



# Transposition de la directive « Marchés publics »

## Avis sur consultation publique relative au projet d'ordonnance de transposition

# Avis Groupe de concertation « Marchés publics » Uniopss

---

*Depuis 1947, l'Uniopss (Union nationale interfédérale des œuvres et organismes privés non lucratifs sanitaires et sociaux) unit, défend et valorise le secteur non lucratif de solidarité. Elle porte auprès des pouvoirs publics la voix collective des associations sanitaires et sociales. Présente sur tout le territoire au travers de **23 Uriopss** (Unions régionales) et de **plus de 100 fédérations**, unions et associations nationales, l'Uniopss regroupe 25.000 établissements et services du monde de la solidarité et 750.000 salariés (soit environ 75% du total).*

# 6 Propositions de l'Uniopss

## Projet d'ordonnance relative aux marchés publics

### *Propositions techniques sur la modification du projet d'ordonnance*

---

#### **TEXTES DE REFERENCE**

***DIRECTIVE 2014/24/UE du Parlement européen et du Conseil du 26 février 2014 sur la passation des marchés publics et abrogeant la directive 2004/18/CE***

***DECRET n°2006-975 du 1 août 2006 portant code des marchés publics.***

***CONVENTION des nations unies relative aux droits des personnes handicapées, ratifiée par l'Union Européenne et par la France en 2010.***

#### ***Exposé des motifs***

## Rappel du Contexte

Publiées le 28 mars 2014 au Journal Officiel de l'Union européenne, les directives européennes relatives aux « marchés publics » doivent être transposées en droit interne au plus tard le 18 avril 2016. La loi de simplification de la vie des entreprises, qui vient d'être adoptée, habilite le Gouvernement à prendre par voie d'ordonnance les mesures de transposition de niveau législatif. L'Uniopss, par le biais de son groupe technique de concertation « Marchés publics » s'est saisi de la communication de la Commission Européenne sur le projet d'ordonnance transposant le volet législatif des directives dites « Marchés publics » afin de vous transmettre ces propositions, parmi les 82 articles et disposition finales du projet d'ordonnance et de la fiche d'impact liée à celle-ci.

**L'article 1** rappelle les principes généraux qui guident les directives européennes et leur ordonnance de transposition :

1. **La liberté d'accès à la commande publique**
2. **L'égalité de traitement des candidats**
3. **La transparence des procédures**

## Remarques liminaires

L'Uniopss rejoint le HCVA dans son appel à la vigilance sur la pertinence **d'articuler cette ordonnance avec la future circulaire modifiant la circulaire du 18 janvier 2010** relative aux relations entre pouvoirs publics et associations.

**L'Uniopss, soutenant dans leur démarche le Conseil supérieur de l'économie sociale (CSESS) et le Haut Conseil à la vie associative (HCVA) recommande que des représentants de l'ESS, y compris des acteurs associatifs de solidarité, soient prévus dans le comité consultatif prévu par l'article 89 de la directive.**

### Sur le respect de la Convention de l'ONU relative aux droits des personnes handicapées

Le considérant 101 de la Directive 2014/24/UE dispose : « *Les pouvoirs adjudicateurs devraient en outre pouvoir exclure des opérateurs économiques qui se seraient avérés non fiables, par exemple pour manquement à des obligations environnementales ou sociales, y compris aux règles d'accessibilité pour les personnes handicapées, ou pour d'autres fautes professionnelles graves telles que la violation de règles de concurrence ou de droits de propriété intellectuelle.* »

**L'accessibilité, telle que définie dans l'article 9 de la Convention ONU, est aujourd'hui une précondition pour les personnes handicapées pour une participation à la vie sociale et économique. Plusieurs leviers permettent aujourd'hui, tant dans les critères d'attribution des marchés publics que dans les conditions d'exécution, d'y inclure l'accessibilité de l'environnement physique, des transports et des TIC ainsi que la conception universelle afin de respecter les engagements de la France suite à la ratification de la Convention Onu relative aux droits des personnes handicapées.**

## Introduction

### La nécessité de différencier le régime de subvention et celui du marché public

En introduction, l'Uniopss souhaiterait attirer l'attention sur le considérant 114 de la directive européenne dans sa dernière partie, qui dispose : « **Les États membres et les pouvoirs publics restent libres de fournir eux-mêmes ces services à caractère social ou de les organiser sans que cela entraîne la conclusion de marchés publics, par exemple en se contentant de financer ces services ou en octroyant des licences ou des autorisations à tous les opérateurs économiques remplissant les conditions prédéfinies par le pouvoir adjudicateur, sans fixation de limites ou de quotas, à condition qu'un tel système garantisse une publicité suffisante et soit conforme aux principes de transparence et de non-discrimination** ».

Egalement, et du point de vue de l'Uniopss, le secteur associatif aurait tout à gagner à voir intégré dans l'ordonnance de transposition le considérant n°4 de la directive qui prévoit que « **le simple financement d'une activité, notamment par le biais de subventions, auquel est fréquemment liée l'obligation de rembourser les montants perçus lorsqu'ils ne sont pas utilisés aux fins prévues, n'entre habituellement pas dans le champ d'application des règles relatives à la passation des marchés publics** ». Cette définition a contrario du marché public renforce la subvention comme un mode de financement recommandé pour les associations.

