

Collection

Working paper

Sur le débat actuel autour du projet de directive sur les marchés publics

Morgane Dor

Mars 2013

Avec le soutien de



L'Europe pour
les citoyens



Wallonie



FÉDÉRATION
WALLONIE-BRUXELLES



RÉGION DE
BRUXELLES-
CAPITALE

Le Think tank européen *Pour la Solidarité* (asbl) – association au service de la cohésion sociale et d'un modèle économique européen solidaire – travaille à la promotion de la solidarité, des valeurs éthiques et démocratiques sous toutes leurs formes et à lier des alliances durables entre les représentants européens des cinq familles d'acteurs socio-économiques.

À travers des projets concrets, il s'agit de mettre en relation les chercheurs universitaires et les mouvements associatifs avec les pouvoirs publics, les entreprises et les acteurs sociaux afin de relever les nombreux défis émergents et contribuer à la construction d'une Europe solidaire et porteuse de cohésion sociale.

Parmi ses activités actuelles, *Pour la Solidarité* initie et assure le suivi d'une série de projets européens et belges ; développe des réseaux de compétence, suscite et assure la réalisation et la diffusion d'études socioéconomiques ; la création d'observatoires ; l'organisation de colloques, de séminaires et de rencontres thématiques ; l'élaboration de recommandations auprès des décideurs économiques, sociaux et politiques.

Pour la Solidarité organise ses activités autour de différents pôles de recherche, d'études et d'actions : la citoyenneté et la démocratie participative, le développement durable et territorial et la cohésion sociale et économique, notamment l'économie sociale.



Think tank européen **Pour la Solidarité**

Rue Coenraets, 66 à 1060 Bruxelles

Tél. : +32.2.535.06.63

Fax : +32.2.539.13.04

info@pouglasolidarite.be

www.pouglasolidarite.be

Les cahiers de la Solidarité

Collection dirigée par Denis Stokkink

La Transition : un enjeu économique & social pour la Wallonie, Cahier n° 32, Mars 2013

Perspectives des instruments européens pour la réinsertion des détenus : quels moyens pour quels résultats ?, Cahier n° 31, Février 2013

Les primo-arrivants face à l'emploi en Wallonie et à Bruxelles, Cahier n° 30, novembre 2012

L'intégration des Primo-arrivants en Wallonie et à Bruxelles, Cahier n° 29, Juin 2011

Les emplois verts, nouvelle opportunité d'inclusion sociale en Europe, Cahier n°28, mai 2012

Viellissement actif et solidarité intergénérationnelle : constats, enjeux et perspectives, Cahier hors - série, Mars 2011

Services sociaux d'intérêt général : entre finalité sociale et libre-concurrence, Cahier n° 27, Mars 2011

Logement vert, logement durable ? Enjeux et perspectives, Cahier n° 26, Mars 2011

Agir pour une santé durable - Priorités et perspectives en Europe, Cahier n° 25, Janvier 2011

La lutte contre la pauvreté en Europe et en France, Cahier n° 24, Novembre 2010

Inclusion sociale active en Belgique, Cahier hors-série, Novembre 2010

Responsabilité sociétale des entreprises. La spécificité des sociétés mutuelles dans un contexte européen, Cahier n° 23, 2010

Concilier la vie au travail et hors travail, Cahier hors-série, 2010

Faut-il payer pour le non-marchand ? Analyse, enjeux et perspectives, Cahier n° 22, 2009

Mobilité durable. Enjeux et pratiques en Europe, Série développement durable et territorial, Cahier n° 21, 2009

Tiphaine Delhommeau, *Alimentation : circuits courts, circuits de proximité*, Cahier n° 20, 2009

Charlotte Creiser, *L'économie sociale, actrice de la lutte contre la précarité énergétique*, Cahier n° 19, 2009

Europe et risques climatiques, participation de la Fondation MAIF à la recherche dans ce domaine, Cahier n° 18, 2009

Thomas Bouvier, *Construire des villes européennes durables*, tomes I et II, Cahiers n° 16 et 17, 2009

Europe, énergie et économie sociale, Cahier n° 15, 2008

Décrochage scolaire, comprendre pour agir, Cahier n° 14, 2007

Séverine Karko, *Femmes et Villes : que fait l'Europe ? Bilan et perspectives*, Cahier n° 12 (n° 13 en version néerlandaise), 2007

Sophie Heine, *Modèle social européen, de l'équilibre aux déséquilibres*, Cahier n° 11, 2007

La diversité dans tous ses états, Cahier n° 10, 2007

Francesca Petrella et Julien Harquel, *Libéralisation des services et du secteur associatif*, Cahier n° 9, 2007

Annick Decourt et Fanny Gleize, *Démocratie participative en Europe. Guide de bonnes pratiques*, Cahier n° 8, 2006

Éric Vidot, *La reprise d'entreprises en coopératives : une solution aux problèmes de mutations industrielles ?* Cahier n° 7, 2006

Anne Plasman, *Indicateurs de richesse sociale en Région bruxelloise*, Cahier n° 6, 2006

Ce working paper est une publication électronique qui peut à tout moment être améliorée par vos remarques et suggestions. N'hésitez pas à nous contacter pour nous en faire part.

Ce projet a été financé avec le soutien de la Commission européenne. Cette publication n'engage que son auteur, et la Commission n'est pas responsable de l'usage qui pourrait être fait des informations.

Table des matières

Introduction	6
1. Un bref historique	7
1.1 Une initiative de la Commission européenne	7
1.2 Le constat des lacunes des directives de 2004	11
1.3 La jurisprudence de la Cour de Justice de l'Union européenne.....	12
2. Les enjeux économiques et sociaux de la nouvelle directive « Marchés publics ».....	13
2.2 La nécessité de moderniser les règles européennes de la commande publique pour soutenir la croissance et l'emploi	14
2.3 L'intégration de clauses sociales.....	16
2.3.1 Les cas de jurisprudence avant l'adoption des directives européennes de 2004 sur les marchés publics	16
2.3.2 La directive européenne 2004/18/CE relative à la coordination des procédures de passation des marchés publics de travaux, de fournitures et de services	17
2.4 Vers des marchés publics écologiques	18
2.4.1 La prise en compte progressive des considérations environnementales dans le domaine de la commande publique	18
2.4.2 Le rôle des institutions européennes.....	20
2.4.3 Les enjeux des politiques d'achats durables	21
2.4.4 L'avenir des clauses sociales et environnementales.....	23
3. Conclusion	25

Introduction

Les marchés publics sont aujourd'hui au cœur de l'actualité européenne avec l'adoption prochaine d'une nouvelle série de directives qui vise à simplifier et à moderniser le droit communautaire en la matière. En effet, le Marché Intérieur, pilier du cadre de vie de l'espace commun européen et de l'activité économique européenne, subit aujourd'hui un certain essoufflement et est l'objet d'un certain nombre de critiques. Suite à un rapport remis par Mario Monti, en tant qu'ancien Commissaire au Marché Intérieur, la Commission européenne a proposé en 2011 l'« Acte pour le marché unique »¹, composé de douze actions prioritaires dans la perspective d'un « *meilleur fonctionnement du Marché Intérieur* » et dont les actions en matière de marchés publics sont l'un de ces douze leviers.

En effet, les normes communautaires représentent un élément primordial du droit des marchés publics, en ce sens que les marchés publics sont l'un des secteurs où l'impact du droit communautaire sur le droit national est le plus perceptible. L'ouverture de ces marchés qui représentent actuellement 16%² du PIB de l'UE, a permis d'accroître la concurrence entre les entreprises de l'Union européenne, réduisant les prix et garantissant une meilleure qualité des services aux citoyens.

