

# MARCHÉS PUBLICS ET SERVICES SOCIAUX

*Gilles Dacheux*  
Objectif Plein Emploi, Luxembourg



Depuis la fin 2011, la commission européenne travail, entres autres sur l'élaboration d'une nouvelle directive « marchés publics » et d'une directive « concession », ainsi que d'un nouveau paquet de textes sur les « Services d'Intérêt Economique Général » qui sont relatif aux « Services Sociaux d'Intérêts Généraux » et sur la réglementation des « Aides d'Etat » compatibles avec le marché intérieur. Ces travaux sont parfois en conjonction, la question des services sociaux

que la commission tend à placer en concurrence sur le marché européen, étant liés, entre autres, aux règles des marchés publics.

Le présent rapport porte essentiellement sur la directive « marchés publics ».

En conclusion, le point de vue exprimé est celui du seul rédacteur, vos réactions sont attendues sur le sujet pour débattre et pour définir d'une position commune. Toutes ces questions étant à la fois fort complexes et interactives, le groupe du RIPESS Europe sur ces questions de « politiques européennes » doit absolument être élargit. L'ensemble de ces textes concernera à court et moyen terme la totalité de l'UE, il sera important de veiller et de participer à la transposition des textes aux niveaux nationaux.

Avis aux volontaires SVP.

## Révision des directives marchés publics 2004/18/EC et la 2004/17/EC

### **Introduction**

Gilles Dacheux et Abilio Machado sont allés à Bruxelles le 09 mars pour participer au groupe informel européen qui travail sur la future directive marchés publics NSDPP (Network for sustainable development in public procurement), pour représenter respectivement le RIPESS Europe et OPE.

La réforme vise à rendre les règles existantes plus souple et plus faciles à appliquer, afin de permettre une plus grande utilisation stratégique du pouvoir d'achat public (17% du PIB en Europe) pour atteindre les objectifs économiques, écologiques, sociaux et ceux liés à l'innovation de la stratégie Europe 2020.

L'objectif de ce groupe est d'influencer la commission (dans le cadre de la consultation publique actuellement ouverte) pour que la nouvelle directive permette aux marchés publics de se transformer en véritable outils du Développement Durable. Y participent des

organisations du Fair trade, des syndicats, des organisations sociales, un réseau d'insertion (ENSIE duquel OPE est membre), et des organisations d'Ecosol dont le RIPESS Europe. Plusieurs personnes font du lobbying et rencontrent assez régulièrement Marc Tarabella qui est le rapporteur des travaux. De plus Tarabella est co-président de l'InterGroupe ESS au PE.

Parmi les innovations de cette directive qui va être publiée cette année pour être applicable dans tous les Etats de l'UE en 2016 :

- L'extension des marchés Réservés aux Activité d'Insertion par l'Economique
- La reconnaissance de labels, qui peut permettre plus facilement l'inclusion des clauses durables
- Une possibilité accrue de faire appel aux clauses sociales, et environnementale dans les marchés publics.
- Améliorer l'accès aux marchés publics des PME.
- Procédure plus équilibrées
- Gouvernance
- E-procurement (non abordé ici car non étudié)

### **L'extension des marchés Réservés aux Activité d'Insertion par l'Economique**

Les États membres peuvent réserver la participation aux procédures de passation de marchés publics à des ateliers protégés et des opérateurs économiques, dont l'objet principal est l'intégration sociale et professionnelle de travailleurs handicapés ou défavorisés à condition que plus de 30 % du personnel de ces ateliers, opérateurs économiques ou programmes soient des travailleurs handicapés ou défavorisés. L'avis de mise en concurrence fait référence à la présente disposition.

Concernant les personnes défavorisées, Il existe un texte de définition européen sur les aides d'Etat, le règlement 800/2008, mais selon les personnes interrogées à la commission, il n'y a aucune obligation pour les Etats de reprendre cette définition au nom du principe de Subsidiarité, même s'ils peuvent s'en inspirer... Dans la pratique on doute, en tout cas, que cette définition que devra préciser chaque Etat, ne s'éloigne trop de celle donnée dans le règlement européen sur les aides d'Etat, sous peine de risquer de se voir poursuivre par la commission devant la Cour Européenne de justice. Ceci est un exemple de la langue de bois que peut employer la commission.

