



Position de SAW-B asbl à propos de la consultation de la Commission sur l'évolution de la Réglementation marché public.

Qui est SAW-B asbl ?

SAW-B fédère plus de 100 membres, dont 13 fédérations sectorielles. Elle est active tant en Wallonie qu'à Bruxelles et représente les entreprises d'économie sociale. SAW-B est agréée en tant qu'agence-conseil par la Région wallonne et comme acteur d'éducation permanente par la Communauté française.

Sa mission est de soutenir le développement d'une économie centrée sur le respect de l'humain et de l'environnement. Les entreprises qu'elle représente proposent des réponses concrètes et innovantes aux enjeux de notre société et développement des emplois de qualité. Pluralisme, innovation, partenariat, qualité, démocratie participative et engagement sont les valeurs soutenues par SAW-B au sein de son équipe et dans ses relations avec ses partenaires et collaborateurs.

Quelle est la mission de SAW-B asbl dans le champ des marchés publics ?

SAW-B asbl est devenue une ressource de référence en matière de marchés publics dans le paysage belge francophone. Désirant développer le positionnement de l'économie sociale sur les marchés publics, SAW-B encourage l'introduction de critères sociaux et environnementaux dans le cadre des procédures d'attribution des marchés publics. Par ailleurs, elle accompagne l'agrégation marchés publics des entreprises de l'économie sociale ;

Question du livre vert et réponses à certaines questions :

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?
2. La subdivision actuelle du champ d'application en marchés de travaux, marchés de fournitures et marchés de services vous paraît-elle adaptée? Sinon, quelle autre solution proposeriez-vous?

3. Vous paraît-il nécessaire de revoir et de simplifier la définition des «marchés publics de travaux»? Si tel est le cas, êtes-vous favorable à la suppression du renvoi à une liste spécifique de travaux annexée à la directive? Quelle définition proposeriez-vous?

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

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.

6. Seriez-vous favorable à un relèvement des seuils d'application des directives, même si cela devait avoir au niveau international les conséquences qui viennent d'être décrites?

7. Les dispositions actuelles relatives aux marchés exclus vous semblent-elles adaptées? Y a-t-il lieu selon vous de remanier cette section de la directive ou de clarifier certaines exclusions?

8. Y a-t-il lieu selon vous d'abroger, de reconsidérer ou d'actualiser certaines exclusions, et dans ce cas, lesquelles? Que proposeriez-vous concrètement?

Certains aspects ont été clarifiés dans le cadre des questions fréquemment posées publiées en décembre 2010. Néanmoins, il est nécessaire de le mentionner l'Article 19 de la directive 2004/18/CE Marchés Publics qui précise que « Les Etats membres peuvent réserver certains marchés publics à des ateliers protégés ou en réserver l'exécution dans le cadre de programmes d'emplois protégés, lorsque la majorité des travailleurs concernés sont des personnes handicapées ». Ce « statut » n'est pas reconnu dans l'ensemble de l'Union européenne, dans certains Etats membres cette appellation a disparu. Un manque de clarté dans la définition suscite des offres opportunistes qui, dans le but unique de gagner le marché, engageraient des personnes handicapées sans assurer à ces derniers des emplois stables et adaptés à leurs besoins. Aussi, une reformulation de cette définition serait nécessaire. Il est par ailleurs nécessaire que les autorités publiques s'assurent que les attributaires sont bien des entreprises dans lesquelles les personnes handicapées sont employées avec des contrats à long terme, conformes aux législations du travail nationales et dont l'intégration professionnelle de ces personnes est l'une des missions principales.

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

Les Entreprises d'Economie Sociale (EES) sont, au regard de la directive, considérées comme d'autres entreprises du non marchand répondant à des besoins d'intérêts généraux, comme des Pouvoirs adjudicateurs. Cependant, il est assez aisé d'observer que ces structures ne sont pas à même de pratiquer les marchés publics et ce pour plusieurs raisons. D'une part, une grande part de ces structures sont de très petites tailles (> 25 ETP) et, pour certaines, l'essentiel de l'activité est orientée vers la formation et non vers le travail administratif. Secundo, le temps et les ressources qui devraient être déployés pour former les travailleurs à la passation et le surplus temporel va nécessairement hypothéquer les missions de bases de ces structures dont la mission est l'insertion socioprofessionnelle.

Dès lors, il serait judicieux que le champ d'application « ratione personae » soit restreint en rajoutant par exemple un 4ème critère¹ lié au volume financier transitant par les achats de ces institutions. Par exemple exiger que les entreprises d'économie sociale dont le volume d'achat annuel est inférieur à 250 000 € soit dispensée au sens strict d'appliquer les règles de passation, tout en conservant des lignes de bonnes pratiques qui seraient définies par les Etats Membres et les Pouvoirs subsidiant (concurrence minimale, motivation des dépenses, ...). Enfin, le calcul des critères étant presque impossible à faire l'année en cours, il s'agirait de se baser sur la dernière année² dont la comptabilité est clôturée et arrêtée par l'organe de gestion.

Enfin, si elles devaient tout de même passer des procédures de marchés, il s'agirait de leur permettre d'utiliser comme les secteurs spéciaux la procédure négociée avec publicité de façon à permettre de la souplesse, ingrédient indispensable aux petites structures.

Il est à noter que l'interprétation autour de « créé pour satisfaire spécifiquement des besoins d'intérêt général de caractère autre qu'industriel ou commercial » est particulièrement difficile à clarifier pour nombres d'organismes, notamment d'ESS, car ces entreprises présentent à la fois des besoins d'intérêts généraux et à la fois ont une activité commerciale. Il serait donc judicieux que le législateur européen clarifie cette notion actuellement assez floue.

10. Des règles de l'UE vous semblent-elles encore nécessaires pour les passations de marchés publics dans ces secteurs? Veuillez motiver votre réponse.

10.1. Dans l'affirmative, certains secteurs actuellement couverts par ces dispositions devraient-ils en être exclus? Inversement, ces dispositions devraient-elles être étendues à d'autres secteurs? Veuillez indiquer les secteurs qui devraient selon vous être couverts, et expliquer.

11. Le champ d'application de la directive est actuellement défini en fonction des activités des entités concernées, de leur statut juridique (public ou privé) et, s'il s'agit d'entités privées, de l'existence ou non de droits spéciaux ou exclusifs. Ces critères vous semblent-ils pertinents, ou vous paraît-il souhaitable d'en appliquer d'autres? Veuillez motiver votre réponse.

12. La vocation commerciale ou lucrative d'entreprises privées peut-elle être considérée comme suffisante pour garantir l'objectivité et l'équité de leurs passations de marché (y compris lorsqu'elles jouissent de droits spéciaux ou exclusifs)?

