



100 % des marchés publics responsables, un mirage ?



Depuis de nombreuses années, une volonté politique répétée, en phase avec une société en transition, se fixe pour objectif d'atteindre 100 % des marchés publics responsables¹ à courte échéance. Qu'entend-on par marché responsable ? Comment peut-on passer d'une attribution au moins disant (offre de prix la plus basse) à une attribution au mieux disant (meilleur rapport qualité/prix) ? Qu'entend-on par « qualité » ? Où en sommes-nous aujourd'hui ? Et quels sont les verrous qui empêchent d'atteindre cet objectif ? Telles sont les questions traitées dans cette analyse.

Préambule.

Les marchés publics...Techniques ? Ennuyeux ?

Et pourtant ! Les marchés publics doivent être pensés comme des actions d'achats responsables et non comme des actes juridico-administratifs. Il ne faut en effet pas inverser l'objectif et le moyen, le cahier des charges restant la traduction (le véhicule juridique) de l'acte d'achat intégrant une volonté de participation à la transition vers une autre économie (la finalité) dans le cas d'un marché public responsable. Le rôle (et donc la responsabilité, nous y reviendrons) d'un adjudicateur face à son acte d'achat est de se questionner : avec l'argent commun, à qui et comment confier l'aide à la gestion, au développement ou à la valorisation du bien commun ?

Et pourtant. Les marchés publics représentent un enjeu économique de taille : 50 milliards d'euros, soit près de 20.000 marchés publics lancés chaque année en Belgique². Cumulés entre les Etats-membres, ils représentent autour de 15 % du PIB de l'Union européenne³. Les marchés publics, par les exigences qu'ils intègrent dans leurs cahiers des charges, peuvent influencer également sur les marchés privés en permettant, en incitant les entreprises qui souhaitent soumissionner à changer en profondeur leur manière de produire (à se mettre « en transition »), et donc également dans le cadre de marchés privés, seule façon pour elles de ne pas devoir renoncer aux marchés publics. L'impact potentiel va donc bien au-delà des 15 %.

On comprend dès lors que les marchés publics peuvent constituer un levier essentiel pour la transition vers une économie responsable.

Toutefois, il faut encore que ces marchés publics soient « responsables » ...

Un marché public « responsable » ...

Au cœur de l'histoire des marchés publics, il y a la question de l'éthique : *« l'éthique est inséparable de l'idée d'administration au service des citoyens, des usagers, du bien commun, et est fondée sur des valeurs de confiance entre le public et l'administration »*⁴.

La question de l'éthique s'est d'abord imposée dans le cadre des procédures de passation et d'exécution des marchés publics sur l'intégrité des acheteurs publics en couvrant des principes juridiques tels que la liberté d'accès, l'égalité et la transparence.

Jusque dans les années 80, les marchés publics étaient généralement considérés comme respectant les exigences de bonne gouvernance dès lors que le critère qualité/prix (la qualité étant considérée d'un point de vue technique) avait été déterminant dans le choix de l'attributaire du marché.

Progressivement, et concomitamment à la popularisation du concept de développement durable, à l'éthique de la procédure s'est ajoutée la question de l'éthique relative au contenu des marchés publics (exigences intégrées au cahier des charges).

Les premières clauses sociales soumises à la Cour de Justice de l'Union européenne remontent à 1988⁵. Depuis, de nombreuses clauses sociales, environnementales et éthiques, sont apparues dans des marchés publics.