Ces éléments dans le corps de l'ordonnance ou à défaut en préambule permettraient de créer une articulation avec la réforme de la circulaire du 18 janvier 2010 et les futures CPO (contrats pluriannuels d'objectifs).

Ainsi, comme le remarque le HCVA dans son avis du 27 janvier 2015, depuis plusieurs années, de plus en plus de services mis en œuvre par des acteurs associatifs font l'objet d'un recours au marché public sans que cela ne soit justifié par l'objet du marché ni par une nécessité de mise en concurrence.

Dans la même veine, se développent des « appels à projets » (hors loi HPST) qui, bien que financés sous le régime de la subvention, sont parfois très proches d'une commande publique en procédure adaptée (cahier des charges très détaillé, pénalités très rigides et vocabulaire emprunté à celui de la commande publique). Ces « appels à projets » s'avèrent dans les faits être des marchés publics qui n'en portent juste pas le nom.

En outre, l'Uniopss et ses adhérents considèrent et portent le fait **qu'une véritable co-construction des politiques publiques est possible, à condition que soit appliqué une réelle égalité de traitement entre acteurs co-contractants**. Or, l'article 5 de la loi ESS du 31 juillet 2014 stipule que la politique publique et nationale relative à l'économie sociale et solidaire est **co-produite**. Il est nécessaire que les modalités de cette co-production soient définies dans les textes législatifs et réglementaires, et notamment dans la circulaire relative aux subventions publiques.

Rappelons à ce titre qu'une association ou l'administration concernée, en cas d'octroi d'une subvention, peut demander à ce que soit signée avec l'autre partie une convention d'objectif. Celle-ci précise l'objet, le montant, les conditions d'utilisation de la subvention et les engagements de chacun autour d'un projet défini. Un compte rendu financier d'emploi de la subvention doit être adressé spontanément à l'autorité l'ayant accordée, dans les 6 mois qui suivent la fin de l'action concernée par la subvention. La Cour régionale des comptes et l'administration peuvent en contrôler l'utilisation. Ce contrôle peut être : financier (examen des justificatifs comptables de l'association), administratif (suivi de l'emploi de la subvention), ou juridictionnel (contrôle de la légalité de la subvention). Le régime de la subvention est donc déjà bien encadré et contrôlé dans son application.

**Au regard de toutes ces dispositions, l'Uniopss se joint au HCVA et au CSESS pour alerter les pouvoirs publics sur la nécessité d'intégration du considérant 4 de la directive européenne au projet d'ordonnance : L'ordonnance devrait en l'espèce indiquer explicitement que les dispositions qu'elle prévoit ne s'appliquent pas aux activités**

**financées par le régime de la subvention, qui fait déjà l'objet d'un encadrement légal par la loi ESS n°2014-856.**

## **Proposition n°1 : L'exclusion des services sociaux d'intérêt général de l'annexe XIV et une application d'un régime allégé en fonction du seuil**

L'article 30 du code des marchés publics actuel prévoit une procédure adaptée (MAPA) pour les services qui ne sont pas énumérés à l'article 29 du même code. Cette procédure adaptée est régulièrement utilisée par les services de l'Etat et les collectivités territoriales en posant « l'accompagnement social » comme l'objet du marché sur des dispositifs relatifs à l'emploi, l'insertion ou encore l'accompagnement au logement.

**Ainsi, l'article 74 de la directive indique ainsi que « Les marchés publics pour les services sociaux et d'autres services spécifiques énumérés à l'annexe XIV sont attribués conformément au présent chapitre lorsque la valeur des marchés est égale ou supérieure au seuil indiqué à l'article 4, point d ».**

L'article 4 précise que : « La présente directive s'applique aux marchés dont la valeur estimée hors taxe sur la valeur ajoutée (TVA) est égale ou supérieure aux seuils suivants: [...]

**d) 750 000 EUR** pour les marchés publics de services portant sur des services sociaux et d'autres services spécifiques énumérés à l'annexe XIV. »

Désormais, seuls les services visés dans l'annexe XIV bénéficient d'un cadre dérogatoire allégé : il ne s'agit donc plus du droit commun mais de l'exception. Ainsi, tous les services qui ne sont pas visés entrent dans le champ des procédures formalisées et même si cette liste couvre beaucoup moins de services que précédemment, c'est toujours un **régime simplifié qui s'applique aux services spécifiques énumérés à l'annexe XIV de la directive** : les Services sociaux d'intérêt général et d'autres services. La plupart des services sociaux et ceux mis en œuvre par le secteur associatif demeurent visés par ce cadre dérogatoire.

