15/04/2011

REPONSE DE L'UNIOPSS ET DE LA FNMF AU LIVRE VERT SUR LA MODERNISATION DE LA POLITIQUE DE L'UE EN MATIERE DE MARCHES PUBLICS – VERS UN MARCHE EUROPEEN DES CONTRATS PUBLICS PLUS PERFORMANTS

L'Uniopss et les associations de solidarité, sanitaires, sociales et socio-judiciaires en France

L'Uniopss (Union nationale interfédérale des œuvres et organismes privés sanitaires et sociaux) est une **association française** loi 1901 reconnue d'utilité publique.
Depuis 1947, l'Uniopss est présente sur tout le territoire national.
Elle regroupe 25 000 établissements et services privés à but non lucratif du secteur social, médico-social et sanitaire, au travers de :

- 23 Uriopss (Unions régionales) ;
- 110 fédérations et unions nationales de défense et de promotion des personnes, de gestion d'établissements et de services, de soutien aux activités sociales, sanitaires, médico-sociales et socio-judiciaires ;
- Cet ensemble représente environ 75% du secteur non lucratif de solidarité et emploie 750 000 salariés ;
- Les missions de l'Uniopss :
  - Organiser une concertation et une représentation transversales aux secteurs traditionnels de l'action sanitaire et sociale (personnes âgées, personnes handicapées, enfance famille, pauvreté exclusion- santé…),
  - Valoriser le secteur à but non lucratif de solidarité, en France et en Europe, en contribuant à sa modernisation,
  - Veiller aux intérêts des personnes fragiles dans la construction des politiques sociales, et faire le lien entre l'Etat, les pouvoirs publics territoriaux et les associations du secteur.

Les valeurs qui nous rassemblent : primauté de la personne, non lucrativité et solidarité, participation de tous à la vie de la société, innovation dans les réponses sociales, alimentée par l'observation des besoins.

Les adhérents de l'Uniopss, des Uriopss et des adhérents nationaux sont des personnes morales à but non lucratif ainsi que les établissements et services qui leur sont attachés.
Il peut s'agir de fédérations et de leurs représentants locaux, de personnes morales uniques d'implantation nationale, internationale, ou locale (régionale, départementale, municipale, etc.)
Ces structures ont en commun d'agir dans le secteur sanitaire, social et médico-social, auprès de personnes exclues, ou en situation de précarité, de personnes malades, handicapées, âgées, ou encore auprès de familles, d'enfants ou d'adolescents en difficulté.

L'Uniopss est membre du Collectif SSIG (www.ssig-fr.org), d'EAPN France et au niveau européen du CEDAG (Comité européen des associations d'intérêt général).
Plus d'informations : www.uniopss.asso.fr

La FNMF- Fédération nationale de la Mutualité Française

La Mutualité Française fédère la quasi-totalité des mutuelles, près de 700, exerçant l'assurance santé complémentaire en France et des activités dans le domaine de la prévoyance. 6 Français sur 10 sont protégés par une mutuelle adhérente à la Mutualité Française, soit près de 38 millions de personnes et quelque 18 millions d'adhérents. Organismes à but non lucratif, ne pratiquant pas la sélection des risques et régis par le code de la Mutualité (législation spécifique), les mutuelles interviennent comme premier financeur des dépenses de santé en complément essentiel de la Sécurité sociale.
Les mutuelles disposent également d'un réel savoir-faire médical et exercent une action de régulation des dépenses de santé et d'innovation sociale à travers près de 2 400 établissements et services de soins, médico-sociaux et sociaux : établissements hospitaliers, centres de santé médicaux, centres dentaires et d'optique, services aux personnes âgées et aux personnes en situation de handicap, 172 établissements et services petite enfance et 110 services de proximité à la personne etc.
A noter que 50% des services d'aides à domicile mutualistes sont certifiés ou engagés dans une démarche de certification, (norme NF services aux personnes) en 2010.