Une circulaire fédérale du 16 mai 2014⁶ définit ce que sont les marchés « durables ». Il s'agit de *« processus de passation de marché public dans le cadre duquel les pouvoirs publics cherchent à obtenir des biens, des services et des travaux dont l'incidence environnementale et sociale négative sur toute leur durée de vie sera moindre que dans le cas de biens, de services et de travaux à vocation identique, mais ayant fait l'objet de procédures de passation de marchés ne tenant pas compte de ces aspects. A cet effet, il convient de tenir compte des trois piliers du développement durable et plus particulièrement : (1) protéger l'environnement et réduire l'empreinte écologique de la consommation des services publics; (2) encourager le travail digne, les conditions de travail et les emplois verts ; (3) améliorer la qualité de la croissance économique, de la compétitivité des entreprises et des conditions de concurrence en créant des règles du jeu équitables, afin de permettre à suffisamment d'entreprises de concourir pour les marchés publics. »*

Le « Programme de développement durable à l'horizon 2030 », adopté en 2015 par l'ensemble des États Membres de l'Organisation des Nations Unies, contient un objectif qui vise l'établissement d'un mode de consommation et de production durable notamment par la promotion *« des pratiques durables dans le cadre de la passation des marchés publics, conformément aux politiques et priorités nationales »*⁷.

La responsabilité découle du concept de « développement durable ». Le développement durable vise à ne pas compromettre l'avenir des générations futures, ce qui implique que les générations présentes assument collectivement la responsabilité (responsabilité sociétale) des conséquences de leurs activités dans l'avenir.

Il reste donc à anticiper et prévoir de façon responsable l'étendue des conséquences de nos activités⁸.

Pour appliquer cette éthique de la responsabilité aux marchés publics, nous pourrions définir un « marché responsable » comme étant un marché pour lequel l'adjudicateur (1) a réalisé une étude pour une prise en compte cumulative des différentes dimensions de responsabilité de l'adjudicateur (sociale, environnementale, et éthique) aux différents stade de la commande publique et sur l'ensemble du cycle de vie de l'achat de la fourniture/du service/des travaux et (2) les a traduit dans son cahier des charges au travers des clauses adéquates (appelées « clauses responsables ») en tenant compte des réalités de son marché, (3) a veillé à ce que le marché soit attribué et exécuté dans le respect des exigences reprises dans les clauses responsables et (4) a procédé à une évaluation d'impact multidimensionnelle à la clôture du marché.

On peut répertorier quatre grands types de clauses responsables (qui s'intègrent dans les différentes parties d'un cahier des charges en fonction du marché) :

- les clauses sociales : permettre la formation/insertion de demandeurs d'emploi ou d'apprenants ou l'intégration de personnes en situation de handicap, ainsi que d'autres visées relatives à l'insertion/Intégration de tous et au bien-être et à la sécurité des travailleurs (non-discrimination, accessibilité...);
- les clauses éthiques : acquérir des fournitures, et bénéficier de services et travaux dans des conditions jugées justes et humaines ;
- les clauses environnementales : réduire l'empreinte écologique des produits, services et travaux ;
- les clauses circulaires : assurer les dimensions responsables sur l'ensemble du cycle des fournitures/travaux/services.

Mais dès lors, un marché public qui contient une clause environnementale est-il considéré comme un « marché responsable » ? Si on suit la définition, il l'est uniquement si les autres dimensions ont été étudiées sur l'ensemble du cycle de l'achat et que, pour des raisons propres au marché, seule la clause environnementale a pu être intégrée. Pour autant, est-il plus responsable qu'un marché identique qui n'en contiendrait pas ? On pourrait répondre qu'un effort est toujours mieux que rien et, qu'à ce titre, le marché est responsable ou du moins toujours plus responsable que son équivalent qui n'en contiendrait pas. Et pourtant, le risque est bien réel que des soumissionnaires sans réelle volonté de transition se contentent de « présenter » leur impact environnemental dans le cadre du marché pour « cocher la bonne case » ou encore fournissent un réel effort environnemental calibré pour le marché et en

compensent le coût en le répercutant sur les autres dimensions responsables (sociale et éthique).

Ces dérives possibles de « green washing » (qui pourraient également prendre la forme de « social washing », ou d'« ethical-washing ») rappellent deux points importants. D'une part, il faut pouvoir prendre en compte l'impact global de l'exécution du marché proposé par les soumissionnaires, ce qui implique que le pouvoir adjudicateur ait préalablement intégré au marché les différentes dimensions de responsabilité. D'autre part, les clauses elles-mêmes doivent être suffisamment exigeantes, détaillées, et assorties d'un contrôle et de sanctions dissuasifs, pour que les soumissionnaires ne puissent se contenter d'un simple exercice de communication.