La législation communautaire définit les marchés publics comme : « *un contrat à titre onéreux portant sur des fournitures, des prestations ou des travaux exécutés par une personne physique ou morale au profit d'un pouvoir adjudicateur* ». En d'autres termes, la passation de marchés publics est la procédure par laquelle des autorités publiques, qu'elles soient nationales ou locales, se portent acquéreurs de biens et de services ou font exécuter des travaux.

La construction progressive du droit des marchés publics a sollicité deux acteurs institutionnels de premier plan : la Commission européenne, qui a été à l'initiative des grandes directives sur le sujet depuis les années 80 et la Cour de Justice de l'Union européenne par une construction jurisprudentielle importante, comme nous le verrons dans une première partie. Cependant, les directives de 2004, actuellement en vigueur, ont montré leurs lacunes. Afin de simplifier les procédures et de mieux faire fonctionner la passation des marchés publics, la Commission européenne a engagé des études de grande ampleur sur l'efficacité du droit actuel en la matière. Les nouvelles directives proposées tirent les enseignements de ces études pour retrouver en ces temps de morosité économique, tant pour les collectivités que les usagers et les entreprises, des gains, des économies et des opportunités.

¹ Appelé aussi couramment par son nom anglais : *Single Market Act*

² Site Europa, l'Europe est à vous, section « Marchés publics » :

http://europa.eu/youreurope/business/profitting-from-eu-market/benefiting-from-public-contracts/index_fr.htm

Les textes de ces directives, en cours de discussion fin 2012, début 2013, au Parlement européen et au Conseil, tendent à moderniser et simplifier les procédures de passation des marchés publics. Cependant, le texte original de la Commission a connu un nombre d'amendements très important de la part du Parlement, notamment sur les questions sociales et environnementales, très peu mises en valeur dans le texte initial. Quels rôles joueront les clauses sociales et environnementales? Les textes définitifs seront-ils dans une vraie logique de promotion des achats durables et des marchés publics écologiques? Quels sera l'impact réel de ces textes dans les politiques nationales de marchés publics? Voici les questions que nous allons nous poser dans cette analyse, afin de mieux cerner les tenants et les aboutissants de ces nouvelles directives sur les marchés publics.³

1. Un bref historique

1.1 Une initiative de la Commission européenne

Depuis son origine, plusieurs directives sont venues jaloner les années de construction des marchés publics nationaux. La directive est par essence, un texte respectueux des particularités nationales, puisque celle-ci fixe un résultat à atteindre et laisse libre choix aux Etats sur la manière de le mettre en œuvre. La directive impose une norme nationale de transposition, et permet ainsi le respect des spécificités nationales dans l'application du droit communautaire. Les Etats membres ont ainsi pu préserver les spécificités de leur droit national de la commande publique tout en élaborant un cadre commun, garant de la préservation du marché unique.

Historiquement, les marchés publics ont commencé à être pris en compte dans la législation européenne par une première vague de directives dans les années 70. La Commission européenne voulait à l'époque achever le Marché Intérieur et a donc en ce sens proposé au Conseil un certain nombre de directives visant l'ouverture de l'accès aux commandes publiques dans les différents pays européens. Ces dernières ont tenté d'encadrer la passation des marchés publics au niveau européen mais se sont révélées être un échec, leur inefficacité découlant à la fois de la timidité des textes et de l'absence de contrôle et de sanctions dans les différents États membres. La révision et le renforcement de ces directives étaient donc nécessaires pour parachever le Marché unique dans ce domaine. En l'occurrence, le domaine des marchés publics était considéré par la Commission européenne comme un secteur test, en raison du cloisonnement des différents marchés nationaux issus des politiques protectionnistes des États membres.

³ Vous trouverez également des réponses à ces questions dans l'étude réalisée par Pour la Solidarité en mars 2011 intitulée « *Quel cadre public pour faciliter l'accès des entreprises de l'économie sociale aux marchés publics?* ». Disponible à cette adresse : http://www.pourlasolidarite.eu/Quel-cadre-public-pour-faciliter-l?var_recherche=march%E9s%20publics?lang=fr

La seconde vague de directives, dites « Recours »⁴, a été adoptée entre 1989 et 1995. Ces directives « recours » visaient à mettre en place des moyens de recours rapides et efficaces pour assurer un niveau de protection minimum dans tous les Etats membres de la Communauté. Elles prévoient notamment l'octroi de mesures provisoires, l'annulation des décisions illégales et le pouvoir d'accorder des dommages-intérêts. Inscrites dans une perspective de construction du Marché unique, ces directives avaient pour objectif de permettre aux entreprises européennes un accès égal aux marchés publics nationaux des Etats membres. Cette égalité de traitement était alors rendue possible grâce à des règles de publicité qui imposaient l'information sur le lancement de l'attribution des procédures de marchés et permettait ainsi une mise en concurrence des entreprises intéressées.

Les textes adoptés tendent à suivre l'objectif de construction du marché unique européen, en harmonisant les règles nationales relatives à la passation des marchés publics, et non en les unifiant. Les règles nationales, respectueuses des particularismes nationaux continuent donc de s'appliquer, et notamment pour les marchés en dessous d'un certain seuil, car jugés sans influence sur les échanges intra-communautaires⁶.

Le règlement⁷ CE 2195/2002, quant à lui, a établi un système de classification unique, le vocabulaire commun pour les marchés publics (« *common procurement vocabulary* », CPV). Cette classification s'efforce de couvrir l'ensemble des besoins de fournitures, travaux et services en imposant aux pouvoirs adjudicateurs l'utilisation de ce vocabulaire commun lors de leurs appels d'offres, améliorant ainsi leur transparence.

La troisième vague date du 31 mars 2004⁸ et se compose des **directives 2004/17/CE et 2004/18/CE**, garantissant des procédures transparentes et non discriminatoires. Ces directives visent principalement à assurer aux opérateurs économiques la pleine jouissance des libertés fondamentales dans la concurrence pour les marchés publics. La première directive de 2004⁹ (dite « classique ») s'applique aux marchés publics conclus par un pouvoir adjudicateur dans des secteurs autres que l'eau, l'énergie, les transports et les services postaux pour des fournitures, des services et des travaux qui ne sont pas exceptionnellement exclus par la directive même, ainsi qu'aux concessions de travaux. Les Etats membres peuvent réserver la participation à certains marchés publics à des ateliers protégés ou en réserver l'exécution dans le cadre de programmes d'emplois protégés, lorsque la majorité des travailleurs concernés sont des personnes handicapées.

⁴ Conseil d'État, Marché public – Le déféré précontractuel, *Dossiers thématiques*, 22 avril 2009.

⁵ Directive « Recours/Marchés publics dans les secteurs classiques », 30 décembre 1989, 89/665/CEE et Directive « Recours/Marchés publics dans les secteurs des réseaux », 25 février 1992, 92/13/CEE.

⁶ Philippe flamme, membre du bureau d'études Flamme S. P. R. L., « Les règles européennes sur les marchés publics », juin 2005.

⁷ Règlement (CE) n° [2195/2002](#) du Parlement européen et du Conseil du 5 novembre 2002 relatif au vocabulaire commun pour les marchés publics (CPV)

⁸ Directive "marchés publics/secteurs classiques", 31 mars 2004, 2004/18/EC et Directive "marchés publics/secteurs des réseaux", 31.03.2004, 2004/17/EC.

⁹ 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.

La Directive 2004/17/CE¹⁰ relative aux « secteurs spéciaux » de l'eau, de l'énergie, des transports et des services postaux s'applique aux marchés publics conclus par un pouvoir adjudicateur dans les secteurs en cause pour des fournitures, des services et des travaux, qui ne sont pas exceptionnellement exclus par la directive même. Cependant, à la différence de la directive « classique », elle ne s'applique pas aux concessions de travaux.

