceau d'indicateurs précis permettant de caractériser l'absence d'intérêt reste nécessaire pour éviter de rigidifier l'achat public sur des petits marchés à caractère locaux.

Dans les faits, la question de l'intérêt transfrontalier se pose très fréquemment aux communes et aux départements. Ces collectivités souhaitent souvent favoriser le développement de services d'inclusion sociale de proximité, soit en achetant des services aux opérateurs locaux par voie de marchés publics, soit en leur accordant des subventions. Cette question est donc commune à l'achat public et aux aides d'État. De fait, seuls les opérateurs locaux – souvent de petite taille – sont susceptibles de fournir ce type de services.

Pour sécuriser et favoriser ce type d'achat public, il devrait être formellement établi qu'un marché passé par un pouvoir adjudicateur local pour mettre un service d'intérêt général à disposition de ses habitants n'a pas d'impact sur les échanges intracommunautaires.

Plusieurs jurisprudences existantes peuvent fournir une base de travail pour délimiter par des faisceaux de critères objectifs des cas d'absence d'impact :

- Dans la décision relative à la piscine de Dorsten[2], la Commission avait estimé que les habitants de la ville et de ses environs étaient les utilisateurs de cette installation et que cette situation devait être clairement distinguée d'une aide destinée à promouvoir de grands parcs à thèmes qui s'adressent au marché national, voire international. Dans ces conditions, la Commission y avait considéré que cette installation n'affectait pas le commerce entre États membres.

- Dans une autre décision sur l'aide à la production théâtrale dans le pays basque[3], la Commission a, pour conclure à l'absence d'aide, souligné que le secteur concerné n'avait qu'une dimension locale et linguistique limitée, que le montant des aides était relativement faible et qu'il n'y avait que peu de risques de subventions croisées, dès lors que les entreprises concernées n'exerçaient qu'une activité théâtrale. Elle a également relevé que la production en la matière avait peu d'impact sur la concurrence et les échanges.

Enfin, la Commission européenne a déjà ouvert en matière d'application des règles de l'achat public aux SSIG des pistes intéressantes qui gagneraient à être creusées et

[2] Décision relative à l'aide N258/2000 du 21 décembre 2000.
[3] Décision relative à l'aide N257/2007 du 27 juin 2007.

intégrées au droit communautaire[4] : « *sous certaines conditions, de petits marchés de services à dimension locale peuvent être attribués même sans se conformer aux principes du TFUE (non-discrimination, transparence etc.) lors de la passation de ces contrats, si les services en question n'ont pas d'intérêt transfrontalier pour les opérateurs des autres États membres et ne présentent donc pas d'incidence sur le fonctionnement du marché intérieur. Cela peut être le cas lorsque, en considération de la valeur particulièrement modeste (bien en dessous du seuil d'application de la directive, qui s'élève actuellement à 193 000 EUR) et des caractéristiques du service social, comme du segment de marché concerné, il ne peut pas être présumé que les opérateurs économiques des autres États membres ont un intérêt potentiel à réaliser la prestation de services en question*. »

****

Un marché européen des contrats publics plus accessible

Question 46. Estimez-vous que les règles et politiques de l'UE en matière de passation des marchés publics tiennent suffisamment compte des intérêts des PME? Ou bien pensez-vous que certaines règles de la directive devraient être révisées ou que des mesures supplémentaires devraient être introduites pour améliorer la participation des PME aux marchés publics? Motivez votre réponse.

Question 47. Certaines des mesures définies dans le code de bonnes pratiques (telles que la subdivision en lots) devraient-elles être imposées aux pouvoirs adjudicateurs (sous certaines réserves)?

Question 48. Pensez-vous que les règles relatives au choix du soumissionnaire créent une charge administrative disproportionnée pour les PME? Dans l'affirmative, comment simplifier ces règles sans compromettre les garanties en matière de transparence, de non-discrimination et de bonne exécution des marchés?

Question 49. Seriez-vous favorable à une solution qui n'imposerait la production et la vérification d'éléments justificatifs qu'en ce qui concerne les candidats présélectionnés / l'adjudicataire?