13. Les dispositions actuelles de l'article 30 de la directive sont-elles un bon moyen d'adapter le champ d'application de la directive à l'évolution des modalités de régulation et de concurrence sur les marchés (nationaux et sectoriels) concernés?

¹ Actuellement, les 3 critères pour être considéré comme un organisme de droits publics, l'article 1^{er} de la directive générale entend un organisme :

- créé pour satisfaire spécifiquement des besoins d'intérêt général de caractère autre qu'industriel ou commercial ;
- doté de la personnalité juridique ;
- dont soit l'activité est financée majoritairement par l'Etat, les collectivités territoriales ou d'autres organismes de droit public, soit la gestion est soumise à un contrôle de ces derniers, soit l'organe d'administration, de direction ou de surveillance est composé pour plus de la moitié de membres désignés par l'Etat, les collectivités territoriales ou d'autres organismes de droit public.

² C.J.C.E., 3 octobre 2000, aff. C-380/98, « . Quant à la période de temps à prendre en considération pour savoir si le financement est ou non majoritairement public, il y a lieu de considérer l'exercice budgétaire au cours duquel la procédure de passation d'un marché doit être lancée. »

14. Le niveau de détail actuel des règles de l'UE en matière de marchés publics vous paraît-il adapté? Dans la négative, ces règles sont-elles trop ou pas assez détaillées?

15. Pensez-vous que les procédures actuellement prévues par les directives permettent aux pouvoirs adjudicateurs d'obtenir le meilleur résultat possible? Dans la négative, comment améliorer ces procédures afin d'alléger la charge administrative et de réduire les coûts de transaction et la durée des procédures, tout en garantissant aux pouvoirs adjudicateurs le meilleur rapport qualité-prix?

16. D'autres types de procédures, ne figurant pas dans les directives actuelles, vous paraissent-ils susceptibles d'améliorer le rapport coût-efficacité des procédures de passation?

Dans le domaine des services sociaux d'intérêt général, de plus en plus de prestataires sont confrontés à une logique de marchés publics qui ne semble pas être la meilleure option lorsqu'une externalisation/délégation d'un tel service est décidée (rigidité contractuelle, difficultés à assurer plusieurs fournisseurs, approche trop standardisée, etc.).

Conformément aux recommandations de la Présidence belge 2010, il conviendrait de :

- donner plus d'informations sur les différentes formes de prestation de services : mode en régie ou in-house, partenariat public-privé, partenariat public-public (à l'instar de la coopération intercommunale), régimes d'autorisation, compensation ou subvention, concurrence régulée et choix de l'utilisateur, mandatement, etc. ;
- adapter les instruments et les modalités des choix à opérer aux objectifs poursuivis, aux besoins et aux droits des utilisateurs, à la qualité du service, aux spécificités des SSIG et aux conditions locales. Ce faisant, il s'agit, d'abord, de se concentrer sur la meilleure façon d'atteindre l'objectif politique tel que défini par l'autorité publique compétente dans les Etats membres et, ensuite, d'utiliser des instruments de manière compatible avec les exigences du droit de l'Union européenne. Toutefois, ces règles et procédures doivent aussi subir un test de screening pour vérifier si elles contribuent ou non à entraver la réalisation des objectifs définis par les dispositions pertinentes du Traité (v. article 9 TFUE sur la clause sociale horizontale ; article 14 TFUE et protocole n°26 sur les SIG ; articles 34 et 36 de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne) ;
- de permettre aux différentes alternatives aux marchés publics de prendre en compte l'innovation et des services taillés sur mesure pour les usagers, tout en veillant à ce que les Etats membres clarifient et adaptent leurs propres règles et les procédures afin de mieux lier le mandat et la mission de service public avec la prestation d'un service donné ou d'une catégorie spécifique de services.

En exemple dans ces domaines : on peut citer la mise en place du système de libre choix en Suède, qui fonctionne sur un système d'agrément et qui laisse le choix au citoyen d'avoir recours au service de son choix.

17. Les procédures et outils prévus par les directives pour répondre à certains besoins spécifiques et faciliter la participation du secteur privé grâce à des partenariats public-privé (systèmes d'acquisition dynamiques, dialogue compétitif, enchères électroniques, concours) devraient-ils selon vous être conservés en l'état, modifiés

18. D'après l'expérience que vous avez pu faire de la procédure accélérée en 2009 et 2010, seriez-vous favorable à la généralisation de cette possibilité d'appliquer des délais plus courts

dans certaines circonstances? Cela pourrait-il se faire, selon vous, sans compromettre la qualité des offres?

19. Vous paraît-il souhaitable d'autoriser un recours accru à la négociation dans le cadre des procédures de passation de marchés publics, et/ou de généraliser la procédure négociée sans publication préalable?

20. Dans ce dernier cas, cette possibilité devrait-elle exister pour tous les types de marchés/tous les types de pouvoirs adjudicateurs, ou seulement sous certaines conditions ?

21. Pensez-vous qu'un recours généralisé à la procédure négociée comporterait des risques d'abus ou de discrimination? Outre les garde-fous déjà prévus par les directives pour la procédure négociée, faudrait-il imposer des obligations supplémentaires en matière de transparence et de non-discrimination pour contrebalancer ce pouvoir discrétionnaire accru? Quelles pourraient-être ces obligations?

22. Vous paraît-il opportun de prévoir des procédures simplifiées pour l'achat de biens et de services commerciaux? Dans l'affirmative, quels types de simplifications proposeriez-vous?

23. Seriez-vous en faveur d'une plus grande souplesse en ce qui concerne l'organisation et l'ordre de vérification des critères de sélection et des critères d'attribution dans le cadre de la procédure de passation? Dans l'affirmative, devrait-il être possible d'examiner les critères d'attribution avant les critères de sélection?

24. Serait-il justifié d'autoriser les pouvoirs adjudicateurs, dans certains cas exceptionnels, à tenir compte durant la phase d'attribution de critères liés au soumissionnaire lui-même? Dans l'affirmative, veuillez préciser dans quels cas, et quelles mesures supplémentaires seraient nécessaires selon vous pour garantir l'équité et l'objectivité des décisions d'attribution dans un tel système.

Certaines caractéristiques en matière de gouvernance ou d'organisation d'entreprise pourraient effectivement être mises en avant, par exemple la finalité sociale de l'entreprise, l'emploi et la formation de personnes issues de groupes cibles (chômeurs de longue durée, ...). Par ailleurs, il existe de nombreux labels de qualité pour les entreprises. Ceci pourrait également être un critère d'avantage pris en compte par les pouvoirs adjudicateurs dans l'attribution des marchés. Ceci implique la création de banques de données nationales et européennes sur les labels permettant aux pouvoirs adjudicateurs de bénéficier d'information en cette matière.