Au fil des années, l'UE a mis en place des dispositions législatives qui visent à moderniser et faciliter le processus de passation de marchés. Elle a renforcé la transparence, l'équité et l'interopérabilité en la matière par le biais d'outils tels que la base de données TED (Tenders Electronic Daily), le système de classification unique (matérialisé par le vocabulaire commun pour les marchés publics) ou le système d'information pour les marchés publics européens (SIMAP). Elle a également signé l'accord plurilatéral sur les marchés publics (AMP) et négocié au sein de l'Organisation mondiale du commerce (OMC) une procédure internationale de passation.¹¹

Au regard de la part que revêtent les marchés publics dans le PIB de l'Union, il s'avère nécessaire d'assurer l'égalité entre toutes les entreprises face à la commande publique, et notamment vis-à-vis des PME, et c'est dans cette perspective que la Commission a publié en 2011 un « **Livre vert sur la modernisation de la politique de l'UE en matière de marchés publics – vers un marché européen des contrats publics plus performant** »¹², dont le but est d'aboutir, à terme, à une proposition législative sur la réforme des règles européennes en matière de marchés publics¹³.

Les marchés publics doivent constituer un levier de croissance et d'innovation, sans se limiter à un remède contre la crise. Pour ce faire, dans le prolongement de son livre vert de début 2011, la Commission européenne a rédigé en 2012 une **proposition de directive**¹⁴ en vue de moderniser la législation communautaire remontant à 2004. Ce texte présente des avancées majeures en termes de simplification et de renforcement de la place des PME.¹⁵

¹⁰ 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

¹¹ L'AMP se fonde sur les principes d'ouverture, de transparence et de non-discrimination, qui s'appliquent aux marchés publics visés par l'Accord dans l'intérêt des parties et de leurs fournisseurs, marchandises et services. Le texte de l'Accord comprend les règles spécifiques mettant en œuvre ces principes : http://www.wto.org/french/docs_f/legal_f/gpr-94_01_f.htm

¹² Consultation sur la modernisation de la politique de l'UE en matière de marchés publics (clôturée le 18.04.2011)

¹³ Livre vert sur la modernisation de la politique de l'Union européenne en matière de marchés publics – Enjeux pour les entreprises et propositions de la CCIP, Chambre de commerce et d'industrie de Paris, 14 avril 2011

¹⁴ Proposition de directive du Parlement européen et du sur la passation des marchés public (COM/2011/0896 final – 2011/0438 (COD) : <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=COM:2011:0896:FIN:FR:PDF>

¹⁵ Synthèse du rapport de N. Gueury, position de la Chambre du Commerce et de l'Industrie de Paris sur *la proposition de directive sur la modernisation de la politique de l'Union européenne en matière de marchés publics*, les rapports et études de la CCIP, 23 février 2012.

Principaux textes

- 1971** : *Directive 71/305/CEE du Conseil du 18 juin 1971 portant coordination des procédures de passation des marchés publics de travaux*¹⁶ : première tentative d'encadrement de la procédure de passation des marchés publics au niveau européen
- 1992** : *Directive 92/50/CEE du Conseil du 18 Juin 1992 portant sur les procédures de passation des marchés publics de services*
- 1993** : *Directive 93/96/CEE du Conseil du 14 Juin 1993 portant sur les procédures de passation des marchés publics de fournitures.*
Directive 93/37/CEE du Conseil du 14 Juin 1993 portant sur les procédures de passation des marchés publics de travaux.
Directive 93/38/CEE du Conseil du 9 août 1993 portant sur les procédures de passation des marchés dans les secteurs de l'eau, de l'énergie, des transports et des télécommunications.
- 2004** : *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.*
Directive 2004/17/CE du Parlement européen et du Conseil du 31 mars 2004 portant sur la coordination des procédures de passation des marchés dans les secteurs de l'eau, de l'énergie, des transports et des services postaux
- 2006** : *Droit communautaire applicable aux passations de marchés non soumises ou partiellement soumises aux directives «marchés publics»* (communication interprétative de la Commission) : Cette communication s'applique aux marchés de faible montant ne dépassant pas les seuils prévus par les directives «marchés publics», mais présentant un intérêt transfrontalier et aux marchés supérieurs à 193 000 euros, pour lesquels les directives ne prévoient que des règles limitées, comme les services de santé et les services juridiques.
- 2008** : **Règlement (CE) n° 213/2008** de la Commission du 28 novembre 2007 modifiant le règlement (CE) n° 2195/2002 du Parlement européen et du Conseil relatif au vocabulaire commun pour les marchés publics (CPV).
- 2013** : Directive modifiant les directives 2004/18/CE et 2004/17/CE en cours de discussion au Parlement européen et au Conseil. Adoption prévue dans le courant 2013.

¹⁶ <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:L:1971:185:0005:0014:FR:PDF>

1.2 Le constat des lacunes des directives de 2004

Le Marché Intérieur, qui est un pilier du cadre de vie de l'espace commun européen et de l'activité économique européenne, subit en effet aujourd'hui une certaine inefficacité, qui a entraîné de nombreuses actions de réforme de la part la Commission européenne, notamment par le biais de l' « Acte pour le marché unique ». Les propositions de modifications des directives en matière de marchés publics ont été précédées par un travail d'évaluation et d'analyse sur le terrain pour la Commission. Cette dernière a fait appel à un grand nombre d'études externes¹⁷ destinées à obtenir une analyse fine du fonctionnement actuel des deux directives de 2004. Ces études ont permis de mettre en lumière les points forts et les lacunes des textes¹⁸.

En premier lieu, les études ont fait le constat, du **coût important des procédures d'appel trop complexes** pour les entreprises, que les gains obtenus en cas d'obtention du marché ne pouvaient pas compenser. Même si les bénéfices sont réels, les coûts peuvent se révéler disproportionnés, en particulier pour les contrats de faibles valeurs. Cette perte financière directe est donc un premier frein que la simplification des procédures de passation tend à pallier.

Le deuxième obstacle est plus général et réside dans le constat que les **contrats de passation de marchés publics sont beaucoup plus faibles que ce qu'ils ne devraient**, notamment dans les cas de marchés transfrontaliers. L'idée est donc de simplifier le droit des marchés publics en général pour en permettre un meilleur accès, et être ainsi source de davantage de commerce et d'efficacité sur le Marché Intérieur.

Le troisième obstacle constaté vient de la nature même des textes. En effet, les directives définissent les objectifs à atteindre, mais **ne définissent par les moyens pour atteindre ces objectifs**. Les interprétations nationales et les transpositions dans les droits internes de chaque Etat membre sont par conséquent très hétérogènes, et une procédure peut prendre jusqu'à trois fois plus de temps dans un Etat que dans un autre. L'un des grands objectifs de la réforme, afin notamment de lutter contre ces disparités, consiste à améliorer la gouvernance, les actions d'accompagnement et de surveillance mises en place par les Etats membres pour le bon fonctionnement des règles relatives aux marchés publics.

Le quatrième obstacle réside dans le fait que les **États membres utilisent de plus en plus la commande publique comme un outil stratégique au service d'autres politiques**, qu'il s'agisse du développement durable, de considérations sociales, ou d'innovation, selon des pratiques

¹⁷ Etudes et rapports disponibles sur le site de la Commission européenne : http://ec.europa.eu/internal_market/publicprocurement/modernising_rules/evaluation/index_fr.htm

¹⁸ Ces quatre difficultés ont été présentées par M. Georg Riekeles lors d'une intervention au conseil général de l'environnement et du développement durable français intitulée : « *Les nouvelles règles européennes de la commande publique* »

hétérogènes. Sur les 30 Etats membres de l'Espace économique européen concernés par les directives, 27 Etats ont mis en place des plans d'action sur l'achat public vert ; la moitié des Etats membres ont mis en place des plans d'action à des fins de politique sociale. Néanmoins, seulement deux Etats membres ont mis en place une réflexion nationale sur l'usage de la commande publique pour soutenir l'innovation, la recherche et le développement. Il est donc très difficile pour les instances européennes de mesurer l'impact de ces mesures, et la Commission constate également que ces objectifs peuvent parfois être contreproductifs dans leurs applications, en complexifiant les règles de passation des marchés publics au lieu de les simplifier.

