

Acheter social

Un guide sur les appels
d'offres publics avec clauses
de responsabilité sociale



L'Europe sociale



Commission européenne

La présente publication bénéficie du soutien du programme de l'UE pour l'emploi et la solidarité sociale PROGRESS (2007-2013). Ce programme est géré par la Direction générale de l'emploi, des affaires sociales et de l'égalité des chances de la Commission européenne. Il a été établi pour appuyer financièrement la poursuite des objectifs de l'Union européenne dans les domaines de l'emploi et des affaires sociales, tels qu'ils sont énoncés dans l'agenda social, et contribuer ainsi à la réalisation des objectifs de la stratégie de Lisbonne dans ces domaines.

Le programme, qui s'étale sur sept ans, s'adresse à toutes les parties prenantes susceptibles de contribuer à façonner l'évolution d'une législation et de politiques sociales et de l'emploi appropriées et efficaces dans l'ensemble de l'UE-27, des pays de l'AELE-EEE ainsi que des pays candidats et pré-candidats à l'adhésion à l'UE.

PROGRESS a pour mission de renforcer la contribution de l'UE et d'aider ainsi les États membres à respecter leurs engagements et mener à bien leur action en vue de créer des emplois plus nombreux et de meilleure qualité et de bâtir une société plus solidaire. Dès lors, il contribue:

- à fournir une analyse et des conseils dans les domaines d'activité qui lui sont propres ;
- à assurer le suivi et à faire rapport sur l'application de la législation et des politiques de l'UE dans ces mêmes domaines ;
- à promouvoir le transfert de politiques, l'échange de connaissances et le soutien entre les États membres concernant les objectifs et priorités de l'Union, et
- à relayer les avis des parties prenantes et de la société au sens large.

Pour de plus amples informations, veuillez consulter:
<http://ec.europa.eu/progress>

Acheter social

Un guide sur les appels d'offres publics avec clauses de responsabilité sociale

Commission européenne

Direction générale de l'emploi, des affaires sociales et de l'égalité des chances

Unité D.2

Direction générale du marché intérieur et des services

Unité C.3

Manuscrit terminé en octobre 2010

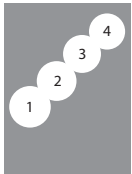
Document établi sur la base du document SEC(2010) 1258 final. Ni la Commission européenne ni aucune personne agissant au nom de la Commission ne sont responsables de l'usage qui pourrait être fait des informations contenues dans cette publication.

Avis important

Bien que les informations de ce guide aient été scrupuleusement vérifiées, la Commission européenne décline toute responsabilité concernant les affaires spécifiques mentionnées dans ce document.

Le présent guide est un document indicatif des services de la Commission, ne revêtant aucun caractère obligatoire pour cette institution, de quelque manière que ce soit. Il convient également de noter qu'il est sujet à modification selon l'évolution des pratiques de la Commission et de la jurisprudence de la Cour de justice européenne.

© photos de couverture:



- 1: 123RF
- 2: Getty Images
- 3: 123RF
- 4: 123RF

Pour les photos non protégées par les droits d'auteur de l'Union européenne, il convient de demander directement l'autorisation aux détenteurs desdits droits d'auteur pour toute utilisation ou reproduction.

Europe Direct est un service destiné
à vous aider à trouver des réponses
aux questions que vous vous posez
sur l'Union européenne.

Un numéro unique gratuit (*):
00 800 6 7 8 9 10 11

(*). Certains opérateurs de téléphonie mobile ne permettent pas l'accès aux numéros 00 800 ou peuvent facturer ces appels.

De nombreuses autres informations sur l'Union européenne sont disponibles sur l'internet via le serveur Europa (<http://europa.eu>).

Une fiche catalographique ainsi qu'un résumé figurent à la fin de l'ouvrage.

Luxembourg: Office des publications de l'Union européenne, 2011

ISBN 978-92-79-18391-1

doi:10.2767/1787

© Union européenne, 2011

Reproduction autorisée, moyennant mention de la source

Printed in Belgium

IMPRIME SUR PAPIER BLANCHI SANS CHLORE ELEMENTAIRE (ECF)

Sommaire

Introduction.....	5
I. Acheter social: principaux enjeux	7
1. Les appels d'offres publics avec clauses de responsabilité sociale: définition	7
2. Les avantages potentiels des appels d'offres publics avec clauses de responsabilité sociale.....	9
2.1. Aider au respect de la législation sociale et du travail, y compris les engagements et programmes politiques nationaux et internationaux en la matière.....	9
2.2. Stimuler la responsabilité sociale des marchés.....	10
2.3. Faire preuve de responsabilité sociale en matière de gouvernance.....	10
2.4. Stimuler l'intégration	10
2.5. Rationaliser les dépenses publiques	10
3. Les appels d'offres publics avec clauses de responsabilité sociale et le modèle social européen	10
4. Approche légale et politique d'appels d'offres publics avec clauses de responsabilité sociale dans l'UE	11
4.1. Développement de la dimension sociale des politiques et législations communautaires.....	11
4.2. Approche légale et politique d'appels d'offres publics avec clauses de responsabilité sociale dans l'UE	12
4.3. Services sociaux d'intérêt économique général.....	12
4.4. Les petites et moyennes entreprises	13
II. Stratégie d'organisation pour acheter social	15
1. Définir les objectifs des appels d'offres publics avec clauses de responsabilité sociale	15
2. Faire preuve d'un engagement politique de haut niveau et de leadership en matière d'appels d'offres publics avec clauses de responsabilité sociale	15
3. Mesurer les risques et déterminer les priorités dans les dépenses d'organisation pour améliorer les résultats sociaux.....	16
4. Accroître la sensibilisation aux appels d'offres publics avec clauses de responsabilité sociale et impliquer les principaux acteurs.....	18
5. Mettre en œuvre la stratégie d'appels d'offres publics avec clauses de responsabilité sociale.....	19
6. Mesurer la mise en œuvre effective	19
7. Présentation du processus de passation de marchés.....	20
7.1. L'importance de l'avis juridique	20
7.2. Préparer la procédure de passation de marchés	20
8. Les phases de la procédure de passation de marchés et les approches d'appels d'offres publics avec clauses de responsabilité sociale.....	20
III. Identification des besoins et planification des marchés	23
1. L'importance d'évaluer les besoins réels.....	23
2. Définir l'objet	23
3. Améliorer l'accès aux appels d'offres.....	25
3.1. Améliorer l'accès aux appels d'offres.....	25
3.2. Cas particulier des ateliers protégés	27

IV. Le marché	29
A. Définition des exigences du marché.....	29
1. Établir les spécifications techniques	29
2. Utiliser des spécifications fondées sur les performances ou des spécifications fonctionnelles.....	30
3. Utiliser des variantes	30
4. Labels sociaux et incidences sur le commerce équitable	31
5. Prendre en compte les préoccupations sociales dans les méthodes de production et de traitement	33
6. Handicap et spécifications techniques	33
B. Sélection des fournisseurs, des prestataires de services et de contractants	35
1. Critères d'exclusion	35
2. Capacité technique.....	35
C. Attribution du marché.....	37
1. Règles générales d'élaboration des critères d'attribution et d'attribution d'un marché	37
1.1. Conditions applicables aux critères d'attribution lors de l'évaluation des offres.....	38
1.2. Le «critère additionnel»	40
2. Gestion des offres «anormalement basses»	41
3. Retour d'informations aux soumissionnaires écartés	42
D. Exécution du marché	43
1. Règles régissant les clauses d'exécution des marchés	43
2. Exemples de considérations sociales pouvant être intégrées aux clauses d'exécution du marché.....	44
3. Conformité au droit national du travail	46
4. Gestion de la chaîne d'approvisionnement	47
5. Gestion des marchés et contrôle de la conformité	48

Introduction

Les appels d'offres publics avec clauses de responsabilité sociale visent à faire évoluer par l'exemple les pratiques de marché. En faisant la promotion de cette approche, les autorités publiques peuvent réellement inciter les entreprises à mettre en œuvre une gestion socialement responsable. En achetant judicieusement, elles peuvent favoriser les possibilités d'emploi, le travail décent, l'inclusion sociale, l'accessibilité, la conception pour tous, le commerce équitable, et s'efforcer de mieux respecter les normes sociales. Pour certains produits, travaux et services, cette stratégie peut avoir un impact significatif. En effet, les commandes des acheteurs publics représentent une part importante du marché (par exemple, dans la construction, les services aux entreprises, les technologies de l'information, etc.). En général, les autorités publiques sont d'importants consommateurs en Europe, puisqu'elles dépensent 17 % du produit intérieur brut de l'UE (soit la moitié du PIB de l'Allemagne). Par conséquent, si elles utilisent ce pouvoir d'achat pour acquérir des biens et services qui fournissent également de bons résultats sociaux, elles peuvent contribuer de façon majeure au développement durable.

Les fondements juridiques de la passation des marchés publics dans l'Union européenne sont donnés par les directives 2004/17/CE¹ et 2004/18/CE² (les «directives marchés publics»)³, qui définissent dans quelle mesure les aspects sociaux peuvent être pris en compte. Ils doivent en particulier être liés à l'objet du marché⁴ et proportionnés à ses exigences et les principes de l'offre économiquement la plus avantageuse (ou présentant le

meilleur rapport qualité/prix) et d'égalité d'accès pour tous les fournisseurs de l'UE doivent être respectés.

Au fil des ans, ce sujet a été développé par la jurisprudence de la Cour de justice de l'Union européenne (CJUE), par une Communication de la Commission européenne en 2001⁵ et par une étude publiée par la Commission en 2003 et portant sur la diversité et l'égalité sur les marchés publics. (http://ec.europa.eu/employment_social/fundamental_rights/public/arc_en.htm#Leaflets).

L'objectif de ce guide est (a) de sensibiliser les pouvoirs adjudicateurs aux avantages potentiels des appels d'offres publics avec clauses de responsabilité sociale et (b) d'expliquer de façon pratique les possibilités dont disposent les autorités publiques, dans le cadre du droit communautaire en vigueur, d'intégrer les considérations sociales dans leurs marchés publics en tenant compte non seulement du prix, mais aussi du meilleur rapport qualité/prix. Pour élaborer ce guide, la Commission a mené une vaste consultation auprès des autorités publiques des États membres et des autres parties prenantes et acteurs concernés.

Ce guide s'adresse principalement aux autorités publiques, mais espère aussi être source d'inspiration pour les acheteurs privés.

Pour des raisons pratiques, ce guide suit pas à pas la procédure de passation des marchés.

¹ Directive 2004/17/CE du Parlement européen et du Conseil du 31 mars 2004 portant coordination des procédures de passation des marchés dans les secteurs de l'eau, de l'énergie, des transports et des services postaux (ci-après la «directive 2004/17/CE»);

² Directive 2004/18/CE du Parlement européen et du Conseil du 31 mars 2004 relative à la coordination des procédures de passation des marchés publics de travaux, de fournitures et de services (ci-après la «directive 2004/18/CE»).

³ Les directives marchés publics sont fondées sur les principes du traité et «notamment les principes de la libre circulation des marchandises, de la liberté d'établissement et de la libre prestation de services, ainsi que les principes qui en découlent, comme l'égalité de traitement, la non-discrimination, la reconnaissance mutuelle, la proportionnalité et la transparence». Les dispositions des directives marchés publics doivent être interprétées en accord avec les règles susmentionnées et avec les principes et règles du traité (voir le considérant 2 de la directive 2004/18/CE et le considérant 9 de la directive 2004/17/CE);

⁴ Ou, sinon, avec les clauses d'exécution du marché dans les cas où les considérations sociales figurent dans ces clauses.

⁵ COM(2001) 566 sur le droit communautaire applicable aux marchés publics et les possibilités d'intégrer des aspects sociaux dans lesdits marchés.

I. Acheter social: principaux enjeux

1. Les appels d'offres publics avec clauses de responsabilité sociale: définition

1.1 Les «appels d'offres publics avec clauses de responsabilité sociale» font référence à des opérations qui tiennent compte d'un ou plusieurs aspects sociaux parmi les suivants: possibilités d'emploi, travail décent, respect des droits sociaux et du travail, inclusion sociale (notamment des personnes handicapées), égalité des chances, accessibilité, conception pour tous, prise en compte des critères de durabilité, notamment des questions de commerce équitable⁶, et plus grand respect volontaire de la responsabilité sociale des entreprises (RSE), sans oublier le respect des principes consacrés dans le traité sur le fonctionnement de l'Union européenne (TFUE) et les directives marchés publics. Les appels d'offres publics avec clauses de responsabilité sociale peuvent constituer un outil efficace pour accélérer la mise en œuvre du développement durable et atteindre les objectifs sociaux de l'UE (et des États membres). Cette notion couvre un large spectre d'aspects sociaux dont les pouvoirs adjudicateurs peuvent tenir compte à un moment donné de la procédure de passation des marchés. Les aspects sociaux peuvent être associés aux aspects environnementaux dans le cadre d'une approche intégrée de la passation de marchés⁷.

1.2 Pour soutenir leurs politiques sociales, les pouvoirs adjudicateurs disposent de nombreux moyens de tenir compte des aspects sociaux dans la passation de marchés. Ci-dessous figure une **liste non exhaustive d'exemples** d'aspects sociaux pouvant mériter d'être pris en compte lors de la passation de marchés, **dans le respect des directives en la matière et des principes fondamentaux du TFUE. Néanmoins, de nombreux aspects sociaux ne peuvent, selon leur nature, être intégrés qu'à certains stades de**

la procédure de passation de marchés⁸. De plus, les pouvoirs adjudicateurs devront décider au cas par cas des aspects sociaux qu'il convient d'intégrer dans la passation d'un marché, en fonction de l'objet du marché et des objectifs visés. Les aspects sociaux suivants peuvent mériter d'être pris en compte lors de la passation de marchés:

- Promotion des «possibilités d'emploi», par exemple:
 - promotion de l'emploi des jeunes;
 - promotion de la représentation équilibrée des femmes et des hommes⁹ (par exemple, équilibre vie privée/vie professionnelle, lutte contre la ségrégation sectorielle et professionnelle, etc.);
 - promotion des possibilités d'emploi pour les chômeurs de longue durée et les travailleurs âgés;
 - politiques en faveur de la diversité et possibilités d'emploi pour les personnes issues de groupes défavorisés (par exemple, travailleurs migrants, minorités ethniques, minorités religieuses, personnes présentant un faible niveau d'éducation, etc.);
 - promotion des possibilités d'emploi pour les personnes handicapées, notamment au moyen d'environnements de travail inclusifs et accessibles.

• Promotion du «travail décent»¹⁰:
Ce concept universel repose sur la conviction que les personnes ont droit à un emploi productif dans des conditions de liberté, d'égalité, de sécurité et de respect de la dignité humaine. Le programme pour un travail décent repose sur quatre piliers d'égale importance et interdépendants: le droit à un travail productif librement choisi, les principes et

⁶ Pour plus d'informations, voir la section 4 du chapitre IV («Labels sociaux et incidences sur le commerce équitable»).

⁷ Concernant l'intégration des aspects environnementaux dans les marchés publics, voir la Communication de la Commission COM(2008) 400/2 relative à des marchés publics pour un environnement meilleur (http://ec.europa.eu/environment/gpp/pdf/com_2008_400fr.pdf) et le document des services de la Commission «Acheter vert — Un manuel sur les marchés publics écologiques» (http://ec.europa.eu/environment/gpp/pdf/buying_green_handbook_fr.pdf). Cependant, le manuel sur les marchés publics écologiques a été publié en 2004. Il ne tient donc pas compte de l'évolution du droit communautaire depuis lors.

⁸ Par exemple, il est souvent plus approprié d'inclure les aspects sociaux relatifs aux conditions de travail dans les clauses d'exécution d'un marché car généralement, il ne s'agit pas de spécifications techniques ni de critères de sélection au sens des directives marchés publics. En revanche, les questions d'accessibilité relèvent généralement des spécifications techniques.

⁹ La notion de représentation équilibrée des femmes et des hommes s'applique non seulement à la sous-représentation des femmes dans certains secteurs, mais aussi à la sous-représentation des hommes dans les secteurs «féminisés» comme la garde d'enfants ou l'enseignement scolaire de base.

¹⁰ Commission européenne, COM(2006) 249 du 24 mai 2006, p. 2: «Combiner ainsi compétitivité économique et justice sociale est au centre du modèle de développement européen. Contribuer activement à la promotion du travail décent fait partie intégrante de l'Agenda social européen et des efforts de l'UE pour projeter ses valeurs et faire partager son expérience et son modèle de développement économique et social intégré.» Voir aussi l'engagement renouvelé en faveur de l'agenda sur le travail décent dans le document de travail des services de la Commission intitulé «Contribution de l'Union à la mise en œuvre de l'agenda du travail décent dans le monde», SEC(2008) 2184, fondé sur COM(2008) 412 final.



droits fondamentaux au travail, un emploi assurant un revenu décent et enfin la protection sociale et le dialogue social. L'égalité entre les femmes et les hommes et la non-discrimination sont considérées comme des questions transversales dans le programme pour un travail décent. Dans le contexte des appels d'offres publics avec clauses de responsabilité sociale, plusieurs questions peuvent s'avérer importantes, notamment:

- le respect des normes fondamentales du travail¹¹;
 - un salaire décent;
 - la santé et la sécurité au travail;
 - le dialogue social;
 - l'accès à la formation;
 - l'égalité entre les femmes et les hommes et la non-discrimination;
 - l'accès à une protection sociale minimale.
- Promotion du respect des «*droits sociaux et du travail*», notamment:
 - respect de la législation nationale et des conventions collectives conformes au droit communautaire;
- respect du principe de l'égalité de traitement entre les femmes et les hommes, y compris le principe d'égalité de rémunération pour un travail de valeur égale, et promotion de l'égalité entre les femmes et les hommes;
 - respect de la législation en matière de santé et de sécurité au travail;
 - lutte contre la discrimination fondée sur d'autres critères (âge, handicap, origine raciale, religion ou convictions, orientation sexuelle, etc.) et promotion de l'égalité des chances.
- Soutien de l'«*inclusion sociale*» et promotion des organisations d'économie sociale, notamment:
 - égalité d'accès aux appels d'offres pour les entreprises dont les propriétaires ou les employés sont issus de minorités ethniques ou autres (coopératives, entreprises sociales et organisations sans but lucratif, par exemple);
 - promotion du soutien à l'emploi des personnes handicapées, y compris sur le marché du travail ouvert.

¹¹ Les normes fondamentales du travail définies par l'OIT interdisent le travail forcé (conventions 29 et 105) et le travail des enfants (conventions 138 et 182) et reconnaissent le droit de libre association et de négociation collective (conventions 87 et 98) et la non-discrimination en matière d'emploi et de travail (conventions 100 et 111). Les normes fondamentales du travail trouvent leur assise légale dans les huit conventions susmentionnées de l'OIT, ratifiées par les 27 États membres de l'UE.

- Promotion de l'«*accessibilité et de la conception pour tous*»¹², notamment:
 - dispositions obligatoires dans les spécifications techniques pour assurer, par exemple, l'accès des personnes handicapées aux services publics, aux édifices publics, aux transports publics, aux biens et services publics d'information et de communication, y compris les applications Web. La question clé est d'acheter des biens et des services accessibles pour tous.
- Prise en compte des questions de «*commerce équitable*»¹³, notamment:
 - possibilité, sous certaines conditions¹⁴, de tenir compte des questions de commerce équitable dans les spécifications des appels d'offres et les conditions des marchés.
- Développement de l'engagement volontaire en faveur de la «*responsabilité sociale des entreprises*» (RSE), ce qui suppose que les entreprises acceptent de leur plein gré de devancer la législation et d'agir en faveur des objectifs environnementaux et sociaux dans leurs activités quotidiennes, notamment:
 - collaboration avec les contractants pour encourager l'engagement en faveur des valeurs de la RSE.
- Protection contre la violation des *droits de l'homme* et encouragement au respect de ces droits.
- Promotion des «*PME*» dans la mesure où elles sont concernées par les considérations précédentes:
 - dispositions favorisant l'accès des PME aux marchés publics grâce à la réduction du coût et/ou de la charge que représente la participation aux appels d'offres publics avec clauses de responsabilité sociale. Pour cela, il est par exemple possible, le cas échéant, de faire en sorte que la taille des marchés ne soit pas en soi un obstacle à la participation des PME en leur donnant suffisamment de temps pour préparer leurs offres, en effectuant les paiements en temps et en heure, en définissant des exigences proportionnées sur le plan économique et des qualifications, etc.;
 - égalité des chances en améliorant la visibilité des offres de sous-traitance.