Les services visés à l'annexe XIV sont notamment les suivants les :

- **services sanitaires, sociaux et connexes ;**
- services, éducatifs et culturels ; et notamment, l'enseignement et la formation, l'organisation de foires, d'expositions, de séminaires et événements culturels, festivals, organisation de fêtes ; pour ces services, la commission admet qu'ils varient grandement d'un Etat membre à un autre du fait des traditions culturelles différentes.
- **services de sécurité sociale obligatoire ;**
- services fournis par les syndicats, les organisations politiques, les associations de jeunes et autres services et organisations associatives ;
- services religieux ;
- services d'hôtellerie et de restauration et notamment les services de cantines et de restauration scolaire ;
- une partie des services juridiques

Ces services sont définis par référence aux positions particulières du vocabulaire commun pour les marchés publics ( dit CPV pour « *Common Procurement Vocabulary* » tel que prévu par le règlement communautaire n° 213/2008 du 28 novembre 2007). Malgré une dénomination générale, l'annexe XIV renvoie en réalité à des services précis définis par les codes CPV. **Il convient donc à chaque fois de voir quels sont les services visés par le code CPV cité dans l'annexe XIV.**

**Ainsi, pourront notamment continuer à bénéficier d'un régime allégé :**

- **les services de santé, hospitaliers, d'analyse, ambulanciers, de pharmacie, d'action sociale, d'orientation et de conseil professionnels,...**

- les services d'éducation et de formation professionnelle : services d'enseignement primaire, secondaire, supérieur, service de formation du personnel, professionnelle, informatique, ...
- les services récréatifs, culturels et sportifs : services de bibliothèques, archives, musées, services artistiques, exploitation de salle de spectacles, de casinos, d'installations sportives.

...

**Les services de sécurité sociale sont également visés dans cette annexe XIV.** Mais dans plusieurs considérants, la directive précise qu'elle ne poursuit pas un objectif de privatisation, que les Etats membres sont libres d'organiser les modalités de prise en charge de ces services et que cette disposition ne concerne donc que les Etats qui choisissent de confier la gestion de ces régimes à des opérateurs économiques (considérants 5 à 7 de la directive 2014/24/UE.)

**L'Uniopss demandent que, conformément aux dispositions de l'article 74 de la directive 2014/24/UE, les services sociaux d'intérêt général, qui bénéficient de la procédure adaptée (MAPA) soient mieux identifiés dans l'ordonnance.**

En outre, l'annexe XIV vise non seulement des services définis en fonction de leur nature mais aussi des services définis par les organismes qui les assurent. Parmi ceux-ci sont visés les services fournis par les organisations associatives, les organisations syndicales, politiques et les associations de jeunes. De par leurs statuts, les associations sociales peuvent donc aussi bénéficier du régime de passation allégé des services sociaux et autres services spécifiques.

Ces dispositions ne figurent pas dans le projet d'ordonnance.

**Enfin, en accord avec l'avis du HCVA du 29 janvier 2015, l'UNIOPSS demande que le régime spécifique qui s'applique à ces services sociaux et autres services spécifiques de l'annexe XIV soit mentionné dans l'ordonnance en tant que dérogation au principe de la commande publique et non pas renvoyé aux décrets.**

## Proposition n°2: Précisions nécessaires sur les marchés réservés aux structures de l'économie sociale (article 30)

L'Uniopss salue cet ajout de la réservation de marchés pour les entreprises de l'ESS, qui consacre ainsi la reconnaissance et les opportunités ouvertes aux acteurs de l'économie sociale et solidaire par la loi du 31 juillet 2014. Ainsi, elle consacre de nouveaux modes de contractualisation avec les pouvoirs publics et permet aux acteurs de l'ESS de prendre pleinement leur place dans l'économie française, tout en bénéficiant d'un régime aménagé et donc soutenable.

L'Uniopss rejoint l'avis du HCVA sur la réévaluation des termes d' « activités de service public » de l'article 30-1 du projet d'ordonnance dont l'interprétation peut prêter à confusion. L'Uniopss recommande ainsi que :

1. Il est nécessaire d'articuler de cette notion avec l'article 11 de la loi ESS du 31 juillet 2014
2. Il serait plus pertinent de remplacer le terme d' « activités de service public » par « mission d'intérêt général »

Grande nouveauté l'article 30 de l'ordonnance de transposition soumise à la présente consultation donne la possibilité aux pouvoirs adjudicateurs de réserver ces marchés publics ou des lots aux entreprises de l'économie sociale et solidaire définies à l'article 1<sup>er</sup> de la loi ESS, c'est-à-dire les personnes morales de droit privé constituées sous la forme de coopératives, de mutuelles ou d'unions relevant du [code de la mutualité](#) ou de sociétés d'assurance mutuelles relevant du [code des assurances](#), de fondations ou d'associations régies par la loi du 1er juillet 1901 ou des sociétés qui remplissent les conditions édictées par la loi (dont le but poursuivi est autre que le seul partage des bénéfices, avec une gouvernance démocratique et une gestion désintéressée sans redistribution des bénéfices. Pour cela, ces dernières doivent remplir trois conditions cumulativement :

- 1) Elles doivent poursuivre une activité de service public ;
- 2) Elles ne sont pas titulaires d'un marché public auprès du même acheteur public depuis les trois dernières années ;
- 3) Le marché passé n'excède pas trois ans en tout.

Egalement, l'ordonnance précise que les marchés publics réservés aux entreprises de l'ESS doivent porter « *exclusivement sur des services de santé, sociaux ou culturels dont la liste est fixée par voie réglementaire* ».

Il est fondamental d'insister sur la non-exhaustivité de ces listes pour permettre à des acteurs pourtant mentionnés dans la directive de 2014 tels que activités sportives, les associations de jeunesse, les services d'enseignement et les services de formation (respectant les principes fondamentaux de l'économie sociale et solidaire susmentionnés) de bénéficier de ces aménagements et de cette réservation des marchés de l'article 30.