Par ailleurs, certains réseaux d'insertion ne sont pas spécialement favorables à la réservation de marchés, qui en fait contribuerait surtout à développer le social business au

détriment des plus anciennes entreprises sociales moins orientées sur la rentabilité et plus sur l'humain d'une part (par exemple coopérative sociale en Italie), d'autre part à stigmatiser les organisations d'IAE et les personnes qu'elles emploient. Sur ce dernier point, le réseau d'insertion ENSIE qui est aussi membre d'IRIS, qui est elle-même membre du RIPESS, souhaite par exemple que cette proportion soit réduite, afin d'éviter de stigmatiser le secteur :

*« ENSIE demande néanmoins une réduction du pourcentage de personnes défavorisées au sein de l'entreprise. L'objectif est ici de sortir des modèles démodés d'"emploi protégé" pour des modèles plus intégrés dans le milieu du travail. Cette approche est en effet plus en accord avec les ambitions des objectifs UE 2020 sur l'inclusion sociale que les «emplois protégés» qui perpétuent l'exclusion de la société générale. »*

### **La reconnaissance de labels, qui peut permettre plus facilement l'inclusion des clauses durables**

Lors d'un appel d'offre le commanditaire public pourra faire appel à des labels. Par exemple Fair trade ou Bio etc... Ceci constituerait en quelque sorte un type de marchés restreint à des entreprises qui possèdent plus ou moins les mêmes qualités en termes de produits et de services et de cycles de vie. Un des problèmes lié à cela, c'est l'usage des équivalences en cours dans les marchés publics.

Un architecte par exemple, veut employer des fenêtres de type 51XX de la marque Lapeyere pour son futur bâtiment. Cette fenêtre a des caractéristiques en termes de dimensions, d'isolation, de matériaux etc... Mais afin que la concurrence soit libre et non faussée dans les marchés publics (on ne peut pas donner a priori le marché aux fournisseurs Lapeyre), l'appel d'offre doit obligatoirement faire mention que les équivalences de ce produit sont acceptées (sur base d'un dossier technique qui répond en chaque point aux qualités technique de la fenêtre 51XX, dont les données sont publiques).

Alors, vu qu'il existe par exemple plusieurs labels Bio, la commission reproduit cet usage en posant label XXX ou équivalent. Seulement voilà, un label n'est en rien un produit fini, il répond plutôt au respect de plusieurs normes et finalités, qui ont été co-définies par un ensemble de parties prenantes suivant des processus différents d'un label à l'autre. Difficile de savoir si a priori un label équivaut à un autre, et plus encore si un produit qui a été conçu sans être labellisé correspond effectivement à un label ou à un label équivalent... Le mieux serait que le commanditaire sache ce qu'il veut exactement introduire comme clauses durables et du coup identifier les labels qui correspondent.

Dans l'Etat actuel du texte proposé par la commission, l'évaluation de l'équivalence se ferait sur base d'un dossier technique, qu'estimera le commanditaire. Nous envisageons que cela soit soumis à une autorité indépendante constituée de parties prenantes dont les

consommateurs, les producteurs et les acheteurs. Une autre option (non partagée), serait de tout simplement supprimer cette possibilité d'équivalence.

En effet, réserver un label c'est réserver le marché à des ensembles d'entreprises qui déposent une offre suivant exactement les mêmes règles, ce n'est pas comme favoriser un produit particulier d'une entreprise particulière. La concurrence serait donc non faussée suivant le crédo de la commission. Malgré cela, les équivalences de labels seront très probablement maintenues ce qui risque de poser de sérieux problèmes, voire de limiter l'usage des labels par les pouvoirs adjudicateurs de peur de ne pas savoir comment estimer l'équivalence d'un label à l'autre ou d'engager trop de dépenses pour ce processus. Il n'y a qu'à estimer les difficultés que l'on aurait au niveau « Grande Région », de construire un label Ecosol, puis ensuite de le comparer d'une manière juste avec un label « équivalent » établi dans une région Nord de la Hongrie ou de Grèce, à plus forte raison en Chine ou en Inde... Un recensement des labels pourrait voir le jour (consulter l'article de Pascale Delille). L'idée du NSDPP serait de demander au soumissionnaire d'apporter la preuve de son équivalence.

### **Une possibilité accrue de faire appel aux clauses sociales, et environnementale dans les marchés publics.**

Bien que l'ancienne directive permette déjà de prendre en compte des critères de sélection autre que le prix le plus bas dans les critères d'attribution des marchés, pratiquement, ceux-ci ont été extrêmement peu utilisés. En fait l'offre la moins chère était retenue, sans tenir compte de la qualité sociale de l'entreprise ou de son empreinte écologique liée à son mode de production, le cycle de vie. La volonté poursuivie par cette directive est de faciliter, simplifier et clarifier l'utilisation des clauses durables dans les marchés. Toutefois, l'utilisation de ces clauses ne sont pas imposées aux Etats mais conseillées et, par ailleurs, ces clauses ne pourront être utilisées qu'en lien direct avec l'objet du marché. Ce que déplorent les ONG car elles souhaitent que ces clauses soient systématiquement utilisées, pour utiliser à plein le potentiel des marchés publics au service du développement durable.