Question 50. Pensez-vous qu'une déclaration solennelle soit un bon moyen d'alléger la charge administrative liée à la fourniture d'éléments justificatifs au titre des critères de sélection? Ou pensez-vous au contraire que ce n'est pas un moyen suffisamment fiable pour remplacer les certificats? Dans quels domaines une déclaration solennelle serait-elle utile (faits relevant de la sphère de l'entreprise elle-même) ou inutile?

Question 51. Pour prouver leur capacité financière, les soumissionnaires doivent se conformer à des exigences en matière de chiffre d'affaires; pensez-vous que ces exigences soient trop strictes pour les PME? L'Union européenne devrait-elle fixer un ratio maximal qui garantirait la proportionnalité des critères de sélection (par exemple: limitation du chiffre d'affaires maximal requis à un certain multiple de la valeur du marché)? Envisageriez-vous d'autres instruments pour garantir la proportionnalité des critères de sélection par rapport à la valeur et à l'objet du marché?

Question 52. Quels sont les avantages et les inconvénients de la possibilité pour les États membres d'autoriser ou de contraindre leurs pouvoirs adjudicateurs à obliger l'adjudicataire à sous-traiter une certaine partie du marché principal à des tiers?

[4] Guide relatif à l'application aux services d'intérêt économique général, et en particulier aux services sociaux d'intérêt général, des règles de l'Union européenne en matière d'aides d'État, de "marchés publics" et de "marché intérieur" SEC(2010) 1545 final - Bruxelles, 7.12.2010

46. et 48.

Les règles et procédures de passation de marchés publics posent des difficultés aux opérateurs de petite taille tel que les PME ou les associations (comme aux petits pouvoirs adjudicateurs : voir questions 27 et 28) du fait de leur très forte technicité.

LES RÉSEAUX DE L'IAE préconisent, en premier lieu, d'augmenter l'effort d'assistance technique à ces structures, par exemple en mettant en place, à l'échelle du territoire, des guichets uniques qui les assistent dans la mise au point de leur offre.

47.

L'allotissement des marchés publics est déjà posé comme principe par l'article 10 du Code des marchés publics français.

LES RÉSEAUX DE L'IAE trouvent cette obligation de division en lots très positive et regrettent simplement que les motifs de non recours à l'allotissement restent trop nombreux et définis de façon trop large. Ainsi, un pouvoir adjudicateur peut trop facilement invoquer le fait qu'il n'est « pas en mesure d'assurer lui-même les missions d'organisation, de pilotage et de coordination » pour ne pas recourir à l'allotissement.

51.

LES RÉSEAUX DE L'IAE disposent de nombreux exemples de cas où les critères de sélection, financiers, mais aussi relatifs à la couverture territoriale, empêchent de fait les opérateurs de petite taille (PME et associations) d'accéder aux marchés publics, même en se regroupant.

Ces exigences ne paraissent pas toujours proportionnées à l'objet du marché. Ainsi, de nombreux marchés publics de formation ou d'accompagnement des personnes éloignées de l'emploi en France étaient mis en œuvre par des petits opérateurs jusqu'à ce que des exigences en matière de chiffre d'affaires et de couverture territoriale les empêchent de soumissionner à ces marchés, et ce sans que l'objet du marché ait fondamentalement changé.

Notons également que les opérateurs de petite taille n'ont souvent pas les ressources nécessaires pour engager une procédure de recours lorsque le code des marchés publics ne leur semble pas correctement appliqué.

****

Comment acheter : des obligations au service des objectifs de la stratégie Europe 2020

Utiliser les critères d'attribution les plus appropriés

Question 70. Le critère de l'offre économiquement la plus avantageuse semble être le plus approprié pour poursuivre d'autres objectifs politiques. Afin de tenir dûment compte de ces objectifs, estimez-vous qu'il serait utile de modifier les règles existantes (pour certains types de marchés/des secteurs particuliers/dans certaines circonstances):

1.1.1. pour éliminer l'utilisation exclusive du critère du prix le plus bas;

1.1.2. pour limiter l'utilisation du critère du prix ou le poids que les pouvoirs adjudicateurs peuvent donner au prix;

1.1.3. pour ajouter un troisième critère d'attribution, en plus du prix le plus bas et de l'offre économiquement la plus avantageuse? dans l'affirmative, quel autre critère proposeriez-vous pour poursuivre d'autres objectifs plus efficacement et garantir des conditions homogènes et une concurrence loyale entre les entreprises européennes?