Le statut de ces objectifs de politique sociale dans le droit communautaire et dans les différentes législations des États membres est très variable. Par exemple, dans certains secteurs et dans certains États membres seulement, il existe des dispositions obligatoires en matière d'accessibilité qui vont au-delà des exigences du droit communautaire.

¹² La convention des Nations unies relative aux droits des personnes handicapées (ci-après la «Convention») reconnaît que l'accessibilité fait partie des principes généraux consacrés à l'article 3. De plus, l'article 9 de la Convention définit les obligations des États parties de garantir l'accès à l'environnement physique, aux transports, à l'information et à la communication, y compris aux systèmes et technologies de l'information et de la communication, et aux autres équipements et services ouverts ou fournis au public, tant dans les zones urbaines que rurales. Enfin, la Convention appelle aussi à l'instauration de mesures de mise en œuvre de la «conception universelle». En Europe, cette notion est souvent désignée par l'expression «conception pour tous».

La Convention a été signée par un grand nombre de membres des Nations unies (y compris la Communauté européenne et tous les États membres) et elle est actuellement en cours de ratification par les signataires. En août 2008, la Commission a soumis deux propositions de décisions du Conseil pour conclure la Convention des Nations unies et son protocole facultatif. Le 26 novembre 2009, le Conseil a adopté une décision concernant la conclusion, par la Communauté européenne, de la Convention des Nations unies relative aux droits des personnes handicapées: <http://register.consilium.europa.eu/pdf/fr/09/st15/st15540.fr09.pdf>.

¹³ La problématique de la prise en compte des considérations relatives au commerce équitable dans les marchés publics a été abordée dans la Communication COM(2009) 215 du 5 mai 2009, «Contribuer au développement durable: le rôle du commerce équitable et des systèmes non gouvernementaux d'assurance de la durabilité liés au commerce».

¹⁴ Pour connaître ces conditions, voir le chapitre IV, «Définition des exigences du marché», en particulier la section 4, «Labels sociaux et incidences sur le commerce équitable».

2. Les avantages potentiels des appels d'offres publics avec clauses de responsabilité sociale

2.1. Aider au respect de la législation sociale et du travail, y compris les engagements et programmes politiques nationaux et internationaux en la matière

Les appels d'offres publics avec clauses de responsabilité sociale peuvent contribuer à améliorer le respect des engagements nationaux et internationaux en faveur des objectifs de développement social, d'autant que dans de nombreux pays, on s'inquiète de plus en plus du caractère inadéquat des mécanismes traditionnels visant à encourager la justice sociale et la cohésion sociale. Cette approche met en évidence un lien de renforcement mutuel entre les aspects sociaux et les aspects économiques.

2.2. Stimuler la responsabilité sociale des marchés

Les appels d'offres publics avec clauses de responsabilité sociale peuvent contribuer au développement de produits socialement bénéfiques en étendant les marchés existants ou en créant de nouveaux marchés pour les biens et services qui soutiennent la mise en œuvre des objectifs sociaux et servent de modèle pour les autres consommateurs en les informant des normes et autres caractéristiques. En effet, les appels d'offres publics avec clauses de responsabilité sociale peuvent aider à créer une situation équitable en Europe et des économies d'échelle. Il est possible de stimuler l'innovation sur le marché, ainsi que la concurrence au niveau européen, en achetant par exemple des produits informatiques accessibles aux personnes handicapées, ce qui entraînera une amélioration de la qualité et une diminution du coût de ces produits sur le marché.

2.3. Faire preuve de responsabilité sociale en matière de gouvernance

Les appels d'offres publics avec clauses de responsabilité sociale peuvent contribuer à améliorer le respect des valeurs et des besoins communautaires dans la mesure où ils cherchent à satisfaire une opinion publique de plus en plus exigeante dans le domaine de la responsabilité sociale des actions gouvernementales. Par exemple, en exigeant qu'un marché de service social prenne en compte les besoins de tous les utilisateurs (y compris des personnes handicapées ou d'origine ethnique différente), le pouvoir adjudicateur peut répondre aux besoins de la communauté diversifiée à laquelle il s'adresse.

2.4. Stimuler l'intégration

L'intervention publique est parfois souhaitable pour encourager l'intégration de groupes importants de la société (par exemple, les personnes handicapées, les petites entreprises, les femmes ou les minorités) dans des secteurs clés d'activités et favoriser ainsi le développement d'un marché efficace.

2.5. Rationaliser les dépenses publiques

Les marchés publics semblent constituer un domaine d'intervention intéressant pour promouvoir l'inclusion sociale du fait de leur volume et du caractère limité de l'intervention sociale directe en raison des restrictions budgétaires.

3. Les appels d'offres publics avec clauses de responsabilité sociale et le modèle social européen

- 3.1 L'un des principaux avantages des appels d'offres publics avec clauses de responsabilité sociale, comme expliqué précédemment, est qu'ils permettent aux autorités publiques de diffuser le modèle social européen. Le modèle social européen fait référence à une certaine vision de la société, qui associe la croissance économique durable à l'amélioration des conditions de vie et de travail. Le but est de créer ainsi une économie prospère intégrant progressivement une série de normes sociales spécifiques: emplois de bonne qualité, égalité des chances, non-discrimination, protection sociale pour tous, inclusion sociale, dialogue social, relations industrielles de bonne qualité et implication de tous les acteurs concernés dans les décisions. Ces normes, déjà importantes de manière intrinsèque, sont aussi des facteurs capitaux de promotion du meilleur rapport qualité/prix et de l'innovation.
- 3.2 Les normes sociales ont joué un rôle essentiel dans la constitution de la puissance économique de l'Europe grâce à l'élaboration d'un «modèle social unique en son genre»,¹⁵ pour reprendre les termes des institutions européennes. Progrès économique et cohésion sociale sont aujourd'hui considérés comme les piliers complémentaires du développement durable et s'inscrivent au cœur du processus d'intégration européenne.
- 3.3 L'UE s'intéresse de plus en plus aux droits sociaux et à l'égalité, particulièrement sur le lieu de travail. À mesure que le développement durable a dépassé

¹⁵ Voir, par exemple, la préface de la Communication relative à l'Agenda pour la politique sociale.

la sphère environnementale pour inclure les questions sociales, les normes sociales se sont progressivement imposées comme un facteur de croissance de la responsabilité sociale des entreprises. Prenons l'exemple de l'égalité entre les femmes et les hommes: que ce soit au niveau européen ou au niveau national, cette question a été progressivement intégrée à tous les stades des politiques, processus et pratiques institutionnels, depuis leur conception jusqu'à leur mise en œuvre, leur contrôle ou leur évaluation.

4. Approche légale et politique d'appels d'offres publics avec clauses de responsabilité sociale dans l'UE

4.1. Développement de la dimension sociale des politiques et législations communautaires

Depuis vingt ans, l'UE a considérablement développé sa dimension sociale, consacrée en 2008 par son agenda social renouvelé¹⁶. En ce qui concerne cette évolution, l'important c'est que les appels d'offres publics avec clauses de responsabilité sociale peuvent aujourd'hui diffuser progressivement cette politique au niveau de l'UE, y compris dans leurs interactions avec la politique internationale. L'UE a légiféré dans certains domaines, notamment l'égalité entre les femmes et les hommes et la non-discrimination fondée sur l'origine raciale, l'âge, l'orientation sexuelle, le handicap et les convictions religieuses ou autres, mais aussi la santé et la sécurité au travail, le temps et les conditions de travail, l'information et la consultation. Fondée sur certaines dispositions du TFUE, la législation communautaire en matière d'égalité de traitement est aujourd'hui étendue et les conditions de travail font l'objet d'une promotion paneuropéenne. Outre au travers de la législation, l'UE développe aussi sa dimension sociale par d'autres moyens, comme la promotion du dialogue social, la méthode ouverte de coordination pour l'emploi, les politiques de protection sociale et d'inclusion sociale, ainsi que le soutien



financier du Fonds social européen. À plusieurs égards, un objectif clé de l'UE consiste à élever davantage les normes sociales, surtout lorsque ces normes sociales sont aussi des droits fondamentaux.

De plus, à plusieurs reprises au cours de ces dernières années, des organisations de partenaires sociaux ont publié des manuels destinés aux organisations et aux autorités publiques sur l'attribution de marchés dans des secteurs spécifiques (restauration collective, nettoyage, sécurité privée et secteur textile). Ces ouvrages sont fondés sur la législation en vigueur au moment de leur rédaction¹⁷. Ces guides sectoriels résultent de travaux indépendants réalisés par les partenaires sociaux dans le cadre du processus de dialogue social européen. Ils soulignent l'importance des conseils techniques sur l'utilisation des appels d'offres publics avec clauses de responsabilité sociale dans ces secteurs spécifiques. Le cadre juridique communautaire a évolué depuis lors et des guides plus complets et actualisés seraient aujourd'hui nécessaires pour garantir que les pratiques de passation de marchés respectent en tout point la législation communautaire relative aux marchés publics. C'est l'objectif de ce guide.

¹⁶ Communication de la Commission au Parlement européen, au Conseil, au Comité économique et social européen et au Comité des régions, «Un agenda social renouvelé: opportunités, accès et solidarité dans l'Europe du XXI^e siècle», COM(2008) 412 final du 2 juillet 2008.

¹⁷ Restauration collective: «Guide de l'offre économiquement la plus avantageuse en restauration collective concédée» (2006); Industrie du nettoyage: «Sélection de l'offre la plus avantageuse – Un guide pour les organisations attribuant des marchés pour des services de nettoyage» (2004); Sécurité privée: «Choisir le meilleur rapport qualité-prix – Guide pour l'attribution des marchés de services dans le domaine de la surveillance et de la sécurité privée» (1999); Textile: «Public procurement awarding guide for the clothing-textile sector» (Guide pour l'attribution des marchés dans le secteur habillement-textile – 2005).

4.2. Approche légale et politique d'appels d'offres publics avec clauses de responsabilité sociale dans l'UE

La Commission européenne a élaboré une stratégie visant à clarifier le champ d'application des appels d'offres publics avec clauses de responsabilité sociale. Dans sa communication interprétative du 15 octobre 2001, la Commission européenne a défini les possibilités qu'offre le droit communautaire d'intégrer les aspects sociaux dans les procédures de passation de marchés.¹⁸ L'objet de cette communication est de «clarifier l'éventail des possibilités offertes par le cadre juridique communautaire en vigueur d'intégrer des aspects sociaux dans les marchés publics. Elle cherche en particulier à garantir une interaction positive et dynamique des politiques économique, sociale et de l'emploi qui se renforcent mutuellement.» Avant et après la publication de cette communication, la CJUE a encore clarifié ces possibilités dans une série d'affaires de référence¹⁹.

Les directives marchés publics adoptées le 31 mars 2004 ont consolidé le cadre juridique. Elles mentionnent spécifiquement des façons d'incorporer les aspects sociaux dans les spécifications techniques, les critères de sélection, les critères d'attribution et les clauses d'exécution des marchés. Une nouvelle disposition concernant les ateliers pour travailleurs handicapés a été introduite.

Les directives marchés publics ne s'appliquent pas à tous les marchés publics. Certains pouvoirs adjudicateurs ont adopté des politiques d'appels d'offres publics avec clauses de responsabilité sociale qui s'appliquent spécifiquement aux marchés non visés par les directives marchés publics (comme les marchés d'un montant inférieur aux seuils pertinents des directives) ou partiellement visés (comme les marchés de services d'un montant supérieur aux seuils pertinents des directives marchés publics, répertoriés à l'annexe II B de la directive 2004/18/CE et à l'annexe XVII B de la directive 2004/17/CE).

Ce guide porte sur la prise en compte des aspects sociaux dans les marchés publics qui entrent entièrement dans

le champ d'application des directives marchés publics. Il n'étudie pas en détail les règles du TFUE applicables à l'inclusion des aspects sociaux dans les marchés exclus totalement ou partiellement du champ d'application des directives marchés publics (comme ceux mentionnés au paragraphe précédent).

Cependant, il convient de préciser que, pour ce type de marchés, les pouvoirs adjudicateurs restent libres (sans préjudice de la législation nationale dans ce domaine) de tenir compte (ou non) d'aspects de nature sociale dans leurs procédures de passation des marchés, pour autant qu'ils respectent les règles et principes généraux du TFUE. En effet, la jurisprudence de la CJUE a confirmé que les règles de marché internes du **TFUE s'appliquent aussi aux marchés non visés par les directives marchés publics**²⁰. La CJUE a statué que les principes du TFUE en matière d'égalité de traitement et de transparence, de libre circulation des marchandises, de liberté d'établissement et de libre prestation de services s'appliquent aussi aux marchés dont le montant est inférieur aux seuils fixés par les directives marchés publics.

Par conséquent, les aspects sociaux légalement acceptables dans les marchés publics visés par les directives marchés publics peuvent, *a fortiori*, être incorporés dans les marchés publics totalement ou partiellement exclus du champ d'application des directives.

4.3. Services sociaux d'intérêt économique général

Ce guide n'aborde pas spécifiquement les aspects légaux de la prestation de services sociaux d'intérêt économique général.

En novembre 2007, la Commission a adopté une communication sur les services d'intérêt général, y compris les services sociaux d'intérêt général²¹, qui souligne l'importance de la prise en compte de critères qualitatifs sur mesure dans la prestation de services sociaux. Elle vise à fournir des conseils pratiques sur l'application du droit communautaire à ces services. Cette communication

¹⁸ Communication interprétative de la Commission sur le droit communautaire applicable aux marchés publics et les possibilités d'intégrer des aspects sociaux dans lesdits marchés, COM (2001) 566 final, 15/10/2001.

¹⁹ Par exemple, les arrêts de la CJUE du 17 septembre 2002 dans l'affaire C-513/99 (Concordia Bus) et du 4 décembre 2003 dans l'affaire C-448/01 (Wienstrom).

²⁰ Voir, par exemple, l'arrêt de la CJUE du 7 décembre 2000 dans l'affaire C-324/98 (Teleaustria).

²¹ Voir la communication «Les services d'intérêt général, y compris les services sociaux d'intérêt général: un nouvel engagement européen», COM(2007) 725 final du 20 novembre 2007.

s'accompagne de deux documents de travail de la Commission qui répondent à une série de questions concernant l'application des règles en matière d'aides d'État et de marchés publics aux services sociaux d'intérêt général²². La plupart de ces questions ont été recueillies lors de la vaste campagne de consultation sur les services sociaux en 2006-2007. Comme suite à cette communication, un service d'information interactif (SII) a également été mis en place en janvier 2008 pour répondre aux

autres questions des citoyens, des autorités publiques et des prestataires de services concernant l'application du droit communautaire²³.

4.4. Les petites et moyennes entreprises²⁴

Plusieurs questions doivent être prises en compte concernant les PME (qu'elles soient ou non à but lucratif). L'un



²² http://ec.europa.eu/services_general_interest/faq_fr.htm. Le document de travail des services de la Commission relatif à l'application de règles de passation des marchés publics aux services sociaux d'intérêt général contient des conseils utiles en la matière.

²³ http://ec.europa.eu/services_general_interest/registration/form_fr.html.

²⁴ Le terme de PME au sens communautaire a été défini par la recommandation 2003/361/CE, qui distingue les entreprises moyennes des petites entreprises et des micro-entreprises: http://ec.europa.eu/enterprise/enterprise_policy/sme_definition/index_en.htm.

des problèmes particulièrement importants concerne la charge administrative potentielle²⁵ que représente, pour les PME, l'adoption des approches d'appels d'offres publics avec clauses de responsabilité sociale, que cette adoption se fasse directement (lorsque les PME sont les contractants principaux) ou indirectement (lorsqu'elles travaillent en sous-traitance pour un contractant principal qui leur a transféré les obligations que comportent les clauses sociales). Les autorités publiques qui envisagent d'introduire les appels d'offres publics avec clauses de responsabilité sociale doivent être conscientes de ces

coûts directs et indirects et en tenir compte lorsqu'elles doivent décider s'il convient d'incorporer des aspects sociaux²⁶ dans leurs opérations de passation de marchés. Les pouvoirs adjudicateurs doivent aussi savoir que l'introduction des appels d'offres publics avec clauses de responsabilité sociale n'affectera probablement pas toutes les PME de la même façon. Certaines parviendront mieux à tirer parti des avantages de cette approche et à saisir les chances de se démarquer de leurs concurrents sur la base des critères sociaux du marché.

²⁵ Pour obtenir des conseils pratiques sur la façon de rendre les pratiques de passation des marchés publics plus conviviales et accessibles aux petites et moyennes entreprises (PME) en général, voir le document de travail de la Commission SEC(2008) 2193, «Code européen des bonnes pratiques facilitant l'accès des PME aux marchés publics» à l'adresse suivante: http://ec.europa.eu/internal_market/publicprocurement/docs/sme_code_of_best_practices_fr.pdf.

²⁶ Qui doivent bien sûr être liés à l'objet du marché (ou à son exécution, dans le cas où ils figurent dans les clauses d'exécution du marché).

II. Stratégie d'organisation pour acheter social

Les autorités publiques qui souhaitent atteindre des objectifs sociaux au travers des appels d'offres publics avec clauses de responsabilité sociale devront élaborer une stratégie d'application de cette approche visant spécifiquement ces objectifs.

1. Définir les objectifs des appels d'offres publics avec clauses de responsabilité sociale

Les stratégies d'organisation des appels d'offres publics avec clauses de responsabilité sociale peuvent refléter les priorités sociales nationales, régionales et/ou locales²⁷ et, en même temps, reconnaître explicitement le rôle des marchés publics dans la mise en œuvre de ces priorités.

Exemple:

France: Une «Stratégie nationale du développement durable» a été lancée en 2003, suivie d'un «Plan national d'action pour des achats publics durables» en 2007. Le gouvernement français a lancé une vaste campagne de consultation des partenaires sociaux («Grenelle de l'environnement» et «Grenelle de l'insertion») abordant les différentes mesures ayant un impact sur l'intégration sociale, y compris les marchés publics. Il s'agit d'exploiter l'idée centrale d'exemplarité de l'État. Ce serait à l'État et aux autorités publiques en général de montrer l'exemple dans la mise en place du développement durable.

Exemple:

Royaume-Uni: L'obligation d'égalité entre les hommes et les femmes («Gender Duty») imposée aux autorités publiques est entrée en vigueur en avril 2007 en vertu de la loi britannique sur l'égalité (Equality Act - 2006). Il s'agit d'un nouvel outil juridique susceptible de faire considérablement progresser l'égalité entre les femmes et les hommes dans le secteur public, et qui a aussi un impact dans le secteur privé au travers de la passation de marchés publics.

Cette obligation d'égalité entre les femmes et les hommes dans le secteur public inclut le devoir de respecter la loi sur l'égalité des rémunérations. Les programmes d'égalité des sexes obligent les autorités publiques à fixer des objectifs concernant les causes des écarts des rémunérations entre les femmes et les hommes et à trouver des solutions à ce problème, par exemple en modifiant les méthodes de recrutement, en introduisant des mesures de flexibilité du travail et en menant des évaluations sur l'égalité des rémunérations.

L'obligation d'égalité entre les femmes et les hommes a donné lieu à des initiatives dans de nombreux domaines du secteur public et a même modifié les conditions d'emploi appliquées par les contractants du secteur privé. C'est ainsi que des lignes directrices sur la passation de marchés ont été élaborées pour encourager le secteur public à promouvoir les bonnes pratiques en matière de diversité et d'égalité des rémunérations chez les contractants. Un guide sur la promotion de l'égalité entre les femmes et les hommes dans les marchés publics a été publié en février 2006. Il recommande plusieurs mesures positives permettant aux autorités publiques de respecter les exigences d'égalité des sexes dans les fonctions de passation de marchés. Un code de bonne pratique sur la mise en œuvre de l'obligation d'égalité entre les femmes et les hommes a été publié en 2007.

2. Faire preuve d'un engagement politique de haut niveau et de leadership en matière d'appels d'offres publics avec clauses de responsabilité sociale

Le leadership est l'une des clés du succès des stratégies d'appels d'offres publics avec clauses de responsabilité sociale. Il s'agit d'identifier la structure de direction et les ressources (humaines et financières) nécessaires pour mettre en œuvre cette approche. Celle-ci nécessite des capacités de leadership au sommet de l'organisation et suppose un engagement politique et du leadership à tous les niveaux des structures de direction.

