

Commissariat général  
à la stratégie  
et à la prospective



Réunion plénière du 25 mars  
Point 1 de l'ordre du jour

**3 mars 2014**

**La RSE dans la nouvelle Directive européenne « marchés publics » :  
des progrès notables et des questions laissées à la transposition**

Les objectifs « politiques » de la nouvelle Directive européenne qui vient d'être adoptée (elle doit être publiée le 28 mars pour entrer en vigueur le 17 avril) sont annoncés d'entrée : il s'agit d'« *accroître l'efficacité de la dépense publique, en facilitant notamment la participation des PME aux marchés publics, et mieux utiliser l'instrument des marchés publics au service d'objectifs sociétaux* »...

Pour ces deux objectifs, les « considérants » (très développés) éclairent les évolutions principales des articles concernés de ce texte par rapport au précédent. De fait, les progrès en la matière sont incontestables. Mais on reste encore assez loin des recommandations d'ISO 26000 et de sa déclinaison dans le domaine des achats par la norme française NF X 50-135, avec néanmoins des possibilités d'amélioration au moment de la transposition en droit français.

**1) Des progrès sur les objectifs de responsabilité sociétale**

**a) Les dispositions concrètes favorables aux PME**

Il n'y a toujours pas de « small business act » à travers ce texte, malgré certaines attentes qui s'étaient exprimées, mais des dispositions concrètes qui vont dans le sens d'une plus grande ouverture aux petites et moyennes entreprises. Ainsi la directive prévoit une plus forte incitation à l'allotissement et, surtout, un allègement notable des procédures :

- simplification des dossiers de candidature grâce à un « document unique de marché européen » (DUME) avec auto-déclaration sur l'honneur et recours à une base de données renfermant les documents justificatifs (en France, ce sera par la simple utilisation du numéro SIRET pour le dépôt de candidature pour les marchés inférieurs à 90000 euros) ;
- passage progressif à la dématérialisation ;
- simplification des systèmes d'acquisition dynamique avec organisation en catégories de produits, travaux ou services, ou par zones géographiques ;
- limitation du chiffre d'affaires exigible du candidat au double du montant estimé du marché ;

- élargissement des possibilités de recours à la négociation (marchés de fournitures et de services) ;
- rejet obligatoire d'une offre « anormalement basse » (ce qui permet de lutter contre le « dumping » social), sous réserve d'une demande de justification ;
- création du « partenariat d'innovation » (distinction entre phase recherche/développement et option d'achat) ;
- élargissement du champ des marchés réservés aux structures spécialisées employant des personnes « défavorisées » (avec des conséquences mal évaluées : cf. § 2 ci-après).

Ces dispositions, à commencer par l'allègement des procédures administratives, doivent permettre aux PME de présenter plus facilement des offres concurrentielles.

#### **b) Des considérations environnementales et sociales renforcées**

Le point essentiel sur lequel une avancée notable est réalisée est la possibilité pour un pouvoir adjudicateur d'introduire des considérations sociales dans l'objet de son marché, comme c'était déjà le cas des considérations environnementales, et, surtout, d'en faire un des critères d'attribution à l'offre considérée comme « économiquement la plus avantageuse ».

Ce critère du « mieux-disant » est clairement compris comme le meilleur rapport qualité/prix estimé pour la durée de vie du produit ou du service acheté, d'où l'importance d'éléments d'appréciation comme l'analyse du cycle de vie, la composition du produit ou les étapes du processus de fabrication ou de commercialisation, les conditions de livraison, le service après-vente ou encore l'organisation, les qualifications ou l'expérience du personnel impliqué... Sont dorénavant cités comme critères possibles d'attribution ou comme conditions d'exécution (sans distinction) l'intégration des personnes défavorisées ou les produits issus du commerce équitable, tout comme l'utilisation optimale des ressources et la minimisation des déchets, ou a contrario les externalités négatives comme la pollution. La valorisation de ces critères fait dorénavant partie, au même titre que le prix d'achat, de l'estimation du « mieux-disant », dans cette approche multicritères promue par la directive (mais celle-ci conserve malheureusement, contrairement à ce que préconisait le rapporteur, la possibilité du choix à partir du seul prix d'achat...).