**L'Uniopss rappelle que les 3 critères : activités d'intérêt général, réinvestissements des bénéfiques et gouvernance participative doivent s'appliquer à l'ENSEMBLE DES ENTREPRISES VISEES PAR L'ARTICLE 30-1, c'est-à-dire l'ensemble des structures de l'économie sociale et solidaire, mais aussi les structures équivalentes.**

Comme le rappelle la fiche d'impact p.56, même si les conditions de fonctionnement et de gouvernance imposées par les directives européennes relatives aux marchés publics semblent

incluent *de facto et a priori* tous les acteurs de l'ESS, il est impératif que celles-ci poursuivent **une activité de service public relative au service qui fait l'objet du marché**. Le défi est d'autant plus grand que la fiche d'impact reconnaît qu'il est impossible de connaître l'impact d'une telle mesure, notamment car les données disponibles ne permettent pas de connaître la part de ces marchés attribués à des acteurs de l'ESS et que le nombre de telles entreprises poursuivant une activité de service public est inconnu.

Les entreprises de l'ESS, et notamment par des outils de reconnaissance publics tels que la **reconnaissance d'utilité publique ou l'agrément d'Entreprise solidaire d'utilité sociale (ESUS)** pour les associations, ont donc un grand défi à être plus lisibles dans leurs pratiques afin de démontrer la réelle plus-value de leurs actions sur les territoires.

Enfin, l'UNIOPSS s'interroge sur le délai de carence de 3 années imposé par la directive. **Cette contrainte peut s'avérer être un réel frein pour mener des actions de qualité en matière de services sociaux**. Le développement de services sociaux de qualité sur les territoires exige la construction de partenariats avec d'autres organismes en matière de santé, d'emploi, de justice par exemple, afin de prendre en considération les problématiques pluridimensionnelles des usagers. Ces partenariats mettent du temps à s'établir et en particulier pour ce qui concerne les pratiques des professionnels de terrain. L'obligation de reconstruire ces partenariats toutes les 3 années ne pourra que nuire à une offre un service de qualité pour les personnes.

### **Proposition n°3 : Renforcement de la pluralité des critères d'attribution au regard de l'article 67 de la directive 2014/24/UE**

Le critère social d'attribution existe dans le code des marchés 2006 à l'article 53.

En revanche, il a été peu utilisé jusqu'à présent bien qu'il s'agisse d'un outil très intéressant. Une lecture stricte du lien entre l'objet du marché et le critère social par plusieurs tribunaux administratifs a freiné son développement.

Pour autant, dans le projet d'ordonnance, les critères possibles ne sont pas énumérés. Ces éléments sont importants pour respecter l'esprit du législateur européen qui considère que la « décision d'attribution du marché ne soit pas fondée exclusivement sur des critères autres que le coût » (cf. considérant 92 de la directive).

**Ces éléments sont essentiels pour les marchés publics qui intégreraient des aspects sociaux et/ou environnementaux délivrés par des services sociaux d'intérêt général.**

Le législateur européen insiste à plusieurs reprises dans la directive sur le pouvoir discrétionnaire qui est offert aux pouvoirs adjudicateurs dans le choix des prestataires (considérant 114) et l'importance des autres critères que le simple prix pour évaluer le rapport qualité/prix des offres.

**Ainsi, le considérant 92** indique que « [...] Dans le cadre du meilleur rapport qualité/prix, une liste non exhaustive de critères d'attribution susceptibles d'être utilisés, comprenant notamment les aspects sociaux et environnementaux, figure dans la présente directive [...] Afin de déterminer l'offre économiquement la plus avantageuse, il convient que la décision d'attribution du marché ne soit pas fondée exclusivement sur des critères autres que le coût. [...] ».

Au regard de **l'article 67 de la directive 2014/24/UE** relatif aux critères d'attribution des marchés, les pouvoirs adjudicateurs peuvent se fonder sur « le coût du cycle de vie » du produit, lui-même calculé sur un rapport « **qualité/prix évalué sur la base de critères comprenant des aspects qualitatifs, environnementaux et/ou sociaux liés à l'objet du marché public concerné** ». Ces critères qualitatifs sont ensuite énumérés en exemples dans les point a) et b) : « la qualité, y compris la valeur technique [...] **l'accessibilité, la conception pour tous les utilisateurs, les caractéristiques sociales,** environnementales et innovantes et la commercialisation et ses conditions » ainsi que « l'organisation, les qualifications et l'expérience du personnel assigné à l'exécution du marché ».

**Afin de respecter l'esprit du législateur européen et promouvoir une dimension sociale de qualité dans les marchés publics, l'UNIOPSS demande à ce que l'article 45 de l'ordonnance retranscrive pleinement l'ensemble des critères d'attribution des marchés figurant à l'article 67 de la directive, pour permettre à l'ensemble des services sociaux d'intérêt général de bénéficier de ces critères d'attribution.**

## Proposition n°4 : Nécessité de précisions des définitions :

- De la notion de marché public ;
- De la notion de pouvoir adjudicateur ;
- De la notion d'opérateur économique.