En principe, il devrait être assez facile pour toutes les autorités publiques de prendre la décision politique d'acheter social. En effet, il convient de les encourager dans cette voie. Cela bénéficiera non seulement à la société, mais aussi aux pouvoirs adjudicateurs qui amélioreront ainsi leur image publique. Dans la pratique, une politique d'achat social ne nécessite normalement aucun changement structurel de la part du pouvoir adjudicateur.

²⁷ Bien entendu, cela ne signifie pas que les pouvoirs adjudicateurs puissent accorder la préférence aux produits locaux, régionaux ou nationaux en vue de favoriser le marché du travail local.

3. Mesurer les risques et déterminer les priorités dans les dépenses d'organisation pour améliorer les résultats sociaux

Les pouvoirs adjudicateurs ont besoin d'évaluer les risques sociaux et l'impact de leurs activités d'achat et de leur chaîne d'approvisionnement. Cela les aide à centrer leurs efforts sur les catégories de dépenses les plus importantes et sur celles susceptibles de contribuer à la réalisation de leurs objectifs sociaux.

Voici quelques suggestions à l'intention des pouvoirs adjudicateurs qui souhaitent définir les priorités dans leur approche des appels d'offres publics avec clauses de responsabilité sociale.

- Adopter une approche progressive. Commencer par une petite gamme de produits et services ayant un impact social évident ou pour lesquels les solutions socialement responsables sont facilement accessibles et ne sont pas plus chères. Par exemple, sélectionner des produits (ex. véhicules) ou des services (ex. nettoyage) associés à une forte proportion de travailleurs vulnérables (issus de minorités ethniques, handicapés, etc.) ou de femmes.
- S'assurer au départ que les spécifications du marché n'ont pas d'effet négatif sur les conditions sociales (par exemple, en évaluant l'impact de la privatisa-

Exemple:

Suède: Pour faciliter l'accès aux appels d'offres publics avec clauses de responsabilité sociale pour les PME et les organisations bénévoles et d'économie sociale travaillant avec des groupes socialement défavorisés, l'agence suédoise de sécurité sociale intègre parfois la participation de ces groupes dans son étude initiale de la passation de marché pour mieux tenir compte de leurs problèmes spécifiques au moment d'élaborer les documents d'appel d'offres.

Pour estimer le risque de non-respect des normes sociales, l'agence mène une analyse des risques au début de la procédure de passation. Par exemple, dans le cas de la passation de services de nettoyage, le risque de non-respect de la législation sur les conditions de travail est considéré élevé.

tion de la prestation de services pour les groupes vulnérables) ou réserver des marchés adaptés pour les ateliers protégés ou les programmes d'emplois protégés²⁸, en tenant compte de leur capacité de production actuelle.

- Se centrer au départ sur un ou plusieurs problèmes sociaux comme l'équité des salaires, la santé ou la sécurité.
- Étudier la disponibilité et le coût des solutions plus performantes sur le plan social et s'assurer qu'elles sont conformes aux règles et principes applicables aux marchés publics. Existe-t-il des façons plus responsables sur le plan social d'atteindre les objectifs de la stratégie de passation de marché que celle adoptée par le pouvoir adjudicateur? Sont-elles conformes aux exigences du pouvoir adjudicateur et celui-ci a-t-il les moyens de les mettre en œuvre? Considérer les coûts supplémentaires (le cas échéant) associés à l'intégration d'aspects sociaux et les effets potentiels en termes de restriction de la concurrence.
- Étudier la disponibilité des données. Le pouvoir adjudicateur peut-il trouver les données sociales dont il a besoin pour mettre en place une stratégie de passation des marchés publics plus responsable sur le plan social? Dans quelle mesure est-il difficile pour le pouvoir adjudicateur de décider ce qu'il veut d'un point de vue technique et de le formuler dans un appel d'offres?
- Étudier la capacité du pouvoir adjudicateur à mettre en marche un programme d'action fonctionnel et efficace en matière d'appels d'offres publics avec clauses de responsabilité sociale.
- Rechercher d'autres solutions pour mettre en œuvre la politique sociale en question. La mise en œuvre (partielle) de la politique sociale au travers des marchés publics représente-t-elle une utilisation appropriée des ressources ou existe-t-il une façon plus efficace d'appliquer cette politique via l'utilisation d'autres outils à la disposition du pouvoir adjudicateur?

²⁸ D'après l'article 19 de la directive 2004/18/CE et l'article 28 de la directive 2004/17/CE.



Exemples:

France: La municipalité d'Angers a créé en 2005 un point focal interne (conseiller juridique spécialisé) pour un achat public éco-responsable, chargé de développer des pratiques d'appels d'offres publics avec clauses de responsabilité sociale, vouées à s'imposer dans les opérations d'achat de la municipalité. Ce conseiller fournissait une formation interne sur l'achat public durable. Une campagne de sensibilisation et un tutorat concernant les aspects techniques et légaux étaient proposés aux phases d'identification des besoins, de préparation et de lancement de l'appel d'offres et d'analyse et d'évaluation des offres reçues, en coopération étroite avec les entreprises. Concernant les aspects sociaux, la municipalité d'Angers considère généralement les travaux et services publics comme des secteurs prioritaires, en particulier la construction d'édifices, de routes, de parcs et de jardins publics.

Royaume-Uni: Le «Sustainable Procurement Task Force (SPTF)», groupe de travail chargé des questions sociales et environnementales, a été créé en mai 2005 et a publié son plan d'action en juin 2006. Ce plan d'action présentait un dossier de décision pour l'achat durable, recommandait des actions dans six grands domaines et fournissait deux outils pour aider les organisations à faire des progrès en la matière: une méthodologie de détermination des priorités («Prioritisation Methodology») et un cadre flexible («Flexible Framework»). La méthodologie de détermination des priorités est une approche fondée sur les risques, qui aide les organisations à centrer leurs efforts et à allouer leurs ressources de façon adéquate. Outre le critère des dépenses, cette méthode permet aux organisations de tenir compte également du risque environnemental et socioéconomique, de leur pouvoir d'influence sur les fournisseurs et des possibilités réelles d'améliorer la durabilité. Le cadre flexible vise à aider les organisations à comprendre les mesures à prendre sur le plan de l'organisation et des processus de façon à améliorer les pratiques de passation de marchés et à faire de l'achat durable une réalité.

- Rechercher la visibilité. Dans quelle mesure la politique socialement responsable sera-t-elle visible pour le public et pour le personnel? Des changements emblématiques (par exemple, le fait pour une cafétéria d'opter pour un café issu du commerce durable et éthique) peuvent aider à faire connaître la politique et à l'associer à d'autres projets sociaux.
- Envisager les solutions possibles à l'avenir. Il peut s'avérer plus efficace d'appliquer des clauses de responsabilité sociale à l'achat de services récemment créés et commercialisés que d'essayer de modifier les caractéristiques sociales de secteurs plus anciens.

Mettre en pratique une politique d'appels d'offres publics avec clauses de responsabilité sociale exige donc une planification stratégique, c'est-à-dire la détermination des priorités lors du choix des marchés les plus appropriés en la matière. Certains pouvoirs adjudicateurs ont choisi d'adopter une approche coordonnée et holistique de l'intégration des aspects sociaux.

4. Accroître la sensibilisation aux appels d'offres publics avec clauses de responsabilité sociale et impliquer les principaux acteurs

Les appels d'offres publics avec clauses de responsabilité sociale concernent un vaste éventail d'acteurs qu'il convient d'impliquer dans le processus d'élaboration de ces approches de façon à accroître leur confiance en la matière et de créer un engagement en faveur des objectifs visés. Les acteurs clés des appels d'offres publics avec clauses de responsabilité sociale sont les gouvernements centraux, régionaux et locaux, les fournisseurs ou contractants potentiels, la société civile, les organisations d'employeurs et les syndicats. Il convient d'organiser des ateliers, des séminaires et des conférences pour recueillir

des points de vue sur cette approche. Ils doivent être organisés à différents stades du processus de développement, à savoir au début du processus lors de la formulation des idées, durant l'élaboration de l'approche et vers la fin, lorsque le résultat final peut être rendu public.

Enfin, pour favoriser le progrès, une communication efficace visant à faire connaître les avantages des appels d'offres publics avec clauses de responsabilité sociale, les bonnes pratiques et les exemples de réussite s'avère essentielle. Il est très important que tous les acteurs concernés comprennent leur rôle et la nature des enjeux. De meilleurs résultats sont possibles en instaurant un partenariat imaginatif et engagé entre les acheteurs et les contractants.

Exemples:

Suède: L'administration régionale pour le Sud-Ouest de la Suède organise avant les appels d'offres des réunions ouvertes à tous les soumissionnaires potentiels pour expliquer les éventuelles exigences de «conception pour tous» intégrées dans les spécifications techniques.

Royaume-Uni: Pour élaborer des recommandations expliquant comment faire participer davantage les PME aux marchés publics au Royaume-Uni, le ministère britannique de l'économie et des finances (HM Treasury) et le département ministériel chargé des entreprises et de la réforme de la réglementation (Department for Business Enterprise and Regulatory Reform) ont lancé une consultation en ligne sur des questions clés en vue d'étudier les raisons qui empêchent les PME de participer aux appels d'offres pour des marchés. Cette consultation, effectuée au travers d'un site Web, s'adressait aux acheteurs publics, aux groupes d'acteurs concernés et aux fournisseurs. Ensuite, pour mettre en œuvre les recommandations obtenues, un groupe d'acteurs a été constitué. Il reste régulièrement en contact avec les équipes de projet responsables de la mise en œuvre et peuvent faire des commentaires sur l'approche à adopter.

La coopération entre les autorités responsables des achats est un autre moyen d'accroître l'accès à l'expertise

et au savoir-faire dans le domaine social et d'informer le monde extérieur de la politique adoptée.

Exemple:

Danemark: L'insertion de clauses de responsabilité sociale est l'un des thèmes abordés dans l'analyse de marché réalisée par National Procurement Ltd avant chaque appel d'offres. Cette organisation organise des programmes et des ateliers de formation pour tous les fournisseurs. Elle s'efforce de simplifier au maximum le cahier des charges pour que les PME disposent également des ressources nécessaires pour soumettre une offre. Les marchés-cadres sont souvent divisés en plusieurs lots (selon un critère géographique, par exemple), sans enfreindre les seuils fixés par les directives marchés publics*, de façon à donner aux fournisseurs une chance de soumettre une offre.

* Article 9, paragraphe 3 de la directive 2004/18/CE et article 16, paragraphe 2, de la directive 2004/17/CE.

5. Mettre en œuvre la stratégie d'appels d'offres publics avec clauses de responsabilité sociale

La stratégie d'appels d'offres publics avec clauses de responsabilité sociale devra expliquer en détail comment cette approche doit être mise en œuvre et quelles sont les mesures à prendre pour progresser sur cette voie. Elle devra tenir compte de certains facteurs, notamment:

- le cadre juridique et réglementaire;
- le cadre institutionnel;
- la structure de direction;
- la disponibilité des capacités professionnelles et des ressources;
- une approche différenciée par secteur, tenant compte des caractéristiques particulières de chaque domaine;
- l'implication des acteurs concernés.

Concernant la façon de mettre en œuvre la stratégie, il faudra fournir des détails sur les responsabilités, les objectifs ciblés (en donnant un échéancier d'exécution réaliste), la structure de gestion pour les réaliser, les ressources professionnelles et financières nécessaires et les mesures permettant de suivre les progrès accomplis et d'en rendre compte.

Parmi les mesures à prendre peuvent figurer la création d'un groupe de travail sur l'achat social, l'élaboration d'un plan d'action, l'intégration des appels d'offres publics avec clauses de responsabilité sociale dans les politiques et procédures ou le développement de lignes directrices simplifiées pour les responsables budgétaires et les acheteurs à tous les niveaux.

Le renforcement des capacités peut impliquer des programmes de formation pour les dirigeants, les cadres et le personnel. Il peut aussi impliquer le partage des bonnes pratiques, la mise à disposition de compétences utiles à la mise en œuvre des clauses de responsabilité sociale dans les appels d'offres publics, notamment en

spécifiant ce type de compétences dans les critères de sélection des candidats, et la mise à disposition des informations sur les initiatives en la matière au niveau communautaire et/ou gouvernemental.

Le personnel chargé des achats doit acquérir les connaissances juridiques, financières et sociales nécessaires pour décider dans quelle mesure et quand les facteurs sociaux peuvent ou méritent d'être introduits dans la procédure de passation des marchés, s'ils sont définis au niveau approprié pour obtenir le meilleur rapport qualité-prix et s'ils correspondent aux priorités sociales du pouvoir adjudicateur.

6. Mesurer la mise en œuvre effective

Mesurer la mise en œuvre effective et les résultats de la stratégie d'appels d'offres publics avec clauses de responsabilité sociale suppose d'établir des moyens de contrôle internes et externes permettant d'évaluer les résultats en fonction des objectifs fixés et des normes d'exécution.

Les mesures internes doivent être liées aux systèmes existants de production de rapports, qui devront être adaptés pour tenir compte des objectifs des clauses de responsabilité sociale. Elles doivent aussi être liées à des procédures d'audit internes et peuvent prévoir des sanctions en cas de non-respect des objectifs des clauses de responsabilité sociale.

Les mesures externes doivent inclure un audit indépendant des performances en matière d'appels d'offres publics avec clauses de responsabilité sociale. Elles peuvent aussi prévoir des études comparatives des performances par rapport aux performances antérieures ou à celles d'autres organisations.

Les résultats de ces audits de performances doivent être communiqués au grand public et contribuer à réviser et mettre à jour les politiques, les objectifs et les procédures en matière d'appels d'offres publics avec clauses de responsabilité sociale.



7. Présentation du processus de passation de marchés

Pour tenir compte des aspects sociaux dans les marchés publics, il est suggéré aux acheteurs de respecter deux grands principes:

- obtenir le meilleur rapport qualité/prix;
- garantir un traitement équitable.

Le meilleur rapport qualité/prix: Les pouvoirs adjudicateurs doivent s'efforcer d'obtenir le meilleur rapport qualité/prix avec l'argent des contribuables quelle que soit la nature du marché concerné. Le meilleur rapport qualité/prix ne signifie pas nécessairement sélectionner l'offre la moins chère. Il s'agit pour le pouvoir adjudicateur d'obtenir la meilleure offre compte tenu des paramètres qu'il s'est fixés. Le meilleur rapport qualité/prix peut être défini comme la combinaison optimale entre le coût du cycle de vie et la qualité en vue de satisfaire les exigences de l'utilisateur final. Cette notion peut aussi intégrer des aspects sociaux.

Garantir un traitement équitable: Garantir un traitement équitable suppose le respect des principes du marché intérieur sur lesquels se fondent les directives relatives aux marchés publics et la législation nationale qui les transpose. Le plus important de ces principes est l'égalité de traitement. Elle implique pour tous les concurrents des chances équivalentes d'accéder au marché. Afin de garantir ces conditions de pleine concurrence, il convient également d'appliquer le principe de transparence.

- Dans les directives marchés publics, certaines dispositions appliquent le principe d'égalité de traitement, par exemple les délais fixés pour la soumission des offres et des demandes de participation, les règles communes sur les spécifications et la prohibition de la discrimination à l'encontre des contractants des autres États membres.

- Quant au principe de transparence, il est visible dans les différentes dispositions sur la publication des avis et sur l'obligation pour les pouvoirs adjudicateurs d'informer les soumissionnaires dont les offres n'ont pas été retenues des raisons de ce rejet.

7.1. L'importance de l'avis juridique

Les règles communautaires de passation de marchés stipulent comment gérer ce processus de façon à sauvegarder les principes de traitement équitable, de non-discrimination et de transparence. Ces règles permettent de tenir compte de la durabilité et de l'égalité des chances dans certaines conditions. Solliciter l'avis juridique d'experts à un stade précoce de l'élaboration d'un plan d'action en matière d'appels d'offres publics avec clauses de responsabilité sociale peut permettre d'éviter les difficultés ultérieures.

7.2. Préparer la procédure de passation de marchés

La phase préparatoire de toute procédure de passation de marché est cruciale, car chaque nouvelle phase s'appuie sur les étapes antérieures. Par conséquent, avant de lancer une procédure d'appel d'offres, le pouvoir adjudicateur doit consacrer le temps nécessaire à la définition de l'objet du marché et des moyens à utiliser pour atteindre le résultat final. La phase préparatoire est aussi le meilleur moment pour identifier les aspects sociaux pertinents dont il convient de tenir compte dans la procédure en question.

8. Les phases de la procédure de passation de marchés et les approches d'appels d'offres publics avec clauses de responsabilité sociale

Selon la logique du processus, il existe aujourd'hui au moins quatre approches de base de la prise en compte d'aspects sociaux dans les marchés publics.

La *première* intervient lorsque l'acheteur décide d'intégrer des critères sociaux dans l'objet du marché et/ou dans les spécifications techniques que doivent respec-

ter les contractants qui ont remporté le marché²⁹. Par exemple, il peut spécifier que l'équipement informatique doit respecter certains critères d'accessibilité.

Dans la *deuxième* approche, les soumissionnaires n'ont pas le droit, sous certaines conditions³⁰, de se voir attribuer des marchés publics s'ils ont été reconnus coupables d'actions fautives dans le passé. C'est un moyen d'éviter que les organismes publics engagent des sou-

missionnaires qui n'ont pas pu respecter une norme particulière de comportement social.

La *troisième* approche consiste à convaincre les soumissionnaires de s'engager en faveur du respect de certaines normes sociales et de tenir compte de leur réussite en la matière lors de l'attribution du marché. Dans la pratique, cette approche se présente par exemple lorsque l'organisme public tient compte d'aspects sociaux dans les critères d'attribution³¹.

Exemple:

Espagne: Le gouvernement du Pays basque a élaboré une «instruction» sur l'incorporation par son administration de critères sociaux, environnementaux et autres critères de politique publique dans les marchés publics. Cette instruction stipule les critères sociaux et environnementaux dont il faut tenir compte dans tous les marchés publics de la région et explique comment procéder.

Principal objectif de l'instruction: Faire en sorte que l'administration et les entités publiques du Pays basque tiennent compte dans les marchés publics d'aspects sociaux et environnementaux (qui font partie intégrant de l'approche de la durabilité) et d'autres aspects liés à d'autres politiques publiques.

Évaluation et suivi: Les ministères publics basques pour l'emploi, l'inclusion sociale, les affaires sociales et l'environnement mènent des évaluations périodiques des performances dans la passation des marchés. Ces évaluations portent sur le libellé des spécifications, leur mode d'application dans le processus d'attribution et l'exécution du marché.

Spécifications techniques: L'instruction recommande d'incorporer les exigences d'accessibilités et de conception pour tous dans les spécifications techniques.

Critères d'attribution: S'il existe plusieurs critères d'attribution, ces critères devront nécessairement inclure l'obligation de fournir des produits et services adaptés aux personnes handicapées (lorsque cette adaptation va au-delà des exigences légales minimales). Si les bénéficiaires des services définis dans l'objet du marché comprennent des groupes défavorisés, les caractéristiques liées à la satisfaction de leurs besoins sociaux devront obligatoirement figurer dans les critères d'attribution.

Les clauses d'exécution du marché: L'instruction appelle à l'inclusion de clauses spéciales d'exécution du marché, de nature environnementale, sociale ou liées à d'autres politiques publiques. Ces clauses visent à protéger l'environnement, la santé et la sécurité, à promouvoir l'emploi des groupes défavorisés, à éliminer les inégalités entre les femmes et les hommes sur le marché du travail et à lutter contre le chômage.

Exemples de clauses d'exécution du marché au Pays basque:

1. Insertion des chômeurs éloignés de l'emploi sur le marché du travail: Pour cela, l'instruction stipule que le personnel qui exécute le marché doit comprendre un certain pourcentage de personnes défavorisées: chômeurs, personnes handicapées, femmes de plus de 30 ans en situation de chômage de longue durée, victimes de violence domestique, personnes présentant des troubles psychiques, parents isolés au chômage, immigrants sans emploi depuis plus de six mois, chômeurs de longue durée (plus d'un an), et jeunes chômeurs.
2. Qualité de l'emploi et droits fondamentaux du travail: Le contractant doit garantir, au moment de l'exécution du marché, le respect des normes fondamentales du travail de l'OIT applicables aux travailleurs qui fabriquent les produits (objet du marché) tout au long de la chaîne d'approvisionnement.
3. Santé et sécurité dans l'exécution des marchés pour les travaux de construction et les services.

²⁹ Les conditions dans lesquelles il peut être tenu compte des aspects sociaux dans l'objet du marché et/ou dans les spécifications techniques sont expliquées plus loin aux sections «Définir l'objet du marché» et «Définition des exigences du marché».