Nous souhaitons ici rappeler les conclusions du Rapport Rühle du parlement Européen sur l'évolution de la passation de marchés publics.

Ce rapport appelle, entre autres points, à encourager les pouvoirs adjudicateurs à se fonder sur des critères environnementaux et sociaux et demande à la Commission Européenne de garantir la possibilité de le faire. Les entreprises d'économie sociale que nous représentons attendent beaucoup de la commission sur ce point.

L'actuel cadre réglementaire et la jurisprudence rend possible l'inclusion de clauses sociales dans les marchés publics. Cependant, l'utilisation d'un critère d'attribution à caractère social dans les appels d'offres a fait couler beaucoup d'encre. Très régulièrement pratiqué en Belgique dans des appels d'offres européens avec un critère qui peut être quantifié et qui est pondéré, il persiste au regard des textes

des directive un « flou » qui cherche à être éclairci avec la publication « Buying social » que la Commission finalise.

Certains juristes considérant que ce type de critère n'a pas de rapport avec l'objet du marché, alors que d'autres considèrent que la « main d'œuvre » est clairement en lien avec l'objet du marché, puisque entrant dans le processus de production.

L'arrêt EVN et WIENSTROM contre l'Autriche du 4 décembre 2003³ permet dans la matière environnementale que des méthodes et des processus non polluants (externalités liées à la production – voir plus loin) puissent être utilisés comme critère d'attribution.

Les externalités liées à la production sont des processus et des méthodes de production utilisés pendant la fabrication du produit, qui n'ont aucune influence sur les caractéristiques intrinsèques du produit final lui-même (et ne sont donc pas liées au produit). Il s'agit de dommages environnementaux (et aussi sociaux) ou de frais occasionnés par la fabrication du produit, qui ne sont pas toujours incorporés dans son coût, et sont la conséquence de méthodes de production qui n'ont aucune influence sur les caractéristiques intrinsèques du produit.

Les ESS demandent que la Commission autorise plus nettement en critère d'attribution un critère lié à l'insertion socioprofessionnelle de publics cibles en difficulté d'insertion sur les marchés de l'emploi ou en relation avec la nature de la main d'œuvre produisant les services, fournitures et travaux.

Cela signifierait de permettre aux adjudicateurs qui le souhaitent un critère de choix relatif au caractère social du marché, de l'insertion socioprofessionnelle, à la notion d'artisanat et de coopératives ou plus largement en droit belge les entreprises à finalité sociale dont le Code des sociétés belges définit plus clairement le mode de fonctionnement et/ou les coopératives agréés dont le Conseil National de la Coopération agréé les structures au regard de critères fixés par la loi.

Le droit de préférence à des artisans ou à des coopératives inscrits dans le code des marchés publics français devrait trouver une traduction plus vaste afin d'amplifier une humanisation de l'économie et non la marchandisation de l'humain.

25. Selon vous, la directive devrait-elle explicitement autoriser la prise en compte des expériences antérieures faites avec un ou plusieurs soumissionnaires? Dans l'affirmative, quelles mesures devraient être prises pour prévenir toute discrimination?

26. Les passations de marchés des exploitants de services d'utilité publique vous semblent-elles devoir faire l'objet de règles spécifiques? Les règles différentes applicables à ces exploitants et aux entreprises publiques tiennent-elles suffisamment compte du caractère spécifique des passations de marchés dans ces secteurs?

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.

Actuellement, les petits adjudicateurs ne sont pas outillés et il conviendrait de leur créer un régime simplifié.

Dans le cadre des services de proximité, il convient également de vérifier l'impact sur les échanges intracommunautaires. Dans de nombreux cas, cet impact est assez faible, aussi une procédure simplifiée n'engendrerait pas de distorsion de concurrence.

³ C.d.J., C-448/01 du 4 décembre 2003, EVN et Wienstrom, 33.

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?

Voir réponse 27.

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 doit 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?

30. Compte tenu de ce qui précède, jugez-vous utile de prendre au niveau de l'UE des dispositions législatives concernant les possibilités de coopération public-public et les critères s'y appliquant?

Dans un premier temps, une information et formation plus poussée des pouvoirs adjudicateurs semblent important. En effet, de nombreux pouvoirs publics ont recours aux marchés publics par manque de connaissance des alternatives. Pour eux, le recours au marché public semble la procédure la plus « sûre » juridiquement. Certaines entités s'inquiètent de devoir passer sous statut privé pour pouvoir prester un service communal et répondre à un marché public.

31. Seriez-vous favorable à la mise au point d'une définition assortie de critères communs pour les formes de coopération public-public à exempter? Quels en seraient selon vous les principaux éléments?

32. Seriez-vous plutôt favorable à des règles spécifiques pour chacune des différentes formes of coopération, suivant les conclusions de la jurisprudence de la Cour (par exemple pour la coopération interne et horizontale)? Dans l'affirmative, veuillez indiquer pourquoi, et en quoi devraient consister ces règles.

33. Les règles adoptées au niveau de l'UE devraient-elles aussi couvrir le transfert de compétences? Veuillez préciser pour quelles raisons.

34. De manière générale, êtes-vous favorable à une agrégation plus poussée de la demande et à un recours plus fréquent aux procédures conjointes? Quels en seraient selon vous les avantages et les inconvénients?

La commission pourrait dans un souci de simplification de la gestion des achats dans les petites structures soumises aux procédures de marché public, encourager la création de centrales de marché auxquelles pourraient adhérer les petits pouvoirs adjudicateurs. Ceci leur permettrait de faire l'économie du surplus de compétence administrative, d'acheter selon la loi et de profiter des prix les meilleurs liés à la mutualisation collective de l'achat.

35. Existe-t-il selon-vous des obstacles à cause desquels l'agrégation de la demande ou la passation conjointe de marchés ne pourrait se faire de manière efficiente? Pensez-vous que les instruments prévus dans les directives pour agréger la demande (centrales d'achat, contrats-cadres) fonctionnent bien et sont suffisants? Dans la négative, quelles modifications faudrait-il leur apporter? Quels autres instruments ou dispositions seraient nécessaires?

36. Selon vous, un recours accru à l'agrégation de la demande et aux procédures conjointes risquerait-il de restreindre la concurrence et d'empêcher les PME d'accéder aux marchés publics? Comment réduire ce risque?

37. La passation conjointe de marchés vous paraît-elle plus adaptée à certains produits qu'à d'autres? Veuillez préciser lesquels, et pourquoi.

