



PREMIER MINISTRE

HAUT CONSEIL A LA VIE ASSOCIATIVE

Avis du HCVA
sur le projet d'ordonnance de transposition
de la partie législative de la directive marchés publics

29 janvier 2015

La transposition de la directive 2014/24/EU du 26/02/2014 sur la passation des marchés publics et de la directive 2014/23/UE sur les contrats de concession fournit à la France l'occasion de :

- inscrire le droit français dans le nouveau dispositif communautaire des directives marchés publics,
- utiliser les marges de manœuvre confiées aux Etats membres par les directives européennes pour ...
- inscrire ces dispositions dans la palette, ouverte, des divers types de relations contractuelles entre les autorités publiques et les organisations non lucratives.

Pour élaborer le présent avis, le HCVA a :

- établi une liaison avec la Commission Europe du Conseil supérieur de l'ESS, qui a procédé le 19 mars 2014 à l'audition de Madame Michèle Hourt-Schneider du Conseil Général Economique et Financier du Minefi et qui a donné un avis sur l'article 13 de la loi ESS sur la commande publique et les achats publics socialement responsables.
- rencontré Madame Catherine Delort, sous-directrice du droit de la commande publique à la direction des affaires juridiques des ministères économiques et financiers,
- consulté les ministères qui ont en charge des secteurs d'activité associatives (culture, environnement, ESS, femmes, éducation...)
- les organisations associatives au plan européen.

Plusieurs séances du groupe de travail Droit, fiscalité et financement du HCVA ont été organisées à ce sujet.

Le HCVA formule en préalable des remarques sur le processus retenu par la France pour la transposition de la directive 2014/24/EU. Son avis est ensuite structuré en deux parties portant sur :

- 1 – le champ d'application des marchés publics et des définitions contenues dans la directive et le projet d'ordonnance aux associations et autres organisations sans but lucratif en France (notion de marchés publics, pouvoirs adjudicateurs, ...)
- 2 - les modalités de passation des marchés publics, notamment les dispositions transposées des articles 20, 70, et 77 de la directive 2004/18/CE et qui figurent aux articles 29, 31 et 77 du projet d'ordonnance, sachant que certains autres articles concernent aussi les associations.

Avis du HCVA sur le mode de transposition :

Tous les Etats membres n'ont pas retenu le même mode de transposition, certains pays choisissant par exemple de garder le texte européen d'un seul bloc. Le mode de transposition spécifique retenu par la France conduit le HCVA à formuler les remarques suivantes :

1 - le projet d'ordonnance ne reprenant pas certaines des dispositions de la directive, estimées de l'ordre réglementaire. Quelles que soient les motivations de ce choix, compte tenu des bases juridiques des textes actuels, la question de la pertinence de la répartition entre registre législatif et réglementaire est posée. Le HCVA considère que les principes relèvent de la loi et les modalités du décret. Il en est ainsi des, articles **67 et 76 de la directive qui portent sur les critères d'attribution du marché et sur les principes d'attribution du marché ne figurent pas dans le projet d'ordonnance ainsi que l'article 74 et l'annexe XIV** qui l'explique sur les dérogations relatives aux services sociaux et autres services spécifiques. Or ils comportent des éléments quant aux critères de choix des prestataires qui sont essentiels pour les associations (critères autres que le prix ou le coût). **Le HCVA demande que ces éléments soient inscrits dans le projet d'ordonnance, considérant qu'ils relèvent du domaine législatif.** **Compte tenu de la nécessaire articulation des textes législatifs et réglementaires, le HCVA demande à être consulté également sur la partie réglementaire de la transposition.**

2 - l'éclatement des articles de la directive entre différents articles du projet d'ordonnance et, par la suite, entre ordonnance et décrets à venir, ne facilite pas l'établissement des liens entre les niveaux de droit, européen et national. **Le HCVA est d'avis qu'un tableau de concordance des articles entre la directive et les textes français doit être mis à la disposition du public** (par exemple dans un futur document d'accompagnement du code de la commande publique) ; il sera particulièrement utile en cas de contentieux ;

3 - les modalités de transposition de la directive 2014/23/UE sur les **contrats de concession** doivent aussi être précisées. Il faut vérifier dans quelle mesure elles concernent les associations. Les principes d'exclusions et de dérogations aux principes de la commande publique doivent être inscrits dans l'ordonnance et non dans le décret **Le HCVA demande que le même processus de consultation soit ouvert pour la transposition de la directive concession.**

4 - Enfin, le HCVA appelle l'attention 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. Pour cette raison, il propose **d'attendre la publication de l'ordonnance et de ses décrets d'application** pour diffuser toute circulaire de modification de la circulaire du 18/01/2010 et, notamment pour commenter les notions de commande publique, de subvention et toute autre question relative à la palette des relations contractuelles entre pouvoirs publics et associations.

I – Définitions et inscription des marchés publics dans la palette des relations entre pouvoirs publics et associations : pas de surtransposition

La directive (article 2-5) définit comme «marchés publics», les « *contrats à titre onéreux conclus par écrit entre un ou plusieurs opérateurs économiques et un ou plusieurs pouvoirs adjudicateurs et ayant pour objet l'exécution de travaux, la fourniture de produits ou la prestation de services* », définition que le projet d'ordonnance reprend à l'article 4-1 en n'écrivant pas qu'il s'agit d'*exécuter* des travaux ou des services » des pouvoirs adjudicateurs mais de « *répondre à leurs besoins* ».

Le HCVA est d'avis que la question d'une éventuelle incidence de cette légère modification aux associations mérite d'être posée, au regard des complexités de l'application des définitions données dans les directives marchés depuis 1992 et de la prégnance du modèle des marchés publics dans les relations entre pouvoirs publics français et associations.

D'une façon plus générale, toutes les questions de définition doivent être ici rappelées, ne serait-ce que dans un but pédagogique, même si ce n'est pas l'objet de l'ordonnance de les résoudre.