Au niveau européen, la Fédération nationale de la Mutualité Française est membre fondateur du Collectif SSIG (services sociaux d'intérêt général) et de l'AIM (association internationale de la mutualité), de l'AMICE (association des assureurs coopératifs et mutualistes européens), de l'ESIP (European social insurance platform) et de l'EASPD (European association of service providers for persons with disabilities).

Préambule

En France, les relations entre collectivités publiques (et en particulier les collectivités territoriales) et associations et acteurs non lucratifs du secteur sanitaire, social et médico-social et socio-judiciaire sont marquées par un passage d'une logique de partenariat à une logique de prestation de service par le biais de la mise en concurrence. Une forme de régulation dans le cadre de mécanismes de mise en concurrence des acteurs est ainsi en train d'émerger.
Sur le terrain, certaines autorités organisent des appels d'offres formalisés ou des « appels à projets ». Un certain nombre de structures, notamment dans les secteurs de la petite enfance, de l'insertion, du socio-judiciaire ou de la prévention spécialisée sont de plus en plus souvent directement confrontées aux mécanismes formels de la commande publique dans le cadre de marchés publics de services ou de délégations de service public.

Si le recours à la commande publique et à la mise en concurrence des opérateurs non lucratifs semble, côté collectivités publiques, être paré de nombreuses vertus (clarification des relations entre acteurs associatifs et mutualistes et pouvoirs publics et suppression des monopoles et autres « rentes de situation » ; transparence et sécurité juridique accrues ; rationalisation de l'action publique ; coût moindre dans le cadre d'un mieux disant économique ; souplesse et efficacité de l'offre …), ses effets pervers et les risques de ce type de logique semblent minimisés.

Parmi les risques identifiés par l'Uniopss et la FNMF, figurent notamment :
- une fragilisation de la capacité d'initiative, d'innovation et de détection des besoins sociaux assurée par les associations
- un risque de concentration des acteurs et de développement d'une offre de service formatée et d'élimination du maillage serré de petites structures associatives et non lucratives qui travaillent au plus proche des populations et de l'évolution de leurs besoins.
- un poids excessif attribué dans l'évaluation des services aux critères quantitatifs de coût et de performance au détriment de critères comme la qualité ou la contribution à l'intérêt général.
- une insécurité juridique des acteurs face aux pratiques des collectivités territoriales et aux recommandations de l'administration centrale (ex : périmètre d'application de la commande publique non déterminé ; notion « d'opérateur économique » au contenu fluctuant ; technicité des procédures non maîtrisée par certaines collectivités territoriales …).
- une insécurité financière due à la situation des finances publiques (de l'Etat et des collectivités décentralisées), qui induit une augmentation du recours à des emprunts bancaires, en relais des subventions publiques.

Le droit d'initiative des associations de solidarité et des mutuelles, ainsi que la souplesse d'adaptation nécessaire à la prise en compte de besoins et de situations spécifiques « hors normes » est aujourd'hui remis en question par la mise en œuvre de plus en plus prégnante du droit de la commande publique dans le secteur, ce qui induit une relation de commanditaire à prestataire qui s'avère, dans bien des cas, particulièrement inadaptée.

C'est ce constat qui amène l'Uniopss et la FNMF à répondre au livre vert sur la modernisation de la politique de l'UE en matière de marché public (*NB : il ne s'agit pas d'une*

réponse exhaustive à l'ensemble des questions du livre vert, mais seulement à celles qui concernent particulièrement les champs couverts par l'Uniopss et la FNMF).

REPONSE DE L'UNIOPSS ET DE LA MUTUALITE FRANCAISE AU LIVRE VERT

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.

L'UNIOPSS et la FNMF comprennent que la distinction entre les services de Type A et de Type B peut être une source de complications dans l'application des directives relatives aux marchés publics par les pouvoirs adjudicateurs.