38. Les procédures conjointes transfrontalières vous paraissent-elles se heurter à des problèmes spécifiques (tels que la détermination de la législation et des procédures de recours applicables)? Pensez-vous notamment que votre législation nationale permettrait de soumettre un pouvoir adjudicateur à une procédure de recours dans un autre État membre?

39. Les directives sur les marchés publics devraient-elles réglementer les cas de modifications substantielles d'un marché en cours de validité? Dans l'affirmative, quels types de clarifications proposeriez-vous?

40. Lorsqu'une nouvelle procédure de mise en concurrence doit être organisée par suite de la modification d'une ou plusieurs conditions essentielles, serait-il justifié d'appliquer une procédure plus souple? En quoi pourrait-elle consister?

41. Des règles de l'UE sur les modifications apportées dans le cadre de l'exécution des contrats auraient-elles selon vous une valeur ajoutée, et laquelle? Devraient-elles notamment prévoir explicitement l'obligation ou le droit pour les pouvoirs adjudicateurs de changer de fournisseur ou de mettre fin au contrat dans certains cas, et lesquels? L'UE devrait-elle aussi définir des procédures spécifiques pour la désignation du nouveau fournisseur?

42. Partagez-vous l'idée selon laquelle les directives de l'UE devraient imposer aux États membres d'inscrire dans leur législation nationale le droit d'annuler des marchés qui ont été passés en violation de la législation sur les marchés publics?

43. Conviendrait-il selon vous de réglementer certains aspects de l'exécution des contrats, et lesquels? Veuillez préciser votre réponse.

44. Pensez-vous que les pouvoirs adjudicateurs devraient pouvoir exercer une plus grande influence sur le recours de l'adjudicataire à la sous-traitance? Dans l'affirmative, quels instruments proposeriez-vous?

Le pouvoir adjudicateur peut jouer un rôle primordial, notamment dans la promotion de valeur sociale, éthique et environnementale. Ceci devrait également s'appliquer aux sous-traitants, notamment en promouvant le travail décent, l'égalité des genres ou la mise à l'emploi de publics défavorisés.

45. Pensez-vous que les directives actuelles permettent aux opérateurs économiques d'exploiter pleinement les possibilités offertes par les marchés publics dans le marché intérieur? Dans la négative, quelles dispositions ne vous semblent pas adaptées aux besoins des opérateurs économiques? Pourquoi?

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.

Les entreprises de l'économie sociale, pour une grande part des PME, ont du mal à concourir sur base égale dans le cadre de marchés publics. La charge

administrative demandée pour introduire une demande et l'investissement que cela représente pour l'entrepreneur est très importante. Aussi, le fait de se faire éliminer sur base des critères de sélection est souvent un élément décourageant pour les entreprises. Un certain nombre d'initiatives ont été développées dans le secteur au niveau belge permettant de former et soutenir les entrepreneurs à soumissionner dans le cadre de marchés publics. Là encore, la rédaction d'un cahier des charges prenant en compte des valeurs sociales, éthiques et environnementales au niveau des critères de sélection pourrait jouer un rôle positif pour ces entreprises. Par ailleurs, ceci n'exclurait pas les entreprises qui ne relèvent pas du secteur de l'économie sociale mais pourrait les inciter à mettre en place des systèmes de production plus responsable. Ceci s'inscrit dans la réalisation des objectifs de la Stratégie EU2020.

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)?
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?
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?
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?
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?
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?
53. Pensez-vous que les marchés publics peuvent avoir d'importantes répercussions sur la structure des marchés et que les acheteurs devraient, dans toute la mesure du possible, chercher à ajuster leurs stratégies de passation de marchés pour lutter contre les structures de marché anticoncurrentielles?
54. Estimez-vous que les règles européennes en matière de passation des marchés publics devraient prévoir des instruments (facultatifs) pour encourager ce type de stratégies pro-concurrentielles sur ces marchés? Si oui, quels instruments?
55. Dans ce contexte, vous semble-t-il nécessaire de définir des instruments ou initiatives plus spécifiques pour encourager la participation de soumissionnaires d'autres États membres? Dans l'affirmative, précisez lesquels.

56. Estimez-vous que la reconnaissance mutuelle des certificats doive être améliorée? Seriez-vous favorable à la création d'un système européen de préqualification?

57. Quelle solution proposeriez-vous pour remédier aux obstacles linguistiques?

Estimez-vous que les pouvoirs adjudicateurs devraient avoir l'obligation d'établir le cahier des charges des marchés d'un grand montant dans une deuxième langue ou d'accepter les offres rédigées dans une autre langue?

58. Quels instruments les règles en matière de passation des marchés publics pourraient-elles prévoir pour éviter l'émergence de fournisseurs dominants? Comment les entités adjudicatrices pourraient-elles être mieux protégées contre le pouvoir des fournisseurs dominants?

59. Pensez-vous que des mesures renforcées contre les pratiques anticoncurrentielles dans les procédures d'appel d'offres devraient être introduites dans la réglementation de l'UE relative aux marchés publics? Dans l'affirmative, quels nouveaux instruments/dispositions proposeriez-vous?

60. Estimez-vous que l'attribution de droits d'exclusivité porte atteinte à l'équité de la concurrence sur les marchés publics?

61. Si oui, quels instruments proposeriez-vous pour réduire ces risques/garantir une concurrence loyale? Pensez-vous que les règles de l'UE en matière de marchés publics ne devraient autoriser l'attribution de marchés sans mise en concurrence sur la base de droits d'exclusivité qu'à la condition que le droit d'exclusivité en question ait lui-même été attribué dans le cadre d'une procédure transparente et concurrentielle?

62. Pensez-vous que les règles en matière de spécifications techniques laissent suffisamment de possibilités d'intégrer des considérations liées à d'autres objectifs politiques?

Les marchés publics peuvent être un levier important dans le cadre de la réalisation des objectifs de la Stratégie Europe 2020. Il s'agit notamment de développer de nouvelles habitudes de consommation et production afin de faire face aux défis futurs. Les autorités publiques et la Commission ont un rôle dans ce cadre et de montrer le bon exemple. La préférence sociale dans le cadre des règles actuelles est possible, mais peut-être pas suffisamment utilisée. Il convient ici encore de sensibiliser les autorités publiques aux différents moyens qui sont à leurs dispositions afin d'allier des considérations sociales et environnementales à des achats ou prestation de services.

Nous souhaitons ici rappeler les conclusions du Rapport Rühle du parlement Européen sur l'évolution de la passation de marchés publics.