³⁰ Les conditions dans lesquelles les pouvoirs adjudicateurs peuvent (ou, dans certains cas, sont tenus d') exclure un soumissionnaire d'une procédure de passation de marché sont expliquées plus loin à la section «Critères d'exclusion».

³¹ Les conditions dans lesquelles les aspects sociaux peuvent constituer un critère d'attribution sont expliquées plus loin à la section «Attribution du marché».



La *quatrième* approche concerne la phase qui suit l'attribution du marché. Elle consiste à demander à ceux qui ont remporté le marché de respecter certaines conditions lors de son exécution³². Ce modèle suppose que tous les contractants souscrivent à la même obligation, bien que leur capacité à respecter certaines conditions n'aient pas été évaluée.

Ces quatre approches de base ne s'excluent pas mutuellement. Au contraire, elles sont souvent associées dans une même procédure de passation de marché public.

Développement stratégique et détermination des priorités des initiatives d'appels d'offres publics avec clauses de responsabilité sociale — EN RÉSUMÉ

Identifier les priorités nationales et locales pertinentes en matière d'appels d'offres publics avec clauses de responsabilité sociale.

Réviser la stratégie de passation de marchés des organisations et voir de quelle façon les appels d'offres publics avec clauses de responsabilité sociale sont liés aux objectifs et approches globaux. Étudier comment les appels d'offres publics avec clauses de responsabilité sociale peuvent aider à atteindre ces objectifs et offrir à l'organisation un bon rapport qualité/prix.

Faire preuve d'un engagement politique de haut niveau et de leadership en matière d'appels d'offres publics avec clauses de responsabilité sociale.

Identifier, parmi les produits et services achetés par le pouvoir adjudicateur, ceux qui représentent le plus grand risque social et/ou sont les plus aptes à améliorer les résultats sociaux.

Définir les objectifs et élaborer un plan d'action traitant des questions sociales dans les marchés publics.

Sensibiliser les acteurs concernés aux appels d'offres publics avec clauses de responsabilité sociale.

S'assurer que les pratiques de passation de marchés sont ouvertes aux structures telles que les petites et moyennes entreprises, les entreprises d'économie sociale et les organisations bénévoles et de service communautaire, quelle que soit leur forme juridique.

³² Les conditions dans lesquelles il peut être tenu compte des aspects sociaux dans les clauses d'exécution du marché sont expliquées plus loin à la section «Exécution du marché».

III. Identification des besoins et planification des marchés

1. L'importance d'évaluer les besoins réels

Lors de la phase préparatoire, avant même de définir l'objet du marché, il est essentiel que le pouvoir adjudicateur évalue les besoins réels.

Par exemple, le pouvoir adjudicateur peut décider de diffuser les informations au public. Si possible, il convient d'opter pour une solution socialement ouverte à tous, par exemple la diffusion d'informations dans un format également accessible aux personnes handicapées.

C'est à ce stade que le secteur public peut identifier au mieux les normes sociales que le marché peut garantir. Pour cela, les personnes impliquées «côté client», depuis les décideurs politiques jusqu'aux praticiens, doivent:

- rechercher activement des possibilités de promouvoir les normes sociales;
- s'assurer que ces possibilités sont liées à l'objet du marché et sont rentables;
- se centrer sur les résultats requis;

- garantir la flexibilité pour permettre une adaptation à la modification des exigences tout au long de la réalisation du projet³³;
- identifier les besoins de toutes les catégories d'utilisateurs des services, travaux et fournitures du marché.

Aussi, pour garantir l'efficacité, le pouvoir adjudicateur doit-il envisager ses besoins de façon fonctionnelle, de façon à n'exclure aucun effet social.

2. Définir l'objet

Une fois que le pouvoir adjudicateur a évalué ses besoins, il lui est plus facile de déterminer l'objet du marché. **L'objet d'un marché désigne le produit, le service ou les travaux que le pouvoir adjudicateur souhaite acquérir.** Lors de la définition de l'objet d'un marché, les pouvoirs adjudicateurs sont libres de choisir ce qu'ils souhaitent acheter, y compris des biens et des services respectant des normes sociales, pour autant que ces normes sociales soient liées aux produits, services ou travaux à acheter (qui forment l'objet du marché).



Exemples:

Les normes d'accessibilité pour les personnes handicapées peuvent faire partie de l'objet d'un marché de construction d'une école, car elles peuvent entrer dans la description des travaux que le pouvoir adjudicateur souhaite acheter, et être liées à ces travaux.

- En revanche, les conditions de travail des travailleurs qui construisent cette école ne peuvent pas faire partie de l'objet du marché vu qu'elles ne sont pas liées à l'objet, mais seulement au mode d'exécution du marché public. Cependant, les exigences relatives aux conditions de travail peuvent être incluses, dans certaines circonstances*, dans les clauses d'exécution du marché.
- Dans les marchés de services, le pouvoir adjudicateur peut spécifier dans l'objet que les services fournis doivent répondre aux besoins de toutes les catégories d'utilisateurs, y compris les personnes désavantagées ou exclues.

* Toutes les clauses d'exécution des marchés, y compris celles relatives aux conditions de travail, doivent en particulier être liées à l'objet du marché et, pour des raisons de transparence, être publiées avant l'avis d'appel d'offres. Pour plus d'informations, voir la section «Règles régissant les clauses d'exécution des marchés».

³³ À condition que les modifications apportées aux conditions initiales du contrat de passation de marché aient été envisagées dans le contrat d'appel d'offres initial ou soient justifiées par l'une des circonstances prévues par les directives marchés publics (en particulier, les articles 31 et 61 de la directive 2004/18/CE relative à la coordination des procédures de passation des marchés publics de travaux, de fournitures et de services) et qu'elles respectent les éventuelles règles nationales supplémentaires en la matière.



L'accessibilité, par exemple, est souvent incorporée dans les caractéristiques des biens ou services achetés. Ces achats doivent être effectués sans créer de distorsion sur le marché, c'est-à-dire sans en limiter ni en entraver l'accès. Le processus de détermination de l'objet du marché aboutit généralement à une description de base du produit, du service ou des travaux, mais peut aussi prendre la forme d'une définition fondée sur l'exécution.

Par ailleurs, les aspects qui ne sont pas liés aux produits, travaux ou services concrets que les pouvoirs adjudicateurs veulent acheter ne peuvent pas être inclus dans l'objet du marché.

Théoriquement, les pouvoirs adjudicateurs **sont libres de définir l'objet du marché comme bon leur semble, du moment que cela répond à leurs besoins.** La législation sur les marchés publics s'intéresse davantage à la manière d'acheter des pouvoirs adjudicateurs qu'à la nature de ce qu'ils achètent. C'est pourquoi aucune des directives sur les passations de marchés n'apporte de restriction quant à l'objet du marché en soi.

Toutefois, **la liberté de définir un marché a ses limites.** Dans certains cas, le choix d'un produit, d'un service ou de travaux spécifiques peut provoquer une distorsion de la libre concurrence des entreprises de l'UE dans le domaine des marchés publics. **Certains garde-fous s'imposent.** Ces garde-fous résident tout d'abord dans le fait que les dispositions du TFUE sur la non-discrimina-

tion, la libre prestation de services et la libre circulation des marchandises s'appliquent en toutes circonstances, et donc aussi aux marchés publics dont la valeur est inférieure aux seuils stipulés dans les directives marchés publics ou à certains aspects des marchés qui ne sont pas formellement couverts par ces directives.

Dans la pratique, cela signifie que les pouvoirs adjudicateurs doivent s'assurer que le marché n'affectera pas l'accès d'autres opérateurs, européens ou issus de pays garantissant des droits équivalents, à leur marché national³⁴. Pour les marchés visés par les directives marchés publics, le principe de non-discrimination va au-delà du critère de la nationalité et exige une stricte égalité de traitement entre tous les candidats/soumissionnaires dans tous les aspects de la procédure.

Le deuxième garde-fou, abordé dans le chapitre suivant, est que, selon les règles s'appliquant aux passations de marchés publics, les spécifications techniques utilisées pour définir le marché ne peuvent pas être formulées de manière discriminatoire et doivent être liées à l'objet du marché.

De plus, la législation communautaire existante et la législation nationale compatible avec le droit communautaire relatif aux questions sociales ou autres peuvent aussi limiter la liberté de choix concernant l'objet du marché ou influencer ce choix.

³⁴ Par exemple, les opérateurs de pays liés par l'accord de l'OMC sur les marchés publics.

3. Améliorer l'accès aux appels d'offres

3.1. Améliorer l'accès aux appels d'offres

Cependant, certaines catégories de soumissionnaires auront plus de difficultés que d'autres à accéder aux marchés publics (les PME, par exemple). Les acheteurs peuvent régler ces difficultés, mais ils ne sont pas autorisés à accorder leur préférence à une catégorie de soumissionnaires. Le droit communautaire permet aux acheteurs de prendre des mesures positives, mais interdit la discrimination positive³⁵.

Au contraire, l'objectif est de garantir des conditions équitables pour tous. Les acheteurs doivent offrir aux entreprises sous-représentées les mêmes chances d'accéder aux marchés publics qu'aux autres fournisseurs qualifiés. C'est une façon d'encourager la concurrence en faisant participer davantage d'entreprises au processus d'appel d'offres. Plusieurs mesures sont envisageables dans les limites prévues:

- encourager les grandes organisations à opter volontairement pour la diversité des fournisseurs en garantissant à divers fournisseurs les mêmes chances d'être retenus comme sous-traitants et en encourageant l'égalité et la diversité³⁶;
- stimuler la participation de divers fournisseurs en publiant un plan à longue échéance pour les principales activités de passation de marchés, indiquant les marchés volumineux qui devraient faire l'objet d'un appel d'offres dans les 12 prochains mois;
- organiser des «rencontres avec l'acheteur» ouvertes à tous les candidats potentiels pour mieux leur faire comprendre les besoins et les priorités politiques du pouvoir adjudicateur et améliorer ainsi la transparence et l'accessibilité du processus de passation de marchés;
- développer des programmes de soutien aux entreprises pour améliorer la capacité des divers petits fournisseurs et donner des indications sur le processus de passation d'un marché public.

Ce qui n'est pas autorisé — exemples

- Sauf dans le cas des dispositions spéciales relatives aux ateliers protégés^{*} et aux programmes d'emplois protégés, les acheteurs ne sont pas autorisés à réserver l'exécution des marchés à une catégorie spéciale d'entreprises, car cela irait à l'encontre des obligations d'égalité de traitement figurant dans le droit communautaire.

Dans le domaine des services sociaux, néanmoins, il est possible, dans des cas exceptionnels lorsque certaines conditions spécifiques sont réunies, de réserver l'exécution de certains marchés à des opérateurs sans but lucratif^{**}. Cela suppose l'existence d'une législation nationale régissant cette activité particulière et réservant l'accès à certains services aux opérateurs sans but lucratif. Cependant, une législation nationale de ce type constituant une restriction des articles 49 et 56 du TFUE sur la liberté d'établissement et la libre circulation des services, elle devra être justifiée au cas par cas. D'après la jurisprudence de la CJUE, une telle restriction peut être justifiée, en particulier si elle est nécessaire à la réalisation de certains objectifs du système national de services sociaux et proportionnée à ces objectifs.


- Le pouvoir adjudicateur ne peut pas limiter la concurrence aux soumissionnaires qui ont déjà un bureau dans une zone géographique déterminée, mais les clauses d'exécution du contrat peuvent exiger du soumissionnaire retenu qu'il ouvre une succursale ou un bureau dans une certaine zone si la bonne exécution du marché en dépend (par exemple, pour coordonner un marché de construction complexe sur un site).

* Qui, du fait de leurs caractéristiques, sont susceptibles de ne pas obtenir de marché dans des conditions normales de concurrence (voir chapitre III, section 3.2, «Cas particulier des ateliers protégés».

** Voir arrêt de la Cour du 17 juin 1997 dans l'affaire C-70/95 (Sodemare) [1997] ECR I-3395. Voir aussi la réponse à la question 2.7 dans le document de travail de la Commission «Questions-Réponses sur l'application des règles «marchés publics» aux services sociaux d'intérêt général», à l'adresse suivante: http://ec.europa.eu/internal_market/publicprocurement/docs/ppp/sgi_fr.pdf.

³⁵ Avec l'exception prévue à l'article 28 de la directive 2004/17/CE et à l'article 19 de la directive 2004/18/CE qui autorise, sous certaines conditions, à réserver les marchés à des ateliers protégés ou à en réserver l'exécution dans le cadre de programmes d'emplois.

³⁶ Cependant, étant donné que la discrimination positive n'est pas autorisée, les pouvoirs adjudicateurs ne peuvent pas favoriser, au moment de l'attribution, les soumissionnaires qui utilisent une catégorie spécifique de fournisseurs ou de sous-traitants (p. ex. PME). De même, les pouvoirs adjudicateurs ne peuvent pas exiger, dans les clauses d'exécution du marché, qu'un certain pourcentage des fournisseurs ou sous-traitants des contractants soient des PME ou autres catégories spécifiques.



Exemples:

Royaume-Uni: La Greater London Authority (GLA) a adopté une politique de promotion de la diversité chez ses fournisseurs issus du secteur privé. L'objectif est de «garantir des conditions équitables», pour que «nous puissions offrir aux entreprises sous-représentées les mêmes chances d'accéder aux marchés du groupe GLA qu'aux autres fournisseurs qualifiés*». Le GLA établit une distinction entre l'action positive (à laquelle elle souscrit) et la discrimination positive (qu'elle rejette). Le groupe GLA s'est lancé dans une révision de ses procédures de passation de marchés pour éliminer les obstacles qui entravent la candidature des PME et d'autres fournisseurs divers aux marchés. Des procédures de passation de marchés ont été élaborées pour les marchés volumineux en vue de favoriser la diversité des fournisseurs en garantissant aux divers fournisseurs les mêmes chances d'être retenus comme sous-traitants et en encourageant l'égalité et la diversité. Le groupe GLA assure un suivi régulier de ses dépenses avec les PME et autres entreprises diverses pour repérer les tendances et améliorer les procédures de passation de marché grâce à ces informations.

Une révision des procédures de passation de marchés visant à identifier la capacité des PME à participer aux appels d'offres en la matière a été lancée. Les fournisseurs existants ont été invités à donner leur avis sur les procédures de passation de marchés du GLA pour aider à identifier les mesures qui permettraient de les rendre plus accessibles.

De plus, au travers de la London Development Agency (LDA), le groupe GLA lie activement ses procédures de passation de marchés à des programmes de soutien aux entreprises qui améliorent la capacité des divers petits fournisseurs à participer à des appels d'offres pour des marchés publics. Ce processus peut améliorer les chances des entreprises de remporter les marchés du groupe GLA et offre à ce dernier une base de soumissionnaires plus concurrentielle.

Irlande: Le but du programme «Go-Tender» d'InterTrade Ireland était de «créer pour les PME des possibilités de commerce transfrontalier sur toute l'île dans le cadre des marchés publics grâce à la fourniture d'ateliers régionaux bien ciblés». Le programme vise à informer les fournisseurs concernant, en particulier, les marchés transfrontaliers et à créer des possibilités de commerce transfrontalier sur toute l'île dans le cadre des marchés publics, faire connaître aux PME le marché du secteur public dans l'ensemble de l'île, leur donner les compétences requises sur les deux fronts pour remporter des marchés publics et fournir un soutien expérimenté et personnalisé dans le processus de soumission d'une offre. Dans les trois dernières années, des présentations ont été effectuées lors de 30 ateliers auxquels ont participé plus de 400 PME fournisseurs. Nombre de ces fournisseurs ont par la suite remporté des marchés publics en Irlande, en Irlande du Nord et dans toute l'Europe.

* CIF-BIT, «Study on the incorporation of social considerations in public procurement in the EU», 21 juillet 2008.

- Le fait de subdiviser les marchés en lots favorise clairement la participation des PME, tant d'un point de vue quantitatif (la taille étant plus adaptée à la capacité de production des PME) que qualitatif (le contenu des lots correspondant mieux au domaine de spécialisation des PME). Cela est possible à condition que les marchés ne soient pas subdivisés dans le but d'échapper au champ d'application des directives marchés publics³⁷.



Exemple:

France: Pour favoriser autant que possible la concurrence, la règle générale consiste à attribuer les marchés sous forme de lots séparés. Cependant, les pouvoirs adjudicateurs sont libres d'attribuer des marchés globaux s'ils estiment qu'une subdivision en lots limiterait la concurrence ou pourrait accroître les difficultés techniques ou les coûts d'exécution du marché, ou s'ils ne sont pas en mesure de coordonner l'exécution du marché.

³⁷ Article 9, paragraphes 3 et 5, de la directive 2004/18/CE et article 17, paragraphes 2 et 6 de la directive 2004/17/CE.

3.2. Cas particulier des ateliers protégés

Les directives marchés publics³⁸ incluent, néanmoins, une disposition explicite qui autorise les États membres à «réserver le droit de participer aux procédures de passation de marchés publics» à des ateliers protégés ou «en réserver l'exécution dans le cadre de programmes d'emplois protégés».

En effet, «les ateliers protégés et les programmes d'emplois protégés contribuent de manière efficace à la promotion de l'insertion ou de la réinsertion des personnes handicapées dans le marché du travail. Toutefois, de tels ateliers pourraient ne pas être en mesure de remporter des marchés dans des conditions de concurrence normales³⁹.» Dès lors, il convient de prévoir que les États membres puissent accorder la préférence à ces ateliers pour qu'ils puissent exister en dehors de toute concurrence avec les autres opérateurs économiques.

En vertu des dispositions susmentionnées des directives marchés publics, cette réserve n'est autorisée que sous certaines conditions:

- elle doit être initiée par les États membres au moyen de la législation et peut ne pas être adoptée *ad hoc* par les organismes publics en l'absence d'une législation nationale autorisant cette pratique;
- au moins 50% des travailleurs de ces ateliers protégés ou de ces programmes d'emplois protégés sont des personnes handicapées;
- en raison de la nature ou de la gravité de leurs déficiences, les employés concernés ne peuvent exercer une activité professionnelle dans des conditions normales.

Lorsque ce sont les États membres qui ont recours à ces dispositions, l'avis de marché doit le mentionner et le champ d'application du traitement préférentiel doit être précisé dans les avis de préinformation et les avis de marché⁴⁰.

Exemples:

Allemagne: Le décret fédéral du 10 mai 2005 sur les marchés destinés aux ateliers pour personnes handicapées oblige les agences fédérales de passation des marchés à réserver une partie de leur budget aux marchés pouvant être attribués à ce type d'ateliers. Les gros marchés de produits et de services peuvent également être concernés. La participation est réservée aux ateliers pour travailleurs handicapés*. Néanmoins, ces ateliers sont mis en concurrence lors des procédures d'attribution et doivent soumettre des offres solides sur le plan économique. De plus, les pouvoirs adjudicateurs doivent respecter les exigences de transparence de l'offre de marché. Il s'avère que de nombreuses municipalités ont élaboré une politique de marchés publics en faveur des personnes handicapées. Ces ateliers appartiennent souvent totalement ou partiellement aux municipalités qui attribuent les marchés.

France: L'article L323-1 du *Code du travail* français oblige les employeurs des secteurs public et privé (ayant plus de 25 employés) à attribuer au moins 6 % des postes à des personnes handicapées. Aux termes de l'article L323-8 du Code, les employeurs, en particulier les agences de passation de marchés, peuvent s'acquitter en partie de cette obligation en attribuant des marchés à des entreprises œuvrant en faveur de l'emploi des personnes handicapées. Dans le contexte des appels d'offres publics, cela consiste à réserver certains marchés aux entités employant plus de 50 % de personnes handicapées conformément à l'article 19 de la directive 2004/18.

* Les conditions dans lesquelles les pouvoirs adjudicateurs doivent réserver les contrats pour les ateliers employant des personnes handicapées sont définies à l'article 19 de la directive 2004/18/CE et à l'article 28 de la directive 2004/17/CE.

³⁸ L'article 28 de la directive 2004/17/CE et l'article 19 de la directive 2004/18/CE font référence aux «ateliers protégés» et aux «programmes d'emplois protégés» «lorsque la majorité des travailleurs concernés sont des personnes handicapées». Ces entités peuvent être connues sous des noms différents selon les États membres. Notons que l'article 28 de la directive 2004/17/CE et l'article 19 de la directive 2004/18/CE concernent **toutes les entités similaires (quel que soit leur nom)**, pour autant (a) qu'au moins 50 % du personnel soit constitué de personnes handicapées et (b) qu'elles respectent les autres conditions définies par les articles susmentionnés.