Question 71. En tout état de cause, pensez-vous qu'il y ait lieu de limiter le score maximal attribué aux critères environnementaux, sociaux ou d'innovation, par exemple, de sorte que ces critères n'aient pas plus d'importance que les critères de performance ou de coût?

Question 72. Pensez-vous que la possibilité d'inclure des critères environnementaux ou sociaux dans la phase d'attribution est bien comprise et qu'il en est fait usage? La directive devrait-elle être plus claire sur ce point?

Question 73. Estimez-vous que le coût du cycle de vie doive obligatoirement être pris en compte pour déterminer l'offre économiquement la plus avantageuse, notamment dans le cas des grands projets? Dans l'affirmative, serait-il nécessaire/opportun que les services de la Commission élaborent une méthode d'évaluation du coût du cycle de vie?

70.1.1. / 70.1.2.

LES RÉSEAUX DE L'IAE sont favorables à l'élimination de l'utilisation exclusive du critère du prix le plus bas dans l'achat public et ce quel que soit le marché. Cette pratique favorise une vision étroite du coût qui ne prend pas en compte, par exemple, la rentabilité et le coût d'utilisation.

Pour des raisons similaires, LES RÉSEAUX DE L'IAE sont favorables à une limitation du poids du prix par rapport aux d'autres critères. Dès que le marché le permet, les pouvoirs adjudicateurs devraient accorder un poids égal à :

1. Un ensemble de critères représentatifs du coût : prix, coût d'utilisation, rentabilité
2. Un ensemble de critères de qualité et de performances : qualité, valeur technique, délais, service après-vente, etc.
3. Un ensemble de critères tenant compte des objectifs politiques de l'UE : caractère innovant, performance en matière d'inclusion sociale, respect de l'environnement, etc.

71.

La tendance des pouvoirs adjudicateurs français est actuellement de faire un usage trop important du critère du prix le plus bas. LES RÉSEAUX DE L'IAE n'ont connaissance d'aucune pratique de pouvoirs adjudicateurs qui feraient un usage excessif des critères environnementaux, sociaux ou d'innovation. En limiter le score maximal nous parait donc inutile. De plus une telle limitation contredirait les priorités fixées par la stratégie européenne 2020 qui vise une société plus verte et inclusive.

72.

Des éléments sur l'usage fait en France de la possibilité d'inclure des critères sociaux dans la phase d'attribution sont fournis en réponse à la question 74.

Imposer des clauses d'exécution de marché appropriées

Question 74. Les clauses d'exécution de marché constituent la phase la plus appropriée de la procédure pour tenir compte de considérations sociales liées à l'emploi et aux conditions de travail des travailleurs qui participent à l'exécution du marché. Souscrivez-vous à cette affirmation? Si non, quelle pourrait être la meilleure solution?

Question 75. Quel type de clause d'exécution de marché serait particulièrement approprié pour la prise en compte des aspects sociaux, environnementaux et d'efficacité énergétique?

Question 76. Certaines clauses générales d'exécution de marché, notamment celles relatives à l'emploi et aux conditions de travail des travailleurs participant à l'exécution du marché, devraient-elles être déjà définies au niveau de l'Union européenne?

74.

L'expérience montre que l'introduction de critères d'inclusion sociale au seul niveau des clauses d'exécution n'est pas suffisante. Il faut au minimum la doubler d'une prise en compte de ces considérations au niveau des critères d'attribution, sans quoi le pouvoir adjudicateur n'est pas en mesure de juger de la performance de l'offre en matière d'inclusion des personnes éloignées de l'emploi.