Enfin, les pouvoirs adjudicateurs « *devraient pouvoir exclure des opérateurs économiques qui se seraient avérés non fiables, par exemple pour manquement à des obligations environnementales ou sociales* », sous réserve du principe de proportionnalité et de la possibilité pour l'opérateur de prendre des mesures de conformité et des règles internes de responsabilité et de réparation. « *Il est également nécessaire d'assurer une certaine transparence dans la chaîne de sous-traitance* », indique un considérant, sans autre précision que la conformité au droit national...

#### **2) Des espaces d'approfondissement pour les Etats parmi de lourdes insuffisances**

Ces derniers éléments sont emblématiques d'un texte qui laisse beaucoup de liberté d'appréciation aux Etats dans sa transposition dans leur droit national (à réaliser sous 24 mois, plus un délai additionnel de 30 mois pour la dématérialisation complète des procédures).

Ainsi, les Etats ont-ils une pleine capacité de réglementation particulière pour l'identification des offres « anormalement basses », pour la portée de l'obligation

d'allotissement, la méthode de calcul du cycle de vie, les méthodes de valorisation des externalités, la définition des labels, etc ; ils gardent, en particulier, la faculté de réserver la possibilité de passer des marchés « à des opérateurs économiques dont l'objet principal est l'intégration sociale et professionnelle de personnes handicapées ou défavorisées ». Cette dernière disposition n'est pas sans danger car sa limite basse, fixée à 30% des effectifs (contre 80% dans le texte actuel pour les seules personnes handicapées), et son absence totale de définition des bénéficiaires peuvent permettre des dérives allant à l'encontre de l'objectif affiché, qui est l'accès à l'emploi des personnes qui en sont éloignées, alors que les dispositions actuelles sur les clauses sociales permettent déjà la réalisation de véritables parcours d'insertion.

De même, les Etats gardent la possibilité de prévoir des règles plus strictes en matière de responsabilité, notamment quant aux dispositifs de solidarité entre opérateur principal et sous-traitants (y compris le paiement direct à ceux-ci), ainsi que de transparence et de communication des informations et, bien sûr, de conditions d'organisation des dispositifs de contrôle.

Ces formes de souplesse peuvent permettre aux Etats d'accentuer, ou de réduire, à leur gré la portée des avancées obtenues dans la nouvelle directive. On le voit de façon très nette avec la possibilité qui leur est laissée « d'interdire ou de limiter le recours au seul critère du prix »...

Il reste « toutefois » (sic) que ces avancées sont en elles-mêmes strictement contenues par le principe, intangible, selon lequel « la condition de l'existence d'un lien avec l'objet du marché exclut les critères et conditions relatifs à la politique générale de l'entreprise, qui ne peuvent être considérés comme un élément caractérisant le processus spécifique de production ou de fourniture des travaux, produits ou services achetés. Les pouvoirs adjudicateurs ne devraient dès lors pas être autorisés à exiger des soumissionnaires qu'ils aient mis en place une politique particulière de responsabilité sociale ou environnementale de l'entreprise ». Contrairement aux « bonnes pratiques » qui commencent à avoir cours dans les politiques d'achat du secteur privé, la RSO telle que préconisée par la norme ISO 26000 (pourtant votée par la quasi-totalité des pays de l'Union européenne...) n'est pas encore complètement d'actualité dans la commande publique... !

Un autre exemple de cette contradiction est donné par la persistance de la qualification donnée à l'éventuelle préférence accordée aux fournisseurs locaux, qui serait « discriminatoire », là où ISO 26000 et la norme « achats responsables » préconisent, au moment de la détermination du besoin d'achat, d'évaluer l'impact de celui-ci sur l'écosystème territorial du donneur d'ordre en termes de développement local et d'emploi... La fameuse « concurrence libre et non faussée » des vieux accords de l'OMC resterait-elle encore, contre tout esprit de responsabilité sociétale bien assumée, la référence absolue dans le grand marché intérieur européen... ?

Gérard BRUNAUD