³⁹ Considérant 28 de la directive 2004/18/CE et considérant 39 de la directive 2004/17/CE.

⁴⁰ Directive 2004/18/CE, annexe VII et directive 2004/17/CE, annexe XIII: Les avis de préinformation et les avis de marché doivent indiquer, le cas échéant, «qu'il s'agit d'un marché public réservé à des ateliers protégés ou dont l'exécution est réservée dans le cadre de programmes d'emplois protégés».

Identification des besoins et planification des marchés — EN RÉSUMÉ

Dans les procédures individuelles de passation de marchés:

Identifier les besoins du pouvoir adjudicateur et les formuler de façon appropriée.

Évaluer comment et dans quelle mesure les éventuels objectifs et obligations en matière de politique sociale sont applicables à ce marché.

Mener des tests de faisabilité budgétaire et de rentabilité, notamment évaluer les bénéfices et les coûts du recours à un marché public pour réaliser des objectifs sociaux.

Identifier l'objet du marché et évaluer dans quelle mesure les objectifs sociaux doivent ou peuvent en faire partie.

Améliorer l'accès aux appels d'offres en garantissant des conditions équitables pour tous de façon à ce que les entreprises sous-représentées aient les mêmes chances de participer à des appels d'offres publics que d'autres fournisseurs qualifiés (pour autant que cela ne génère aucune «discrimination positive»).

Envisager le meilleur moyen de faire connaître au monde extérieur la politique adoptée par le pouvoir adjudicateur en garantissant une transparence maximale aux fournisseurs ou prestataires de services potentiels et aux citoyens au service desquels le pouvoir adjudicateur travaille.

IV. Le marché

A. Définition des exigences du marché

1. Établir les spécifications techniques

Dès lors que le pouvoir adjudicateur a défini l'objet du marché, il doit le traduire en spécifications techniques mesurables et détaillées, susceptibles d'être directement applicables dans une procédure de marchés publics.

Ces spécifications techniques ont donc trois fonctions:

- elles décrivent les exigences du marché public afin que les entreprises puissent déterminer si elles sont intéressées (elles définissent ainsi le niveau de la mise en concurrence);
- elles constituent des exigences mesurables par rapport auxquelles les offres peuvent être évaluées;
- elles constituent des critères de conformité minimaux: si elles ne sont pas claires et correctes, les offres proposées seront inévitablement inadéquates (les offres ne respectant pas les spécifications techniques doivent être rejetées).

Selon les règles des marchés publics de l'UE, le pouvoir adjudicateur ne peut évaluer et comparer les proposi-

tions des soumissionnaires qu'au regard des exigences des spécifications techniques. De même, le pouvoir adjudicateur peut uniquement évaluer la compétence du soumissionnaire à fournir ce qui est mentionné dans les spécifications. Les spécifications sont publiées précocement au cours du processus d'appel d'offres. C'est la raison pour laquelle le pouvoir adjudicateur doit les formuler précisément dès le départ.

Les spécifications techniques doivent être **liées à l'objet du marché**. Les exigences sans relation avec le produit ou le service lui-même (portant par exemple sur le mode de gestion d'une activité) ne sont pas considérées comme des spécifications techniques au sens des directives marchés publics. Les exigences portant par exemple sur le recrutement de personnel dans certains groupes de population (personnes handicapées, femmes, etc.) ne peuvent pas être qualifiées de spécifications techniques. De même, aucune considération liée à la «capacité sociale» d'une activité ne peut être considérée comme une «spécification technique» au sens des directives marchés publics.

De plus, les directives marchés publics stipulent que les spécifications techniques **ne doivent pas réduire la concurrence**⁴¹, doivent être **transparentes**⁴² et **ne doivent pas discriminer** les éventuels fournisseurs provenant d'un autre État membre que le pouvoir adjudicateur⁴³.

Ce qui est autorisé: quelques exemples

- Exiger, pour les contrats de travaux, des mesures visant à éviter les accidents de travail et des conditions spécifiques de stockage des produits dangereux afin de protéger la santé et la sécurité des travailleurs.
- Exiger le respect de certaines caractéristiques ergonomiques dans les produits, afin de garantir leur accessibilité à toutes les catégories de personnes, y compris aux personnes handicapées*.

Ce qui n'est pas autorisé: quelques exemples

- Exiger qu'un centre d'appel externalisé proposant des services d'assistance par téléphone ou en ligne (légitimement susceptibles d'être fournis depuis n'importe quel site géographique) soit situé dans une ville spécifique.
- Établir des spécifications pour un marché de gestion de logements, mais sélectionner les soumissionnaires sur le fait qu'ils seraient également capables d'acheter ces logements ultérieurement, si le pouvoir adjudicateur devait décider de les privatiser.

* Voir l'article 23 de la directive 2004/18/CE et l'article 34 de la directive 2004/17/CE.

⁴¹ Article 23, paragraphe 2, de la directive 2004/18/CE.

⁴² Article 23, paragraphe 1, de la directive 2004/18/CE.

⁴³ Article 23, paragraphe 3, de la directive 2004/18/CE.

2. Utiliser des spécifications fondées sur les performances ou des spécifications fonctionnelles

Les directives marchés publics autorisent explicitement les pouvoirs adjudicateurs à choisir soit des spécifications reposant sur des exigences techniques, soit des spécifications fonctionnelles ou fondées sur des performances⁴⁴. Une approche fonctionnelle ou fondée sur des performances laisse généralement un plus grand champ d'action à la créativité et, dans certains cas, encourage le marché à développer des solutions techniques innovantes. Si le pouvoir adjudicateur choisit cette approche, il s'évite de détailler très précisément les spécifications techniques.

Le fait de pouvoir définir leurs spécifications techniques en termes de performances ou d'exigences fonctionnelles permet aux pouvoirs adjudicateurs de faire appel à des solutions innovantes répondant au mieux à leurs besoins. Par exemple, les exigences d'accessibilité d'un produit peuvent être définies soit en élaborant des normes techniques très détaillées, soit en établissant des normes fondées sur des exigences d'accessibilité fonctionnelles. La seconde option peut encourager les opérateurs économiques à proposer dans leurs offres des solutions innovantes.

Si le pouvoir adjudicateur a recours à des spécifications fondées sur des performances, les options susceptibles d'émaner du marché peuvent être très diverses et il faudra veiller à ce que ces spécifications soient suffisamment claires pour permettre de procéder à une évaluation correcte et justifiable.

Les préoccupations sociales sont certainement plus faciles à prendre en compte lorsque que le projet est vaste et complexe, mais dans tous les cas, les spécifications doivent:

- être spécifiques quant aux résultats et aux productions exigées, mais aussi encourager les soumissionnaires à s'appuyer sur leurs compétences et leur expérience pour élaborer des solutions;

- être suffisamment vastes pour permettre aux soumissionnaires d'apporter de la valeur mais pas en excès, pour qu'ils ne se sentent pas exposés à des risques difficiles à quantifier et préfèrent par conséquent gonfler leurs prix;
- être liées à l'objet du marché, tout en prenant en compte les objectifs stratégiques pertinents (notamment les stratégies transversales et les obligations légales) et les études de marchés indiquant ce que l'industrie peut proposer.

3. Utiliser des variantes

Avant de finaliser les spécifications, dialoguer avec les soumissionnaires potentiels peut aider à identifier les possibilités de promouvoir l'égalité des chances et la durabilité. En permettant d'ajuster précisément l'allocation et la gestion des risques, ces discussions peuvent permettre d'établir la portée la plus adéquate pour les exigences, afin qu'elles soient commercialement viables. Comparer les services existants à ceux qui sont proposés ailleurs peut aussi s'avérer utile. Lorsque ces méthodes sont utilisées, il est important de veiller à ne placer aucun fournisseur en situation d'avantage.

Même après une telle analyse de marché, il se peut que le pouvoir adjudicateur ne soit toujours pas sûr de la meilleure façon d'intégrer des exigences sociales aux spécifications techniques. Si c'est le cas, il pourra trouver utile de demander aux éventuels soumissionnaires de proposer des variantes socialement responsables. Il devra alors établir pour le produit qu'il souhaite acquérir un ensemble minimum de spécifications techniques qui s'appliqueront à la fois aux offres neutres et à leurs variantes socialement responsables. Pour ces dernières, il ajoutera une dimension sociale aux spécifications techniques⁴⁵.

Après avoir reçu les offres, le pouvoir adjudicateur pourra les comparer (tant les offres neutres que les offres socia-

⁴⁴ Article 23, paragraphe 3, de la directive 2004/18/CE.

⁴⁵ Cette dimension sociale doit bien sûr être liée à l'objet du marché (c'est-à-dire aux fournitures, aux services ou aux travaux que le pouvoir adjudicateur souhaite acquérir) et respecter toutes les règles et les principes européens applicables aux spécifications techniques des marchés publics.

lement responsables) sur la base de la même série de critères d'attribution. Il pourra ainsi utiliser les variantes pour promouvoir les exigences sociales en se donnant la possibilité de comparer les solutions standard et les options sociales (à partir des mêmes exigences techniques de base). Les entreprises sont libres de baser leurs offres sur la solution classique ou sur la variante, sauf indication contraire du pouvoir adjudicateur.

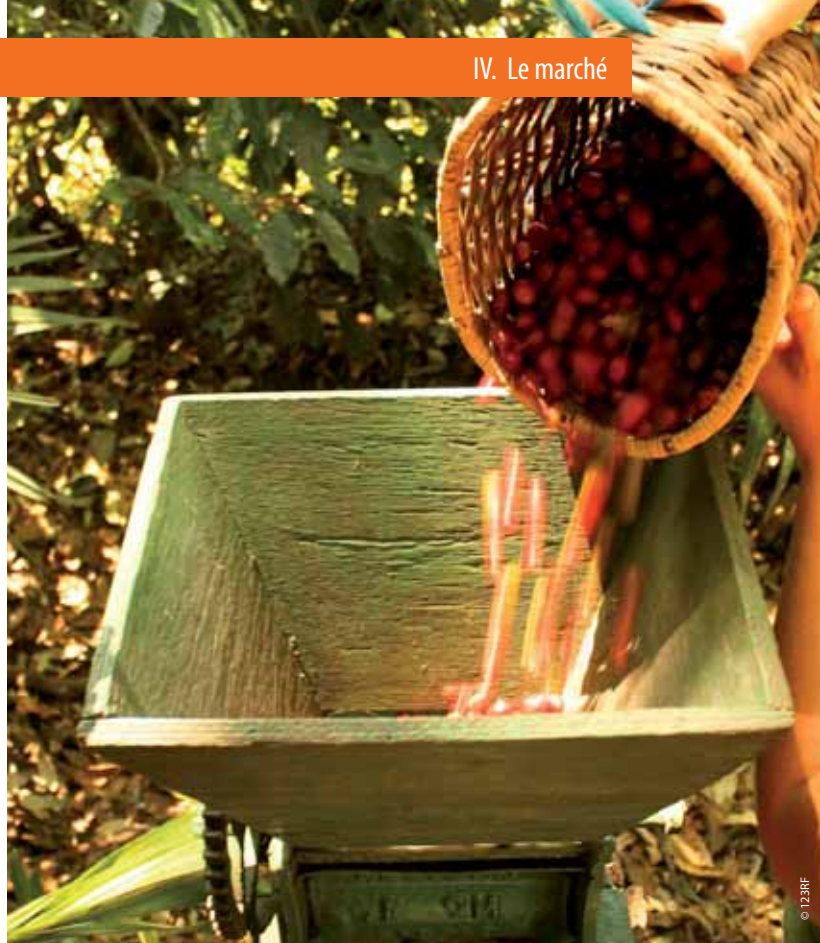
Avant que le pouvoir adjudicateur ne puisse accepter des variantes dans une procédure de marché public⁴⁶, il doit indiquer par avance dans le cahier des charges:

- que les variantes seront acceptées;
- les spécifications sociales minimales que les variantes doivent respecter (par exemple, de meilleures performances sociales);
- les exigences spécifiques concernant la présentation des variantes dans les offres (par exemple, demander une enveloppe distincte pour la variante ou indiquer qu'une variante ne peut être soumise que si elle est associée à une offre neutre).

Les acheteurs qui acceptent les variantes peuvent comparer les offres neutres aux variantes socialement responsables (sur la base des mêmes critères d'attribution) et rechercher parmi les propositions des soumissionnaires celles susceptibles de contribuer le mieux à la réalisation de leurs objectifs sociaux, avant d'évaluer si elles sont financièrement viables.

Exemple:

L'offre de services de restauration à une administration publique: le pouvoir adjudicateur peut inviter les fournisseurs à présenter, en plus d'une offre neutre (classique), une variante incluant une dimension sociale (préparation de repas à basses calories, sans sel ou casher afin de respecter les demandes médicales ou religieuses de tous les groupes d'utilisateurs).



4. Labels sociaux et incidences sur le commerce équitable

Un pouvoir adjudicateur peut souhaiter acheter des produits apportant une contribution au développement durable (ci-après dénommés «produits issus du commerce équitable»). Si c'est le cas, il intégrera aux spécifications de son appel d'offres des considérations à l'avenant, mais ne pourra pas exiger que les produits portent un label ou une certification de commerce équitable spécifique⁴⁷, car cela empêcherait les produits sans certification d'accéder au marché, même s'ils répondent à des critères de commerce durable similaires. Il s'agit là d'un principe global qui ne s'applique pas uniquement aux labels de commerce équitable, mais à tous les labels exigeant une certification préalable de l'opérateur économique ou de ses produits. De même, un pouvoir adjudicateur qui souhaite acheter des produits «bio» ne peut pas exiger un éco-label spécifique mais peut demander, dans le cahier des charges, le respect de critères spécifiques d'agriculture biologique.

⁴⁶ Voir l'article 24 de la directive 2004/18/CE et l'article 36 de la directive 2004/17/CE.

⁴⁷ Dans le présent guide, «certification ou label éthique» fait référence à tout programme œuvrant en faveur de la durabilité du commerce non-gouvernemental (par exemple, Fair Trade, Fairtrade, Max Havelaar, Utz, Rainforest Alliance, etc.). Pour plus d'informations sur Fair Trade et sur d'autres projets encourageant la durabilité des échanges commerciaux, voir la communication de la Commission COM(2009) 215 final du 5 mai 2009: «Contribuer au développement durable: le rôle du commerce équitable et des systèmes non gouvernementaux d'assurance de la durabilité liés au commerce» (<http://trade.ec.europa.eu/doclib/html/143090.htm>).

- (a) Les exigences de durabilité peuvent être incorporées aux spécifications techniques d'un appel d'offres, pour autant que ces critères soient liés à l'objet du marché en question⁴⁸ et soient en accord avec les autres règles des marchés publics de l'UE⁴⁹ et les principes de transparence et d'égalité de traitement.

Pour acheter des produits issus du commerce équitable, le pouvoir adjudicateur peut définir des critères de durabilité adéquats dans les spécifications techniques des produits concernés. Dès lors qu'il a décidé de l'objet du marché (à savoir du type générique des produits à acheter), il est libre de définir les spécifications techniques de ces produits⁵⁰. Ces exigences doivent toutefois porter sur les caractéristiques ou les performances des produits (par exemple à base de matériaux recyclés), ou sur le processus de production de ces produits (par exemple, qu'ils soient cultivés de façon biologique).

Les exigences liées aux conditions de travail des personnes participant au processus de production des fournitures à produire ne peuvent pas être prises en compte dans les spécifications techniques, car elles ne sont pas conformes à la définition donnée par les directives marchés publics. Elles peuvent toute-

fois, sous certaines conditions, être incluses dans les clauses d'exécution du marché⁵¹.

Les pouvoirs adjudicateurs qui envisagent d'acheter des produits issus du commerce équitable ne doivent pas se contenter de «copier/coller» les spécifications techniques d'une certification ou d'un label de commerce équitable⁵² dans celles de leurs achats, et encore moins de désigner une certification ou un label de commerce équitable spécifique. Ils doivent examiner chacun des critères étayant la certification ou le label de commerce équitable et n'utiliser que ceux qui sont liés à l'objet de leur achat. Les pouvoirs adjudicateurs peuvent stipuler les certifications ou les labels de commerce équitable considérés comme remplissant ces critères, mais doivent toujours permettre également d'autres moyens de preuve. Les soumissionnaires doivent avoir la possibilité de prouver qu'ils respectent les exigences définies soit en utilisant les certifications ou les labels de commerce équitable indiqués, soit par d'autres moyens.

- (b) Des critères de durabilité (et notamment des critères sociaux) peuvent également être incorporés **au sein des conditions d'exécution du marché**, pour autant qu'ils soient liés à l'exécution du marché en ques-

Exemples:

Si un pouvoir adjudicateur souhaite acheter du café ou des fruits issus du commerce équitable, il peut par exemple insérer dans les conditions d'exécution du contrat de marché public une clause demandant que le fournisseur accorde aux producteurs une rémunération leur permettant de couvrir les coûts d'une production durable: ceux que représentent des salaires et des conditions de travail décentes pour les travailleurs concernés, des méthodes de production respectueuses de l'environnement et des mesures permettant d'améliorer les processus de production et les conditions de travail.

Allemagne: Ville de Düsseldorf

Le point 7.3 de l'ordre de service de la ville de Düsseldorf en Rhénanie-du-Nord – Westphalie (*Vergabeordnung für die Stadtverwaltung Düsseldorf*) sur l'exécution des marchés stipule: «Aucun produit fabriqué grâce au travail des enfants ne pourra être fourni. Une certification indépendante (label Transfair ou Rugmark par exemple) peut prouver ce fait. S'il n'existe aucune certification pour le produit en question, une déclaration signifiant l'acceptation des dispositions supplémentaires au contrat sur l'exécution des travaux et l'acceptation des dispositions supplémentaires de l'ordre de service des marchés de fournitures et de services est acceptable».

⁴⁸ Conformément à l'article 53 de la directive 2004/18/CE et à l'article 55 de la directive 2004/17/CE.

⁴⁹ Pour plus de détails, voir la section «Définition des exigences du marché».

⁵⁰ Il est entendu que les spécifications techniques doivent être élaborées de façon non-discriminatoire.

⁵¹ Voir le paragraphe b) ci-dessous sur les clauses d'exécution des marchés dans l'offre de biens garantis durables, ainsi que la section «Règles régissant les clauses d'exécution des marchés».

⁵² Parce que certaines spécifications de ces certifications et labels de commerce équitable peuvent ne pas être liées à l'objet du marché. Les inclure dans les spécifications de l'appel d'offres serait donc contraire aux principes des directives marchés publics.

tion⁵³ (par exemple des seuils de salaire minimaux et des conditions de travail décentes pour les personnes contribuant à l'exécution du marché) et respecter *mutatis mutandis* les autres exigences mentionnées au paragraphe ci-dessus et, plus généralement, avec les conditions établies à la section «Règles régissant les clauses d'exécution des marchés» de ce guide.

5. Prendre en compte les préoccupations sociales dans les méthodes de production et de traitement

La composition d'un produit et la façon dont il est fabriqué peuvent jouer un rôle important dans son impact social. Les directives marchés publics stipulent que les méthodes de production peuvent être explicitement prises en compte lors de l'élaboration des spécifications techniques⁵⁴.

Exemple:

Les contrats de travaux publics peuvent inclure dans leurs spécifications des exigences techniques visant à éviter les accidents sur le site de construction. Ces mesures (qui peuvent imposer par exemple des obligations de signalisation, des conditions de stockage pour les produits dangereux ou des itinéraires pour le transport d'équipements) font partie intégrante du projet soumis à l'appel d'offres.

Dans un contrat de prestation de services de restauration pour un hôpital, le pouvoir adjudicateur peut exiger dans

les spécifications techniques, pour améliorer le bien-être des patients, que la nourriture soit préparée en accord avec des méthodes respectant les besoins médicaux et alimentaires de catégories spécifiques de patients.

Toutefois, les spécifications techniques devant toujours être liées à l'objet du marché, le pouvoir adjudicateur ne pourra intégrer que les exigences sociales elles aussi liées à l'objet du marché.