Ces quatre lacunes des directives de 2004 ne sont pas les seules, mais représentent clairement les difficultés principales que les nouvelles directives tendent à surmonter, et ce afin de trouver un meilleur équilibre entre les coûts d'un système de régulation et les bénéfices obtenus.

1.3 La jurisprudence de la Cour de Justice de l'Union européenne

La conception communautaire des marchés publics ne découle pas uniquement de ces directives, elle est également le fruit de la jurisprudence de la Cour de Justice de l'Union européenne. Celle-ci est essentielle dans la mesure où son analyse démontre **la tendance du juge communautaire à interpréter de manière extensive la notion de marché public.**

La jurisprudence européenne en matière de marchés publics compte aujourd'hui plus d'une centaine d'arrêts, et il est aujourd'hui reconnu que le **droit des marchés publics est le fruit d'une construction éminemment jurisprudentielle.** Ce droit étant uniquement créé par des directives, son interprétation et son application peuvent varier considérablement d'un Etat à l'autre. A ce titre, la jurisprudence du juge du Luxembourg a eu un rôle majeur dans la construction du droit européen des marchés publics, tantôt en précisant des termes jusque là trop vagues ou généraux, tantôt en restreignant ou en élargissant son champ d'application face à des textes trop imprécis, le tout dans une perspective d'harmonisation des législations nationales.

Son incidence la plus évidente aura été **d'étendre le champ des règles de publicité et de mise en concurrence,** notamment en élargissant la notion de marché, et en approfondissant substantiellement ces règles. En effet, droit communautaire a imposé d'ouvrir à la concurrence au moins cinq catégories de contrats qui traditionnellement n'étaient pas considérés comme soumis aux règles de mise en compétition, parce qu'ils étaient considérés comme exclus du champ du code des marchés publics : les contrats entre personnes publiques¹⁹, les contrats entre personnes publiques et les associations, les contrats d'aménagement, les contrats de mandat²⁰, et les contrats passés par des «

¹⁹ CJCE, 18 novembre 1999, Teckal, affaire C-107/98

²⁰ CJCE, 20 octobre 2005, affaire C-264/03 Commission/France, arrêt du 20.10.2005

organismes de droit public » au sens communautaire, mais qui n'ont pas le caractère de personnes morales de droit public au sens du droit français. Notamment, l'arrêt *Stadt Halle* de 2005²¹ indique clairement qu'il faut mettre fin aux facilités dont disposaient les sociétés d'économie mixte locales pour recevoir des concessions sans mise en concurrence ni transparence de la part de leurs actionnaires publics²².

Sur le fond du régime des contrats publics, le droit communautaire a renforcé l'application du droit de la consommation à certains contrats publics, et notamment ceux liant les services publics industriels et commerciaux à leurs usagers. Il a en outre contribué à modifier les logiques de l'achat public, pour les orienter vers des logiques de marché, mais aussi vers une prise en compte plus rationnelle des considérations environnementales ou sociales²³.

2. Les enjeux économiques et sociaux de la nouvelle directive « Marchés publics »

Comme elle l'avait annoncé dans l'Acte sur le Marché unique, la Commission a adopté en décembre 2011 ses propositions relatives aux règles européennes sur la commande publique, dans le cadre d'un programme de réformes en profondeur visant à moderniser les règles des marchés publics. Ce programme inclut la révision des directives sur les procédures de passation des marchés dans les secteurs de l'eau, de l'énergie, des transports et des services postaux, la révision de la directive sur les marchés publics de travaux, de fournitures et de services, ainsi que l'adoption d'une directive sur les concessions²⁴, partiellement réglementées au niveau européen jusqu'à aujourd'hui.

Concernant les marchés publics, l'enjeu majeur de ces directives, selon le rapporteur Marc Tarabella, eurodéputé et président de l'intergroupe du Parlement européen « Economie sociale », est de « *trouver un juste milieu entre la simplification des règles et des procédures, et l'instauration de procédures saines et efficaces fondées sur des critères d'attribution liés à l'innovation, au caractère durable, mais aussi d'assurer une participation plus élevée des PME* ». L'eurodéputé a par ailleurs insisté sur la nécessité d'abandonner la notion du prix le plus bas en matière d'attribution des marchés publics, au profit de « *la*

²¹ CJCE, 2005, *Stadt Halle et RPL Recyclingpark Lochau GmbH/Arbeitsgemeinschaft Thermische Restabfall- und Energieverwertungsanlage TREA Leuna*, Affaire C-26/03, point 48, Recueil 2005, p. I- 00001

²² Loïc Azoulay, sous la direction de Jean-Bernard Auby, « *L'influence du droit européen sur les catégories juridiques du droit public* », mai 2009.

²³ CJCE, C-31/87, 20 septembre 1988, *Gebroeders Beentjes BV c/ Pays-Bas*, Rec., p. 4635

²⁴ Selon l'article 1 de la 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, « *La concession de travaux publics est un contrat présentant les mêmes caractéristiques qu'un marché public de travaux, à l'exception du fait que la contrepartie des travaux consiste soit uniquement dans le droit d'exploiter l'ouvrage, soit dans ce droit assorti d'un prix* ».

notion de l'offre économiquement la plus avantageuse [qui garantirait] un processus de production socialement durable.²⁵ »

2.1 Un des leviers fondamentaux de l' « Acte pour le marché unique »

L' « Acte pour le marché unique », adopté le 13 avril 2011 par la Commission européenne, définit les douze leviers politiques de la stratégie européenne pour « stimuler la croissance et renforcer la confiance ». Parmi ces douze leviers, le texte propose la création d'un « *cadre législatif des marchés publics révisé et modernisé avec l'objectif d'aboutir à une politique équilibrée qui soutienne une demande pour des biens, des services et des travaux respectueux de l'environnement, socialement responsables et innovants. Cette révision doit également offrir des procédures plus simples et plus flexibles aux pouvoirs adjudicateurs, et assurer un accès plus facile aux entreprises, notamment aux PME* »²⁶. Le texte poursuit ensuite en insistant sur la capacité des marchés publics à devenir un outil de promotion d'un marché unique plus écologique, social et innovant.

2.2 La nécessité de moderniser les règles européennes de la commande publique pour soutenir la croissance et l'emploi

Michel Barnier, Commissaire européen au Marché intérieur et aux Services, a déclaré sur le site de la Direction Générale Marché Intérieur de la Commission Européenne : « *Mon objectif est d'assurer une meilleure utilisation des 2,2 milliards d'euros de fonds publics dépensés chaque année, grâce à des marchés publics qui favorisent l'amélioration de l'environnement, la cohésion sociale et l'innovation* »²⁷. A la suite des études externes²⁸ commandées par la Commission ces deux dernières années, celle-ci a mis en place un livre vert²⁹ début 2011 contenant un certain nombre de questions auxquelles tout opérateur public ou privé pouvait répondre. La consultation a fait l'objet d'une grande participation de la part des parties-prenantes, et a confirmé les conclusions des études externes, notamment sur l'objectif principal de simplification des règles³⁰.