En France, la solution la plus satisfaisante actuellement est de combiner l'introduction de critères d'inclusion au niveau des critères d'attribution (article 53 du code des marchés publics français) et au niveau des clauses d'exécution (article 14 du même code). Les 2 exigences viennent se renforcer l'une l'autre : d'une part la clause d'exécution assure un lien avec l'objet du marché et permet de dimensionner l'action d'insertion (pourcentage d'heures sur la totalité du marché par exemple) et d'autre part, les critères d'attribution permettent de juger de la performance de l'offre proposée. Ainsi, l'association des deux critères facilite la mise en œuvre des mesures d'inclusion au moment de l'exécution de la prestation, en obligeant les candidats à réfléchir au dispositif d'insertion dès la préparation des offres.

Pour LES RÉSEAUX DE L'IAE, l'idéal resterait que les objectifs politiques soient systématiquement pris en compte par le pouvoir adjudicateur dès la définition de l'objet, ce qui permet d'éviter tout risque juridique et de garantir la qualité des prestations correspondantes.

Les statistiques montrent que les pouvoirs adjudicateurs font encore un usage très faible des diverses possibilités de prise en compte de l'inclusion sociale dans l'achat public. Ainsi, en 2009[5], seul 1,9% des marchés supérieurs à 90 000 euros HT posaient des exigences relatives à d'inclusion sociale.

[5] Source : *Recensement des marchés publics en 2009*, Observatoire économique de l'achat public (OEAP), Ministère de l'économie et des finances.

Au niveau de l'État central, malgré un discours volontariste, les chiffres obligent à conclure à l'absence d'une véritable volonté d'intégration des clauses d'inclusion sociale dans les marchés publics. Seuls 0,5 % des marchés supérieurs à 90 000 euros HT passés par l'État ont fait l'objet d'une clause sociale en 2009. Les collectivités territoriales restent en avance par rapport à l'État : 2,7 % de leurs marchés supérieurs à 90 000 euros HT ont fait l'objet d'une clause d'inclusion sociale en 2009[6].

L'intégration de la possibilité d'inclure des critères environnementaux ou sociaux dans les marchés nécessite souvent un travail de sensibilisation, notamment auprès des petits pouvoirs adjudicateurs. Mais leur mise en œuvre à l'échelle territoriale dépend beaucoup de l'existence d'une volonté politique et de l'existence de « facilitateurs » assurant l'interface entre les différentes parties : pouvoirs adjudicateurs, entreprises candidates et réseaux de l'insertion.

Lien avec l'objet/ l'exécution du marché

Question 79. Certaines parties concernées suggèrent d'assouplir voire de supprimer la condition de l'existence d'un lien entre l'objet du marché et les exigences imposées par le pouvoir adjudicateur (il pourrait ainsi être demandé aux soumissionnaires par exemple de mener une politique d'égalité des sexes ou d'employer un pourcentage déterminé de personnes dans une catégorie donnée: chômeurs, personnes handicapées...). Souscrivez-vous à cette proposition? Quels pourraient être les avantages ou les inconvénients d'un assouplissement ou de la suppression du lien avec l'objet du marché?

Question 80. Si le lien avec l'objet du marché devait être assoupli, quels mécanismes correctifs pourraient être mis en place, le cas échéant, pour réduire les risques de discrimination et d'une restriction considérable de la concurrence?

Question 81. Pensez-vous que les PME pourraient avoir du mal à se conformer aux multiples exigences qui leur seraient imposées? Dans l'affirmative, quelles solutions proposeriez-vous pour résoudre ces difficultés?

Question 82. Si vous êtes favorable à l'idée d'assouplir ou de supprimer le lien avec l'objet du marché, à quel stade de la procédure d'appel d'offres cette mesure devrait-elle s'appliquer?

82.1 Pensez-vous que, dans la définition des spécifications techniques, il soit opportun d'assouplir l'exigence d'un lien entre les spécifications relatives aux procédés et méthodes de production et les caractéristiques du produit, afin d'englober des éléments qui ne transparaissent pas dans les caractéristiques du produit (par exemple: lors de l'achat de café, demander au fournisseur de verser aux producteurs une prime qu'ils devront investir dans des activités encourageant le développement socioéconomique de communautés locales)?