1 – Pouvoir adjudicateur, application aux associations :

S'agissant de la notion de pouvoir adjudicateur appliquée à des organismes de droit privé, la directive dans ses considérants essaie de faire œuvre de pédagogie en exposant les solutions données par la jurisprudence communautaire. Mais la définition même n'a pas évolué et est toujours susceptible de concerner des associations d'intérêt général. L'article 2-4 de la directive définit ainsi comme «organisme de droit public», « *tout organisme présentant toutes les caractéristiques suivantes* » :

- a) *il a été créé pour satisfaire spécifiquement des besoins d'intérêt général ayant un caractère autre qu'industriel ou commercial;*
- b) *il est doté de la personnalité juridique; et*
- c) *soit il est financé majoritairement par l'État, les autorités régionales ou locales ou par d'autres organismes de droit public, soit sa gestion est soumise à un contrôle de ces autorités ou organismes, soit son organe d'administration, de direction ou de surveillance est composé de membres dont plus de la moitié sont désignés par l'État, les autorités régionales ou locales ou d'autres organismes de droit public;*

Cette définition est reprise à l'article 8-2 du projet d'ordonnance qui y ajoute le fait que sont ainsi visées des « personnes morales de droit privé ».

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. **Le HCVA demande que soit proscrite toute conception extensive de la notion de pouvoir adjudicateur.** Par exemple, dès lors que la loi hôpital, patient santé territoire (HPST) a supprimé la notion de participation au service public hospitalier, on

comprendrait mal que les associations sanitaires soient considérées comme des pouvoirs adjudicateurs alors que les cliniques lucratives ne le seraient pas. **Le HCVA demande que cette question, beaucoup plus complexe pour le monde associatif qui hybride plus que d'autres des financements privés et publics, soit approfondie, en tenant compte de la jurisprudence de la CJUE en la matière.**

2 – 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 entendue 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* ».

Le HCVA rappelle que la jurisprudence européenne a rappelé les conditions dans lesquelles les régimes obligatoires de Sécurité sociale ne sont pas des opérateurs économiques (cf. ci-après page 7).

3 - La notion de marché public : absence de rupture avec les textes antérieurs

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.

Ainsi ne sont pas des marchés publics (article 10 de la directive) :

- les contrats qui consentent un droit d'occupation du domaine public lorsque cette occupation ne sert que les intérêts de la personne qui bénéficie de ce droit et n'est pas indissociable de l'exécution d'un service public ;
- les contrats par lesquels une personne publique vend ou achète un bien immobilier à un tiers ;
- les conventions par lesquelles une personne publique attribue une subvention à un tiers sans contrepartie, y compris lorsqu'il y a obligation de remboursement quand les sommes attribuées ne sont pas utilisées aux fins prévues ou n'ont pas respecté les conditions posées (considérant pt4). Le considérant 4 précise que l'objectif de la directive de 2014 n'est pas d'élargir le champ d'application des marchés publics.

S'agissant du caractère onéreux du marché public : un marché implique le paiement d'un prix déterminable, par le pouvoir adjudicateur, même si cela ne génère pas de bénéfices pour le prestataire.

*Aux termes de la directive 2006/112/CE du Conseil du 28 novembre 2006 relative au système commun de taxe sur la valeur ajoutée, celle-ci ne vise pas les opérations qui ne sont pas effectuées à titre onéreux¹. Une opération effectuée à titre onéreux repose sur l'existence d'une contrepartie, quelque soit sa nature ou son montant, même si généralement se sera une contrepartie monétaire. La jurisprudence européenne est venue préciser cette notion de contrepartie en introduisant une condition nouvelle quant à la qualification d'opérations à titre onéreux. En effet depuis l'arrêt Apple de 1988 de la CJCE, il faut qu'en plus de la contrepartie, il existe un lien direct entre le service et la contrepartie ainsi qu'une certaine proportionnalité entre les deux. Les dons et subventions sont exclus du champ d'application de la TVA dès lors qu'ils ne présentent pas de lien direct avec une contrepartie économique.
Pour plus de détail, cf. le Bilan de la Vie associative en cours de réalisation par le HCVA, à paraître en 2015*

4 - Les prestations de services visées, différents modes de traitement et exclusion du champ d'application :

41 – Cadre allégé des services de l'article 74 :

La directive 2004/18/UE distinguait deux catégories de services dans :

- l'annexe A : les services considérés comme prioritaires, comprenant un intérêt transfrontalier certain (correspondant à l'actuel article 29 du code des marchés publics).
- l'annexe B : les services non prioritaires, dont l'intérêt est très localisé et non déterminant pour le développement du marché intérieur (correspondant à l'actuel article 30 du code des marchés publics).

Pour les services de l'article 30 (visant tout ce qui ne relève pas de l'article 29), il n'y avait pas d'obligation de mettre en œuvre des procédures formalisées de publicité et de mise en concurrence, sauf l'obligation de faire référence aux normes européennes et de publier un avis d'attribution. La personne publique était libre de déterminer le niveau de publicité et de concurrence adéquate sous le contrôle du juge a posteriori, et cela quel que soit le montant du marché (marchés à procédure adaptée – MAPA).

Avec la nouvelle directive de 2014, la distinction entre les services de type A et de type B est abandonnée, certains services non prioritaires étant considérés comme devenus concurrentiels. Mais certains marchés demeurent exclus du régime de droit commun.

L'article 74 « Attribution de marchés pour des services sociaux et d'autres services spécifiques » précise 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)* »

Même si la logique est désormais inversée (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, 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 qui vise, outre les Services sociaux d'intérêt général, d'autres services. La liste résulte de nombreuses discussions au Parlement européen. 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 ;

¹ Article 2, 1. Sont soumises à la TVA les opérations suivantes: a) les livraisons de biens effectuées à titre onéreux sur le territoire d'un État membre par un assujetti agissant en tant que tel; b) les acquisitions intracommunautaires de biens effectuées à titre onéreux sur le territoire d'un État membre

- 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.) De plus, la directive n'est pas applicable aux services non économiques dont font notamment partie les régimes obligatoires de sécurité sociale reposant sur un régime de solidarité.

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.

Le HCVA 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 aux principes de la commande publique et non pas renvoyé aux décrets.

42 – libre choix d'organisation des services à la personne, services sociaux, et autres services de santé et d'éducation par les Etats membres :

Par ailleurs, dans son considérant 114, la directive 2014/24/EU précise que « certaines catégories de services conservent, par leur nature intrinsèque, une dimension transnationale limitée, à savoir les services consistant en des services à la personne tels que certains services sociaux, de santé et d'éducation. Ces services sont fournis dans un cadre spécifique qui varie grandement d'un Etat membre à l'autre, du fait de traditions culturelles différentes. Il convient dès lors de mettre en place un régime spécifique pour les marchés publics portant sur de tels services, dont le seuil est plus élevé que celui qui s'applique à d'autres services »....