Si ce principe d'une démarche holistique a tout son sens, dans les faits, presque aucun marché public n'a fait l'objet de l'étude et de l'intégration des différentes dimensions sous la forme de clauses responsables. L'intégration d'au moins une dimension de durabilité par les pouvoirs adjudicateurs a, quant à elle, fait l'objet en 2017 d'une étude par les chercheurs de la Radboud Universiteit Nijmegen à la demande de l'Institut fédéral pour le Développement Durable (IFDD). Il en est ressorti que : « Dans 23 % de l'ensemble des dossiers (144.749) (autrement dit les avis de marchés publics) de 2011 à 2016 repris dans la base de données E-notification, de l'attention a été accordée à au moins une sous-sous-catégorie des achats durables. Cela signifierait que l'on a accordé de l'attention à la durabilité dans moins d'un quart des dossiers »⁹. Le chiffre, qui reste faible, est par ailleurs à nuancer dès lors que sont comptabilisés en clauses éthiques, les clauses de « rappel à la loi » qui se contentent de reprendre les obligations légales des adjudicataires, tel que le respect des conventions de l'Organisation Internationale du Travail. En tout état de cause, ce pourcentage reste limité aux marchés qui comprennent au moins une dimension responsable (une seule suffisant). Par ailleurs, cette étude n'informe pas sur le niveau d'exigence des clauses reprises et n'indique en rien le pourcentage de marchés attribués et exécutés en conformité avec la dimension responsable reprise.

Le constat au niveau européen n'est guère plus réjouissant, la Commission Européenne affirmant en juillet 2019 que plus de la moitié des marchés publics sont encore déterminés sur la base de la seule valeur du prix¹⁰.

Le recours au droit souple

A ce jour, aucune norme n'impose à l'adjudicateur d'étudier son marché de façon à incorporer l'ensemble des dimensions de responsabilité évoquées plus haut dans son marché public et, de devoir se justifier dans le cas où il ne les intégrerait pas.

Toutefois, il existe certaines obligations d'insertion de clauses responsables dans certains cas précis fixés tantôt par le législateur européen (clause environnementale Label « energy star » pour le matériel de bureau), fédéral (clauses environnementales liées à la performance énergétique, intégration de méthode de calcul du cout du cycle de vie dans l'achat de véhicule, clauses sociales visant à l'accessibilité des personnes handicapées) ou encore régional (clauses sociales dans les marchés publics de travaux (>1.000.000 € htva) et de voirie (> 750.000 € htva) en Région wallonne et clauses sociales dans les marchés de travaux (> 750.000 € htva) et dans les marchés de service dont le montant est supérieur au seuil fixé pour la publicité européenne en Région de Bruxelles-Capitale pour certains adjudicateurs.

A ce « droit dur » ou contraignant, relativement restreint, vient se greffer un important droit souple autour de ces enjeux. Par « droit souple », on entend l'ensemble des outils, qui s'apparentent à des règles de droit, et ayant pour objectif de modifier ou d'orienter les comportements de leurs destinataires sans créer de contraintes¹¹. On retrouve ainsi de nombreux guides, cahiers de charge ou clauses-types, recommandations, fiches techniques, FAQ, etc. élaborées par les pouvoirs publics, et également par le secteur associatif, principalement à destination des agents en charge de la rédaction des cahiers des charges. De nombreux événements de sensibilisation et de formation sont organisés. Des institutions, facilitatrices et pourvoyeuses de droit souple, ont également vu le jour, tel que l'Observatoire de la commande publique en Région wallonne et l'Observatoire des prix de référence dans les marchés publics en Région de Bruxelles-Capitale.

Que ce soit par le recours à des normes contraignantes ou à des incitatifs, c'est la question de l'effectivité de l'éthique dans les marchés publics qui se pose eu égard à l'intégration actuelle des clauses responsables dans les marchés publics.