82.2 Pensez-vous que la législation de l'UE sur les marchés publics devrait permettre aux pouvoirs adjudicateurs d'appliquer des critères de sélection fondés sur des caractéristiques des entreprises qui sont sans lien avec l'objet du marché (par exemple, exiger des soumissionnaires qu'ils aient une politique d'égalité des sexes ou une politique de recrutement ciblant certaines catégories: chômeurs, handicapés...)?

82.3. Pensez-vous que le lien avec l'objet du marché devrait être assoupli ou supprimé dans la phase d'attribution afin de tenir compte d'autres aspects politiques (par

[6] idem.

exemple: l'attribution de points supplémentaires aux soumissionnaires qui emploient des chômeurs ou des handicapés)?

82.3.1. Le recours à des critères d'attribution autres que le prix le plus bas ou l'offre économiquement la plus avantageuse et à des critères non liés à l'objet du marché risque de séparer l'application des règles européennes sur les marchés publics de celle des règles européennes sur les aides d'État, en ce sens que l'attribution de marchés sur la base de critères autres que des critères économiques pourrait constituer une aide et poser potentiellement problème du point de vue des règles européennes sur les aides d'État. Partagez-vous cette crainte? Dans l'affirmative, comment y remédier?

82.4 Pensez-vous que la législation de l'UE sur les marchés publics devrait permettre aux pouvoirs adjudicateurs d'imposer des clauses d'exécution de marché qui ne soient pas strictement liées à la fourniture des biens et services concernés (par exemple, exiger du contractant qu'il mette en place des services de garde d'enfants pour son personnel ou qu'il alloue un certain montant de la rémunération à des projets sociaux)?

79.

LES RÉSEAUX DE L'IAE sont favorables au maintien d'une condition de cohérence entre l'objet du marché et les exigences imposées.

Comme déjà énoncé en réponse à la question 74, il nous semble que les exigences de contribution à la stratégie de l'UE devraient idéalement être envisagées transversalement par les pouvoirs adjudicateurs à tous les niveaux du marché, c'est-à-dire introduites dès la définition du besoin chaque fois que cela est possible puis déclinées dans les différentes phases du marché (et notamment au niveau des critères d'attribution).

Quoi acheter : des obligations au service des objectifs de la stratégie Europe 2020

83.Pensez-vous que l'instauration à l'échelle de l'UE d'obligations du type «quoi acheter» soit un bon moyen d'atteindre d'autres objectifs politiques? Quels seraient les principaux avantages/inconvénients d'une telle approche? Pour quels types spécifiques de produits ou de services ou pour quelles politiques particulières serait-il utile d'instaurer de telles obligations? Veuillez motiver votre réponse. Pouvez-vous citer des exemples de pratiques nationales dans le domaine des marchés publics qui pourraient être facilement reproductibles à l'échelle de l'Union européenne?

84.Pensez-vous que des obligations supplémentaires de ce type au niveau de l'UE devraient être inscrites dans une législation particulière (dans le domaine environnemental, énergétique, social, de l'accessibilité, etc.) ou imposées par la législation générale de l'UE sur les marchés publics?

85.Pensez-vous que des obligations du type «quoi acheter» devraient être imposées au niveau national? Estimez-vous que ces obligations risquent d'entraîner un morcellement du marché intérieur? Dans l'affirmative, quel serait le meilleur moyen de réduire ce risque?

86.Pensez-vous que les obligations du type «quoi acheter» devraient plutôt porter sur la proportion de MPE (par exemple) passés par les pouvoirs adjudicateurs, sur les caractéristiques des biens/services/travaux qu'ils devraient acheter, ou sur des critères spécifiques à prendre en compte parmi les éléments de l'appel d'offres?

***86.1.*Quelle marge de manœuvre devrait être laissée aux pouvoirs adjudicateurs dans leurs décisions d'achat?**

***86.2.*Les exigences contraignantes devraient-elles simplement fixer un niveau minimal, de façon à laisser à chaque pouvoir adjudicateur la possibilité de fixer des exigences plus ambitieuses?**

87.Quel vous paraît être le meilleur moyen d'identifier la technologie la plus avancée (par exemple, charger une entité de surveiller quelle technologie a atteint le stade le plus avancé, ou exiger des pouvoirs adjudicateurs qu'ils se fondent sur la technologie la plus avancée en tant que critère pour l'attribution du marché, ou tout autre moyen)?