Le même considérant stipule expressément que les Etats membres sont toujours libres d'organiser les services à caractère social sans recourir aux marchés publics, via le versement de subventions, 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 conditions qu'un tel système garantisse une publicité suffisante et soit conforme aux principes de transparence et de non-discrimination.

Le HCVA demande que les cas d'exclusion du recours aux marchés publics décrits au considérant 114 soient indiqués précisément dans l'ordonnance, notamment les institutions créées par la loi 2002-2 rénovant l'action sociale et médico-sociale, la loi HPST du 16 juin 2009, l'article L 365-1 et suiv du code de la construction et de l'habitat relatif aux services sociaux d'aide au logement social

D'une façon plus générale, le **HCVA est d'avis de rappeler que les marchés publics continuent de s'inscrire dans la palette diversifiée des relations entre pouvoirs publics/associations.**

On peut et doit distinguer au moins 3 niveaux de contractualisation compatibles avec les règles européennes sur les aides d'Etat, les services d'intérêt général et les marchés publics.

1 - Le rapport entre une collectivité publique et une association qui ne donne lieu à aucun "retour sur investissement" direct "pour les besoins propres de la collectivité".

Même si l'association contribue à l'intérêt général, elle n'est ni « créée spécifiquement dans un but d'intérêt général » ni "chargée d'une mission de service d'intérêt général" : la collectivité ne fixe donc pas de cadre précis aux modalités d'intervention de l'association. Il convient donc de ne pas parler de service public quand on désigne des associations qui répondent à un service d'intérêt économique général (SIEG). La notion de « mission de service public » équivaut dans son acception européenne à « service d'intérêt général » et son emploi en droit français peut engendrer des confusions. **Le HCVA considère que cette clarification n'est pas assez précisée dans le projet d'ordonnance.**

La notion de subvention correspond à un financement alloué par une collectivité publique sans que celui-ci soit la contrepartie d'un service individualisé rendu directement à la collectivité publique versante. Cela justifie le caractère discrétionnaire de la subvention et le fait que le montant de la subvention peut être très inférieur à la valeur du service rendu. La subvention permet justement d'éviter de payer la prestation rendue à son coût réel. C'est ainsi qu'il faut comprendre la définition de la subvention donnée dans le projet de loi ESS. « Constituent des subventions, au sens de la présente loi, les contributions facultatives de toute nature, valorisées dans l'acte d'attribution, décidées par les autorités administratives et les organismes chargés de la gestion d'un service public industriel et commercial, justifiées par un intérêt général et destinées à la réalisation d'une action ou d'un projet d'investissement, à la contribution au développement d'activités ou au financement global de l'activité de l'organisme de droit privé bénéficiaire. Ces actions, projets ou activités sont initiés, définis et mis en œuvre par les organismes de droit privé bénéficiaires. « Ces contributions ne peuvent constituer la rémunération de prestations individualisées répondant aux besoins des autorités ou organismes qui les accordent » art 59 de la loi n°2014-856 du 31 juillet 2014 relative à l'économie sociale et solidaire.

Il n'y a pas d'obligation précise de service public et donc pas d'obligation de recourir au mandatement.

La subvention à une association n'est une « compensation de service public » que lorsqu'elle est une subvention d'équilibre ou une subvention complément de prix. Elle se différencie d'un soutien de la puissance publique à une activité qui mobilise des ressources bénévoles et des dons.

Le HCVA considère qu'il faut proscrire l'assimilation des subventions à des compensations de service public hormis le cas où il s'agit de subventions d'équilibre ou complément de prix à des associations expressément chargées de l'exécution d'un service public.

Il fait remarquer que, en se référant à la 5ème condition de l'arrêt Altmark, il est possible aux collectivités publiques de démontrer s'il est plus ou moins coûteux de contribuer à une action associative qui ne demande pas de « compenser » la totalité de ses coûts (par exemple parce que les bénévoles sont prêts à accroître leur action du niveau de financement public) que d'acheter des prestations.

2- Le cas où la collectivité publique souhaite voir un ensemble d'organisations remplir des fonctions d'intérêt général précisées dans la loi ou le règlement ou le mandatement :

C'est le cas où la collectivité publique définit un service d'intérêt général. La Commission disposant d'un pouvoir de contrôle de l'erreur manifeste d'appréciation, la règle européenne donne la liberté à la collectivité de définir le service d'intérêt général, dès lors qu'un certain nombre de règles sont respectées, notamment quant aux modalités de mandatement prévu pour les organismes qu'elle veut charger de la réalisation de ce type de services.

L'intégration des dispositions du Traité protectrices des missions de service public aux pratiques de contractualisation des collectivités territoriales s'opère progressivement, secteur par secteur.

La décision d'exemption de notification d'une aide d'Etat reste conditionnée à la qualification explicite de SIEG par une autorité publique et à la formalisation d'actes officiels de mandat qui définissent notamment les obligations de service public, les paramètres de calcul de la compensation et l'absence de toute surcompensation susceptible de fausser la concurrence.

C'est pourquoi on aura tout à gagner à prévoir désormais dans la loi, secteur par secteur, la définition du SIEG et les modalités de mandatement (cf. suggestions dans le bilan de la Vie associative en cours de réalisation par le HCVA à paraître en 2015.)

Le HCVA est d'avis qu'un meilleur travail d'articulation doit se faire entre :

- la définition par la loi des SIEG, ainsi que la capacité de citoyens à réclamer la reconnaissance du caractère d'intérêt général d'un bien ou d'un service
- la qualification explicite de SIEG
- les modalités de mandatement par la puissance publique
- la définition des obligations de service public

3 - Enfin, lorsque la collectivité veut acheter des prestations qui ne s'inscrivent pas dans un cadre de service d'intérêt général, elle a recours à la procédure de marché public :

Il convient de ne pas négliger que la passation de marchés publics engendre des coûts de transaction importants et des lourdeurs administratives qui n'en font pas toujours une procédure économiquement efficiente et qui conduit à écarter les petites structures associatives implantées localement et pourtant porteuses d'innovations sociales. Dans la commande publique, l'association cesse d'être un partenaire des pouvoirs publics et un médiateur de la société civile, pour devenir un exécutant.