²⁵ Propos de M. Tarabella lors de la présentation de la proposition de directive lors de l'intergroupe du Parlement européen le 9 mai 2012: <http://services-publics-europe.eu/fr>

²⁶ Communication de la Commission européenne au Parlement européen, au Conseil, au Comité économique et social européen et au comité des régions, « L'Acte pour le marché unique : Douze leviers pour stimuler la croissance et renforcer la confiance, Ensemble pour une nouvelle croissance », COM(2011) 206 final, p.19

²⁷ http://ec.europa.eu/internal_market/publications/docs/public-procurement_fr.pdf

²⁸ Etudes et rapports disponibles sur le site de la Commission européenne : http://ec.europa.eu/internal_market/publicprocurement/modernising_rules/evaluation/index_fr.htm

²⁹ Livre vert sur la modernisation de la politique de l'UE en matière de marchés publics, vers un marché européen des contrats publics plus performants, COM (2011) 15 final : <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=COM:2011:0015:FIN:FR:PDF>

³⁰ Synthèse de l'analyse des résultats de la consultation : http://ec.europa.eu/internal_market/consultations/docs/2011/public_procurement/synthesis_document_en.pdf

La Commission souhaite également promouvoir la **généralisation des procédures de passation de marché en ligne**, grâce auxquelles les administrations et autres entités du secteur public désireuses d'acheter des fournitures ou des services ou de publier des appels d'offres peuvent communiquer et effectuer des transactions par voie électronique. Dans ce but, elle a lancé une consultation publique, en octobre 2010, et mis en place une nouvelle base de données, baptisée e-Certis³¹, qui permet d'obtenir la documentation requise pour la passation de marchés publics dans l'UE.

Vivement soutenue dans les propositions, la participation des PME fait aujourd'hui partie des principaux objectifs des nouvelles directives. Cependant, les préconisations sur les types d'actions varient entre les autorités publiques et les opérateurs privés, notamment l'augmentation des seuils, davantage soutenue par les pouvoirs publics. D'autres propositions telles que la simplification des documents à fournir pour qualifier, la nécessité d'un cadre de coopération entre acteurs publics pour clair, davantage de règles modifiant les contrats en cours et le recours accru à la négociation ont été envisagés.

L'objectif principal de la nouvelle proposition de directive est avant tout la **simplification et l'assouplissement des règles et procédures**. Cette priorité est issue des enseignements tirés de cette consultation et des études externes précédemment mentionnées. Pour cela, la Commission propose notamment un recours plus systématique à la négociation, l'extension exponentielle de l'électronique en tant que mode de communication et une réduction conséquente de la charge administrative, et notamment des documents relatifs à l'éligibilité des opérateurs économiques. Le but ici est de permettre aux pouvoirs publics d'acquérir des biens et services qui répondent aux mieux à leurs besoins et qui sont les plus avantageux, mais aussi de faciliter la participation et la réalisation des candidatures pour les opérateurs privés.

Pour faciliter la participation des PME, la Commission propose des mesures visant à réduire la charge administrative et à limiter les exigences en termes de capacité financière requise pour la soumission d'une offre. Le texte propose également une meilleure prise en compte des critères sociaux et environnementaux, par une prise en compte du cycle de vie ou par l'insertion des personnes vulnérables ou défavorisées, améliorant du même coup l'usage qualitatif de la commande publique pour atteindre les objectifs de la stratégie Europe 2020.

La Commission propose également des mesures pour renforcer l'intégrité des procédures, en améliorant les garanties existantes pour réduire les conflits d'intérêt, la corruption et le favoritisme. Enfin, la proposition impose aux Etats de désigner une autorité nationale unique en charge de la surveillance, de l'exécution et du contrôle des marchés publics pour assurer

³¹ E-Certis est hébergé sur le site de la DG Marché intérieur et Services : <http://ec.europa.eu/markt/ecertis/login.do?selectedLanguage=fr>

une meilleure application des règles sur le terrain.³²

2.3 L'intégration de clauses sociales

2.3.1 Les cas de jurisprudence avant l'adoption des directives européennes de 2004 sur les marchés publics

Une clause sociale est une stipulation dans le cahier des charges d'un marché public poursuivant un objectif de formation ou d'insertion socioprofessionnelle de demandeurs d'emploi peu qualifiés, d'apprentis, de stagiaires ou d'apprenants. Cette clause est une opportunité pour un acheteur public de contribuer à une politique de l'emploi par un acte concret en aidant une personne au parcours professionnel complexe à bénéficier d'une formation ou d'une opportunité d'insertion socioprofessionnelle. Les clauses sociales s'attribuent uniquement aux marchés publics de travaux et de services et ne s'appliquent pas aux marchés de fournitures.

La Cour de Justice européenne a invalidé à plusieurs reprises les positions de la Commission européenne en matière de prise en compte de considérations sociales. Dans l'arrêt Beentjes susmentionné, la Cour de justice des Communautés européennes a jugé valable dans son principe, à partir du point 14, un critère d'attribution additionnel lié à la lutte contre le chômage, pourvu que soient respectés tous les principes fondamentaux du droit communautaire³³.

Puis, la Cour de justice européenne va admettre la prise en considération de données sociales dans l'attribution des marchés publics à l'occasion de la passation de plusieurs marchés de travaux ayant pour objet la construction et la maintenance de bâtiments scolaires menées par la région Nord-Pas-de-Calais et le département du Nord. Dans cet arrêt, l'exigence du lien avec l'objet du marché n'était pas posée³⁴. Enfin, dans l'arrêt *Concordia Bus Finland de 2002*³⁵, la Cour de justice européenne reconnaît que les critères peuvent ne pas être tous de nature économique. Les critères d'attribution peuvent prendre la forme d'une combinaison de critères qualitatifs et économiques sous quatre conditions :

1. le critère doit être lié à l'objet du marché ;
2. le critère doit être objectif et suffisamment précis, c'est-à-dire que son utilisation ne doit pas donner lieu à une liberté inconditionnée de choix pour le pouvoir adjudicateur ;
3. le critère doit respecter les obligations de publicité ;

³² Proposition de directive du Parlement européen et du Conseil *sur la passation des marchés publics* (COM/2011/0896 final) – 2011/0438 (COD) : <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=COM:2011:0896:FIN:FR:PDF>

³³ CJCE, C-31/87, 20 septembre 1988, Gebroeders Beentjes BV c/ Pays-Bas, Rec., p. 4635

³⁴ CJCE, arrêt République française, 26 septembre 2000, C-225/98

³⁵ CJCE, arrêt Concordia Bus, 27 septembre 2002, C-513/99.

4. le critère ne doit pas violer le principe de non-discrimination.

En conclusion, la CJCE admet la prise en compte de critères éthiques (au sens large) pour déterminer l'offre économiquement la plus avantageuse pour autant qu'ils soient liés à l'objet du marché et ne confèrent pas au pouvoir adjudicateur une liberté inconditionnée de choix, car ils doivent être expressément mentionnés dans le cahier des charges ou dans l'avis de marché et respecter tous les principes fondamentaux du droit communautaire, notamment le principe de non-discrimination. Or, c'est dans cette logique que s'inscrit la proposition de nouvelles directives, telles que rapportées par M. Tarabella.

2.3.2 La directive européenne 2004/18/CE relative à la coordination des procédures de passation des marchés publics de travaux, de fournitures et de services

La directive 2004/18/CE du Parlement européen et du Conseil relative à la coordination des procédures de passation des marchés publics de travaux, de fournitures et de services, intègre les points suivants :

Elle affirme être fondée sur la jurisprudence de la Cour de justice, en particulier la jurisprudence relative aux critères d'attribution, qui précise les possibilités, pour les pouvoirs adjudicateurs, de réponse aux besoins de la collectivité publique concernée, y compris dans les domaines environnemental et/ou social, pour autant que ces critères soient liés à l'objet du marché, ne confèrent pas une liberté de choix illimitée au pouvoir adjudicateur, soient expressément mentionnés et respectent les principes fondamentaux du droit communautaire.