6. Handicap et spécifications techniques

Les directives marchés publics⁵⁵ stipulent que les spécifications techniques établies dans le cahier des charges doivent mentionner l'accessibilité des travaux, des fournitures ou des services faisant l'objet du contrat. L'article 23, paragraphe 1, de la directive 2004/18/CE indique que «chaque fois que possible, ces spécifications techniques devraient être établies de manière à prendre en considération les critères d'accessibilité pour les personnes handicapées ou la conception pour tous les utilisateurs». Comme expliqué précédemment, les obligations spécifiées dans les législations nationales concernant l'«accessibilité pour tous» doivent être reflétées dans l'objet du marché. Il est impératif que les gestionnaires des marchés publics connaissent ces exigences nationales spécifiques sur l'accessibilité et la conception pour tous et que celles-ci soient pleinement intégrées au cahier des charges, sous forme de spécifications techniques essentiellement.

Exemple:

Italie: La loi Stanca rend obligatoire l'accessibilité de tous les sites internet publics. Elle établit une série d'exigences applicables à tous les marchés publics portant sur des sites internet. Le décret établissant les règles techniques applicables à la loi 4/2004 est essentiellement constitué d'annexes contenant les exigences techniques d'accessibilité à l'internet, la méthodologie d'évaluation des sites et les exigences d'accessibilité pour les logiciels et le matériel informatiques. Les principales sources d'inspiration de ces groupes ont été l'initiative sur l'accessibilité du Web (WAI, Web Accessibility Initiative) du W3C et les leçons positives tirées de la section 508 de la loi américaine sur la réinsertion (Rehabilitation Act). Le CNIPA (Centre national pour l'informatique dans l'administration publique) est chargé d'évaluer les appels d'offres publics de grande envergure dans le domaine des TIC pour vérifier qu'ils intègrent également les exigences d'accessibilité convenues dans la législation. C'est à la Présidence du Conseil des ministres (ministère de l'innovation et la technologie) et au CNIPA que la loi 4/2004 donne la responsabilité de contrôler la bonne application de ces mesures. Au cours de 2006, quinze grands projets d'achats publics (représentant 71 millions d'euros) ont été évalués pour vérifier ou améliorer leur conformité avec les lois sur l'accessibilité. La plupart de ces projets, mis en œuvre par 10 administrations centrales différentes, portaient sur l'offre de matériel informatique et de sites internet.

⁵³ Les conditions stipulées dans les clauses d'exécution du marché peuvent ne pas être liées à l'objet du contrat mais uniquement à son exécution.

⁵⁴ Annexe VI de la directive 2004/18/CE et annexe XXI de la directive 2004/17/CE.

⁵⁵ Article 23, paragraphe 1, de la directive 2004/18/CE et article 34, paragraphe 1, de la directive 2004/17/CE.

Les pouvoirs adjudicateurs peuvent difficilement être experts dans tous les domaines sociaux. Il est important qu'ils prennent en considération les pratiques de certains pays en-dehors de l'UE, qui pourraient faciliter leur travail de développement de normes d'accessibilité. Aux États-Unis, la section 508 de la loi sur la réinsertion impose aux pouvoirs adjudicateurs fédéraux d'utiliser les normes d'accessibilité dans leurs appels d'offres publics. Ceci a eu des répercussions dans différents États membres de l'UE et une incidence sur les pratiques des industriels. En Europe,

la Commission européenne a émis deux mandats de normalisation pour faciliter la mise en œuvre des exigences d'accessibilité européennes dans la passation des marchés publics de produits et services dans le domaine des technologies de l'information et des communications⁵⁶ et dans l'environnement bâti⁵⁷ respectivement. Les résultats de la première phase du mandat 376 sont disponibles et ont permis d'élaborer une série de normes sur l'accessibilité, ainsi que différentes méthodes d'évaluation de la conformité à ces normes lors de l'acquisition de TIC⁵⁸.

Définir les exigences du marché dans les spécifications techniques — EN RÉSUMÉ

Établir des spécifications techniques claires et précises. S'assurer que les spécifications sont liées à l'objet du marché, font état de toutes les exigences sociales pertinentes et sont transparentes et non-discriminatoires.

S'appuyer sur les «meilleures pratiques» d'autres pouvoirs adjudicateurs. Utiliser les réseaux pour obtenir et diffuser l'information.

Utiliser des spécifications fonctionnelles ou axées sur les performances pour encourager les soumissionnaires à proposer des offres socialement responsables innovantes. Envisager de prendre en compte les préoccupations sociales dans les méthodes de production et de traitement.

Si vous n'êtes pas certains de l'existence, du prix ou de la qualité de certains produits ou services socialement responsables, vous pouvez solliciter des variantes socialement responsables.

Le cas échéant, envisager de réserver le marché à des ateliers protégés ou prévoir que le marché puisse être exécuté dans le contexte de programmes d'emplois protégés.

S'assurer que tous les résultats souhaités ont été abordés (ils ne pourront pas être ajoutés plus tard dans le processus).



⁵⁶ Commission européenne, Mandat de normalisation adressé au CEN, au CENELEC et à l'ETSI en ce qui concerne les exigences européennes en matière d'accessibilité applicables aux marchés publics de produits et de services dans le domaine des TIC, M/376 FR, 7 décembre 2005.

⁵⁷ Commission européenne, Standardisation Mandate to CEN, CENELEC and ETSI in support of European accessibility requirements for public procurement in the built environment, M/420 EN (mandat de normalisation adressé au CEN, au CENELEC et à l'ETSI en ce qui concerne les exigences européennes en matière d'accessibilité applicables aux marchés publics de produits et de services dans le domaine de l'environnement bâti), M/420 EN, 21 décembre 2007.

⁵⁸ Exigences européennes en matière d'accessibilité applicables aux marchés publics de produits et de services dans le domaine des TIC (mandat de la Commission européenne M 376, phase 1); CEN/BT WG 185 et CLC/BT WG 101-5, rapport sur les «systèmes d'essais et de conformité des produits et services répondant aux exigences d'accessibilité».

B. Sélection des fournisseurs, des prestataires de services et de contractants

Les critères de sélection évaluent la capacité des entreprises à exécuter le marché pour lequel elles soumettent leur offre. Les directives marchés publics contiennent deux groupes de règles de sélection: les critères d'exclusion et les règles sur la capacité technique et économique.

1. Critères d'exclusion

Les directives marchés publics dressent une liste exhaustive des cas dans lesquels la situation personnelle d'un candidat ou d'un soumissionnaire peut conduire à son exclusion de la procédure d'appel d'offres⁵⁹. Certaines de ces limitations peuvent être de nature sociale. Par exemple, les candidats ou les soumissionnaires peuvent être exclus:

- pour défaut de paiement de leurs contributions sociales⁶⁰;
- si l'opérateur économique «a fait l'objet d'un jugement (ayant autorité de *chose jugée* selon les dispositions légales du pays) et constatant un délit affectant sa moralité professionnelle»⁶¹ ou «en matière professionnelle, a commis une faute grave constatée par tout moyen dont les pouvoirs adjudicateurs pourront justifier»⁶², au sens de «faute professionnelle grave» défini dans la législation nationale⁶³.

⁵⁹ Article 45 de la directive 2004/18/CE et articles 53, paragraphe 3, et 54, paragraphe 4, de la directive 2008/17/CE. Dans certains cas graves d'affaires criminelles, l'exclusion des soumissionnaires peut même être rendue obligatoire.

⁶⁰ Article 45, paragraphe 2, de la directive 2004/18/CE.

⁶¹ Article 45, paragraphe 2, alinéa c) de la directive 2004/18/CE.

⁶² Article 45, paragraphe 2, alinéa d) de la directive 2004/18/CE.

⁶³ La «faute professionnelle grave» n'est pas encore définie ni dans le droit ni dans la jurisprudence de l'UE. Il revient par conséquent aux États membres de définir ce concept dans leur législation nationale et de déterminer si le non-respect de certaines obligations sociales constitue une faute professionnelle grave.

Ce qui est autorisé: exemples

- Exclusion d'un soumissionnaire ayant été condamné par un jugement ayant autorité de *chose jugée* pour ne pas avoir respecté la loi nationale interdisant le travail clandestin, les règles nationales concernant la sécurité et la santé au travail ou les règles nationales interdisant la discrimination fondée sur différents critères (race, genre, handicap, âge, sexualité, convictions religieuses, etc.).
- Exclusion d'un soumissionnaire n'ayant pas mis en œuvre la politique d'égalité des chances exigée par le droit national de l'État membre dans lequel le pouvoir adjudicateur est établi, pour autant que le non-respect de cette législation soit considéré comme une faute professionnelle grave dans l'État membre en question.

Ce qui n'est pas autorisé: un exemple

- Exclusion d'un soumissionnaire potentiel en raison de convictions politiques ou personnelles sans rapport avec sa conduite professionnelle.

2. Capacité technique⁶⁴

Le processus de sélection permet au pouvoir adjudicateur d'évaluer la capacité des candidats à satisfaire les exigences spécifiées au contrat. Les directives marchés publics dressent une liste exhaustive des critères de sélection en matière de capacité technique, qui peuvent être appliqués pour justifier le choix des candidats. Des critères de sélection différents de ceux établis dans les directives marchés publics sont par conséquent considérés non-conformes à ces directives.

Exemple:

Dans l'affaire Beentjes*, la Cour a arrêté que la condition de l'emploi de chômeurs de longue durée n'avait pas trait à la vérification de l'aptitude des soumissionnaires sur la base de leur capacité économique, financière et technique (clause 28 de l'arrêt)**.

* Arrêt de la CJUE du 20 septembre 1988 dans l'affaire 31/87.

** Toutefois, une condition d'emploi de chômeurs de longue durée peut être insérée dans les clauses d'exécution du marché, pour autant que cela soit conforme aux règles de l'UE applicables à l'exécution du marché (pour plus d'informations, voir la section «Exécution du marché»).

⁶⁴ Ce guide ne fera pas l'analyse des critères de sélection économiques et financiers, car du fait de la nature des références nécessaires pour évaluer la situation économique et financières des soumissionnaires, il n'est pas possible de leur intégrer des considérations sociales.

En outre, les critères de sélection doivent être non-discriminatoires, proportionnés et liés à l'objet du marché.

Pour que ce lien soit établi, des considérations sociales ne peuvent être intégrées aux critères de sélection techniques **qu'à la condition expresse que** l'exécution du marché exige un «savoir-faire» spécifique dans le domaine social. Selon l'objet du marché, le pouvoir adjudicateur peut évaluer différents aspects de la capacité technique des candidats.

- L'entreprise soumissionnaire emploie-t-elle ou a-t-elle accès à du personnel disposant des connaissances et de l'expérience nécessaires pour gérer les aspects sociaux du marché (par exemple, dispose-t-elle de personnel formé et d'une expérience d'encadrement spécifique dans un contrat portant sur une crèche ou d'ingénieurs et d'architectes qualifiés dans le domaine de l'accessibilité pour construire un bâtiment public)?
- L'entreprise soumissionnaire possède-t-elle ou a-t-elle accès à l'équipement technique nécessaire à la protection sociale (par exemple, un équipement adapté aux personnes âgées dans le cadre d'un contrat de gestion d'une maison de retraite)?
- L'entreprise soumissionnaire dispose-t-elle des structures techniques spécialisées nécessaires pour gérer les aspects sociaux (par exemple, dans le cas d'un contrat d'achat de matériel informatique, celles permettant de satisfaire les besoins d'accessibilité des personnes handicapées)?

La capacité technique des opérateurs économiques peut être justifiée par au moins l'un des moyens spécifiés dans les directives⁶⁵:

- justificatif des contrats réalisés préalablement, indiquant les techniciens ou les organismes techniques impliqués;
- description de l'équipement technique et des mesures employées par le contractant;
- indication des titres d'études et professionnels du personnel du contractant (particulièrement importants lorsque les marchés ne peuvent manifestement atteindre leurs objectifs sociaux qu'avec un personnel correctement formé);
- déclaration indiquant les effectifs du prestataire de services et l'importance du personnel d'encadrement;
- indication de la part du marché pouvant être soustraite.

Un équilibre doit être trouvé entre le besoin du pouvoir adjudicateur de disposer des justifications suffisantes indiquant que le contractant sera en capacité de remplir le contrat et la nécessité d'éviter de formuler des demandes excessivement contraignantes aux soumissionnaires.

Sélection des fournisseurs, des prestataires de services et des contractants — EN RÉSUMÉ

Considérer la capacité des contractants potentiels à exécuter le marché en question. Établir des critères de sélection à partir de la liste exhaustive détaillée dans les directives marchés publics.

Le contrat exige-t-il des capacités sociales particulières (compétences, formation ou équipements nécessaires à la bonne prise en charge des aspects sociaux du marché)? Si oui, intégrer des critères sociaux pour justifier la capacité technique d'exécuter le marché.

L'évaluation de la capacité technique doit porter sur la capacité du candidat à exécuter le marché.

Le cas échéant, examiner les expériences passées du fournisseur dans l'exécution de marchés similaires en termes de normes sociales. Envisager la possibilité d'exclure des soumissionnaires s'ils répondent aux conditions d'exclusion stipulées dans les directives marchés publics.

⁶⁵ Article 48 de la directive 2004/18/CE.

C. Attribution du marché

1. Règles générales d'élaboration des critères d'attribution et d'attribution d'un marché

Des critères d'attribution sociaux peuvent être appliqués, pour autant⁶⁶:

- qu'ils soient liés à l'objet du marché;
- qu'ils ne confèrent pas une liberté de choix illimitée au pouvoir adjudicateur;
- qu'ils soient expressément mentionnés dans l'avis de marché et le cahier des charges;
- qu'ils soient conformes aux principes fondamentaux du droit européen.

Lorsque le pouvoir adjudicateur évalue la qualité des offres, il utilise des critères d'attribution préétablis et publiés à l'avance pour choisir la meilleure. En vertu des directives marchés publics, le pouvoir adjudicateur a deux options: soit il compare les offres sur la base de leur prix uniquement⁶⁷, soit il choisit d'attribuer le marché à l'offre «économiquement la plus avantageuse» ou présentant le meilleur rapport qualité/prix, ce qui signifie que d'autres critères d'attribution seront pris en compte en plus du prix.

L'«offre économiquement la plus avantageuse» (most economically advantageous tender, MEAT) ou offrant le meilleur rapport qualité/prix comprend au moins deux sous-critères, qui peuvent être de nature sociale. En effet, les exemples indiqués dans les directives marchés

publics⁶⁸ autorisant les pouvoirs adjudicateurs à déterminer l'offre économiquement la plus avantageuse prennent en compte la qualité, le prix, le mérite technique, des caractéristiques esthétiques et fonctionnelles, les critères sociaux, les frais de fonctionnement, la rentabilité, le service après-vente, l'assistance technique, les dates et les délais de livraison et d'aboutissement.

La meilleure offre étant déterminée en fonction de différents sous-critères, le pouvoir adjudicateur peut utiliser pour ces sous-critères différentes techniques de comparaison et de pondération. Il peut s'agir par exemple de comparaisons de matrices, de pondérations relatives ou de systèmes de «bonus/malus». Il revient au pouvoir adjudicateur de spécifier et de publier les critères d'attribution du marché et la pondération relative accordée à chacun de ces critères avec suffisamment d'anticipation pour que les soumissionnaires en aient connaissance lorsqu'ils préparent leurs offres.

Tous les critères destinés à être utilisés pour déterminer l'offre économiquement la plus avantageuse ou offrant le meilleur rapport qualité/prix doivent être formulés dans le respect des règles ci-dessous.

- Ils doivent être liés à l'objet du marché attribué (comme indiqué dans les spécifications techniques).

Les spécifications techniques définissent le niveau de performances requis (par exemple les normes d'accessibilité dans les spécifications techniques). Mais le pouvoir adjudicateur peut décider, lors de l'attribution du marché, d'accorder des points supplémentaires aux produits ou services offrant des performances supérieures au seuil minimal exigé. Par exemple, lorsque référence est faite à une norme d'accessibilité (par exemple à l'internet dans le cas de la norme espagnole **UNE 139803** «Requisitos de accesibilidad para contenidos Web» - Norme d'accessibilité pour les contenus Web), il est possible de s'y conformer à trois niveaux: A, AA or AAA. Des points supplémentaires peuvent être accordés à l'offre atteignant le niveau de conformité le plus élevé.

- Ils doivent permettre d'évaluer les soumissionnaires en fonction de l'ensemble de leurs critères écono-

⁶⁶ Pour plus d'informations sur les conditions indiquées ci-dessous, voir la section suivante (Conditions applicables aux critères d'attribution lors de l'évaluation des offres), ainsi que les considérants 1 et 2 de la directive 2004/18/CE.

⁶⁷ Lorsque l'attribution n'est fondée que sur le prix, la non-prise en compte d'autres critères d'attribution (comme la qualité ou la valeur sociale) peut dans une certaine mesure être compensée par l'intégration de normes de qualité strictes dans les spécifications techniques du contrat (afin que seules les offres respectant l'ensemble des normes qualitatives des spécifications techniques soient prises en compte à l'heure de l'attribution du marché) ou de considérations sociales (selon leur nature) dans les spécifications techniques (si ces considérations sont liées à l'objet du marché) ou dans les clauses d'exécution du marché (si elles sont uniquement liées à l'exécution du marché).

⁶⁸ Considérant 46 et article 53 de la directive 2004/18/CE.

Ce qui est autorisé: exemples

- Dans un marché portant sur la prestation de soins à des personnes handicapées, les critères d'attribution peuvent intégrer des exigences nécessaires pour répondre aux besoins spécifiques de chaque catégorie d'utilisateur (par exemple, personnalisation du service en fonction de l'âge, du genre ou des difficultés sociales des utilisateurs, etc.).
- Dans un marché portant sur la fourniture de tests de recrutement et la prestation de services pour le secteur public, le pouvoir adjudicateur peut demander aux soumissionnaires de veiller à ce que ces services et ces tests de recrutement soient conçus et menés de telle sorte qu'ils garantissent l'égalité des chances à tous les participants, quel que soit leur âge, leur genre, leurs origines ethniques ou leurs convictions religieuses.
- Dans un marché portant sur la fourniture de logiciels et de matériel informatique, il est possible d'intégrer au marché un critère d'attribution indiquant le nombre de points attribués à chaque degré ou fonctionnalité d'accessibilité proposé aux différentes catégories de personnes handicapées. Il peut s'agir par exemple d'évaluer si le produit ou le service est accessible aux malvoyants ou aux aveugles, aux malentendants et aux sourds, aux personnes souffrants de handicaps mentaux ou de troubles de la mobilité et de la dextérité, etc.

Ce qui n'est pas autorisé: exemples

- Utiliser des critères d'attribution exigeant que le contractant achète son équipement auprès d'entreprises locales (par exemple, dans un contrat portant sur la construction d'un hôpital) dans le but de stimuler la création d'emplois sur le marché local. En premier lieu, ce type de critère n'est pas lié à l'objet du marché (construction de l'hôpital). Ensuite, il est également discriminatoire, car il donne aux soumissionnaires qui achètent leur équipement sur le marché local un avantage injuste sur les autres soumissionnaires qui s'approvisionnent ailleurs.
- Utiliser des critères d'attribution ajoutés au dernier moment et ne figurant pas dans le cahier des charges.
- Utiliser des critères susceptibles d'accorder un pouvoir de décision excessif au pouvoir adjudicateur. Par exemple, dans un contrat portant sur l'achat d'équipement informatique, un critère d'attribution spécifiant que les soumissionnaires peuvent recevoir entre 1 et 20 points de mérite technique pour l'accessibilité des produits proposés, sans indiquer les paramètres ou les caractéristiques que le pouvoir adjudicateur prendra en compte pour déterminer le nombre exact de points à accorder dans chaque cas, pourrait donner au pouvoir adjudicateur un pouvoir de décision excessif dans l'évaluation des mérites techniques des offres.

miques et qualitatifs pour déterminer lequel offre le meilleur rapport qualité/prix⁶⁹. Dans la pratique, cela signifie que le pouvoir adjudicateur ne doit pas nécessairement obtenir un avantage économique pour chaque critère d'attribution mais plutôt que, considérés dans leur ensemble, les critères d'attribution (économiques et sociaux) lui permettent d'identifier l'offre présentant le meilleur rapport qualité/prix.

Elles s'appuient sur la jurisprudence de la Cour de justice de l'Union européenne. Les règles de base sur les critères d'attribution sociaux sont tirées des affaires C-513/99 (Concordia Bus) et C-448/01 (Wienstrom) ainsi que des directives marchés publics, qui se réfèrent spécifiquement à ces jugements dans leur premier considérant. Tous les critères d'attribution doivent remplir les quatre conditions mentionnées au début du chapitre C, paragraphe 1 ci-dessus⁷⁰.

1.1. Conditions applicables aux critères d'attribution lors de l'évaluation des offres

Les directives marchés publics permettent d'intégrer des considérations sociales dans les critères d'attribution.