Le recours à la commande publique n'est pas toujours compatible avec la notion de bénévolat consubstantiel aux associations, les bénévoles ne pouvant être assimilés à des prestataires de services. Par ailleurs, le recours à la commande publique conduit quasi inexorablement les associations à voir leurs activités fiscalisées. Elles ne sont alors plus éligibles au régime fiscal du mécénat ce qui les prive d'une source de financement importante et accentue leurs dépendances aux pouvoirs publics.

Il n'y a donc pas de solution universelle pour régir les relations contractuelles entre organisations non lucratives et pouvoirs publics, mais une palette de solutions adaptées à différents types d'objectifs et de moyens. Toutes ont leurs spécificités, en fonction des buts poursuivis. Les collectivités publiques doivent éviter de devenir prisonnières de leur commande publique aux associations comme elles le sont parfois désormais de leurs délégations de services publics.

II - Les modalités de passation des marchés de services sociaux et autres services spécifiques : pas de sous-transposition

La nouvelle directive marchés publics 2014/24 UE présente des opportunités pour les associations et autres organismes non lucratifs qui travaillent dans une logique de commande publique.

Le HCVA est d'avis qu'il convient de veiller à ce que les travaux de transposition prennent pleinement en compte ces avancées.

1 – Seuils :

Les services sociaux et services spécifiques de l'annexe XIV sont attribués selon les règles du régime allégé quand ils excèdent un seuil de 750 000€ nonobstant l'application des principes généraux des traités sur l'égalité d'accès et de non discrimination. Les considérants 114 à 117 de la directive expliquent ce choix par le caractère essentiellement local de ces marchés, précisant qu'en dessous de ce seuil, ils ne présentent pas d'intérêt transfrontalier, sauf indication contraire par exemple, lorsque l'UE intervient dans le financement.

En dessous de ce seuil de 750 000€, les pouvoirs adjudicateurs pourront donc passer librement les marchés au regard des règles communautaires. Ils sont mêmes dispensés d'appliquer les principes du traité de l'Union européenne imposés par l'arrêt Telaustria (CJCE 7 décembre 2000). En conséquence, les règles qui régiront ces marchés ressortiront du seul droit français !

Cette disposition est-elle de nature à remettre en cause la jurisprudence du Conseil d'Etat du 10 février 2010, (n° 329100) qui, se fondant sur l'arrêt Telaustria, a annulé les dispositions du décret n° 2008-1356 du 19 décembre 2008 qui instaurait une dispense générale de mise en concurrence des marchés d'un montant inférieur à 20 000€ ?

« Considérant que les marchés passés en application du code des marchés publics sont soumis aux principes qui découlent de l'exigence d'égal accès à la commande publique et qui sont rappelés par le II de l'article 1er du code des marchés publics dans sa rédaction issue du décret du 1er août 2006 selon lequel: "Les marchés publics et les accords-cadres (...) respectent les principes de liberté d'accès à la commande publique, d'égalité de traitement des candidats et de transparence des procédures (...)" ; que ces principes ne font pas obstacle à ce que le pouvoir réglementaire puisse permettre au pouvoir adjudicateur de décider que le marché sera passé sans publicité, voire sans mise en concurrence, dans les seuls cas où il apparaît que de telles formalités sont impossibles ou manifestement inutiles notamment en raison de l'objet du marché, de son montant ou du degré de concurrence dans le secteur considéré ; que, par suite, en relevant de 4 000 à 20 000 euros, de manière générale, le montant en deçà duquel tous les marchés entrant dans le champ de l'article 28 du code des marchés publics sont dispensés de toute publicité et mise en concurrence, le pouvoir réglementaire a méconnu les principes d'égalité d'accès à la commande publique, d'égalité de traitement des candidats et de transparence des procédures ; que par suite M. A est fondé à demander l'annulation du décret attaqué en tant qu'il relève le seuil applicable aux marchés passés selon la procédure de l'article 28 du code des marchés publics ».

Le HCVA est d'avis que ces questions doivent faire l'objet d'une concertation. Ce cas d'exclusion d'une mise en concurrence dans le cadre de la commande publique doit être précisé dans l'ordonnance.

Le HCVA est d'avis que pour ces services très limités et de portée locale, inférieur à 750 000 €, il n'y ait pas de publicité ni de mise en concurrence, comme c'était le cas dans la version du code des marchés publics de 2001.

2 – Modalités de passation et de publication :

21 - Publication spéciale au JOUE :

Au-dessus du seuil de 750 000€, une publicité au Journal Officiel de l'Union européenne (JOUE) s'impose, mais dans des formulaires distincts de ceux utilisés pour les procédures de droit commun et dont le contenu a été allégé.

22- Avis de pré-information :

Un avis de pré-information informant de l'intention de la personne publique de passer un marché permettrait de réduire les délais de procédure. Il permet une programmation pluriannuelle.

Dans le cadre des marchés portant sur les services de l'annexe XIV, il devient un moyen d'appel à la concurrence précisant les catégories de marchés que le pouvoir adjudicateur s'apprête à passer sans publicité ultérieure. Les opérateurs économiques peuvent alors faire connaître leur intérêt pour ce marché et demander à être consultés. Le pouvoir adjudicateur leur adressera sans autre sélection préalable des candidatures, le dossier de consultation du marché qui les intéresse.

L'avis de pré-information des services sociaux et services spécifiques est également plus souple que les avis pour les procédures de droit commun.

23- Avis d'attribution :

Cette obligation concerne l'ensemble des marchés mais son contenu est également allégé pour les marchés des services sociaux et services spécifiques.