88.L'introduction de critères ou d'objectifs contraignants concernant l'objet de l'achat ne devrait pas provoquer l'élimination de la concurrence sur les marchés publics. Comment cet objectif de préservation de la concurrence pourrait-il être pris en compte dans la définition de ces critères ou objectifs?

89.Estimez-vous que l'instauration d'obligations concernant l'objet de l'achat alourdirait la charge administrative, notamment pour les petites entreprises? Dans l'affirmative, comment réduire ce risque? Quel type de mesures de mise en œuvre et/ou quelles orientations devraient accompagner ces obligations?

90.Si vous n'êtes pas favorable à l'idée d'instaurer des obligations concernant l'objet de l'achat, quels autres instruments préconiseriez-vous (recommandations ou autres mesures d'incitation, par exemple)?

83.

LES RÉSEAUX DE L'IAE sont persuadés que les autorités publiques ont un rôle d'exemplarité tout à fait fondamental à jouer dans l'achat de biens et services respectueux de l'environnement social et naturel.

Pour ce qui est des critères d'inclusion sociale, LES RÉSEAUX DE L'IAE constatent que le développement de leur utilisation dans les marchés publics peine à se développer en France par manque de volonté politique et parce que les marchés publics sont souvent abordés sous un angle strictement technique.

LES RÉSEAUX DE L'IAE sont donc favorables à toute forme d'incitation des décideurs politiques à développer et systématiser l'intégration d'objectifs politiques dans la commande publique.

Pour autant, LES RÉSEAUX DE L'IAE ne sont pas favorables à l'instauration d'obligations. De telles obligations risqueraient à notre sens de renforcer des contraintes administratives et techniques qui pèsent déjà lourdement sur les petits pouvoirs adjudicateurs. Elles serait perçues comme des contraintes et risqueraient d'aboutir à une intégration « a minima » des objectifs politiques pour des raisons strictement techniques.

90.

Pour développer l'usage politique des marchés publics, LES RÉSEAUX DE L'IAE recommandent la généralisation de services « facilitateurs » qui ont prouvé leur efficacité en France pour le développement des clauses d'inclusion sociale, là où ils ont été expérimentés.

Le facilitateur joue un rôle d'interface entre les acheteurs publics et les entreprises dans la mise en œuvre des clauses d'inclusion sociale. La fonction de facilitateur peut être portée par une collectivité publique ou par un (ou plusieurs) prestataire(s) extérieur(s).

Les principales missions que peut assurer un service facilitateur sont les suivantes :

- Conseil auprès de l'acheteur pour l'introduction d'exigences relatives à l'inclusion dans le marché ;
- Conseil auprès de l'acheteur pour l'évaluation des dispositions à caractère social lors de l'examen des offres aboutissant au choix du titulaire ;
- Assistance au suivi de la mise en œuvre des exigences relatives à l'inclusion lors de la passation ;
- Assistance aux opérateurs pour prendre en compte les exigences relatives à l'inclusion dans leurs offres, repérage des ressources et des offres existantes en matière d'inclusion sur le territoire (structures spécialisées, partenaires, etc.) ;
- Aide au titulaire du marché pour une bonne mise en œuvre des exigences liées à l'inclusion (voire mise en contact avec la main d'œuvre concernée ou les pourvoyeurs de main d'œuvre).

Les avantages d'unifier cette assistance à l'échelle territoriale nous paraissent les suivants :

- Garantie pour les entreprises d'une certaine cohérence dans les différents marchés incluant des critères sociaux.

- Mise en relation des soumissionnaires avec une offre de service d'inclusion plus large leur permettant de s'adapter aux mieux aux exigences du marché.

Ce dispositif, décrit ici pour le cas spécifique des objectifs d'inclusion sociale, pourrait très bien s'appliquer pour les autres objectifs politiques de l'UE.

Faciliter la généralisation et la capitalisation de l'expérience de ces initiatives qui restent aujourd'hui trop isolées serait un moyen d'encourager l'utilisation politique de la commande publique[7].