L'UNIOPSS et la FNMF considèrent néanmoins que le maintien de la distinction entre les services de type A et les services de Type B est tout à fait justifiée et qu'elle doit être maintenue. La liste des services de type B gagnerait à être précisée de manière à lever toute incertitude liée au caractère non exhaustif de la liste en question. L'UNIOPSS et la FNMF s'attachent tout particulièrement 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.

Cette position repose sur le fait que les marchés de SSIG ne présentent qu'un intérêt transfrontalier très faible : il s'agit de marchés de faibles montants, ayant le plus souvent un caractère fortement local, et s'adressant souvent à des personnes en situation de vulnérabilité.

Ce faible impact est souligné par plusieurs parties prenantes : Ainsi, dans sa réponse à l'évaluation du Paquet « Monti-Kroes» relatif aux aides d'Etat versées sous forme de compensations de service public, remis en septembre 2010 aux services de la Commission Européenne, le gouvernement français 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.

Les Services Sociaux d'Intérêt Général en direction des personnes en situation de grande vulnérabilité et notamment dans les zones rurales sont des services de proximité dont la qualité repose souvent – et d'abord - sur un ancrage local de l'opérateur et sa capacité à développer et entretenir dans la durée des partenariats locaux générateurs de lien social. Par ailleurs, ces services sont mis en œuvre par des opérateurs qui, dans leur immense majorité, sont des organismes sans but lucratif (OSBL) et ne recherchent pas ni ne pratiquent de « rémunération de leurs capitaux propres ». Plus spécifiquement, la mise en œuvre de certains services sociaux nécessite une connaissance approfondie du contexte national (régulation du secteur et historique de l'action sociale) et une connaissance des particularités locales.

Ces opérateurs, qui sont souvent de petite taille, doivent pouvoir accéder aux marchés de SSIG lorsque ceux-ci sont mis en œuvre par le biais des procédures de marchés publics. Conformément au principe de proportionnalité, les règles européennes régissant les marchés publics doivent permettre au pouvoir adjudicateur de conserver une certaine souplesse afin que le degré de formalisme ne soit pas disproportionné au regard des petits opérateurs, tout particulièrement lorsqu'ils sont nombreux à être susceptibles de répondre.

A ce titre, le maintien des deux listes A et B et le maintien des services sociaux d'intérêt général dans la liste B sont nécessaires et justifiés.

****

Question 9 : La manière dont sont actuellement définis les acheteurs publics vous parait-elle adaptée? Estimez-vous notamment nécessaire de clarifier et d'actualiser la notion de d'organisme de droit public, compte tenu de la jurisprudence de la CJCE? Dans l'affirmative, comment conviendrait-il de l'actualiser?

Les mutuelles françaises relevant du code de la mutualité sont des organismes qui ne sont pas inclus dans le code des marchés publics. Ce sont des organismes de droit privé à but non lucratif qui ne sont donc pas définis comme acheteurs publics puisqu'ils n'intègrent pas la notion d'entités de la sphère publique.
Cette situation issue des textes législatifs et réglementaires garantit souplesse et efficacité. Les mutuelles pensent que le cadre actuel est adapté.

****

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 et donc des moyens humains. Les procédures adaptées existantes (article 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.

Ainsi, l'Uniopss et la FNMF constatent que les petits pouvoirs adjudicateurs ont tendance à ne pas profiter de toutes les possibilités offertes par les 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 davantage 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, 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?

29.

L'UNIOPSS et la FNMF observent que la situation actuelle présente un flou sur les éléments constitutifs d'un intérêt transfrontalier, qui gagneraient à être précisés à la fois dans un souci de clarté pour les pouvoirs adjudicateurs de petite taille et dans l'intérêt des petits opérateurs sur les territoires et notamment dans la mise en œuvre des services sociaux d'intérêt général.

Dans les faits, la question de l'intérêt transfrontalier se pose très fréquemment aux collectivités territoriales pour les marchés de SSIG, notamment aux communes et aux départements, qui souhaitent très souvent favoriser le développement de services sociaux 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.