## Alerte sur la suite des interprétations par décrets

### 4.1 - Précision nécessaire de la notion de Marché public

L'article 4 définit le concept de marchés publics et son champ d'application, ainsi que leur acception en droit français. Ainsi, les marchés publics sont définis comme des « **contrats conclus à titre onéreux par un ou plusieurs acheteurs publics avec un ou plusieurs opérateurs économiques publics ou privés, pour répondre à leur besoins en matière de travaux, fournitures ou services** ».

Cette ordonnance s'applique également aux accords-cadres, définis comme des « **contrats conclus par un ou plusieurs opérateurs économiques publics ou privés ayant pour objet d'établir les règles relatives aux bons de commande à émettre ou les termes régissant les marchés subséquents à passer au cours d'une période donnée, notamment en ce qui concerne les prix, le cas échéant, les quantités envisagées** ». Elle ne s'applique pas aux « **transferts de compétences ou de responsabilités entre les acheteurs publics en vue de l'exercice de missions d'intérêt général sans rémunération de prestations contractuelles** ».

**Comme le rappelle le HCVA dans son avis du 27 janvier 2015, la notion de marché public demeure inchangée.** Un marché public est toujours un contrat écrit, conclu et exécuté sur le territoire d'un Etat membre. Peu importe le montant du marché, les principes de publicité et de transparence à un niveau adéquat s'appliquent dès le premier euro, dès lors que ces contrats présentent un caractère transfrontalier certain. Un marché public doit toujours répondre à un besoin du pouvoir adjudicateur. La Cour exige qu'un marché public comporte un intérêt économique direct pour le pouvoir adjudicateur qui devient propriétaire des travaux ou de l'ouvrage faisant l'objet du marché ou qui acquiert les services dont il a besoin.

### 4.2 - Précisions des notions de pouvoir adjudicateur et d'entités adjudicatrices

L'article 7 dispose que la notion « **d'acheteur public** », soumis à la présente ordonnance, regroupent les définitions des notions de « **pouvoirs adjudicateurs** » et « **d'entités adjudicatrices** ».

L'article 8 définit la notion de « **pouvoirs adjudicateurs** » :

- Les personnes morales de droit public ;
- Les personnes morales de droit privé qui ont été créées pour satisfaire spécifiquement des besoins d'intérêt général ayant un caractère autre qu'industriel et commercial, dont « **soit l'activité est financée majoritairement par un pouvoir adjudicateur, soit la gestion est soumise à un contrôle par un pouvoir adjudicateur, soit l'organe d'administration, de direction ou de surveillance est composé de membres dont plus de la moitié sont désignés par un pouvoir adjudicateur** ;
- Les associations formées par un ou plusieurs pouvoirs adjudicateurs.

L'article 9 définit quant à lui la notion « **d'entités adjudicatrices** » : les pouvoirs adjudicateurs qui exercent des opérations de réseaux relatifs à la production, au transport et à la distribution de gaz, d'électricité ou d'eau potable, aux activités d'extraction pétrolière ou de charbon, aux activités liés aux transports et aux services postaux (en excluant par la suite les activités de service public lié à ces mêmes domaines).

**L'Uniopss, en accord avec le HCVA, est d'avis** que demeure posée la question de l'application de cette définition, quand bien même elles sont financées majoritairement par des fonds publics ou contrôlées par les pouvoirs publics, à :

- des associations qui ne sont pas « créées pour satisfaire spécifiquement des besoins d'intérêt général » mais qui sont créées simplement par des personnes qui tentent ensemble de résoudre leurs besoins sociaux, culturels, éducatifs... quand bien même leurs activités rejoignent un jour l'intérêt général tel que défini par la puissance publique (par exemple les associations du domaine de l'action sociale)
- des sociétés commerciales qui exercent leur activité dans les mêmes domaines (par exemple les cliniques privées), sachant que la notion de « caractère industriel ou commercial » n'est pas le même dans les différents Etats membres.

La question se pose notamment pour les associations du secteur de l'insertion par le logement. En effet, certaines de ces associations sont reconnues comme pouvoirs adjudicateurs, tandis que d'autres ne le sont pas. Dès lors, les règles applicables à leur coopération ne relève ni de l'exception du « in house », alors même que leur activité est reconnue comme participant au service social du logement social, ni du droit privé.

Ces précisions permettraient ainsi une plus grande sécurité juridiques pour les associations de solidarités et éviterai la requalification de celles-ci en pouvoirs adjudicateurs, soumis à l'obligation de mise en concurrence a posteriori, alors même qu'elles ignoraient être considérés en tant que telle et donc soumises aux obligations liées à leurs statuts de pouvoirs adjudicateurs.

#### **4.3 - Opérateur économique, application aux associations**

Le marché public est un contrat à titre onéreux conclu par écrit entre un ou plusieurs opérateurs économiques et un ou plusieurs pouvoirs adjudicateurs. Les considérants de la Directive précisent que la notion d'opérateur doit être entendu au sens large, quelle que soit la forme juridique. Les associations sont donc toujours visées dès lors qu'elles offrent des produits ou des services sur le marché.

Mais à l'inverse, n'est pas un marché, le contrat passé entre un pouvoir adjudicateur et un opérateur non-économique. Ce principe est également réaffirmé.

L'article 2-10 de la directive définit comme «opérateur économique», « *toute personne physique ou morale ou entité publique, ou tout groupement de ces personnes et/ou entités, y compris toute association temporaire d'entreprises, qui offre la réalisation de travaux et/ou d'ouvrages, la fourniture de produits ou la prestation de services sur le marché* ».