Ce rapport appelle, entre autres points, à encourager les pouvoirs adjudicateurs à se fonder sur des critères environnementaux et sociaux et demande à la Commission Européenne de garantir la possibilité de le faire. Les entreprises d'économie sociale que nous représentons attendent beaucoup de la commission sur ce point.

Il est impératif de mettre davantage en avant l'aspect social dans les spécificités techniques. On met fortement l'accent sur la dimension environnementale, ce qui apparaît aussi dans le guide édité par la Commission, mais on ressent une certaine frilosité sur l'aspect social (buying social). Un exemple est le guide de la Commission, finalement publié en octobre 2010, après une longue attente. Dans le cadre de la réalisation des objectifs de la Stratégie Europe 2020, cet aspect doit être plus largement mis en avant. A ce stade, il serait intéressant d'évaluer dans quelle mesure les marchés publics ont contribué à la réalisation des objectifs

sociaux (travail décent, commerce équitable, promotion de la cohésion sociale, ...) de l'Union européenne. Il ne s'agit pas uniquement de favoriser la concurrence, mais également de répondre aux préoccupations des citoyens européens et répondre aux défis du développement durable, dans tous ces aspects.

Ceci est d'autant plus important en période de réduction des finances publiques et de restrictions budgétaires. En effet, les autorités publiques auront tendance à prendre le critère prix comme critère exclusif de choix. Il est fondamental de donner une perspective à plus long terme aux actions que l'on entreprend aujourd'hui. Au final, le coût sera moins élevé pour la société si de bonnes dispositions sont prises dès aujourd'hui.

Les nouvelles dispositions doivent être compatibles avec les règles du Traité. En effet, il est nécessaire que les articles 11, 14 et le protocole 26, ainsi que la Charte des droits fondamentaux soient pleinement pris en compte dans la rédaction des nouvelles dispositions.

63. Partagez-vous l'avis selon lequel la possibilité de définir des spécifications techniques en termes de performance ou d'exigences fonctionnelles, plutôt que sous forme d'exigences techniques rigoureuses et détaillées, permettrait aux pouvoirs adjudicateurs d'atteindre plus facilement leurs objectifs politiques? Dans l'affirmative, préconiseriez-vous de rendre obligatoires, sous certaines conditions, ces exigences de performance ou ces exigences fonctionnelles?

Oui, au cas par cas selon les marchés. Mais davantage de liens doivent être réalisés avec les autres réglementations, comme la PEB.

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?

Cf réponse 62

65. Pensez-vous que certaines des procédures prévues par les directives actuelles (dialogue compétitif, concours...) conviennent tout particulièrement pour prendre en considération les politiques environnementale, sociale, d'accessibilité et d'innovation?

66. Quelles modifications apporteriez-vous aux procédures prévues par les directives actuelles pour qu'elles tiennent compte le mieux possible des objectifs politiques précités, tout en veillant au respect des principes de non-discrimination et de transparence qui garantissent des conditions de concurrence équitables entre les entreprises européennes? L'utilisation de technologies de l'information et de la communication innovantes pourrait-elle aider concrètement les acheteurs publics à atteindre les objectifs de la stratégie Europe 2020?

Un premier élément est un positionnement clair sur les mesures qui peuvent être mise en place pour promouvoir les valeurs sociales. Le guide « buying social » est une première étape. Par ailleurs, des clauses permettant la réservation de marché ou la préférence sociale devraient être plus largement promues. Il est essentiel de rappeler que les entreprises « classiques » peuvent également s'inscrire dans ces démarches en se fixant des objectifs sociaux et environnementaux. Il ne s'agit en aucun cas de concurrence déloyale.

Un travail de sensibilisation est également nécessaire auprès des entreprises « classiques » afin de promouvoir une autre façon d'entreprendre.

67. Dans quels cas une restriction aux fournisseurs locaux ou régionaux pourrait-elle être justifiée par des raisons légitimes et objectives non fondées sur des considérations purement économiques?

Restreindre les marchés publics aux fournisseurs locaux ou régionaux doit pouvoir être envisagé pour des services sociaux et de proximité tels que la distribution de repas chauds à des personnes âgées. L'impact sur les échanges intracommunautaires est très faible, voir inexistant dans la plupart des régions européennes. En effet, les échanges transfrontaliers sont très faibles pour ces services. Il convient également de prendre en compte la culture locale, la langue,..., notamment quand on s'adresse à un public vulnérable. Lancer des appels d'offres européens sur ce type de service semble disproportionné et crée une charge administrative importante pour les autorités locales. Par ailleurs et de manière plus générale, il est dans l'intérêt des collectivités de promouvoir la création d'emploi au niveau local. Les services sociaux et de proximité permettent notamment une forte création d'emploi.

68. Pensez-vous que le fait d'autoriser le recours à la procédure négociée avec publication d'un avis de marché, en en faisant la norme, pourrait améliorer la prise en compte d'aspects politiques (environnement, société, innovation, etc.)? Ou le risque de discrimination et de restriction de la concurrence serait-il trop grand?

Les entreprises d'économie sociale ne comprennent pas la volonté de la Commission de vouloir limiter à ce point les procédures négociées avec publicité, car dans les marchés de travaux, la rigidité actuelle des adjudications et appels d'offres dans cette matière contribuent largement à augmenter le prix des travaux qui sont adjugés dans le cadre des marchés publics.

69. Quels exemples utiles de compétences techniques ou d'autres critères de sélection suggèreriez-vous pour faciliter la réalisation d'objectifs tels que la protection de l'environnement, la promotion de l'inclusion sociale, l'amélioration de l'accessibilité pour les handicapés ou le renforcement de l'innovation?

La Commission devrait examiner la possibilité laissée aux autorités publiques de réserver des marchés, notamment dans le cadre des services sociaux, à des entreprises qui, selon le statut adopté dans l'Etat membre, remplissent certaines conditions sociales.

La finalité sociale de l'entreprise est un argument essentiel. En Belgique, un statut particulier a été créé pour les entreprises souhaitant s'inscrire dans une démarche sociale. Le statut de la société à finalité sociale est un statut transversal, qui peut être adopté par un grand nombre de formes de société commerciale (ou civile) ; c'est une application pour des formes existantes de statuts juridiques de sociétés commerciales. Pour prendre cette appellation « à finalité sociale », 3 critères sont à respecter :

- la société doit avoir un objectif social, une finalité autre que l'enrichissement*
- la forme juridique doit être celle d'une société commerciale ou civile*
- on doit trouver dans les statuts certaines dispositions spécifiques nécessaires*

Ce statut intéresse un certain nombre d'Etats européens, notamment le Luxembourg qui étudie la possibilité de mettre en place un statut similaire.