Considérant le caractère souvent très local des SSIG et le faible montant des marchés en question, l'impact de ces services sur les échanges intracommunautaires et l'intérêt transfrontalier paraissent très relatifs.

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

La décision Piscine de Dorsten démontre l'importance de l'analyse économique en amont. Dans la décision relative à la piscine de Dorsten[1], 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 avait considéré que cette installation n'affectait pas le commerce entre Etats membres.

De la même manière, dans une autre décision sur l'aide à la production théâtrale dans le pays basque[2], 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. Par ailleurs, la Commission européenne a indiqué3, en matière d'application des règles de marchés public appliquées aux SSIG que « *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 Etats 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 Etats 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 <u>imposées</u> 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

[1] Décision relative à l'aide N258/2000 du 21 décembre 2000.

[2] Décision relative à l'aide N257/2007 du 27 juin 2007.

[3] 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

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?

46. et 48.

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

L'Uniopss et la FNMF 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 ou/et de leur réponse.

47.

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

L'Uniopss et la FNMF considèrent 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.

L'Uniopss dispose de nombreux exemples de cas où les critères de sélection, financiers, mais aussi relatifs à la couverture territoriale, empêchent de fait les PME d'accéder aux marchés publics, même en se regroupant.

Ces exigences ne paraissent pas toujours proportionnées à l'objet du marché. Ainsi, à titre illustratif, de nombreux marchés publics de formation ou d'accompagnement des personnes éloignées de l'emploi en France étaient mis en œuvre par des opérateurs de petite taille (PME et associations) 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 petits opérateurs n'ont souvent pas le temps et 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

Description de l'objet du marché et spécifications techniques

Question 64. Par exemple, pensez vous que les pouvoirs adjudicateurs font suffisamment usage des possibilités offertes par l'article 23 de la directive 2004/18/CE en ce qui concerne les critères d'accessibilité pour les personnes handicapées ou la conception pour tous les utilisateurs? Si non, comment y remédier?

L'obligation de prise en compte des besoins des personnes handicapées est inscrite dans l'article 6 du code des marchés publics français relatif aux spécifications techniques qui énonce : « *Les spécifications techniques mentionnées au I permettent l'égal accès des candidats et ne peuvent pas avoir pour effet de créer des obstacles injustifiés à l'ouverture des marchés publics à la concurrence. Chaque fois que possible, elles sont établies de manière à prendre en compte des critères d'accessibilité pour les personnes handicapées ou, pour tous les utilisateurs, des critères de fonctionnalité* ».

Cependant, la prise en considération des critères d'accessibilité pour les personnes handicapées dans les spécifications techniques ne revêt pas un caractère obligatoire.

Les législations européenne et nationale devraient donc comprendre des exigences obligatoires dans les spécifications techniques en terme d'accessibilité avec des exceptions limitées.

Il faudrait en outre donner une définition précise de l'accessibilité.

Enfin, il faudrait mettre en place une procédure de vérification de l'aptitude d'un soumissionnaire à exécuter le contrat en ce qui concerne les obligations liées à l'accessibilité.

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.**

L'Uniopss et la FNMF 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 réductrice du coût qui ne prend pas en compte, par exemple, la rentabilité et le coût d'utilisation.

Pour des raisons similaires, l'Uniopss et la FNMF 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 et d'accessibilité, 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. C'est une vision à court terme, qui contredit notamment la volonté de promouvoir le « développement durable ». L'Uniopss et la FNMF 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 et n'irait pas dans le sens des priorités fixées par la stratégie européenne 2020 qui vise une société plus verte et inclusive.

72.

Des éléments sur l'usage qui est fait en France de la possibilité d'inclure des critères sociaux dans la phase d'attribution figurent dans la réponse donnée 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 – la plus-value sociale - 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. 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 moment de la préparation des offres, au dispositif d'insertion qu'ils développeront.