A ce titre, **l'Uniopss rejoint la préoccupation du HCVA en rappelant la jurisprudence européenne a rappelé les conditions dans lesquelles les régimes obligatoires de Sécurité sociale ne sont pas des opérateurs économiques.**

## **Proposition n°5 : Maintenir et renforcer la promotion des achats socialement responsables**

Lorsque le montant total annuel de ses achats est supérieur à un montant fixé par décret le pouvoir ou l'entité adjudicatrice adopte un schéma de promotion des achats publics socialement responsables. Ce schéma détermine les objectifs de passation de marchés publics comportant des éléments à caractère social visant à concourir à l'intégration sociale et professionnelle de travailleurs handicapés ou défavorisés.

Pour ce faire la région conclut une convention avec un ou plusieurs organismes tels que les maisons de l'emploi ou les autres supports des PLIE.

La fiche d'impact de l'ordonnance de transposition à sa page 52 rappelle que le gouvernement souhaite ainsi inciter les acheteurs publics à utiliser les mécanismes de réservation, afin d'accroître le nombre de marchés réservés ainsi que l'article 13 de la loi ESS sur les achats socialement responsable. **L'Uniopss salue cette prise en compte des objectifs sociaux et environnementaux dans la commande publique qui renforcera davantage la place des acteurs de l'ESS dans leur accession aux marchés publics.**

## **Proposition n°6 : Les marchés réservés aux structures employant des travailleurs handicapés ou défavorisés : Suppression de l’alinéa II de l’article 29 du projet d’ordonnance et indication de la proportion minimale de travailleurs handicapés**

### **5.1 – Suppression des marchés réservés pour l’emploi des travailleurs défavorisés de l’article 29 (SIAE)**

**Les marchés réservés de l’article 29 du projet d’ordonnance (relevant de l’article 15 de l’actuel code des marchés publics)** sont, à ce jour, restreints à l’emploi des personnes en situation de handicap. La directive 2014 et le projet d’ordonnance prévoient son extension à l’emploi des personnes défavorisées, en particulier dans le cadre de l’accompagnement proposé par les SIAE.

Les personnes en situation de handicap physique ou de handicap mental nécessitent un environnement adapté pour travailler de manière pérenne.

Les structures qui accompagnent les travailleurs défavorisés et les travailleurs handicapés présentent des modèles proches mais des finalités et des modes de fonctionnement différents.

Les Entreprises Adaptées et les Etablissements de service d’aide par le travail (ESAT) fournissent aux personnes en situation de handicap physique ou mental, une activité professionnelle dans un cadre adapté à caractère pérenne pour les ESAT ainsi que pour les Entreprises adaptées, bien que ces dernières favorisent autant que possible l’insertion des personnes dans les entreprises classiques (la réalité est que seul 2% des personnes y accèdent). Les personnes salariées ont des contrats de type CDD ou CDI de droit commun.

Les SIAE (Chantier d’Insertion, Associations Intermédiaires, Entreprises d’Insertion et Entreprises Temporaires de Travail d’Insertion) ont pour finalité l’insertion sociale et professionnelle des personnes défavorisées socialement qui présentent des freins à l’emploi liés à des problématiques de qualification professionnelle, de logement, de santé, de parentalité ou encore de justice par exemple. L’objectif des SIAE est de lever ces freins et d’accompagner ces personnes vers le marché du travail classique via un accompagnement social et professionnel personnalisé, sur une période de deux années maximum. Les salariés en insertion ont des contrats de type CDDI (Contrat à Durée Déterminée d’Insertion) en dehors du droit commun.

Les EA/ESAT et les SIAE emploient des personnes qui sont éloignées du marché du travail, mais chacune des deux familles présente des finalités différentes. La première propose des emplois à caractère pérenne dans un environnement adapté alors que la seconde présente davantage une fonction de « sas » vers l’emploi de droit commun, les personnes n’étant pas destinées à rester dans la structure.

Pour les SIAE, les passerelles avec les entreprises classiques sont essentielles afin de dégager au maximum des sorties positives pour les salariés en fin de parcours d’insertion.

En ce sens, l’existence de marchés réservés présente le risque de créer un marché du travail parallèle de moindre qualité offrant de faibles possibilités de montée en compétences, en pouvant enfermer les salariés dans un secteur déclassé.

Au contraire, le dispositif existant de la « clause sociale » du code des marchés publics permet de rassembler les donneurs d’ordres, les entreprises et les structures de l’insertion afin d’optimiser le parcours vers l’emploi des personnes éloignées du marché du travail. Si le dispositif est encore dans une phase de développement, les données disponibles montrent qu’à court terme la clause sociale permet d’offrir des solutions concrètes d’acquisition de compétences et d’emploi aux personnes en insertion.

Le risque de concurrence entre SIAE et structures du handicap (Entreprises Adaptées et ESAT) semble écarté puisque les collectivités publiques auront le choix d'opter pour l'une ou l'autre des options. Les réseaux de l'IAE et du handicap se félicitent de cette disposition.