3- Critères d'attribution :

La directive laisse un large pouvoir d'appréciation pour organiser le choix des prestataires de services de la manière la plus appropriée (considérant 114). Ce pouvoir discrétionnaire s'inscrit dans l'article 14 du Traité de Lisbonne et du protocole n° 26 du TFUE qui reconnaissent aux états membres un rôle essentiel dans la fourniture et le financement des SIEG et des SSIG, en application du principe de subsidiarité. *Le considérant 114 précise :*

« Les marchés de services à la personne dépassant ce seuil devraient être soumis à des obligations de transparence à l'échelle de l'Union. Compte tenu de l'importance du contexte culturel et du caractère sensible de ces services, les États membres devraient avoir un large pouvoir d'appréciation pour organiser le choix des prestataires de services de la manière qu'ils jugent la plus appropriée. Les règles de la présente directive tiennent compte de cet impératif, en n'imposant que le respect de principes fondamentaux de transparence et d'égalité de traitement et en veillant à ce que les pouvoirs adjudicateurs soient en mesure d'appliquer des critères de qualité spécifiques pour le choix de prestataires de services, tels que ceux définis dans le cadre volontaire européen pour la qualité des services sociaux, publié par le comité de la protection sociale. Lorsqu'ils fixent les procédures à suivre pour l'attribution des marchés de services à la personne, les États membres devraient tenir compte de l'article 14 du traité sur le fonctionnement de l'Union européenne et du protocole n° 26. Ce faisant, les États membres devraient également poursuivre les objectifs de simplification et d'allègement de la charge administrative pour les pouvoirs adjudicateurs et les opérateurs économiques; il convient de préciser que ce processus pourrait également conduire à se fonder sur les règles applicables aux marchés de services ne relevant pas du régime spécifique »

Ces procédures adaptées devront, comme précédemment, respecter les principes généraux de transparence des procédures et d'égalité de traitement des candidats.

Mais l'article 76 de la nouvelle directive exige en outre que les pouvoirs adjudicateurs prennent en compte les exigences fondamentales des SIEG, à savoir : « la qualité, la continuité, l'accessibilité, le caractère abordable, la disponibilité et l'exhaustivité des services, les besoins spécifiques des différentes catégories d'utilisateurs, y compris les catégories défavorisées et vulnérables, la participation et l'implication des usagers, ainsi que l'innovation ». La sélection des candidats

devra donc se faire sur la base de critère de qualité et de durabilité. La sélection sur le seul critère du prix est donc proscrite pour ce type de marchés.

Par rapport aux MAPA de l'article 30 actuel du code des marchés publics, ce texte encourage donc à la mise en œuvre d'une procédure particulière pour les services sociaux et services spécifiques, à la fois plus souples, mais aussi plus axée sur la qualité et la vocation de ces services, afin de tenir compte des caractéristiques des SIEG.

L'article 67 précise que « *L'offre économiquement la plus avantageuse du point de vue du pouvoir adjudicateur est déterminée sur la base du prix ou du coût, selon une approche fondée sur le rapport coût/efficacité, telle que le coût du cycle de vie, conformément à l'article 68, et peut tenir compte du meilleur rapport qualité/prix, qui est évalué sur la base de critères comprenant des aspects qualitatifs, environnementaux et/ou sociaux liés à l'objet du marché public concerné. Il peut s'agir, par exemple, des critères suivants:*

a) la qualité, y compris la valeur technique, les caractéristiques esthétiques et fonctionnelles, l'accessibilité, la conception pour tous les utilisateurs, les caractéristiques sociales, environnementales et innovantes et la commercialisation et ses conditions;

b) l'organisation, les qualifications et l'expérience du personnel assigné à l'exécution du marché, lorsque la qualité du personnel assigné peut avoir une influence significative sur le niveau d'exécution du marché; ou

c) le service après-vente, l'assistance technique et les conditions de livraison, telles que la date de livraison, le mode de livraison et le délai de livraison ou d'exécution.

Le facteur coût peut également prendre la forme d'un prix ou d'un coût fixe sur la base duquel les opérateurs économiques seront en concurrence sur les seuls critères de qualité.

Les États membres peuvent prévoir que les pouvoirs adjudicateurs ne peuvent pas uniquement utiliser le prix ou le coût comme seul critère d'attribution ou limiter cette utilisation à certaines catégories de pouvoirs adjudicateurs ou certains types de marchés. »

L'article 45 de la directive précise aussi que « *Les pouvoirs adjudicateurs peuvent autoriser les soumissionnaires à présenter des variantes ou exiger une telle présentation. Ils indiquent dans l'avis de marché ou, lorsque l'avis de préinformation sert de moyen d'appel à la concurrence dans l'invitation à confirmer l'intérêt, s'ils autorisent ou exigent ou non les variantes. Les variantes ne sont pas autorisées sans cette indication. Les variantes sont liées à l'objet du marché.* »

Comme indiqué plus haut, le HCVA demande que ces éléments des articles 67 et 76 de la directive qui portent respectivement sur les critères d'attribution du marché et sur les principes d'attribution du marché ne figurent pas dans le projet d'ordonnance soient introduits dans l'ordonnance afin de relever du niveau législatif. En effet, ils comportent des éléments quant aux critères de choix des prestataires qui sont essentiels pour les associations (critères autres que le prix ou le coût)

4 - Les marchés réservés pour certains services

41 – Marchés réservés pour des ateliers protégés et des opérateurs économiques dont l'objet principal est l'intégration sociale et professionnelle de personnes handicapées ou défavorisées :

La promotion ou la réinsertion de personnes handicapées justifiait déjà aux termes de la directive de 2004 que des marchés soient réservés à des organismes gestionnaires d'établissements ou service d'adaptation au travail (ESAT) ou d'entreprises adaptées.

Le champ des marchés réservés a été significativement étendu avec la directive 2014/24 dans son article 29 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 ».

Le projet d'ordonnance traduit ainsi le champ « *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 fixée par voie réglementaire 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* ».

Le HCVA est d'avis que compte tenu de la complexité des sujets, le projet d'ordonnance reprenne les termes de la directive en se référant aux définitions conférées notamment dans la loi de 2002, la loi de 2005 sur le handicap, le code du travail art L512-13 et L 344-2 du code de l'action sociale et des familles.

42 – Marchés réservés pour certains services sociaux :

L'article 77 de la directive prévoit la possibilité pour les Etats membres de réserver des marchés portant exclusivement sur certains services sociaux de l'annexe XIV de la directive, visés par les codes CPV énumérés par cet article: par exemple l'accès au logement, l'aide aux personnes âgées ou handicapées, les services de garde d'enfants, l'accès à l'emploi ou la formation, les services de santé, sportifs ou culturels (bibliothèques, musées et autres services culturels, conservation des sites et monuments historiques, réserves naturelles, préservation de la vie sauvage).