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):

En période de restriction budgétaire, on pourrait assister à une tendance de renforcer ce critère aux détriments d'objectifs sociaux et environnementaux. Une logique de court terme risque de primer. Il est, là encore, important que l'Union européenne envoie un signal fort aux autorités locales pour promouvoir les valeurs sociales de l'Union européenne.

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

Ceci pourrait avoir un effet positif sur le comportement des autorités publiques et la prise en compte de valeurs sociales, environnementales et éthiques dans les marchés publics.

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

70.1.3. 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?

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?

Non, ceci doit être laissé au pouvoir discrétionnaire de l'adjudicateur.

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?

L'actuel cadre réglementaire et la jurisprudence rend possible l'inclusion de clauses sociales dans les marchés publics. Cependant, l'utilisation d'un critère d'attribution à caractère social dans les appels d'offres a fait couler beaucoup d'encre.

Très régulièrement pratiqué en Belgique dans des appels d'offres européens avec un critère qui peut être quantifié et qui est pondéré, il persiste au regard des textes de la directive un « flou » qui cherche à être éclairci avec la publication « Buying social » que la Commission finalise.

Certains juristes considérant que ce type de critère n'a pas de rapport avec l'objet du marché, alors que d'autres considèrent que la « main d'œuvre » est clairement en lien avec l'objet du marché, puisque entrant dans le processus de production.

L'arrêt EVN et WIENSTROM contre l'Autriche du 4 décembre 2003⁴ permet dans la matière environnementale que des méthodes et des processus non polluants (externalités liées à la production – voir plus loin) puissent être utilisés comme critère d'attribution.

⁴ C.d.J., C-448/01 du 4 décembre 2003, EVN et Wienstrom, 33.

Les externalités liées à la production sont des processus et des méthodes de production utilisés pendant la fabrication du produit, qui n'ont aucune influence sur les caractéristiques intrinsèques du produit final lui-même (et ne sont donc pas liées au produit). Il s'agit de dommages environnementaux (et aussi sociaux) ou de frais occasionnés par la fabrication du produit, qui ne sont pas toujours incorporés dans son coût, et sont la conséquence de méthodes de production qui n'ont aucune influence sur les caractéristiques intrinsèques du produit.

Les EES demandent que la Commission autorise plus nettement en critère d'attribution un critère lié à l'insertion socioprofessionnelle de publics cibles en difficulté d'insertion sur les marchés de l'emploi ou en relation avec la nature de la main d'œuvre produisant les services, fournitures et travaux.

Cela signifierait de permettre aux adjudicateurs qui le souhaitent un critère de choix relatif au caractère social du marché, de l'insertion socioprofessionnelle, à la notion d'artisanat et de coopératives ou plus largement en droit belge les entreprises à finalité sociale dont le Code des sociétés belges définit plus clairement le mode de fonctionnement et/ou les coopératives agréées dont le Conseil National de la Coopération agréé les structures au regard de critères fixés par la loi.

Le droit de préférence à des artisans ou à des coopératives inscrits dans le code des marchés publics français devrait trouver une traduction plus vaste afin d'amplifier une humanisation de l'économie et non la marchandisation de l'humain.

Enfin, nous souhaitons ici rappeler les conclusions du Rapport Ruhle du parlement Européen sur l'évolution de la passation de marchés publics.

Ce rapport appelle, entre autres points, à encourager les pouvoirs adjudicateurs à se fonder sur des critères environnementaux et sociaux et demande à la Commission Européenne de garantir la possibilité de le faire. Les entreprises d'économie sociale que nous représentons attendent beaucoup de la commission sur ce point.

73. Estimez-vous que le coût du cycle de vie doit 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?

Ici encore, une sensibilisation des pouvoirs publics semble nécessaire. Certaines initiatives pilotes ont été prises par des villes, mais la pratique ne semble pas s'être généralisée.

En ce qui concerne l'élaboration d'une méthode d'évaluation, elle pourrait s'avérer nécessaire, notamment si elle est mise en avant par la Commission. Il convient de rappeler que de nombreuses autorités publiques appliquent les règles strictes des marchés publics par crainte de ne pas respecter les règles européennes. Elles n'utilisent pas suffisamment les ressources offertes par les directives en vigueur.

Des méthodologies existent déjà, telle que le « Social Return On Investment ». Une promotion de ces méthodes devrait être encouragée au niveau européen.

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?

Dans certains cas, effectivement, les clauses d'exécution semble les plus appropriées. Cependant, la réservation de marchés doit également être examinée.

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?

*- clauses sociales
- promouvoir des entreprises qui respectent le principe de développement durable - tout au long de la chaîne de production
- certification environnementale des entreprises
- aspect liée à la gouvernance d'entreprise : participation des travailleurs,
- réinvestissement des bénéfices vs rémunération des actionnaires...*

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?

Une réglementation au niveau européen serait compliqué dans la mesure où cela débouchera sur un compromis entre les différents Etats membres. Par ailleurs, tous les Etats membres doivent respecter la Charte des droits fondamentaux, les conventions de l'OIT et autres textes internationaux en la matière. Cependant, la Commission peut encourager les autorités publiques à vérifier et privilégier les emplois de proximité et de qualité (éviter le dumping social).

77. Pensez-vous que le cadre européen actuel des marchés publics devrait prévoir des solutions particulières pour résoudre le problème de la vérification du respect des exigences tout au long de la chaîne logistique? Dans l'affirmative, lesquelles?

78. De quelle manière les pouvoirs adjudicateurs pourraient-ils le mieux contrôler le respect des exigences? La mise au point de systèmes et de documents «normalisés» d'évaluation de la conformité ainsi que de labels leur faciliterait-elle la tâche? Si cette stratégie devait être adoptée, comment limiter la charge administrative qu'elle entraînerait?

Il existe un certain nombre de labels ou de certification qui pourraient aider les autorités publiques dans leur choix. Une harmonisation au niveau européen serait importante. Par ailleurs, il convient de promouvoir le respect des conventions de l'OIT à tous les niveaux et sur l'ensemble de la chaîne de production.

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?

Ceci serait une bonne suggestion à condition que cela n'ouvre pas la porte à des abus de la part des autorités publiques ou des entreprises. En effet, certaines entreprises seraient intéressées de prendre des personnes en insertion pour pouvoir bénéficier des marchés sans qu'elles en soient préparées à en assurer l'encadrement nécessaire dans le cadre d'un parcours d'insertion. Aussi, il convient

à chaque Etat membre de pouvoir ouvrir cette possibilité aux entreprises qui offrent un encadrement et un accompagnement des personnes à insérer ainsi que des perspectives à plus long terme. Par ailleurs, le cadre devrait également permettre d'insérer tout type de public fragilisé et non seulement les plus facilement « activable ».