Pour autant, bien que l'extension des marchés réservés aux SIAE semble, à première vue, « *une opportunité supplémentaire pour les SIAE de développer leur activité* » (cf. fiche d'impact, page 52), **les réseaux de l'IAE adhérents de l'Uniojss y voient un risque de substitution à la clause sociale alors même que celle-ci n'est pas encore tout à fait stabilisée dans les pratiques des collectivités publiques.**

En effet, le développement de la clause, bien que régulier d'année en année, dispose d'un potentiel de progression très important. Globalement, la clause d'insertion est passée de 1,9% à 4,3% des marchés publics supérieur ou égal à 90.000 € HT, il s'agit uniquement du fait des collectivités territoriales et cette progression est encore fragile. Pour exemple, les marchés avec clauses sociales ont, en effet, diminué de 2.6% en 2011 à 1.8% en 2012 pour les services de l'Etat et de 0.5% à 0.3% pour les opérateurs de réseaux. (Page 44 de la fiche d'impact).

En pratique, la clause est encore trop souvent considérée comme un élément perturbateur par les services techniques dans leurs relations avec les entreprises titulaires et les réseaux de l'IAE considèrent que ces derniers opteront davantage pour les marchés réservés qui pourront être regardés comme moins contraignants.

Un développement des marchés réservés au détriment de la clause sociale contribuerait alors à davantage stigmatiser les salariés en insertion et à isoler l'IAE dans son ensemble alors même que les réseaux de l'insertion travaillent depuis des années à ce rapprochement avec les entreprises.

<p><b>Pour toutes ces raisons, les réseaux de l'IAE adhérents de l'Uniojss demandent la suppression de l'alinéa II de l'article 29.</b></p>
---

## **5.2 Indication de la proportion minimale de travailleurs handicapés pour les « structures équivalentes » mentionnées à l'article 29 alinéa 1er du projet d'ordonnance**

Les réseaux du handicap s'interrogent sur les notions de « travailleurs handicapés » en référence aux « structures équivalentes » qui sont mentionnées dans l'article 29 du projet d'ordonnance et la définition qui en sera donnée. Ils demandent que ces termes soient précisés.

Par ailleurs, l'article 20 de la directive indique que « *Les États membres peuvent réserver le droit de participer aux procédures de passation de marchés publics à des ateliers protégés et à des opérateurs économiques dont l'objet principal est l'intégration sociale et professionnelle de personnes handicapées ou défavorisées, ou prévoir l'exécution de ces marchés dans le contexte de programmes d'emplois protégés, à condition **qu'au moins 30 %** du personnel de ces ateliers, opérateurs économiques ou programmes soient des travailleurs handicapés ou défavorisés.* »

Afin de ne pas détourner l'objectif des marchés réservés qui visent l'emploi des personnes en situation de handicap et de reconnaître le travail d'accompagnement social et professionnel réalisé par les structures qui accompagnent les travailleurs handicapés (encadrés par le code du travail et le code de l'action sociale et des familles), les réseaux du handicap souhaitent que soit précisé dans l'ordonnance, que les salariés handicapés doivent

représenter au moins 50% des effectifs des « structures équivalentes », afin que ces dernières puissent faire l'objet de marchés réservés.

**Les réseaux du handicap adhérents de l'Uniopss proposent cette nouvelle rédaction pour l'alinéa I de l'article 29 :**

Des marchés publics ou des lots d'un marché public peuvent être réservés à des entreprises adaptées, à des établissements et services d'aide par le travail mentionnés à l'article L. 5213-13 du code du travail et à l'article L. 344-2 du code de l'action sociale et des familles et à des structures équivalentes **qui emploient une proportion minimale de 50%** de travailleurs handicapés qui, en raison de la nature ou de la gravité de leurs déficiences, ne peuvent exercer une activité professionnelle dans des conditions normales.

## Proposition n°6 : Améliorer les conditions d'exécution de la clause sociale pour les réseaux de l'IAE et du Handicap

L'article 14 du Code des marchés publics actuel, communément appelé « clause d'insertion » ou « clause sociale », impose au titulaire du marché l'obligation de consacrer une partie des heures de travail générées par le marché à une action à caractère social (entre 5 et 20%). Cette clause implique pour l'entreprise qui a remporté le marché, une obligation de mise en œuvre (condition d'exécution), mais elle n'est pas un critère d'évaluation de l'offre.

Cet outil est un levier intéressant pour les SIAE, les ESAT et les Entreprises Adaptées car il permet non seulement d'alimenter les structures sur leurs supports d'activités, mais aussi être générateur de passerelles entre les structures et les entreprises, permettant aux salariés handicapés et en insertion, de côtoyer ceux des entreprises marchandes dans des mises en situation de travail concrètes avec d'autres corps de métier par exemple. Elle contribue ainsi à changer le regard sur les personnes en démarche d'insertion et plus largement sur les structures d'IAE.

L'article 14 du code des marchés publics (version 2006) est un critère d'exécution et non pas un critère d'évaluation des offres. Ainsi, lors du dépôt de l'offre, l'entreprise candidate doit uniquement s'engager à mettre en œuvre la clause en respectant le volume d'heures exigé par le pouvoir adjudicateur, mais n'est pas contrainte à détailler les conditions de sa mise en œuvre en amont, c'est-à-dire au dépôt de l'offre.