### **Améliorer l'accès aux marchés publics des PME.**

Pour rappel, depuis longtemps, l'UE considère que les associations font parties des PME, ainsi que la plupart des législations nationales.

Est encouragée dans cette directive l'allotissement, c'est-à-dire le découpage en lot plus petit d'un marché, afin que les PME qui ont moins de moyens puissent déposer une offre. Associé à cela, la limitation des garanties financières : le Chiffre d'affaire demandé dans les

critères qui permettent de déposer une offre (critères de sélection) ne pourra pas être 3 fois supérieur à la valeur finale du lot.

Ceci facilitera, entre autres PME, au niveau Européen l'intervention des associations dans les marchés publics classiques. Peut-on imaginer la possibilité qu'il y ait par exemple un lot « insertion par l'Activité économique », réservé à des entreprises d'IAE, sur un marché plus vaste de construction d'un centre social, par exemple ?

### **Procédure plus équilibrées**

La commission souhaite imposer un contrôle systématique en cas d'offres anormalement basses. Le texte parle de 50%, le NSDPP propose un contrôle si le prix est 25% moins élevé que la moyenne des offres.

### **Gouvernance**

Chaque Etat membre serait obligé de créer un organe de surveillance, de conseil juridique, d'échanges de bonnes pratiques, d'alerte et d'examiner les plaintes.

Un organe similaire existe au Luxembourg, mais ne porte pas encore sur l'échange de bonnes pratiques liées au DD et sa composition au regard de la directive pourrait être remis en question. Il s'agit de la commission des soumissions. Elle se compose de neuf membres, à savoir de cinq membres dont le président, représentant le pouvoir adjudicateur et de quatre membres représentant les chambres professionnelles. Pour chaque membre de la Commission, il est désigné un suppléant.

Imaginons que dans le cadre d'un marché public, qu'une entreprise marchande labellisée RSE dépose une offre sur un marché qui exige le label Ecosol ou équivalent. A votre avis, que décidera l'organe s'il reste composé des chambres professionnelles ?

Nous avons proposé au NSDPP la chose suivante qui a été repris, du moins en partie, dans leurs propositions (voir amendement sur le récita 2 et le récita 51 du NSDPP) :

D'une part, un organe indépendant du pouvoir adjudicateur, composé par diverses parties prenantes dont citoyens et consommateurs, d'autres part une mission spécifique à cet organe qui jouerait le rôle de facilitateur d'inclusion des clauses durables dans les marchés publics. Les facilitateurs appuieraient les pouvoir adjudicateurs et notamment les rédacteurs des cahiers des charges d'un marché pour l'utilisation de ces clauses. En effet le principal blocage identifié à l'utilisation des clauses durables, serait de l'avis d'Ensie, du notre et de nombreux autres acteurs, dûs au fait que les fonctionnaires ne sont pas suffisamment informés sur ces possibilités et encore moins formés.

**Le texte reconnaît que le régime normal de passation des marchés n'est pas adapté aux services sociaux, en dessous du seuil de 500 000 euros.**

Cette approche est directement liée avec le dernier paquet de réforme sur les Services Economiques d'Intérêt Général (SIEG) dit paquet Almunia. Le paquet Almunia a été ainsi traduit dans plusieurs textes européens, dont cette future directive. La directive « marchés publics » (et la directive concessions) ne touche qu'à ce seuil de 500 000 euros. Pour les « services sociaux essentiels », les mesures du paquet Almunia s'inscrivent dans la réglementation des « aides d'Etat ». Voir les détails dans l'article de Pascale Delille.

### **Conclusion sur les marchés publics.**

Vous pouvez consulter en ligne les dernières propositions d'amendement du NSPDD, qui sont consensuelles pour les réseaux participants. Ceci dit de nombreux points ne font pas l'unanimité, et chaque réseau défendra son point de vue. Une chose est sûre, il faudra rester en veille sur la transposition de cette directive (2016 au plus tard) au niveau national pour que les possibilités de rendre les marchés publics plus responsables en termes environnementaux sociaux et économiques, soit enfin concrétisées.

A chaque membre, et à l'ensemble du RIPESS Europe de se poser la question du comment chacun et le RIPESS EU va pouvoir peser sur les décisions d'une manière solidaire sachant que notre poids par rapport à l'ensemble des intéressés (secteurs marchands et purement sociaux) est faible ?

Les questions des labels et des marchés réservés risquent fort de devenir centrales pour les années à venir, avec une tendance à privilégier le Social business, face aux structures solidaires.

Comment Le RIPESS Europe peut-il se positionner et comment peut-il réagir ? N'hésitez, rejoignez le groupe politiques européennes ou envoyez réflexions et questionnements à [dacheux@ope.lu](mailto:dacheux@ope.lu) et [pascale.delille@free.fr](mailto:pascale.delille@free.fr)