- Article 26 : condition d'exécution du marché

Les pouvoirs adjudicateurs peuvent exiger des conditions particulières concernant l'exécution du marché pour autant qu'elles soient compatibles avec le droit communautaire et qu'elles soient indiquées dans l'avis de marché ou dans le cahier des charges. Les conditions dans lesquelles un marché est exécuté peuvent notamment viser des considérations sociales et environnementales.

- Article 19 : marchés réservés

Les États membres peuvent réserver la participation aux procédures de passation de marchés publics à des ateliers protégés ou en réserver l'exécution dans le cadre de programmes d'emplois protégés, lorsque la majorité des travailleurs concernés sont des personnes handicapées qui, en raison de la nature ou de la gravité de leurs déficiences, ne peuvent exercer une activité professionnelle dans des conditions normales.

Si la directive 2004/18/CE précise les considérations environnementales à prendre en compte dans les critères d'attribution des marchés, elle ne le fait pas pour les considérations sociales. Il en résulte que la prise en compte de considérations sociales et éthiques n'est pas formellement prévue dans les textes tant au stade de la sélection que de l'attribution. Cela laisse la porte ouverte aux interprétations.

La Présidence française de l'Union européenne a organisé en octobre 2008 le colloque européen sur « le développement des clauses sociales dans la commande publique »³⁶, qui rassemblait des représentants de la Commission européenne et des praticiens européens. Elle visait à clarifier un certain nombre de points, parmi lesquels celui de la prise en compte des considérations sociales dans la directive.

2.4 Vers des marchés publics écologiques

Les directives relatives aux marchés publics actuellement en vigueur permettent aux pouvoirs publics l'insertion de clauses environnementales aux différents stades de la procédure de passation des marchés. Cependant, même avec cette possibilité, les pouvoirs adjudicateurs sont peu enclins à utiliser les clauses environnementales, car ceux-ci connaissent encore mal les contours de la réglementation sur le sujet. Ces derniers ne sont pas habitués à la pratique des achats durables, et ont donc peur d'enfreindre les principes de libre concurrence et de non discrimination inhérents à la commande publique. Il est donc plus que nécessaire d'insérer dans la nouvelle proposition de directive une simplification des règles de l'achat vert, afin de les encourager, car ces derniers permettent de favoriser les nouvelles technologies environnementales et de réduire le gaspillage d'énergie.³⁷

« Les marchés publics écologiques sont des marchés publics permettant d'acquérir des biens et des services respectueux de l'environnement. Ces marchés peuvent contribuer de manière significative au développement durable et couvrent des domaines tels que l'acquisition d'ordinateurs et de bâtiments à haut rendement énergétique, de meubles de bureau en bois provenant de forêts gérées de manière durable, de papier recyclable, de voitures électriques, de moyens de transport publics respectueux de l'environnement, d'alimentation biologique dans les cantines, d'électricité provenant de sources d'énergie renouvelables ou encore de systèmes de climatisation offrant des solutions environnementales à la pointe de la technologie »³⁸.

2.4.1 La prise en compte progressive des considérations environnementales dans le domaine de la commande publique

En 2000, dans son arrêt *Commission contre République Française*³⁹, la Commission européenne consacre pour la première fois et entérine son interprétation de son arrêt « Beentjes » de 1988. Ces deux arrêts constituent aujourd'hui le fondement de l'achat public

³⁶ Toutes les informations sur ce colloque sur : <http://www.socialement-responsable.org/actu/10/17-oct-2008-Colloque-europeen-sur-les-clauses-sociales>

³⁷ F. Pichon, « *Le développement durable dans les marchés publics, une évolution complexe* », 2007

³⁸ Définition donnée par le site [marche-public.fr](http://www.marche-public.fr/Marches-publics/Definitions/Entrees/marches-publics-ecologiques-MPE.htm) : <http://www.marche-public.fr/Marches-publics/Definitions/Entrees/marches-publics-ecologiques-MPE.htm>

³⁹ CJCE, Commission / France, 20 septembre 2000, (C-225/98)

durable, puisqu'ils témoignent à la fois de l'impact normative de la jurisprudence du juge du Luxembourg dans la légitimation par les instances communautaires des achats verts.

En l'espèce, dans l'arrêt *Commission contre République française*, la Commission européenne avait attaqué la décision émanant de la commission d'appel d'offres d'un marché de public de travaux de construction et de maintenance de bâtiments scolaires, au motif que le critère de lutte contre le chômage imposé par la région Nord-Pas-de-Calais et le département du Nord lors de leur appel d'offre était un critère d'attribution et non pas une condition d'exécution du marché. Cet arrêt a pu permettre à la Cour de Justice de préciser le sens de la jurisprudence *Beentjes* en expliquant comment utiliser les critères d'insertion sociale. La Cour affirme qu'un critère d'attribution à caractère social peut déterminer le choix de l'offre économiquement la plus avantageuse si, d'une part ces critères sont justifiés par l'objet du marché et accessoires par rapport aux critères d'attribution, et d'autre part si ces derniers respectent les principes fondamentaux du droit de l'Union et des règles procédurales de passation des marchés publics. Se faisant, le juge du Luxembourg précise et renforce la position qu'il avait adoptée dans son arrêt *Beentjes*.

L'extension des critères à caractère social aux critères écologiques et durables s'est produite un an plus tard, en juillet 2001, avec les la communication interprétative de la Commission européenne au sujet de deux importantes affaires du *bus d'Helsinki*⁴⁰ et de *l'affaire Wienstrom*⁴¹, qui entérinent l'acceptation par le juge du Luxembourg de l'utilisation des critères écologiques dans les procédures de passation des marchés publics. Ces arrêts, non seulement confirment l'intégration des critères environnementaux dans les critères sociaux, mais également permettent de faire de ces derniers des critères d'attribution. L'arrêt *Wienstrom* va également, permettre à la Cour de spécifier les critères d'attribution « durables ». Par cet élargissement, les pouvoirs publics peuvent ainsi mettre dans leurs appels d'offres des critères non mentionnés dans les directives et privilégier des objectifs d'intérêt général, et non des objectifs purement économiques, au regard du critère de l'offre économiquement la plus avantageuse.

Suite à ces arrêts affirmant la volonté du juge de l'Union d'ouvrir le domaine de passation des marchés publics à des aspects durables et sociaux, le critère environnemental a beaucoup évolué. D'abord en 2003 avec une communication de la Commission européenne sur la politique intégrée de produits⁴², puis par les directives de 2004 sur les marchés publics, les institutions européennes se sont clairement positionnées sur la prise en compte des critères environnementaux dans les procédures de passation de la commande publique, et ont encouragé les Etats membres à adopter des plans nationaux sur la question. En 2006, un nouveau pas est franchi avec l'adoption d'une nouvelle stratégie européenne en faveur du développement durable, dont l'objectif est de permettre au niveau moyen de marchés publics écologiques de l'Union d'atteindre celui des Etats membres les plus performants en

⁴⁰ CJCE, *Concordia Bus Finland*, 17 septembre 2002, (C-513/99)

⁴¹ CJCE, *EVN AG et Wienstrom GmbH contre Republik Österreich*, 4 décembre 2003, (C-448/01).

⁴² Communication de la Commission européenne au Conseil et au Parlement européen, « Politiques européennes intégrées, développement d'une réflexion environnementale axée sur le cycle de vie », COM(2003) 302 final.

la matière pour l'année 2010. Enfin, le développement des achats durables s'est généralisé en 2008 avec la présentation par la Commission d'un plan d'action pour la consommation et la production durables, dans laquelle figuraient des objectifs ambitieux en matière de marchés publics.