Il convient donc d'être très prudent sur le cadre à mettre en place.

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?

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?

L'économie sociale est composée en grande partie de PME, et ces entreprises respectent des critères de gouvernance participative, d'offrir des biens et des services à la collectivité, de donner priorité aux travailleurs et non aux actionnaires... Il s'agit d'un choix stratégique de développement de l'entreprise. La finalité sociale est un objectif et non un moyen.

Cependant, elles rencontrent des problèmes pour répondre aux exigences des cahiers des charges. En Belgique, un accompagnement a été fait depuis des années auprès des entreprises du secteur pour les aider à mieux se positionner sur les marchés.

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)?

Oui, les autorités publiques doivent montrer l'exemple dans la promotion de valeurs éthiques, environnementales et sociales. Les consommateurs et les entreprises européennes doivent prendre conscience de l'impact de leur consommation sur les défis au niveau planétaire. Par ailleurs, l'outil des marchés publics doit pouvoir servir de levier pour modifier certaines habitudes comportementales. Ceci participera également à la réalisation des objectifs de la stratégie Europe 2020.

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...)?

Cf réponse à la question 82.1

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)?

oui

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?

Une révision des règles en matière d'aides d'Etat serait nécessaire, notamment dans le cadre du nouveau Traité (articles 9 et 14) mais également afin de les rendre compatibles avec les objectifs de la Stratégie Europe 2020.

Par ailleurs, si le cahier des charges est clair et la procédure d'attribution transparente, si le coût de la prestation est calculé de façon transparente et ne dépasse pas le montant réel du service, dans quelle mesure cela pourrait constituer une aide d'Etat ?...

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)?

Oui, notamment en matière d'intégration de coûts externes comme la compensation carbone.

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?

Non, Plutôt promotion, qu'obligation

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?

Peut-être.

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

Il convient de laisser la possibilité aux autorités publiques d'inscrire leur politique de marchés publics dans un cadre plus large de politique sociale, environnementale. Aussi, leur laisser la possibilité de répondre à des besoins locaux, régionaux ou nationaux au travers des marchés publics.

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?

Oui, cependant, la norme minimale ne doit pas être une norme «au rabais». Il convient de donner un signal fort, autant aux autorités publiques qu'aux citoyens européens sur les valeurs sociales, environnementales et éthiques que l'Union européenne doit promouvoir, notamment dans le cadre du nouveau traité et de la Stratégie Europe 2020.

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)?

91. Pensez-vous qu'il soit nécessaire de promouvoir et de stimuler davantage l'innovation dans le cadre des marchés publics? Quelles mesures encourageraient et accéléreraient l'adoption d'innovations par les organismes publics?

92. Pensez-vous que le dialogue compétitif garantisse une protection suffisante pour les droits de propriété intellectuelle et les solutions innovantes, de nature à donner aux soumissionnaires l'assurance qu'ils ne seront pas privés des fruits de leurs solutions innovantes?

93. Pensez-vous que d'autres procédures permettraient de mieux répondre à l'obligation consistant à stimuler l'innovation par la protection des solutions innovantes? Si oui, lesquelles?

94. Pensez-vous que la stratégie axée sur les achats publics avant commercialisation (c'est-à-dire l'achat de services de R&D par les pouvoirs adjudicateurs pour le développement de produits non encore disponibles sur le marché) permette de stimuler l'innovation? Une amélioration du partage et de l'évaluation des bonnes pratiques des différents États membres

en matière de marchés publics de services de R&D est-elle nécessaire pour accroître le recours aux achats publics avant commercialisation? Existe-t-il d'autres moyens non prévus expressément dans le cadre juridique actuel par lesquels les pouvoirs adjudicateurs pourraient demander le développement de produits ou de services non encore disponibles sur le marché? Par quels moyens particuliers les pouvoirs adjudicateurs pourraient-ils encourager les PME et les start-up à participer à des achats publics avant commercialisation?

95. D'autres mesures sont-elles nécessaires pour améliorer la capacité d'innovation des PME? Dans l'affirmative, quel type de mesures particulières proposeriez-vous?

96. Quel type de mesure des performances proposeriez-vous pour contrôler les progrès et les effets des marchés publics innovants? Quelles données seraient requises pour mesurer les performances et de quelle manière les recueillir sans créer une charge administrative supplémentaire pour les pouvoirs adjudicateurs et/ou les opérateurs économiques?

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?

Il convient de rappeler que les services sociaux sont au cœur du modèle social européen comme stipulé dans les conclusions du Conseil européen de décembre 2010. Le Conseil a notamment rappelé que les services sociaux jouent un rôle fondamental pour la réalisation des objectifs de l'Union européenne. Il a également souligné la nécessité de mieux évaluer les interactions entre le marché intérieur et les services sociaux.

En ce sens, la procédure de marché public n'est pas la meilleure solution pour la recherche de l'intérêt général. Différents outils existent au niveau européen tel que le mandatement, mais ne sont pas suffisamment exploités par les autorités publiques. Les différentes dispositions des directives relatives aux marchés publics ne le sont pas non plus.

Par ailleurs, une clarification des règles européennes en matière de marchés publics s'avère nécessaire sur certains points tels que le in-house ou l'intérêt transfrontalier, même si un effort a déjà été fait dans le cadre des FAQ publiées en 2010 ou le service d'information interactif, ce travail reste encore trop confidentiel.

97.1. 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 :

Le cadre volontaire de qualité dans les services sociaux devrait être plus largement promu au niveau européen. Ce texte est un outil fondamental pour guider les autorités publiques lors de la mise en place de services sociaux. Si la procédure de marché public était choisie par une autorité, le cadre permettrait de prendre en compte toutes les spécificités de la prestation de services publics, notamment la prise en compte des usagers, des travailleurs et des besoins collectifs. Il reprend aussi un certain nombre de principes fondamentaux pour les services sociaux.

Cependant, il convient également d'encourager des pratiques alternatives aux marchés publics telles que des nouvelles dispositions mise en place en Suède (System of choice in the public sector). Un signal fort de la Commission permettant d'offrir des alternatives aux marchés publics doit être envoyé.

97.1.1. 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?

Ce critère ne semble pas le plus judicieux quand il s'agit de services sociaux. En effet, ceci ne permet pas de vérifier la qualité des prestations et la réponse aux besoins des usagers. Par ailleurs, en période de restriction budgétaire, ceci pourrait encourager les autorités publiques de limiter leur choix à ce critère et de ne pas privilégier une vision sur le long terme.