En pratique, cela signifie que les conditions de mise en œuvre de la clause sont généralement traitées une fois que le marché est notifié à l'entreprise attributaire et bien souvent dans des conditions qui ne sont pas favorables à une action d'insertion de qualité.

Par ailleurs, à la conclusion du marché, le pouvoir adjudicateur vérifiera uniquement si le titulaire a réalisé le nombre d'heure exigés, sans pouvoir intervenir sur la qualité de l'insertion qui aura été mise en place.

Ainsi, comme le dispose **l'article 67 de la directive 2014/24/UE** relatifs aux critères d'attribution des marchés, les pouvoirs adjudicateurs peuvent se fonder sur « le coût du cycle de vie » du produit, lui-même calculé sur un rapport « **qualité/prix évalué sur la base de critères comprenant des aspects qualitatifs, environnementaux et/ou sociaux liés à l'objet du marché public concerné** ». Ces critères qualitatifs sont ensuite énumérés en exemples dans les point a) et b) : « la qualité, y compris la valeur technique [...] **l'accessibilité, la conception pour tous les utilisateurs, les caractéristiques sociales**, environnementales et innovantes et la commercialisation et ses conditions » ainsi que « l'organisation, les qualifications et l'expérience du personnel assigné à l'exécution du marché ».

**Dans l'objectif de répondre à des exigences davantage qualitatives et lever une approche purement volumétrique de la clause sociale (exprimée en nombre d'heures d'insertion), les réseaux de l'IAE et les ESAT-EA, rassemblés au sein de l'Uniopss, considèrent qu'une rédaction explicite encourageant les pouvoirs adjudicateurs à combiner les deux outils « clause sociale – critère d'exécution » et « critère social d'attribution des offres » permettrait d'améliorer la condition d'exécution de la clause sociale et la qualité des parcours des salariés en insertion.**

**Par ailleurs, les réseaux considèrent qu'il est essentiel d'intégrer dans les conditions d'exécution d'un marché passé sous article 31, des obligations d'évaluation des actions à caractère social et environnemental.**

**Les réseaux du handicap et de l'insertion adhérents de l'Uniopss proposent que l'alinéa I de l'article 31 soit rédigé de la manière suivante :**

Les conditions d'exécution d'un marché public peuvent comporter des éléments à caractère social ou environnemental qui prennent en compte les objectifs de développement durable, à condition qu'elles soient liées à l'objet du marché public. **L'entreprise candidate proposera les actions à caractère social et environnemental qu'il prévoit de mettre en place lors de l'exécution du marché, lesquelles feront l'objet d'une évaluation par le pouvoir adjudicateur.**

### **La stratégie EU2020 : Recherche et innovation et inclusion sociale**

**L'Uniopss salue la reconnaissance des objectifs de promotion de l'innovation sociale et de l'inclusion sociale, soulignés dans la stratégie EU2020 dans son considérant 47, comme moteur d'une croissance intelligente, durable et inclusive ainsi que dans le Code des marchés publics dans son article 5.** Cette reconnaissance se traduit notamment par le renforcement des clauses sociales et environnementales, par l'ajout de marchés réservés aux structures d'insertion par l'emploi dans le champ du handicap et de l'inclusion sociale.

Elle insiste sur le développement des clauses sociales au détriment des marchés réservés et insiste sur le changement la nécessité de nouveaux modes de contractualisation avec les pouvoirs publics. En effet, l'acquisition de produits, travaux et services innovants joue un rôle essentiel dans l'amélioration de l'efficacité et de la qualité des services publics tout en permettant une utilisation optimale des deniers publics. Elle permet ainsi de dégager de plus larges avantages économiques, environnementaux et sociétaux à travers les nouvelles idées générées, leur concrétisation sous la forme de produits et services innovants et, partant, la promotion d'une croissance économique et durable.

**En conclusion**, l'Uniopss, représentant les services sociaux, médico-sociaux et sanitaires, insiste sur ces deux premières propositions, qui touchent tous les services sociaux d'intérêt général :

- 1. L'exclusion des services sociaux d'intérêt général de l'annexe XIV et une application d'un régime allégé en fonction du seuil de 750 000 euros, en application de l'article 74 de la directive 2014/24/UE ;**
  
- 2. Des précisions nécessaires sur les marchés réservés aux structures de l'économie sociale (article 30 du projet d'ordonnance) :**
  - **En articulant cette notion avec l'article 11 de la loi ESS du 31 juillet 2014 ;**
  - **En remplaçant le terme d' « activités de service public » par « mission d'intérêt général » ;**
  - **En insistant la non-exhaustivité de ces listes pour permettre à des acteurs pourtant mentionnés dans la directive de 2014 tels que activités sportives, les associations de jeunesse, les services d'enseignement et les services de formation (respectant les principes fondamentaux de l'économie sociale et solidaire susmentionnés) de bénéficier de ces aménagements et de cette réservation des marchés de l'article 30 ;**
  
- 3. Le renforcement de la pluralité des critères d'attribution au regard de l'article 67 de la directive 2014/24/UE.**

Avec le soutien et la participation du Mouvement associatif :



**Contact :** Morgane DOR,  
Conseillère technique Europe/Vie associative

**Tél :** 01.53.36.35.26 - **Mail :** [mdor@uniopss.asso.fr](mailto:mdor@uniopss.asso.fr)