2.4.2 Le rôle des institutions européennes

En 2005, la Commission européenne publie un Livre vert⁴³ sur les achats durables et un manuel⁴⁴ à destination des pouvoirs publics nationaux afin de guider ces derniers vers des marchés publics plus écologiques et satisfaire aux exigences de durabilité de la Stratégie Europe 2020. Dans ces textes, la Commission promeut les avantages des marchés publics écologiques et la durabilité avec différents arguments :

- En utilisant leur pouvoir d'achat pour acquérir des biens et des services qui respectent également l'environnement, les pouvoirs publics peuvent contribuer de manière significative au développement durable. Les marchés publics écologiques couvrent des domaines tels que l'acquisition d'ordinateurs et de bâtiments à haut rendement énergétique, de meubles de bureau en bois provenant de forêts gérées de manière durable, de papier recyclable, de voitures électriques, de moyens de transport publics respectueux de l'environnement, d'alimentation biologique dans les cantines, d'électricité provenant de sources d'énergie renouvelables et de systèmes de climatisation offrant des solutions environnementales à la pointe de la technologie.⁴⁵
- Les marchés publics écologiques permettent aussi de montrer l'exemple et d'influencer le marché. La promotion des marchés publics écologiques est un moyen pour les pouvoirs publics de véritablement inciter l'industrie à développer des technologies vertes. Dans certains secteurs de produits, travaux et services, l'impact peut être considérable car les acquéreurs publics représentent une part non négligeable du marché (ordinateurs, bâtiments à haut rendement énergétique, transports publics, etc.).⁴⁶

⁴³ [Livre vert sur la modernisation de la politique de l'UE en matière de marchés publics – Vers un marché européen des contrats publics plus performant](#), COM(2011) 15, janvier 2011

⁴⁴ [Acheter vert! — Un manuel sur les marchés publics écologiques](#) ; Commission européenne ; Luxembourg: Office des publications officielles des Communautés européennes ; 2005 — 39 p.

⁴⁵ [Acheter vert! — Un manuel sur les marchés publics écologiques](#) ; Commission européenne ; Luxembourg: Office des publications officielles des Communautés européennes, 2005, p.5

⁴⁶ *Ibid.* p.5

- Enfin, si l'on considère les coûts du cycle de vie d'un marché, on s'aperçoit que les marchés publics écologiques permettent de réaliser des économies tout en préservant notre environnement. Une politique d'achat judicieuse permet d'économiser des matières premières et de l'énergie, de réduire la production de déchets et la pollution et d'encourager des comportements favorisant la durabilité.⁴⁷

2.4.3 Les enjeux des politiques d'achats durables

Suite à une étude⁴⁸ publiée en 2006 par la Commission européenne, sept pays de l'Union (l'Autriche, l'Allemagne, les Pays-Bas, la Suède, le Finlande, le Royaume-Uni et de Danemark) ont pleinement atteint les objectifs d'achats durables, les autres pays étant plus en retard sur le sujet. C'est à la suite de ce constat que la Commission a donc publié sa communication de 2008, que nous avons vue précédemment, dans laquelle elle fixe un objectif ambitieux dans une perspective de développement à grande échelle des marchés publics écologiques. Ainsi en 2010, la moitié des appels d'offres des marchés publics de tous les états membres auraient dû respecter des critères communs de durabilité.

Cette impulsion politique aura encouragé les Etats membres vers cet objectif, mais celui-ci n'est toujours pas atteint dans grand nombre de pays. Selon les ministres de la Compétitivité, de l'Energie et de l'Industrie, ces chiffres ne sont bien évidemment qu'indicatifs et laissent le choix aux Etats de fixer leurs propres objectifs et d'aller au delà de ces derniers s'ils le souhaitent. Des études externes ont été commanditées pour évaluer l'impact de ces objectifs chiffrés.

En effet, au vu de cette étude⁴⁹, de nombreuses barrières empêchent une augmentation plus généralisée des marchés publics écologiques à travers l'Europe, notamment :

- la perception selon laquelle les produits écologiques sont plus chers et la faible prise de conscience de leurs avantages ;
- le manque de connaissances sur les modalités d'établissement de critères écologiques, le manque d'informations sur les outils pratiques pour les marchés publics écologiques et le manque de formation des agents administratifs responsables des achats publics ;
- l'absence d'objectifs et de soutien politique et administratif ;

⁴⁷ [Acheter vert! — Un manuel sur les marchés publics écologiques](#) ; Commission européenne ; Luxembourg: Office des publications officielles des Communautés européennes, 2005, p.5

⁴⁸ Bouwer M, Jonk M, Berman T, Bersani R, Lusser H, Nappa V, Nissinen A, Parikka K, Szuppinger P and Viganò C, « *Green Public Procurement in Europe 2006 – Conclusions and recommendations* » Virage Milieu & Management bv, Korte Spaarne 31, 2011 AJ Haarlem, the Netherlands: <http://europa.eu.int/comm/environment/gpp>

⁴⁹ Bouwer M, Jonk M, Berman T, Bersani R, Lusser H, Nappa V, Nissinen A, Parikka K, Szuppinger P and Viganò C, « *Green Public Procurement in Europe 2006 – Conclusions and recommendations* » Virage Milieu & Management bv, Korte Spaarne 31, 2011 AJ Haarlem, the Netherlands: <http://europa.eu.int/comm/environment/gpp>

- l'absence de procédures et de critères harmonisés en matière de marchés publics écologiques à travers l'UE, qui implique également une augmentation des coûts administratifs pour les entreprises et un retard pour le marché intérieur.⁵⁰

La communication de la Commission vise à éradiquer ces obstacles en fixant des critères communs en matière de marchés publics écologiques, à fournir des conseils juridiques et opérationnels, ainsi que des informations sur les coûts du produit au long de son cycle de vie. L'objectif de 50 % est également destiné à soulever un soutien politique pour les marchés publics écologiques.⁵¹

La Commission souhaite développer des critères communs afin d'éviter les distorsions du Marché intérieur et de réduire la charge administrative pesant sur les opérateurs économiques et les administrations publiques qui mettent en œuvre les marchés publics écologiques. Ces critères seraient formulés comme des spécifications techniques minimales auxquelles l'ensemble des appels d'offres devra se conformer.

Ils se fonderaient sur des consultations avec l'industrie et la société civile, ainsi que sur les normes européennes et nationales existantes comme les critères « éco-label » (un système volontaire destiné à encourager les entreprises à commercialiser des produits et des services plus propres en leur attribuant un logo qui permet aux consommateurs de les identifier facilement), la directive sur l'étiquetage énergétique ou la directive sur l'éco-conception.⁵² Cette dernière fixe des règles d'étiquetage contraignantes uniquement pour les produits consommateurs d'énergie, mais la Commission souhaite l'étendre pour y inclure des biens non consommateurs d'énergie tels que les vêtements, les chaussures, les meubles, les produits de nettoyage, les fenêtres, les portes, les matériaux d'isolation, les équipements d'irrigation, le béton et le plâtre.

L'idée serait alors d'établir une norme d'étiquetage qui empêcherait les autorités publiques d'adjuger des contrats en cas de non-respect de la norme.