(a) Les critères d'attribution doivent être liés à l'objet du marché

Ce principe est essentiel. Il garantit que les critères d'attribution se rapportent aux besoins du pouvoir adju-

⁶⁹ Voir le considérant 46 de la directive 2004/18/CE et le considérant 55 de la directive 2004/17/CE.

⁷⁰ Arrêt de la CJUE dans l'affaire C-513/99. Cet arrêt concerne des critères d'attribution environnementaux, mais les mêmes principes peuvent être appliqués, *mutatis mutandis* aux critères d'attribution sociaux dans les marchés publics.

Exemples:

Affaire Wienstrom: Dans cette affaire, la Cour de justice a considéré que, dans le cadre d'un appel d'offres pour la fourniture d'énergie, un critère se référant uniquement à la quantité d'électricité produite à partir de sources d'énergie renouvelables dépassant la consommation prévue du pouvoir adjudicateur (qui était l'objet du contrat) ne pouvait être considéré comme lié à l'objet du marché. Pour établir un tel lien à l'objet du contrat, le critère portant sur la quantité d'électricité produite à partir de sources renouvelables aurait dû concerner uniquement l'électricité réellement fournie au pouvoir adjudicateur.

Marché de travaux: Dans le cas d'un marché incorporant des considérations sociales, dans un marché de construction ayant pour objet la construction d'une école, un critère d'attribution basé sur les sommes d'argent que le contractant transfère à la communauté locale en-dehors du marché n'est pas légalement autorisé, car il n'est pas lié à l'objet du marché.

dicateur, tels que définis dans l'objet du marché. Dans son arrêt sur l'affaire Wienstrom⁷¹, la Cour de justice a apporté d'autres éléments d'information sur l'interprétation du lien avec l'objet du marché.

(b) Les critères d'attribution doivent être spécifiques et objectivement quantifiables

La Cour de justice a arrêté que, considérant ses précédents arrêts, un critère d'attribution de devait jamais conférer une liberté de choix illimitée aux pouvoirs adjudicateurs. Ils doivent restreindre cette liberté de choix en définissant des critères spécifiques, mesurables et liés au produit ou, selon la formulation de la Cour de justice, des critères suffisamment spécifiques et objectivement quantifiables. Dans les affaires Wienstrom et Concordia Bus, la Cour a apporté des clarifications supplémentaires⁷².

⁷¹ Arrêt de la CJUE dans l'affaire C-448/01.

⁷² Ces deux affaires concernent des critères d'attribution environnementaux, mais les principes découlant de ces arrêts peuvent être appliqués *mutatis mutandis* aux critères d'attribution sociaux.

Exemples:**Le manque de clarté et d'objectivité des critères d'attribution dans l'affaire Wienstrom:**

Dans l'affaire Wienstrom, la Cour de justice a estimé qu'afin de garantir aux soumissionnaires les mêmes chances dans la formulation des termes de leurs offres, le pouvoir adjudicateur devait formuler ses critères d'attribution de manière à permettre à «tous les soumissionnaires raisonnablement informés et normalement diligents de les interpréter de la même manière»*. Un autre élément relatif à la nécessité de clarté et de mesurabilité des critères d'attribution, tel que formulé par la Cour de justice, est que le pouvoir adjudicateur doit se limiter à fixer des critères par rapport auxquels les informations fournies par les soumissionnaires sont effectivement vérifiables.

La spécificité et la mesurabilité des critères d'attribution dans l'affaire Concordia Bus:

Dans l'affaire Concordia Bus, avant d'évaluer les offres, la ville d'Helsinki avait spécifié et publié un système d'attribution de points supplémentaires pour certains niveaux d'émissions et de bruit**. La Cour de justice a considéré que ce système répondait aux impératifs de spécificité et de mesurabilité.

* Dans cette affaire, le pouvoir adjudicateur n'a pas fixé de période spécifique durant laquelle les soumissionnaires devaient indiquer la quantité qu'ils estimaient être en mesure de fournir.

** Dans cette affaire, des points supplémentaires ont été attribués notamment pour «l'utilisation d'autobus ayant, d'une part, des émissions d'oxyde d'azote inférieures à 4 g/kWh (+ 2,5 points/bus) ou inférieures à 2 g/kWh (+ 3,5 points/bus) et, d'autre part, un niveau sonore inférieur à 77 dB (+ 1 point/bus)».

(c) Les critères d'attribution doivent avoir été préalablement publiés

Conformément aux directives marchés publics, les avis de marché doivent mentionner si le pouvoir adjudicateur attribuera le marché sur la base du «prix le plus bas» ou de l'«offre économiquement la plus avantageuse». Les critères utilisés afin d'identifier l'offre économiquement la plus avantageuse seront indiqués dans l'avis de marché ou, en tout cas, dans le cahier des charges.



(d) *Les critères d'attribution doivent être conformes au droit communautaire (y compris aux principes fondamentaux du TFUE)*

Cette dernière condition a été dérivée du traité sur le fonctionnement de l'UE et des directives marchés publics: les critères d'attribution doivent satisfaire aux principes fondamentaux du droit communautaire.

La Cour de justice a explicitement souligné l'importance du principe de non-discrimination, qui est à la base d'autres principes tels que la libre prestation de services et la liberté d'établissement. La notion de discrimination a été expressément soulevée dans l'affaire Concordia Bus⁷³.

Exemple:

Un des arguments avancés par Concordia Bus était que les critères fixés par la ville d'Helsinki étaient discriminatoires dans la mesure où la propre société d'autobus de la ville, HKL, était la seule à posséder des véhicules fonctionnant au gaz qui pouvaient satisfaire aux niveaux d'émissions exigés. Sur ce point, la Cour de justice a estimé que le fait que l'un des critères d'attribution proposés par le pouvoir adjudicateur ne pouvait être satisfait que par un petit nombre d'entreprises n'était pas à lui seul de nature discriminatoire. Dès lors, afin de déterminer s'il y a eu discrimination ou non, il importe de prendre en considération tous les faits liés à l'affaire.

1.2. Le «critère additionnel»

Dans l'affaire C-225/98, la Cour de justice a estimé que les pouvoirs adjudicateurs peuvent attribuer un marché en se fondant sur une condition visant par exemple à lutter contre le chômage (pour autant que cette condition respecte tous les principes fondamentaux du droit communautaire), **mais uniquement s'ils doivent départager (au moins) deux offres équivalentes sur le plan économique**. En ce sens, cette condition était considérée par l'État membre en question comme **un critère additionnel non-déterminant** après que les offres aient été comparées d'un point de vue purement économique. Enfin, la Cour a précisé que l'application d'un critère d'attribution lié à la lutte contre le chômage ne doit avoir d'incidence ni directe ni indirecte sur les soumissionnaires provenant d'autres États membres de la Communauté et doit être expressément mentionnée dans l'avis de marché afin que les contractants potentiels soient en mesure d'avoir connaissance de son existence.

Un critère visant par exemple à lutter contre le chômage (comme d'autres critères non liés à l'objet du marché) ne peut par conséquent être pris en compte au moment de l'attribution qu'en matière de «critère additionnel» afin de départager deux offres équivalentes. Tous les autres critères d'attribution (autres que le critère additionnel) doivent être liés à l'objet du marché, comme l'a estimé la Cour de justice en 2001 dans l'affaire Wienstrom⁷⁴ (voir ci-dessus).

⁷³ Arrêt de la CJUE dans l'affaire C-513/99.

⁷⁴ Arrêt de la CJUE dans l'affaire C-448/01.

2. Gestion des offres «anormalement basses»

Selon les directives marchés publics, si les pouvoirs adjudicateurs considèrent qu'une offre est anormalement basse, ils doivent demander des explications au soumissionnaire avant de pouvoir la rejeter. Les directives stipulent que ces explications doivent faire référence (entre autres) au respect des «dispositions concernant la protection et les conditions de travail en vigueur au lieu où la prestation est à réaliser»⁷⁵. Elles établissent donc un lien spécifique entre les offres anormalement basses et les questions de protection des travailleurs et de leurs conditions de travail. Certaines pratiques, notamment le non-respect des conditions de travail exigées par la loi, peuvent donner lieu à des situations de concurrence déloyale.

Exemples:

France: La Ville d'Angers a constaté que les agents de nettoyage municipaux avaient des horaires de travail trop intensifs. Il est donc possible qu'une offre apparaisse économiquement très attractive précisément parce qu'elle repose sur des effectifs insuffisants (ici en fonction de la surface à nettoyer, rapport calculé à partir de moyennes établies). Elle devra être considérée anormalement basse et sera rejetée si le soumissionnaire est dans l'incapacité d'expliquer comment il parvient à garantir un prix si bas sans contrevenir aux lois en vigueur (comme celles portant sur le nombre maximum d'heures de travail par jour).

Les directives marchés publics ont défini les procédures que le pouvoir adjudicateur doit suivre avant de rejeter une offre en invoquant son prix anormalement bas⁷⁶. Chaque offre doit être examinée selon ses mérites, aucune ne doit être exclue de manière automatique et les soumissionnaires doivent avoir le droit de réfuter les arguments avancés à leur encontre. La condition de non-discrimination doit être respectée.

Ce qui est autorisé: un exemple

Un soumissionnaire peut être exclu si, après analyses réalisées au regard des règles des directives marchés publics mentionnées ci-dessus*, l'offre s'avère anormalement basse du fait du non-respect par le soumissionnaire des règles en vigueur en matière de protection des travailleurs, du paiement des contributions sociales ou d'un nombre excessif d'heures travaillées, de sécurité au travail ou d'interdiction du travail clandestin.

Ce qui n'est pas autorisé: un exemple

Le pouvoir adjudicateur ne peut pas exiger l'exclusion totale et automatique d'une offre se situant en-deçà d'un seuil spécifié (par exemple, 80 % du prix moyen de toutes les offres reçues).

* Article 55 de la directive 2004/18/CE et article 57 de la directive 2004/17/CE.

Le pouvoir adjudicateur peut demander par écrit des compléments d'informations jugés pertinents pour évaluer une offre anormalement basse. Ces informations peuvent par exemple renseigner sur la protection des travailleurs et leurs conditions de travail. Ces demandes ne doivent pas nécessairement être formulées exclusivement au soumissionnaire. Dans le cas des conditions de travail, par exemple, il peut être pertinent de demander ces informations aux syndicats. Toutefois, si le pouvoir adjudicateur obtient ces informations d'autres sources, les directives marchés publics exigent qu'il «vérifie, en consultant le soumissionnaire, cette composition en tenant compte des justifications fournies». Les règles pratiques de cette vérification sont régies par la législation nationale. Il est entendu que ces règles doivent permettre au soumissionnaire de présenter son point de vue.

Si, après enquête, l'offre apparaît anormalement basse, le pouvoir adjudicateur peut la rejeter. Les directives marchés publics n'imposent aucune obligation à ce titre, mais dans les États membres ayant adopté une législation à cet effet, les pouvoirs adjudicateurs peuvent être dans l'obligation de rejeter de telles offres.

⁷⁵ Article 55, paragraphe 1, alinéa d, de la directive 2004/18/CE et article 57, paragraphe 1, alinéa d de la directive 2004/17/CE.

⁷⁶ Article 55 de la directive 2004/18/CE et article 57 de la directive 2004/17/CE.

3. Retour d'informations aux soumissionnaires écartés

Le pouvoir adjudicateur doit fournir un retour d'informations aux soumissionnaires après l'attribution du marché. Ce peut être une occasion utile de dialoguer avec

les soumissionnaires écartés et de les informer des stratégies du pouvoir adjudicateur sur les questions sociales en particulier. Si le soumissionnaire n'a pas été retenu en partie parce qu'il n'est pas parvenu à satisfaire aux critères sociaux, des informations peuvent alors lui être fournies pour qu'il y parvienne à l'avenir.

Attribution du marché: évaluation des offres — EN RÉSUMÉ

Établir les critères d'attribution: lorsque le critère de «l'offre économiquement la plus avantageuse» est choisi, les critères sociaux peuvent être insérés soit sous forme de références pour comparer entre elles les offres socialement responsables, soit comme un moyen d'introduire un élément social et de lui donner un certain poids.

Les critères d'attribution sociaux (mais aussi économiques ou environnementaux) doivent:

- être liés à l'objet du marché;
- ne pas conférer une liberté de choix illimitée au pouvoir adjudicateur;
- être expressément mentionnés dans l'avis de marché et le cahier des charges;
- être conformes au droit communautaire (y compris aux principes fondamentaux du TFUE: transparence, égalité de traitement et non-discrimination);
- faciliter l'identification de l'offre présentant le meilleur rapport qualité/prix pour le pouvoir adjudicateur;
- être conformes aux règles des directives marchés publics applicables.

Si l'offre apparaît «anormalement basse», analyser si cela est dû au fait que le soumissionnaire contrevient aux normes sociales.

D. Exécution du marché

La première chose devant être dite est que les marchés publics doivent toujours être exécutés en conformité avec toutes les règles obligatoires applicables, y compris les règlements sanitaires et sociaux. Si le pouvoir adjudicateur souhaite en outre qu'un contractant cherche à atteindre des objectifs sociaux supplémentaires⁷⁷, il peut pour cela utiliser les clauses d'exécution du marché.

Les clauses d'exécution du marché définissent la façon dont le contrat doit être mené à bien. Des considérations sociales peuvent être intégrées aux clauses d'exécution du marché, pour autant (i) qu'elles soient liées à l'exécution du marché, (ii) qu'elles aient été publiées dans le cahier des charges et (iii) qu'elles soient conformes au droit communautaire (y compris aux principes du TFUE).

1. Règles régissant les clauses d'exécution des marchés

Les clauses d'exécution d'un marché sont des obligations qui doivent être acceptées par tous les soumissionnaires retenus et qui ont trait à l'exécution du marché. Il est par conséquent en principe suffisant que les soumissionnaires s'engagent, lorsqu'ils soumettent leurs offres, à remplir ces conditions si le marché leur est attribué. Les offres des soumissionnaires qui n'acceptent pas ces conditions ne sont pas conformes au cahier des charges et ne peuvent donc pas être acceptées⁷⁸. Toutefois, les conditions d'exécution d'un marché ne doivent pas nécessairement être remplies au moment de la soumission de l'offre.

L'inscription des normes sociales requises au marché clarifie les attentes du pouvoir adjudicateur. L'adoption d'une méthode rigoureuse durant les phases de planification et de lancement de l'appel d'offres facilite la formulation de ces intentions dans des termes précis, ce qui améliore la gestion de l'exécution du marché.

Les clauses d'exécution des marchés ne doivent pas entrer en jeu pour déterminer l'offre retenue ni constituer des spécifications techniques, des critères d'attribution ou de sélection déguisés, mais il est autorisé d'ajouter des conditions supplémentaires au contrat, séparément des spécifications, des critères de sélection et d'attribution⁷⁹. Il peut s'agir de conditions sociales ou environnementales. Ainsi, si le pouvoir adjudicateur souhaite qu'un contractant cherche à atteindre des objectifs sociaux sans rapport avec les spécifications, il peut ajouter des conditions supplémentaires au marché. Ces conditions ne seront en lien qu'avec l'exécution du marché.

Les soumissionnaires doivent apporter la preuve que leurs offres répondent aux spécifications techniques, mais aucune preuve de conformité aux clauses d'exécution du marché ne peut être demandée durant la procédure d'appel d'offres.

Par ailleurs, les clauses d'exécution des marchés doivent:

- être liées à l'exécution du marché

Cela signifie que les clauses d'exécution du marché doivent être liées à des tâches nécessaires pour produire les biens/fournir les services/exécuter les travaux soumis à l'appel d'offres. Une condition n'est pas liée à l'«exécution» du contrat si, par exemple:

- elle exige du contractant d'embaucher une proportion définie de travailleurs handicapés sur un autre marché⁸⁰ ou impose des limites à ce que le contractant est autorisé à faire sur un autre marché;
- elle exige du contractant de contribuer financièrement à la construction d'un centre pour personnes défavorisées, par exemple;
- elle exige du contractant, dans un marché de travaux, de fournir des services de garderie pour les enfants du personnel (de tels services n'ont pas de lien avec les tâches nécessaires à l'exécution

⁷⁷ C'est-à-dire des objectifs allant au-delà de ceux imposés par la législation et qui n'ont trait ni aux spécifications techniques, ni aux critères de sélection, ni aux critères d'attribution.

⁷⁸ L'arrêt de la CJUE du 22 juin 1992 dans l'affaire C-243/89 (Storebaelt) stipulait qu'un pouvoir adjudicateur doit rejeter les offres qui ne respectent pas les conditions de l'appel d'offres afin d'éviter de contrevenir au principe d'égalité de traitement des soumissionnaires, qui est au cœur des directives marchés publics.

⁷⁹ Affaire Beentjes, arrêt de la CJUE dans l'affaire 31/87.

⁸⁰ Toutefois, l'obligation d'embaucher une proportion définie de travailleurs handicapés pour l'exécution du marché en question (et non un autre) peut être liée à son exécution.

des travaux; si le pouvoir adjudicateur souhaite fournir de tels services, il doit les soumettre eux aussi à un appel d'offres);

- être publiées dans le cahier des charges

Même si les clauses d'exécution du marché sont considérées extérieures à la procédure d'attribution des marchés, elles doivent néanmoins être stipulées clairement dans l'appel d'offres. Les soumissionnaires doivent avoir connaissance de toutes les obligations prévues au marché afin de les répercuter dans leurs prix⁸¹. Le soumissionnaire retenu doit honorer les engagements pris dans son offre au titre des conditions du marché.

- être conformes au droit communautaire (y compris aux principes fondamentaux du TFUE)

Par exemple, les conditions du marché ne doivent pas injustement désavantager les contractants potentiels provenant d'un autre État ni, plus généralement, conduire à un traitement inégal des soumissionnaires potentiels. Il est également important toutefois que les conditions du marché soient aussi conformes au droit communautaire en général et au droit social européen en particulier.

Enfin, les marchés publics doivent en toutes circonstances être exécutés en conformité avec toutes les règles applicables, y compris la réglementation du travail et les règlements sanitaires et sociaux.

2. Exemples de considérations sociales pouvant être intégrées aux clauses d'exécution du marché

Les considérants de la directive 2004/18/CE (avec quelques différences mineures dans la directive 2004/17/CE)⁸² donnent des exemples des considérations sociales pouvant être intégrées aux clauses d'exécution:

«Elles peuvent, notamment, avoir pour objet de favoriser la formation professionnelle sur chantier, l'emploi de personnes rencontrant des difficultés particulières d'insertion, de lutter contre le chômage (...) de recruter des chômeurs de longue durée ou de mettre en œuvre des actions de formation pour les chômeurs ou les jeunes, de respecter en substance les dispositions des conventions fondamentales de l'Organisation internationale du travail (OIT)⁸³ [et] de recruter un nombre de personnes handicapées qui irait au-delà de ce qui est exigé par la législation nationale.»

Les clauses d'exécution des marchés constituent en général le moyen le plus approprié, dans le déroulement de la procédure, d'intégrer des considérations sociales sur l'emploi et les conditions de travail des travailleurs participant à l'exécution du marché⁸⁴.

⁸¹ Article 26 de la directive 2004/18/CE et article 38 de la directive 2004/17/CE.

⁸² Considérant 33 de la directive 2004/18/CE et considérant 44 de la directive 2004/17/CE.

⁸³ Les dispositions des conventions fondamentales de l'OIT dont font référence les directives marchés publics sont les huit conventions fondamentales de l'OIT ayant été ratifiées par tous les États membres (voir la note 11 pour plus de détails).

⁸⁴ Comme indiqué aux sections précédentes, les conditions de travail des employés participant à l'exécution du marché ne sont, au sens des directives marchés publics, ni des spécifications techniques ni des critères de sélection. De plus, dans la mesure où ces considérations sociales sont difficiles à lier à l'objet du marché, il est en règle générale impossible de les intégrer aux critères d'attribution du marché (sauf sous forme de «critère additionnel» pour différencier deux soumissionnaires équivalents, comme l'a accepté la Cour de justice dans l'affaire C-225/98 et comme expliqué à la section «Attribution du marché»).