Les organismes habilités à se porter candidats aux marchés réservés sont des entreprises qui doivent selon la directive :

- assumer une **mission de service public** dans les domaines relevant du champ des marchés réservés visés ci-dessus,
- réinvestir leurs bénéfices dans la mission de service public (« leurs bénéfices sont réinvestis en vue d'atteindre l'objectif de l'organisation. En cas de distribution ou de redistribution des bénéfices, celle-ci devrait être fondée sur des principes participatifs);
- être géré selon les principes participatifs qui intègrent les différentes parties prenantes (salariés, usagers, ...) dans la gouvernance (« *les structures de gestion ou de propriété des organisations exécutant le marché sont fondées sur l'actionnariat des salariés ou des principes participatifs ou exigent la participation active des salariés, des utilisateurs ou des parties prenantes* »)

Ces dispositions sont transposées par l'article 30-1 du projet d'ordonnance.

Le HCVA est d'avis que

- **la traduction, par l'article 30-1 de transposition, du terme « mission de service public » en « activité de service public » doit être évaluée : quelles sont les entreprises exclues ou incluses selon les cas ? Quelle est l'articulation avec l'article 11 de la loi relative à l'économie sociale et solidaire du 31 juillet 2014 ? Enfin, il pourrait être plus pertinent de traduire les termes « mission de service public » par « activité d'intérêt général ».**
- **les critères cumulatifs précités** (mission ou activité de service public, réinvestissement des bénéfices, principes de gouvernance participative) **doivent s'appliquer à l'ensemble des entreprises visées** par l'article 30-1 soit donc non seulement les entreprises de l'économie sociale et solidaire définies à l'article 1er de la loi du 31 juillet 2014 susvisée mais aussi les « structures équivalentes ». Ceci ne ressort pas de l'actuelle rédaction de l'article 30-I.

Par ailleurs, le dispositif est assorti de restrictions importantes, voire très pénalisantes : une entreprise sociale ne peut pas concourir à un marché réservé lorsque le pouvoir adjudicateur considéré lui a déjà attribué un marché relevant de cette catégorie depuis moins de 3 ans. Il doit donc exister un délai de carence de 3 ans entre deux marchés réservés. Ainsi, le pouvoir adjudicateur ne peut jamais conclure un nouveau marché relevant des marchés réservés avec le titulaire sortant du précédent marché.

Ce délai de carence est justifié dans le considérant 118 de la directive par la nécessité d'assurer la continuité du service public. Néanmoins des changements tous les 3 ans ne paraissent pas de nature assurer une stabilité et la continuité du service.

L'opportunité de recourir à ces marchés réservés appartient au pouvoir adjudicateur.

Un rapport devra être établi par la commission européenne sur l'application de ce dispositif au plus tard le 18 avril 2019. Enfin, ce dispositif des marchés réservés est une faculté laissée aux Etats membres et non d'une obligation.

En conclusion, le HCVA :

I – partage pleinement l'objectif du gouvernement d'éviter toute sur-transposition et recommande de :

- rappeler que la définition des marchés publics et des pouvoirs adjudicateurs s'inscrit dans la palette des solutions contractuelles entre autorités publiques et associations
- que soit proscrite toute conception extensive de la notion de pouvoir adjudicateur
- respecter l'esprit et de la lettre de la directive en ce qui concerne les concepts comme « mission de service public », etc... et la différence domaine législatif/domaine réglementaire
- d'établir un tableau de concordance des articles entre la directive et les textes français doit être mis à la disposition du public
- d'attendre la publication de l'ordonnance et de ses décrets d'application pour diffuser toute circulaire de modification de la circulaire du 18/01/2010 et, notamment pour commenter les notions de commande publique, de subvention et toute autre question relative à la palette des relations contractuelles entre pouvoirs publics et associations.
- continuer à privilégier la subvention chaque fois qu'il ne s'agit pas de répondre à un besoin propre et identifié de la collectivité publique, mais de nouer des partenariats avec les acteurs associatifs.
- étudier la notion d'opérateurs non-économiques, certes rares mais pas inexistantes, dans quelques domaines d'activités réservés au secteur non lucratif, exclusifs d'un marché concurrentiel. Les pouvoirs publics ne doivent pas les traiter systématiquement comme des opérateurs économiques.
- que les cas d'exclusion du recours aux marchés publics décrits au considérant 114 soient indiqués précisément dans l'ordonnance.
- que le même processus de consultation soit ouvert pour la transposition de la directive concession.

II – recommande de faire bénéficier les associations et, au-delà, les entreprises de l'économie sociale et solidaire qui répondent à la commande publique des ouvertures de la directive européenne et donc de proscrire toute sous-transposition.

Notamment, le HCVA :

- recommande que la transposition de la directive « marchés publics » soit l'occasion de faire bénéficier pleinement les entreprises de l'ESS et particulièrement celles titulaires de l'agrément ESUS, de l'accès aux

marchés réservés dont le champ d'application devra couvrir l'ensemble des services visés à l'article 77 de la directive.

- demande que le régime spécifique qui s'applique à ces services de l'annexe XIV soit mentionné dans l'ordonnance et non pas renvoyé aux décrets.

- recommande expressément au Gouvernement de recourir aux MAPA pour tous les marchés relevant de l'annexe XIV de la directive 2014/24/UE d'un montant supérieur à 750 000€, et d'imposer que les marchés ainsi passés répondent aux exigences des SIEG. Les critères de sélection doivent donner la priorité à l'aspect qualitatif et non au seul aspect financier, en particulier s'agissant des SSIG.

- pour les marchés d'un montant inférieur à 750 000€ d'user de la latitude laissée par la directive aux Etats membres et conférer un maximum de souplesse et de simplicité aux marchés relevant de l'annexe XIV, à l'instar de ce que prévoyait l'article 30 du CMP dans sa version 2001.

- transposer de façon favorable aux associations les dispositions des articles 67 (clauses sociales, critères d'attribution des marchés), 75 (publication de notices), 76 (principes d'attribution des marchés), 70 (conditions d'exécution).