Le projet de législation identifie en outre dix secteurs prioritaires pour l'instauration de marchés publics écologiques en fonction de leur importance en termes d'amélioration environnementale, de dépenses publiques, de l'impact potentiel sur l'offre, de l'existence de critères pertinents et accessibles, de la disponibilité du marché et de l'efficacité économique. Ces secteurs sont : la construction, l'alimentation et les services de restauration, le transport et les services de transport, l'énergie, la bureautique et les ordinateurs, l'habillement, uniformes et autres textiles, le papier et les services d'imprimerie, l'ameublement, les

⁵⁰ Article Euractiv, « *les marchés publics écologiques* », mis à jour le 28 août 2012, <http://www.euractiv.com/fr/developpement-durable/marches-publics-ecologiques-fr-links-dossier-188593>

⁵¹ *Ibid.*

⁵² Ecodesign Directive (2009/125/EC)

produits et services de nettoyage, enfin, les équipements utilisés dans le secteur de la santé.

2.4.4 L'avenir des clauses sociales et environnementales

Comme cela avait été annoncé par Michel Barnier, Commissaire européen chargé du Marché intérieur et des services, la Commission européenne a publié le 28 janvier 2011 « Acheter social – Un guide sur les appels d'offres publics avec clause de responsabilité sociale », qui apporte un certain nombre de précisions sur l'interprétation du lien avec l'objet du marché. Jugé essentiel, « *ce principe garantit que les critères d'attribution se rapportent aux besoins du pouvoir adjudicateur, tels que définis dans l'objet du marché* ». ⁵³

La Commission illustre son propos en s'appuyant sur l'affaire *Wienstrom*⁵⁴, dans laquelle 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.

Par ailleurs, une large consultation a été lancée le 27 janvier 2011 à travers le livre vert sur « la modernisation de la politique de l'UE en matière de marchés publics – Vers un marché européen des contrats publics plus performant », et s'est achevée le 18 avril 2011. Michel Barnier a présenté le livre vert en ces termes : « *Nous devons clarifier les règles applicables aux marchés publics afin de faciliter la tâche des pouvoirs publics comme des entreprises qui souhaitent participer à des marchés en Europe. Cette consultation portera essentiellement sur l'accès des petites entreprises à ces marchés, sur la réduction des formalités administratives et sur la promotion des marchés publics transfrontaliers en Europe. Mon ambition est de faire en sorte que les marchés publics puissent contribuer à la création d'emplois, à l'innovation et à la protection de l'environnement* ».

Parmi les questions soulevées dans le livre vert et qui appellent l'avis des parties concernées d'ici au 18 avril 2011, plusieurs concernent directement les services sociaux (chapitre 4.4). « *Pensez-vous que la législation de l'UE sur la passation des marchés publics devrait mieux tenir compte des particularités des services sociaux? Si oui, de quelle manière? Estimez-vous que certains aspects concernant l'achat public de services sociaux devraient être*

⁵³ Béatrice Romet, « Quel cadre public pour faciliter l'accès des entreprises de l'économie sociale aux marchés publics ? », Etude du think tank européen Pour la solidarité, mars 2011, p. 6, disponible sur : <http://www.saw-b.be/Publications/Etude-PLS-ESetMarchesPublics-Recommandations.pdf>

⁵⁴ CJCE, EVN AG et Wienstrom GmbH contre Republik Österreich, 4 décembre 2003, (C-448/01).

⁵⁴ Communication de la Commission européenne au Conseil et au Parlement européen, « Politiques européennes intégrées, développement d'une réflexion environnementale axée sur le cycle de vie », COM (2003) 302 final.

d'avantage régulés au niveau de l'UE en vue d'améliorer la qualité de ces services ? Les directives devraient-elles offrir la possibilité de réserver des marchés de services sociaux à des organisations à but non lucratif ? Ces organisations devraient-elles bénéficier d'autres privilèges dans le cadre de l'attribution de marchés de services sociaux ? », figurent parmi les questions posées.

Les résultats de l'évaluation et de la consultation ont été débattus lors d'une conférence sur la réforme des marchés publics qui a eu lieu à Bruxelles le 30 juin 2011⁵⁵. Les conclusions de ces différents travaux ont servi à élaborer les nouvelles directives Marchés publics, visant à simplifier et à moderniser les règles européennes pour rendre plus fluide l'attribution des marchés, et à permettre un meilleur usage des marchés publics en soutien à d'autres politiques.

La proposition de la Commission européenne a été revue et amendée par le rapporteur du Parlement européen, M. Tarabella. Dans sa proposition, ce dernier suggère un changement assez radical de perspective, puisqu'il trouve la proposition de la Commission encore trop timide sur la passation des marchés publics efficaces et socialement durables et propose d'aller beaucoup plus loin en la matière en introduisant le respect des normes sociales à tous les stades de la procédure de passation des marchés publics. Selon lui, les spécifications techniques devraient donc pouvoir inclure des exigences relatives à la performance, environnementale par exemple; à l'organisation, la qualification et l'expérience des travailleurs dévolus à l'exécution du marché public ; à la sécurité, notamment les méthodes d'évaluation de la qualité des produits, à l'emballage et aux instructions d'utilisation, au cycle de vie et aux caractéristiques liées au processus de production socialement durable⁵⁶.

Le rapporteur propose également un concept de processus de production socialement durable, se référant à des standards sociaux définis et certifiés selon les lois nationales et européennes ainsi que par les conventions collectives et renforce les motifs d'exclusion en rendant obligatoire l'exclusion d'un marché public de tout opérateur économique qui a enfreint ses obligations au regard du droit social et du travail et de l'égalité des genres définies par la législation nationale et européenne et les conventions collectives⁵⁷.

Egalement, M. Tarabella prône une participation effective des PME grâce à une sous-traitance saine qui limite la sous-traitance en cascade n'allant pas au-delà de trois sous-

⁵⁵ Site officiel communiqué de presse de la Commission européenne « Acte pour le marché unique: la politique de l'UE en matière de marchés publics a permis d'économiser environ 20 milliards d'euros » : http://europa.eu/rapid/press-release_IP-11-785_fr.htm?locale=fr

⁵⁶ Projet de rapport sur la proposition de directive du Parlement européen et du Conseil sur la passation des marchés publics (COM(2011)0896 - C7-0006/2012 - 2011/0438(COD)), Marc Tarabella, 2011/0438(COD) : <http://www.europarl.europa.eu/sides/getDoc.do?pubRef=-//EP//NONSGML+COMPART+PE-483.468+01+DOC+PDF+V0//FR&language=FR>

⁵⁷ *Ibid.*

traitants consécutifs. Enfin, le rapporteur apporte une attention toute particulière aux pouvoirs adjudicateurs qui auront la tâche d'appliquer les éléments de la future directive sur la passation des marchés publics. C'est pourquoi il a à cœur de ne pas leur compliquer la tâche et de leur permettre de passer des marchés publics efficaces pour le bien-être de leur collectivité⁵⁸.

3. Conclusion

La réforme sur la passation de marchés publics a un impact important sur l'économie sociale parce que la directive s'applique à toute commande publique et notamment aux services sanitaires et sociaux, qui représentent un pilier de l'économie sociale. Des nombreuses entreprises d'économie sociale sont actives dans de multiples secteurs d'activités concernés (construction, titres-services, services à domicile).

Le Paquet marchés publics a été voté le 18 décembre 2012 et le 24 janvier 2013 au Parlement européen. Les prochaines étapes ont été décidées lors de la Commission du Marché Intérieur du 21 février 2013 où les eurodéputés ont voté le mandat pour le début du trilogue, c'est-à-dire le processus de négociation entre Parlement, Commission et Conseil. Le vote en première lecture en séance plénière du Parlement européen est prévu le 10 septembre 2013.⁵⁹

⁵⁸ *Ibid.*

⁵⁹ Toutes les documents relatifs à cette législation ainsi que les échéances clés sont disponibles à cette adresse :

<http://www.europarl.europa.eu/oeil/popups/ficheprocedure.do?lang=fr&reference=2011/0438%28COD%29#tab-0>