La communication interprétative de la Commission de 2001 indique que «le pouvoir adjudicateur dispose d'un large éventail de possibilités pour déterminer des clauses contractuelles en matière sociale» et donne «à titre d'exemple, des conditions particulières supplémentaires qu'un pouvoir adjudicateur pourrait imposer (...) au titulaire du contrat». Il s'agit des conditions suivantes:

- l'obligation de recruter des demandeurs d'emplois ou de mettre en œuvre des actions de formation lors de l'exécution de la prestation;
- l'obligation de mettre en œuvre, à l'occasion de l'exécution de la prestation, des mesures destinées à promouvoir l'égalité des chances entre hommes et femmes ou la diversité ethnique ou raciale ou de garantir un accès égal aux personnes handicapées;
- l'obligation de respecter, lors de l'exécution de la prestation, les droits de l'homme fondamentaux (comme l'interdiction du travail forcé et du travail des enfants) garantis par les dispositions des conventions fondamentales de l'OIT, dans l'hypothèse où ceux-ci n'auraient pas déjà été mis en œuvre dans le droit national;
- l'obligation de recruter, en vue de l'exécution du marché, un nombre de personnes handicapées qui irait au-delà de ce qui est exigé par la législation nationale dans l'État membre d'exécution du marché ou celui du titulaire du contrat.»

C'est dans le cadre de marchés publics de travaux et de services, qui impliquent la possibilité de prescrire un mode d'exécution notamment, que le pouvoir adjudicateur pourra le mieux tenir compte de préoccupations en matière sociale. Il semble plus difficile d'envisager des clauses contractuelles se rapportant au mode d'exécution pour les marchés de fournitures dans la mesure où imposer des clauses nécessitant l'adaptation de l'organisation, de la structure ou de la politique d'une entreprise établie sur le territoire d'un autre État membre pourrait s'avérer discriminatoire ou constituer une restriction injustifiée aux échanges.



Autres exemples:

Suède: Les marchés de construction attribués par l'Administration nationale de la voirie contiennent une clause standard qui oblige les contractants à respecter un certain nombre de conventions (les conventions fondamentales de l'OIT) lorsqu'ils exécutent des contrats en Suède. Cette même clause exige du contractant de respecter certaines obligations de compte-rendu prévues pour vérifier que les marchandises et les produits utilisés dans l'exécution du marché ont été développés dans un environnement sûr et conforme aux règles des conventions mentionnées. Les marchandises contrevenant à cette disposition doivent être remplacées aux frais du contractant. Le contractant doit veiller à ce que ses sous-traitants respectent ces mêmes obligations. Une pénalité doit être payée pour chacune des infractions du contractant à ces obligations sociales.

Royaume-Uni: En 2004, TfL (Transport for London) a mis en place un programme d'investissement de 10 milliards de livres sterling pour financer des projets de construction de grande envergure à Londres et notamment une extension de la ligne de métro East London Line. Égalité et inclusion ont été les concepts clés du programme et ont été à ce titre intégrés à part entière dans les marchés publics. Le projet East London Line (East London Line Project, ELLP) a été évalué à 500 millions de livres sterling pour les travaux principaux et à 350 millions de livres sterling pour le matériel roulant et l'entretien des équipements.

L'objectif stratégique du projet était d'utiliser les lignes de transport améliorées pour stimuler la régénération économique dans les zones traversées par l'extension, à savoir certains des quartiers les plus défavorisés de Londres. Dans ces secteurs résident différentes communautés culturellement et économiquement diversifiées, qui rencontrent des problèmes importants de chômage et d'exclusion sociale. Il était également nécessaire d'encourager la création de relations positives au sein de ces communautés pour minimiser l'impact des travaux et créer un environnement propice au bon fonctionnement de la nouvelle ligne. Dans ce contexte, l'égalité et l'inclusion ont été identifiés comme deux objectifs sociaux essentiels. TfL a donc adressé aux soumissionnaires un ensemble d'exigences à mettre en œuvre lors de l'exécution du projet: une stratégie d'égalité tout au long du projet, un plan de formation à la diversité pour le personnel impliqué et un plan de diversité des fournisseurs (afin de garantir que divers fournisseurs pourraient se proposer de répondre aux différentes opportunités créées par le projet). Ces exigences ont été incorporées à l'appel d'offres et aux conditions d'exécution du marché.

L'intégration d'exigences sociales aux termes et conditions d'un marché doit être mise en regard de la possibilité de contrôler, dans la pratique, le respect de ces exigences pendant l'exécution du marché, afin de ne pas ajouter des exigences supplémentaires qui ne pourraient pas être (ou ne seraient pas) efficacement contrôlées. Cela suppose de disposer de moyens de gestion du marché et de contrôle de la conformité.

3. Conformité au droit national du travail

Les deux directives marchés publics⁸⁵ indiquent clairement que «les lois, réglementations et conventions collectives, tant nationales que communautaires, en

vigueur en matière de conditions de travail et de sécurité du travail, s'appliquent pendant l'exécution d'un marché public, pourvu que de telles règles, ainsi que leur application, soient conformes au droit communautaire»⁸⁶.

L'approche adoptée par certains États membres sur cette question a parfois créé des controverses internes au sein des États membres. Ce fut le cas par exemple dans l'affaire Ruffert⁸⁷.

Il convient de souligner que, même si ce jugement a été rendu dans le contexte d'un marché public, il n'a pas d'incidence sur les possibilités offertes par les directives marchés publics concernant la prise en compte de considérations sociales dans la passation de marchés publics. Il clarifie uniquement le fait que (dans les mar-

Exemple:

Détachement de travailleurs au sein de l'UE: l'affaire Ruffert

La loi de Niedersachsen (le *Land* de Basse-Saxe) sur l'attribution de marchés publics stipule entre autres que les contrats de travaux publics ne peuvent être attribués qu'à des contractants qui s'engagent par écrit à accorder à leurs employés une rémunération au moins égale à celle stipulée par la convention collective (régionale) applicable. Le contractant doit également s'engager à imposer la même obligation à ses sous-traitants et à veiller qu'ils s'y conforment. Le non-respect de cet engagement donne lieu au paiement de pénalités contractuelles.

Le caractère légal de ces dispositions a été remis en question devant un tribunal régional allemand à l'occasion de l'exécution d'un contrat de travaux entre un pouvoir adjudicateur allemand et la société Objekt und Bauregie (O&B) portant sur la construction de la prison de Göttingen-Rosdorf. Le pouvoir adjudicateur a mis fin au contrat et a poursuivi O&B en justice pour paiement d'une pénalité contractuelle, parce qu'il avait été découvert que le sous-traitant polonais de la société O&B ne rémunérait ses ouvriers employés sur le chantier allemand que 46,57 % du salaire minimum stipulé dans la convention collective applicable.

Doutant du caractère légal de la disposition imposant une pénalité contractuelle, le tribunal régional allemand a référé la question à la Cour de justice européenne pour arrêt préjudiciel sur l'interprétation des aspects du droit communautaire pertinents dans cette affaire.

La Cour de justice a indiqué que la convention collective n'avait pas été déclarée universellement applicable (bien que l'Allemagne disposait d'un système permettant de déclarer l'application universelle des conventions collectives) et ne concernait qu'une partie du secteur de la construction, puisque la loi rendant contraignante la convention collective «Bâtiment et travaux publics» ne s'appliquait qu'aux marchés publics et non aux contrats privés. Par conséquent, le salaire minimum garanti par la convention collective «Bâtiment et travaux publics» n'était pas défini conformément aux procédures stipulées à l'article 3 de la directive 96/71/CE concernant le détachement des travailleurs («**Directive sur le détachement des travailleurs**»)*.

En conclusion, le jugement de la Cour de justice sur l'affaire Ruffert constate que les dispositions en question sont incompatibles avec la directive sur le détachement des travailleurs.

* Directive 96/71/CE du Parlement européen et du Conseil du 16 décembre 1996 concernant le détachement de travailleurs effectué dans le cadre d'une prestation de services.

⁸⁵ Considérant 34 de la directive 2004/18/CE et considérant 45 de la directive 2004/17/CE.

⁸⁶ L'un des exemples de cette conformité au droit communautaire est la nécessité de satisfaire les exigences de la directive 96/71/CE concernant le détachement de travailleurs effectué dans le cadre d'une prestation de services dans les situations transfrontalières, où des travailleurs d'un État membre fournissent des services dans un autre État membre pour la réalisation d'un marché public.

⁸⁷ Arrêt de la CJUE dans l'affaire C-346/06 (Dirk Ruffert contre Land Niedersachsen).

chés publics) les considérations sociales concernant le détachement de travailleurs doivent également être conformes au droit communautaire et en particulier à la directive concernant le détachement de travailleurs⁸⁸.

Les directives marchés publics prévoient que dans un processus d'appel d'offres, les pouvoirs adjudicateurs peuvent utiliser deux moyens spécifiques pour protéger les salariés.

Tout d'abord, ils peuvent indiquer dans le cahier des charges comment les soumissionnaires peuvent obtenir des informations sur leurs obligations en matière de protection du travailleur et de conditions de travail en vigueur dans l'État membre, la région ou la localité où les travaux doivent être réalisés ou le service fourni⁸⁹.

Ensuite, le pouvoir adjudicateur qui fournit ces informations doit demander aux soumissionnaires d'indiquer qu'ils ont pris en compte, lors de l'élaboration de leur offre, leurs obligations en matière de protection du travailleur⁹⁰ et des conditions de travail en vigueur dans la zone où les travaux doivent être réalisés ou le service fourni⁹¹. L'objectif de cette démarche est d'éviter que les contractants ne cherchent à réduire la protection des travailleurs dans le but d'être en mesure de soumettre une offre plus basse.

4. Gestion de la chaîne d'approvisionnement

Les pouvoirs adjudicateurs peuvent également intégrer aux clauses d'exécution du marché des considérations sociales adressées aux sous-traitants (interdisant par exemple le travail forcé et le travail des enfants, imposant des mesures de santé et de sécurité, des salaires minimum, des dispositions de sécurité sociale et plus généralement des conditions de travail décentes). Certains pouvoirs adjudicateurs ont également commencé à intégrer des clauses demandant aux sous-traitants de respecter les interdictions relatives au travail forcé et au



Exemple:

Ville de Paris: Le Bureau de l'habillement du conseil municipal de la ville de Paris est chargé de fournir des uniformes à ses 29 000 employés. Le bureau gère 300 000 pièces vestimentaires et 300 commandes par année. Il a intégré des préoccupations sociales et environnementales à ses procédures d'achat. Conformément à ses engagements, le Conseil de la ville de Paris demande à ses fournisseurs de signer une déclaration les engageant à respecter lors de l'exécution du marché certains droits du travail fondamentaux (qui incluent une référence explicite à l'âge minimum des travailleurs), tels que ceux définis par l'Organisation internationale du travail. Le Conseil de la ville de Paris demande aussi à ses fournisseurs de se soumettre aux vérifications d'un organisme indépendant mandaté par le conseil municipal et de mettre en œuvre les recommandations formulées comme suite à ces vérifications.

travail des enfants, dans les situations où la chaîne d'approvisionnement est susceptible d'intégrer des processus de production ou de traitement dans lesquels ces problèmes sont connus.

Cela a une incidence particulière sur les accords passés dans et avec des pays n'appartenant pas à l'Union européenne. Par exemple, les pouvoirs adjudicateurs sont de plus en plus préoccupés par la provenance légale et la durabilité du bois, en particulier lorsqu'il est importé de pays tiers confrontés à des difficultés particulières dans

⁸⁸ Directive 96/71/CE du Parlement européen et du Conseil du 16 décembre 1996 concernant le détachement de travailleurs effectué dans le cadre d'une prestation de services.

⁸⁹ Article 27, paragraphe 1, de la directive 2004/18/CE.

⁹⁰ Notamment du fait que ces dispositions doivent être conformes avec toutes les lois communautaires pertinentes.

⁹¹ Article 27, paragraphe 2, de la directive 2004/18/CE.

ce domaine. Il est de plus en plus reconnu que les activités forestières légales et durables tiennent compte non seulement de critères économiques et environnementaux, mais aussi de critères sociaux (tels que des conditions de travail et des salaires décentes, de bonnes conditions de santé et de sécurité et le respect des droits de jouissance et d'utilisation des communautés locales et indigènes).

Lorsque de telles exigences sont également imposées aux sous-traitants, les pouvoirs adjudicateurs doivent demander au principal contractant d'apporter des preuves de conformité, soit en se référant à des programmes de certification spécifiques (lorsqu'ils existent), soit par tout autre moyen fiable⁹².

Par exemple, dans le domaine de la foresterie, plusieurs programmes de certification ont été développés pour garantir une vérification indépendante de la conformité d'une ressource en bois à certaines normes de durabilité (notamment au titre de critères environnementaux et sociaux). Toutefois, ces programmes ne sont pas considérés comme les seuls moyens de preuve de la durabilité des ressources forestières: d'autres éléments de preuves équivalents doivent également être acceptés.

5. Gestion des marchés et contrôle de la conformité

Un système de gestion des performances doit définir les méthodes utilisées pour évaluer les performances et entreprendre les actions nécessaires. Cela peut supposer de récompenser les contractants pour leurs bonnes performances, de résoudre les problèmes d'insuffisances en la matière ou de travailler avec eux pour améliorer l'exécution du marché. Des indicateurs de performances clés traduisent les objectifs en données mesurables et indiquent ce qui constitue un niveau de performances acceptable. Des dispositifs de surveillance doivent garantir que les données de performances adé-

quates sont recueillies et sont efficacement analysées. Les conditions de paiement (qui doivent être spécifiées dans le marché) constituent un socle garantissant que le contractant fournira des prestations à la hauteur des exigences requises. Elles peuvent prévoir des dissuasions financières sanctionnant les mauvaises performances et des encouragements récompensant le dépassement des objectifs initiaux. Ces conditions financières doivent avoir été publiées au cahier des charges.

Exemple:

Royaume-Uni: Pour améliorer les services de restauration hospitalière qu'il fournit à l'Autorité de santé d'Irlande du Nord, le prestataire engagé réalise une enquête de satisfaction annuelle auprès des patients et analyse les informations recueillies par âge, origine ethnique et genre. L'Autorité a également lancé une évaluation du service de restauration suite à des articles de presse signalant des problèmes de malnutrition dans les services de gériatrie. Les éléments de preuve cumulés ont donné lieu à des modifications contractuelles qui ont permis d'améliorer le service aux services de gériatrie en fournissant des aides pour alimenter les patients.

L'amélioration des services peut être motivée par les mauvais résultats des indicateurs de performances clés ou par l'idée que, même si les objectifs sont atteints, il est toujours possible de faire mieux. Quelle que soit la situation, le contractant et le client doivent comprendre ce qui constitue les niveaux de performances et s'accorder sur la façon d'améliorer les résultats. En cas d'incapacité manifeste du contractant, il est possible d'invoquer un manquement aux conditions d'exécution, mais les

Exemple:

France: Les institutions publiques chargées de l'inclusion sociale ont contribué à mettre en œuvre des clauses sociales dans les marchés publics, par exemple en fournissant aux soumissionnaires retenus des aides pour gérer leurs effectifs engagés dans une voie d'insertion. Elles peuvent également faire office d'organisme de certification de la conformité sociale. Par exemple, l'Agglomération de Rouen a utilisé les moyens du Fonds social européen pour cofinancer l'embauche d'un gestionnaire de projet chargé de mettre en œuvre des clauses d'insertion sociale dans les différents marchés publics qu'elle avait conclus. La municipalité d'Arles a choisi d'embaucher un conseiller juridique spécialisé pour rédiger et gérer les appels d'offres contenant des clauses sociales.

⁹² Les pouvoirs adjudicateurs doivent toujours permettre au contractant de soumettre d'autres moyens de preuve (par exemple des certificats émis par une autorité publique ou par des organismes tiers, des rapports d'audit élaborés par des organismes tiers, des copies des contrats de travail, des copies de tous les documents pertinents, des preuves des visites de contrôle, etc.). Les pouvoirs adjudicateurs peuvent toutefois demander des preuves supplémentaires si les éléments initialement fournis par le contractant apparaissent (selon les circonstances) insuffisants ou non fiables.

mesures prises doivent rester mesurées. De même, l'analyse peut conduire à des variations contractuelles, au remaniement du service ou à des innovations.

Le marché doit être géré dans une «culture de partenariat». Clients et contractants ne peuvent gérer les risques et parvenir aux meilleurs résultats qu'en s'appuyant sur un

travail d'équipe créatif et engagé. En général, les contractants les plus compétents répondent bien à ce type de relations, prenant volontairement des engagements supplémentaires, par exemple autour de programmes de développement de compétences de base, d'innovations environnementales ou de soutien aux petites entreprises appartenant à leur chaîne d'approvisionnement.

Conditions d'exécution, gestion et contrôle du marché — EN RÉSUMÉ

Les clauses d'exécution des marchés constituent en général le moyen le plus approprié, dans le déroulement de la procédure, d'intégrer des considérations sociales sur l'emploi et les conditions de travail des salariés participant à l'exécution du marché.

Vérifier que les clauses d'exécution des marchés sont:

- liées à l'exécution du marché;
- cohérentes avec une recherche du meilleur rapport qualité/prix;
- indiquées dans le cahier des charges;
- conformes au droit communautaire (y compris aux principes fondamentaux du TFUE).

Vérifier que la conformité aux conditions d'exécution peut être correctement contrôlée.

Travailler en partenariat avec le fournisseur pour gérer ses performances et optimiser la réalisation des objectifs et la conformité aux conditions d'exécution.

Conserver suffisamment de traces des performances des fournisseurs, des contractants et des prestataires de services.

Utiliser des clauses de variation pour permettre au marché d'évoluer dans le temps, pour autant qu'elles soient compatibles avec les dispositions des directives marchés publics et avec le principe de transparence.

Travailler avec les fournisseurs (sur une base de volontariat) à l'amélioration continue du système et rester à jour des développements existants sur le marché. Plus particulièrement, travailler avec les fournisseurs pour faciliter le respect des principes de travail décent et de responsabilité sociale d'entreprise tout au long de la chaîne d'approvisionnement.

Commission européenne

Acheter social — Un guide sur les appels d'offres publics avec clauses de responsabilité sociale

Luxembourg: Office des publications de l'Union européenne

2011 — 49 p. — 21 x 29,7 cm

ISBN 978-92-79-18391-1

doi:10.2767/1787

Les marchés publics représentent 17 % du produit intérieur brut de l'UE. Leur apport dans des domaines tels que la politique sociale est donc considérable. Grâce à son « Guide to Taking Account of Social Considerations in Public Procurement » (Guide de la prise en compte des considérations sociales dans la passation de marchés publics), la Commission européenne entend exploiter cette contribution de deux manières : (a) en renforçant la sensibilisation des pouvoirs adjudicateurs aux avantages liés aux biens et services qui procurent des bénéfices sociaux et (b) en expliquant quelles sont les opportunités offertes par le cadre juridique communautaire actuel lorsque les marchés publics prennent en compte les considérations sociales. Le guide définit la passation des marchés publics socialement responsable et en explique les avantages. Il examine ce type de passation par rapport au modèle social européen et étudie son approche juridique et politique au sein de l'Union. Enfin, le guide élabore une stratégie de passation des marchés publics socialement responsable et explique comment identifier les besoins et organiser des procédures de passation. Il détermine aussi, d'un point de vue juridique, comment les considérations sociales peuvent être abordées lors des différentes étapes du processus de passation (depuis la définition du cahier des charges et des critères de sélection jusqu'à l'attribution des contrats et le suivi des résultats qui en découlent). Des exemples nationaux sont fournis pour illustrer diverses étapes du processus.

Cette publication est disponible en version électronique dans toutes les langues officielles de l'Union européenne.

Comment vous procurer les publications de l'union européenne?

Publications gratuites:

- sur le site de l'EU Bookshop (<http://bookshop.europa.eu>);
- auprès des représentations ou des délégations de l'Union européenne.
Vous pouvez obtenir leurs coordonnées en consultant le site <http://ec.europa.eu> ou par télécopieur au numéro +352 2929-42758.

Publications payantes:

- sur le site de l'EU Bookshop (<http://bookshop.europa.eu>).

Abonnements facturés (par exemple séries annuelles du *Journal officiel de l'Union européenne*, recueils de la jurisprudence de la Cour de justice de l'Union européenne):

- auprès des bureaux de vente de l'Office des publications de l'Union européenne (http://publications.europa.eu/others/agents/index_fr.htm).

Les **publications** de la direction générale de l'emploi,
des affaires sociales et de l'égalité des chances vous intéressent?

Vous pouvez les télécharger ou vous abonner gratuitement:
<http://ec.europa.eu/social/publications>

Vous pouvez également vous abonner gratuitement au bulletin d'information
électronique *L'Europe sociale* de la Commission européenne:
<http://ec.europa.eu/social/e-newsletter>

<http://ec.europa.eu/social>



www.facebook.com/socialeurope



■ Office des publications