En conséquence, il apparait nécessaire que, à côté des seules considérations économiques et financières, les objectifs politiques globaux soient pris en compte par le pouvoir adjudicateur dès la définition de l'objet, ce qui permettrait d'éviter tout risque juridique.

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, seul 1,9% des marchés supérieurs à 90 000 euros HT posaient des exigences relatives à d'inclusion sociale.

En France, 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.

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.

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

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 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.

L'exigence d'une cohérence entre l'objet du marché et les exigences imposées nous parait une règle adaptée.

Comme déjà énoncé en réponse à la question 74, il nous semble que les exigences de contribution à la stratégie de l'UE 2020 devraient être intégrées 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).

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.

L'Uniopss et la FNMF considèrent 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 à titre illustratif, les associations adhérentes à l'UNIOPSS 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.

L'Uniopss et la FNMF 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, l'Uniopss et la FNMF ne sont pas favorables à l'instauration d'obligations. En effet, celles-ci 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, l'Uniopss et la FNMF recommandent la généralisation de services « facilitateurs » qui ont prouvé leur efficacité en France pour le développement des clauses sociales, 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) prestataires extérieurs.

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 ;
- 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[4].

****

[4] *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).*

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?

97. et suivantes.

Les services sociaux sont énumérés à l'annexe II B de la directive 2004/18/CE. Ils bénéficient donc, dans le droit européen des marchés publics, du régime spécifique allégé pour la catégorie de services relevant de l'annexe II B.

Il est néanmoins nécessaire de s'interroger sur l'hypothèse d'une adaptation de la réglementation communautaire au regard des spécificités des services sociaux. Ainsi, la communication de la Commission européenne relative aux SSIG[5] (2006) énumère six critères prépondérants pour caractériser les services sociaux :

- un fonctionnement sur la base du principe de solidarité,
- un caractère polyvalent et personnalisé pour garantir les droits humains fondamentaux et protéger les personnes les plus vulnérables,
- l'absence de but lucratif,
- la participation de volontaires et de bénévoles,
- un ancrage marqué dans une tradition culturelle (locale),
- des liens complexes et diversifiés avec les pouvoirs publics et les utilisateurs.

[5] COM 177 final du 26 avril 2006 « Mettre en œuvre le programme communautaire de Lisbonne – Les services sociaux d'intérêt général dans l'Union européenne »

Parmi ces six caractéristiques énumérées par la Commission européenne, plusieurs d'entre elles paraissent particulièrement importantes et sont susceptibles de questionner l'adéquation de l'application de la réglementation relative aux marchés publics :

1ère spécificité : Les services sociaux ont pour objectif la mise en œuvre effective des droits sociaux fondamentaux et la protection des personnes en situation de fragilité temporaire ou durable, qui ne peuvent être assimilés à des « consommateurs » ordinaires. C'est un public particulier, qui n'est pas dans une situation d'égalité avec celui qui assure un service.

2è spécificité : La dimension partenariale entre collectivités publiques et acteurs est consubstantielle à la mise en œuvre des services sociaux. En France, le secteur des services sociaux s'est construit historiquement à partir des initiatives des acteurs privés non lucratifs qui ont progressivement structuré une offre de service face aux carences de la puissance publique. C'est particulièrement vrai dans le secteur du handicap où les associations de parents et de personnes handicapées se sont organisées pour proposer une prise en charge avant que le secteur ne soit soutenu et encadré par les pouvoirs publics.

Dans le secteur des services sociaux, on se trouve donc souvent dans une logique « ascendante » venant des acteurs de terrain. En effet, l'action privée non lucrative a souvent précédé l'intervention de la puissance publique. La logique descendante promue par le droit européen des marchés publics s'inscrit donc en contradiction avec cette logique de co-conception, de co-construction des services sociaux entre les acteurs et les collectivités.

3è spécificité : l'ancrage local des services sociaux. Les services sociaux sont assurés dans la continuité, et évoluent pour s'adapter aux nouveaux besoins sociaux repérés sur le terrain.