- demande que les articles 67 et 76 de la directive qui portent respectivement sur les critères d'attribution du marché et sur les principes d'attribution du marché ainsi que l'article 74 et l'annexe XIV qui l'explique sur les dérogations relatives aux services sociaux et autres services spécifiques soient introduits dans l'ordonnance afin de relever du niveau législatif. En effet, ils comportent des éléments quant aux critères de choix des prestataires qui sont essentiels pour les associations (critères autres que le prix ou le coût)

Enfin le HCVA recommande que des représentants du monde associatif soient prévus dans le comité consultatif prévu par l'article 89 de la directive.

ANNEXE I

<p>DIRECTIVE 2014/24/UE DU PARLEMENT EUROPÉEN ET DU CONSEIL du 26 février 2014</p>	<p>PROJET D'ORDONNANCE n° du relative aux marchés publics</p>
<p style="text-align: center;">Article 2</p> <p>L'article 2-4 de la directive définit ainsi comme «organisme de droit public», <i>« tout organisme présentant toutes les caractéristiques suivantes »</i> :</p> <ul style="list-style-type: none"> 4 <i>il a été créé pour satisfaire spécifiquement des besoins d'intérêt général ayant un caractère autre qu'industriel ou commercial;</i> 5 <i>il est doté de la personnalité juridique; et</i> 6 <i>soit il est financé majoritairement par l'État, les autorités régionales ou locales ou par d'autres organismes de droit public, soit sa gestion est soumise à un contrôle de ces autorités ou organismes, soit son organe d'administration, de direction ou de surveillance est composé de membres dont plus de la moitié sont désignés par l'État, les autorités régionales ou locales ou d'autres organismes de droit public;</i> <p>2-10 «opérateur économique», <i>« 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 ».</i></p>	<p style="text-align: center;">Article 8-2</p>
<p>Des services d'urgence exécutés par des organisations et des associations sans but lucratif sont exclus du champ de la directive et soumis à aucune obligation de mise</p>	

<p>en concurrence. Cette exclusion est limitée aux catégories de services suivantes : services d'incendie et de secours, sauvetage et protection civile, sûreté nucléaire, services ambulanciers sauf le transport de patients (article 10-h).</p>	
<p style="text-align: center;">considérant 114,</p> <p>« certaines catégories de services conservent, par leur nature intrinsèque, une dimension transnationale limitée, à savoir les services consistant en des services à la personne tels que certains services sociaux, de santé et d'éducation. Ces services sont fournis dans un cadre spécifique qui varie grandement d'un Etat membre à l'autre, du fait de traditions culturelles différentes. Il convient dès lors de mettre en place un régime spécifique pour les marchés publics portant sur de tels services, dont le seuil est plus élevé que celui qui s'applique à d'autres services »...</p> <p>« Les marchés de services à la personne dépassant ce seuil devraient être soumis à des obligations de transparence à l'échelle de l'Union. Compte tenu de l'importance du contexte culturel et du caractère sensible de ces services, les États membres devraient avoir un large pouvoir d'appréciation pour organiser le choix des prestataires de services de la manière qu'ils jugent la plus appropriée. Les règles de la présente directive tiennent compte de cet impératif, en n'imposant que le respect de principes fondamentaux de transparence et d'égalité de traitement et en veillant à ce que les pouvoirs adjudicateurs soient en mesure d'appliquer des critères de qualité spécifiques pour le choix de prestataires de services, tels que ceux définis dans le cadre volontaire européen pour la qualité des services sociaux, publié par le comité de la protection sociale. Lorsqu'ils fixent les procédures à suivre pour l'attribution des marchés de services à la personne, les États membres devraient tenir compte de l'article 14 du traité sur le fonctionnement de l'Union européenne et du protocole n o 26. Ce faisant, les États membres devraient également poursuivre les objectifs de simplification et d'allègement de la charge administrative pour les pouvoirs adjudicateurs et les opérateurs économiques; il convient de préciser que ce processus pourrait également conduire à se fonder sur les règles applicables aux marchés de services ne relevant pas du régime spécifique »</p> <p>« Les États membres et les pouvoirs publics restent libres de fournir eux-mêmes ces</p>	

<p>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.</p>	
<p style="text-align: center;">Article 20</p> <p>Marchés réservés</p> <p>1. 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.</p> <p>2. L'appel à la concurrence renvoie au présent article.</p>	<p style="text-align: center;">Section 5 : Marchés publics réservés</p> <p>Sous-section 1 : Réserve de marchés publics aux opérateurs économiques qui emploient des travailleurs handicapés ou défavorisés</p> <p style="text-align: center;">ARTICLE 29</p> <p>I. – 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 fixée par voie réglementaire 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.</p> <p>II. – Des marchés publics ou des lots d'un marché public autres que ceux de défense ou de sécurité peuvent être réservés à des structures d'insertion par l'activité économique mentionnées à l'article L. 5132-4 du code du travail et à des structures équivalentes qui emploient une proportion minimale fixée par voie réglementaire de travailleurs défavorisés.</p>
<p>67 précise que « L'offre économiquement la plus avantageuse du point de vue du pouvoir adjudicateur est déterminée sur la base du prix ou du coût, selon une approche fondée sur le rapport coût/efficacité, telle que le coût du cycle de vie, conformément à l'article 68, et peut tenir compte du meilleur rapport qualité/prix, qui est évalué sur la base de critères comprenant des aspects</p>	

<p><i>qualitatifs, environnementaux et/ou sociaux liés à l'objet du marché public concerné. Il peut s'agir, par exemple, des critères suivants:</i></p> <p><i>a) la qualité, y compris la valeur technique, les caractéristiques esthétiques et fonctionnelles, l'accessibilité, la conception pour tous les utilisateurs, les caractéristiques sociales, environnementales et innovantes et la commercialisation et ses conditions;</i></p> <p><i>b) l'organisation, les qualifications et l'expérience du personnel assigné à l'exécution du marché, lorsque la qualité du personnel assigné peut avoir une influence significative sur le niveau d'exécution du marché; ou</i></p> <p><i>c) le service après-vente, l'assistance technique et les conditions de livraison, telles que la date de livraison, le mode de livraison et le délai de livraison ou d'exécution.</i></p> <p><i>Le facteur coût peut également prendre la forme d'un prix ou d'un coût fixe sur la base duquel les opérateurs économiques seront en concurrence sur les seuls critères de qualité.</i></p> <p><i>Les États membres peuvent prévoir que les pouvoirs adjudicateurs ne peuvent pas uniquement utiliser le prix ou le coût comme seul critère d'attribution ou limiter cette utilisation à certaines catégories de pouvoirs adjudicateurs ou certains types de marchés. »</i></p>	
<p style="text-align: center;">Article 74</p> <p><i>Attribution de marchés pour des services sociaux et d'autres services spécifiques</i></p> <p><i>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).</i></p>	Non transposé à ce stade
<p style="text-align: center;">Article 45</p> <p><i>« Les pouvoirs adjudicateurs peuvent autoriser les soumissionnaires à présenter des variantes ou</i></p>	Non transposé à ce stade