Par ailleurs, l'annexe aux conclusions du Conseil de décembre 2010 stipule que ce critère devrait être substitué par le critère de l'offre économiquement la plus avantageuse dans les cas des services sociaux dans le cas où la procédure de marché public est utilisée pour l'attribution de services sociaux.

97.1.2. 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?

La réservation de marché à des organisations sans but lucratif semble trop vague. Cependant, la réservation de marché à des entreprises poursuivant une finalité sociale selon des critères définis par exemple la primauté du travail sur le capital, la gouvernance et la participation des travailleurs, la qualité de l'emploi, la mise à l'emploi de travailleurs défavorisés... devrait être encouragé. Actuellement, il n'y a pas de statut commun aux entreprises poursuivant un objectif social au niveau européen et ouvrir à des organisations sans but lucratif semble trop large.

Cet aspect doit être mis en lien avec l'élaboration de statut européen pour les entreprises de l'économie sociale (mutuelles, coopératives, fondations et associations).

97.1.3. 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?

Là encore, le marché public ne semble pas la procédure la plus adéquate pour répondre à l'ensemble des spécificités liées aux services sociaux. Il convient également de définir ce que l'on entend par le «moindre coût pour la collectivité». La création d'emploi à long terme et l'insertion de public fragilisé est un coût immédiat pour la collectivité, mais sur le long terme, ceci représente un investissement positif pour la société. Aussi, la mise en place de méthodologie permettant de calculer le coût réel pour la société ou collectivité devrait être mis en place, tel que le «Social return on investment».

Ici aussi, la Commission devrait étudier de plus près, en lien avec les articles 9 et 14 du Traité, l'impact des marchés publics sur les valeurs que l'Union européenne entend défendre et la réalisation des objectifs de la Stratégie Europe 2020.

97.2. 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?

Il convient d'être précis sur les termes. Il ne s'agit pas de traitement de faveur, mais la recherche de l'intérêt général et la création de services sociaux universels, accessibles pour tous les citoyens, y compris les plus vulnérables. Par ailleurs, les seuils de minimis sont applicables dans le cadre des aides d'Etat et non dans le cadre des marchés publics. Les autorités publiques sont libres d'octroyer des marchés au-delà des montants fixés par le règlement de minimis. Par ailleurs, comme mentionné précédemment, d'autres outils sont à encourager permettant de ne pas avoir systématiquement recours aux marchés publics.

98. Seriez-vous favorable à l'introduction, au niveau de l'Union européenne, d'une définition du conflit d'intérêts dans les marchés publics? Quelles activités/situations présentant un risque potentiel devraient être prises en compte (relations personnelles, intérêts commerciaux telles que participations au capital, incompatibilités avec des activités externes, etc.)?

99. Pensez-vous qu'il est nécessaire d'adopter des mesures de prévention, d'identification et de résolution des situations de conflit d'intérêts au niveau de l'Union européenne? Dans l'affirmative, quel type de mesure vous semblerait utile?

100. Estimez-vous que la corruption et le favoritisme constituent un risque particulier pour les marchés publics? Appartient-il à l'Union européenne ou aux seuls États membres de prendre des mesures dans ce domaine?

101. Quels sont les principaux risques pour l'intégrité de chacune des phases du processus de passation (définition de l'objet, préparation de l'appel d'offres, phase de sélection, phase d'attribution, exécution du marché)?

102. Parmi ces risques, lesquels justifient l'introduction de règles supplémentaires/plus spécifiques dans les directives «marchés publics»? De quelle manière (quelles règles/mesures)?

103. Quels instruments supplémentaires les directives pourraient-elles prévoir pour lutter contre le crime organisé dans les marchés publics? Seriez-vous favorable, par exemple, à l'établissement d'un contrôle ex ante des sous-traitants?

104. Pensez-vous que l'article 45 de la directive 2004/18/CE concernant l'exclusion de soumissionnaires est un instrument utile pour sanctionner les pratiques commerciales illicites? Quelles améliorations proposeriez-vous d'apporter à ce mécanisme ou quels autres mécanismes suggèreriez-vous?

105. Comment la coopération mise en place entre les pouvoirs adjudicateurs pour obtenir des informations sur la situation personnelle des candidats et des soumissionnaires pourrait-elle être renforcée?

106. Pensez-vous que la question des mesures prises par l'opérateur économique pour redresser sa situation personnelle devrait être expressément traitée dans l'article 45, ou ne devrait-elle faire l'objet d'une réglementation qu'au niveau national?

107. Une décision motivée concernant le rejet d'une offre ou d'une candidature est-elle une sanction appropriée pour améliorer le respect du principe de l'égalité de traitement?

108. Pensez-vous que, à la lumière du traité de Lisbonne, des normes minimales en matière de sanctions pénales devraient être élaborées au niveau de l'UE pour des cas particuliers (corruption ou conflits d'intérêts non déclarés, par exemple)?

109. Devrait-il exister au niveau de l'Union européenne des règles spécifiques pour traiter la question des avantages procurés à certains soumissionnaires par leur participation précédente à la conception du projet qui fait l'objet de l'appel d'offres? Quelles mesures proposeriez-vous?

110. Pensez-vous que le problème des avantages éventuels des soumissionnaires sortants doive être traité au niveau de l'Union européenne? Si oui, de quelle manière?

111. Quelle est votre expérience ou votre opinion en ce qui concerne les mécanismes prévus par les articles 58 et 59 de la directive 2004/17/CE?

111.1. Ces dispositions devraient-elles être améliorées? Si oui, de quelle manière?

Pourrait-il être utile d'étendre le champ de ces dispositions au-delà du domaine des marchés de services d'utilité publique?

112. Quels autres mécanismes proposeriez-vous pour améliorer la symétrie dans l'accès aux marchés publics?

113. Y a-t-il d'autres questions qui, selon vous, devraient être traitées dans une future réforme des directives européennes relatives aux marchés publics? Si oui, lesquelles?

Quels sont, selon vous, les problèmes à traiter et quelles solutions proposeriez-vous à cette fin?

114. Veuillez classer par ordre d'importance les sujets abordés dans le présent livre vert et indiquer les autres sujets que vous considérez comme importants. Si vous deviez choisir, quels seraient les trois thèmes à traiter en priorité? Veuillez motiver votre réponse.

-la promotion de valeurs sociales, éthiques et environnementales dans le cadre des marchés publics car ceux-ci constituent un levier important dans la réalisation des objectifs de la Stratégie Europe 2020

-la mise en place de procédures alternatives pour les services sociaux

-mettre en place une réelle évaluation de l'impact social dans le cadre des marchés publics et favoriser des méthodes pour calculer le retour social sur investissement.