4è spécificité : la dimension citoyenne des services sociaux. La mise en concurrence peut conduire à altérer le rôle contributif des associations et des acteurs non lucratifs dans la co-construction de l'intérêt général et à effacer leur intervention en tant que corps intermédiaire visant à tempérer les excès de l'Etat et du secteur privé lucratif.

C'est ici la fonction démocratique des associations qui se trouve interrogée.

Le contentieux ayant opposé courant 2008 la CIMADE au Ministère de l'immigration en constitue un exemple éclairant : à travers le souhait du Ministère d'initier une procédure de marchés publics pour la mise en œuvre des activités de soutien aux retenus dans les centres de rétention administrative (CRA), c'est la fonction de contre pouvoir et de vigie exercée par la CIMADE dans les CRA qui a été remise en cause. On peut légitimement s'interroger sur la mise en œuvre d'une logique de mise en concurrence entre acteurs quand il s'agit de services visant à garantir les droits fondamentaux, en particulier ceux de personnes vulnérables comme les étrangers en situation irrégulière.

Ces éléments conduisent l'Uniopss et la FNMF à répondre de manière positive à la question relative à la possibilité de réserver des marchés de services sociaux aux organisations à but non lucratif.

L'acteur non lucratif est en adéquation avec sa finalité sociale puisqu'il a été créé aux seules fins de la réaliser : l'accomplissement de sa mission n'est donc pas soumis à la réalisation de profit ou à la rémunération d'un capital. Il n'a pas d'autres objectifs que l'accompagnement et la protection des personnes qu'il accueille ou qu'il suit, qui sont avant tout des citoyens avant d'être des consommateurs, d'ailleurs pas tout à fait comme les autres.

Cette affirmation a été validée par une jurisprudence de la Cour de justice des communautés européennes : l'arrêt Sodemare[6] reconnaît que le statut non lucratif paraît le plus adapté à la réalisation d'un objectif social, précisant que « *la condition d'absence de but lucratif*

[6] Arrêt CJCE du 17/06/1997 Affaire C70/95

s'avère être le moyen le plus cohérent au regard de finalités exclusivement sociales ». Cet arrêt reconnaît aux Etats membres, dans le cadre de leur compétence reconnue pour aménager leur système de sécurité sociale, la possibilité légale de réserver la mise en oeuvre de l'assistance sociale à des acteurs ne poursuivant pas de but lucratif, l'absence d'intention lucrative permettant de mieux remplir l'objectif social assigné.

Ces constats questionnent l'approche en terme de commande publique pour le secteur des services sociaux.

L'Uniopss et la FNMF considèrent qu'il faudrait donc envisager :
- Une exclusion des SSIG du droit de la commande publique au vu de leurs spécificités (comme cela a été énoncé par le Ministère de l'économie et des finances en France pour certains dispositifs « très sociaux » tels que les mesures d'accompagnement social personnalisé (MASP) ou l'accompagnement des bénéficiaires du revenu de solidarité active (RSA)[7] ;
- A défaut d'une exclusion des SSIG du droit de la commande publique, une adaptation du droit européen de la commande publique en offrant la possibilité de réserver les marchés de services sociaux à des organismes sans but lucratif (OSBL), telle que formulée dans l'arrêt Sodemare ;
- Une sécurisation, au plan communautaire, du régime juridique de la subvention, pour garantir la capacité d'initiative des acteurs associatifs et mutualistes dans le secteur des services sociaux et éviter le recours systématique aux marchés publics par les collectivités publiques.

[7] Courrier du Ministère de l'économie et des finances (direction des affaires juridiques) du 4/12/2008 à l'Assemblée des départements de France concernant les conventions de délégation de mise en œuvre des MASP ; courrier du 19/03/2009 adressé à l'Union nationale des centres communaux d'action sociale concernant l'accompagnement des bénéficiaires du RSA ; courrier du 30/10/2009 à l'agence nationale de la rénovation urbaine concernant les ACI.