<p><i>exiger une telle présentation. Ils indiquent dans l'avis de marché ou, lorsque l'avis de préinformation sert de moyen d'appel à la concurrence dans l'invitation à confirmer l'intérêt, s'ils autorisent ou exigent ou non les variantes. Les variantes ne sont pas autorisées sans cette indication. Les variantes sont liées à l'objet du marché ».</i></p>	
<p style="text-align: center;">Article 70</p> <p><i>Conditions d'exécution du marché</i></p> <p><i>Les pouvoirs adjudicateurs peuvent prévoir des conditions particulières concernant l'exécution d'un marché pour autant qu'elles soient liées à l'objet du marché au sens de l'article 67, paragraphe 3, et indiquées dans l'appel à la concurrence ou dans les documents de marché. Ces conditions peuvent prendre en compte des considérations relatives à l'économie, à l'innovation, à l'environnement, au domaine social ou à l'emploi.</i></p>	<p style="text-align: center;">ARTICLE 31</p> <p>I. – 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.</p> <p>Sont réputées liées à l'objet du marché public les conditions d'exécution qui se rapportent aux travaux, fournitures ou services à fournir en application du marché public, à quelque égard que ce soit et à n'importe quel stade de leur cycle de vie, y compris les facteurs intervenant dans le processus spécifique de production, de fourniture ou de commercialisation de ces travaux, fournitures ou services ou un processus spécifique lié à un autre stade de leur cycle de vie, même lorsque ces facteurs ne ressortent pas des qualités intrinsèques de ces travaux, fournitures ou services.¹⁶</p> <p>Projet d'ordonnance marchés publics - CONCERTATION 12/2014.</p> <p>II – Les acheteurs publics peuvent imposer que les moyens utilisés pour exécuter un marché public, pour maintenir ou pour moderniser les produits acquis soient localisés sur le territoire des États membres de l'Union européenne afin, notamment, de prendre en compte des considérations environnementales ou sociales ou d'assurer la sécurité des informations et des approvisionnements.</p>
<p style="text-align: center;">Article 76</p>	<p style="text-align: center;">Non transposé à ce stade</p>

<p>les pouvoirs adjudicateurs prennent en compte les exigences fondamentales des SIEG, à savoir : « <i>la qualité, la continuité, l'accessibilité, le caractère abordable, la disponibilité et l'exhaustivité des services, les besoins spécifiques des différentes catégories d'utilisateurs, y compris les catégories défavorisées et vulnérables, la participation et l'implication des usagers, ainsi que l'innovation</i> ».</p>	
<p style="text-align: center;">Article 77</p> <p><i>Marchés réservés pour certains services</i></p> <p><i>1. Les États membres peuvent prévoir que les pouvoirs adjudicateurs peuvent réserver aux organisations le droit de participer à des procédures de passation de marchés publics portant exclusivement sur les services de santé, sociaux ou culturels visés à l'article 74 relevant des codes CPV 75121000-0, 75122000-7, 75123000-4, 79622000-0, 79624000-4, 79625000-1, 80110000-8, 80300000-7, 80420000-4, 80430000-7, 80511000-9, 80520000-5, 80590000-6, de 85000000-9 à 85323000-9, 92500000-6, 92600000-7, 98133000-4 et 98133110-8.</i></p> <p><i>2. Une organisation visée au paragraphe 1 remplit toutes les conditions suivantes:</i></p> <p><i>a) elles ont pour objectif d'assumer une mission de service public liée à la prestation des services visés au paragraphe 1;</i></p> <p><i>b) leurs bénéfices sont réinvestis en vue d'atteindre l'objectif de l'organisation. En cas de distribution ou de redistribution des bénéfices, celle-ci devrait être fondée sur des principes participatifs;</i></p> <p><i>c) les structures de gestion ou de propriété des organisations exécutant le marché sont fondées sur l'actionnariat des salariés ou des principes participatifs ou exigent la participation active des salariés, des utilisateurs ou des parties prenantes;</i></p> <p><i>d) les organisations ne se sont pas vu attribuer un marché par le pouvoir adjudicateur concerné pour les services visés par le présent article dans les trois années précédentes.</i></p> <p><i>3. La durée maximale du marché n'est pas supérieure à trois ans.</i></p> <p><i>4. L'appel à la concurrence renvoie au présent article.</i></p>	<p>Réservation de marchés publics aux entreprises de l'économie sociale et solidaire</p> <p style="text-align: center;">ARTICLE 30</p> <p>I. – Des marchés publics ou des lots d'un marché public autres que ceux de défense ou de sécurité, qui portent exclusivement sur des services de santé, sociaux ou culturels dont la liste est fixée par voie réglementaire, peuvent être réservés par les pouvoirs adjudicateurs, y compris lorsqu'ils agissent en tant qu'entité adjudicatrice, aux entreprises de l'économie sociale et solidaire définies à l'article 1er de la loi du 31 juillet 2014 susvisée ou à des structures équivalentes, lorsqu'elles répondent aux conditions cumulatives suivantes :</p> <p>1° Elles poursuivent une activité de service public relative aux services mentionnés sur cette liste ;</p> <p>2° L'entreprise à laquelle il est envisagé d'attribuer le marché public n'était pas titulaire, au cours des trois années précédentes, d'un marché public relatif aux services mentionnés ci-dessus attribué par l'acheteur public qui passe ce marché public.</p> <p>II. – La durée maximale du marché public n'est pas supérieure à trois ans.</p>

<p><i>5. Nonobstant l'article 92, la Commission évalue les effets de du présent article et fait rapport au Parlement européen et au Conseil au plus tard le 18 avril 2019.</i></p>	
--	--