****

Services sociaux

Questions:

97. Pensez-vous que la législation de l'UE sur la passation des marchés publics devrait mieux tenir compte des particularités des services sociaux? Si oui, de quelle manière?

1.2. Estimez-vous que certains aspects concernant l'achat public de services sociaux devraient être davantage régulés au niveau de l'UE en vue d'améliorer la qualité de ces services? Plus précisément :

1.2.1. les directives devraient-elles proscrire le critère du prix le plus bas pour l'attribution de marchés/limiter l'utilisation du critère du prix/limiter le poids que le pouvoir adjudicateur peut donner au prix/prévoir un troisième critère d'attribution en plus du prix le plus bas et de l'offre économiquement la plus avantageuse?

1.2.2. les directives devraient-elles offrir la possibilité de réserver des marchés de services sociaux à des organisations à but non lucratif? ces organisations devraient-elles bénéficier d'autres privilèges dans le cadre de l'attribution de marchés de services sociaux?

1.2.3. Pensez-vous qu'une mesure visant à assouplir les critères d'attribution ou à réserver des contrats à certains types d'organisations pourrait compromettre la capacité des procédures de passation à garantir l'acquisition de services «au moindre coût pour la collectivité» et, de ce fait, faire courir le risque que ces contrats constituent une aide d'État?

1.3. Jugez-vous nécessaire d'alléger la réglementation pour d'autres aspects des marchés publics de services sociaux (par exemple, par l'application de seuils plus élevés ou de règles de minimis pour ce type de services)? Comment justifier un traitement de faveur pour les services sociaux?

---

[7] Pour plus de détails sur le rôle des « facilitateurs » ainsi que des exemples de bonnes pratiques, se reporter :

- Au portail français de l'achat responsable : http://www.socialement-responsable.org/achat/actus
- A l'annexe 6 du guide Commande publique et accès à l'emploi des personnes qui en sont éloignées, Observatoire économique de l'achat publique (OEAP), 2007 (remis à jour en 2010).

97.

Le régime « allégé » dont bénéficient actuellement les services sociaux au titre de l'annexe IIB n'est pas toujours effectif du fait de l'insécurité juridique associée à la procédure allégée et reste très lourd pour des petits opérateurs/pouvoirs adjudicateurs, comme expliqué en réponse aux questions 27 et 29. Le développement des petits marchés de SSIG à caractère locaux nécessiterait une clarification de la notion d'intérêt transfrontalier et la définition d'une procédure très simplifiée et relativement standardisée.

Plus largement, un examen des spécificités des services sociaux en France amène à se demander si la commande publique est toujours la bonne façon de financer les missions d'intérêt général portés par le secteur privé à but non lucratif.

En France, les services sociaux portés et financés par l'État se construisent historiquement en s'appuyant sur les innovations du secteur privé non lucratif. Ainsi les services d'inclusion sociale existaient-ils sous forme d'initiatives privées non lucratives avant d'être reconnues et partiellement financés par l'État à partir de 1992. L'innovation sociale et l'amélioration continue de la qualité des services sociaux repose dans ce système sur le maintien d'une relation de partenariat, de dialogue, de co-conception entre les entreprises privées à but non lucratif et les services de l'État.

Une restriction complète des relations entre États et secteur non lucratif au cadre de la prestation de service mettrait à mal cette relation partenariale. Si le cadre de la commande publique est absolument nécessaire dès lors qu'il s'agit clairement d'une commande unilatérale de la collectivité pour ses besoins propre, il est également nécessaire de ménager un cadre de mandatement souple dans lequel la collectivité puisse soutenir financièrement une initiative privée.

Cette spécificité des services sociaux doit être prise en compte de deux manières :

- En restreignant la commande publique aux cas où il s'agit d'une véritable commande de la collectivité (voir question 1).
- En assouplissant la législation sur les aides d'État pour les SSIG.

97.1.1

LES RÉSEAUX DE L'IAE sont favorables de façon générale à la proscription du critère du prix le plus bas et à la limitation du poids attribué au prix, pour des raisons développées en réponse à la question 70.

97.1.2. / **97.1.3**.

LES RÉSEAUX DE L'IAE ne sont pas favorables à la réservation de marchés fondée sur le type d'organisme.