Dans le prolongement de l'étude de SAW-B « Les verrous économiques de la transition »¹², nous émettons quelques pistes de réflexions sur les verrous et les leviers de la transition spécifiques aux marchés publics.

Le verrou d'entrée : un pouvoir cloisonné

Le droit de l'Union européenne cloisonne l'Etat (et l'ensemble des personnalités morales majoritairement financées par de l'argent public également soumises au droit des marchés publics) à un rôle de « consommateur prudent et avisé, qui gère avec intelligence l'argent de la collectivité en vue d'augmenter la richesse globale », rôle « cadenassé par le principe de libre concurrence ». L'Etat est chargé de faire tendre le fonctionnement de l'économie réelle vers le modèle de concurrence parfaite, libre et non-faussée. La circulaire fédérale du 16 mai 2014 reprend d'ailleurs cette conception indiquant que le développement durable doit viser

à « améliorer la qualité de la croissance économique, de la compétitivité des entreprises et des conditions de concurrence »¹³.

Si la Commission européenne favorise la prise en compte des valeurs non-marchandes que sont les considérations sociales et environnementales dans les marchés publics, l'effectivité est mise à mal par le principe de concurrence dont une des manifestations est le principe de non-discrimination qui freine notamment la favorisation des entreprises vertueuses (les critères devant être liés à l'objet du marché concerné) ou encore la favorisation du circuit-court en empêchant le recours à un critère de distance géographique¹⁴.

Une tribune intitulée « Pour une exception alimentaire dans le code des marchés publics en Europe » d'Un Plus Bio, association de développement des cantines bio en France, publiée par le journal Libération en mars 2022, fait le constat de la difficulté pour les collectivités locales à relocaliser l'alimentation au regard du droit de la concurrence et propose que l'alimentation puisse faire l'objet d'une dérogation.

Si cela peut soulever des questions tant juridiques que d'opportunité, cette interpellation a le mérite de venir interroger le sacro-saint principe de libre concurrence et d'inviter à une réflexion élargie ; est-ce qu'au-delà de l'alimentaire certains services ne devraient-ils pas pouvoir déroger aux règles concurrentielles dans une certaine mesure et sous certaines conditions pour garantir des réponses à des besoins sociaux essentiels ?

C'est ce que prévoit déjà très partiellement le droit de l'Union européenne pour les Services d'Intérêt Economique Général (SIEG)¹⁵ - qui sont des services de nature économique considérés comme étant d'intérêt général et faisant par conséquent l'objet d'obligations de service public spécifiques, concept qui ne connaît pas de définition réglementaire claire et précise et qui pourrait servir de point de départ à une réforme profonde des règles relatives à la concurrence applicables dans le cadre des marchés publics. Selon la Commission européenne, « il n'est pas opportun de recourir à un SIEG là où un service est déjà fourni par le marché ou peut l'être de façon satisfaisante et dans des conditions (prix, caractéristiques de qualité objectives, continuité et accès au service) compatibles avec l'intérêt général, tel que le définit l'Etat, par des entreprises exerçant leurs activités dans des conditions commerciales normales »¹⁶. En partant de l'exemple de l'alimentation, tant le prix que les qualités objectives et la continuité d'accès au service pourraient être considérés comme fournis de façon insatisfaisante au regard de l'intérêt général...

Les verrous de mise en œuvre

Par le travail effectué dans le cadre de l'animation économique, qui a pour objectif de faciliter le développement des entreprises d'économie sociale au travers de la coopération et d'un meilleur positionnement sur les marchés publics, SAW-B a pu identifier des verrous actuels

(sans prétention d'exhaustivité) à la mise en œuvre des clauses responsables (intégration dans le marché par les pouvoirs adjudicateurs et exécution par les opérateurs économiques) dans les marchés publics.

Le verrou central : la question du prix

La question du prix est sur toutes les lèvres lorsqu'on parle de marchés publics responsables, tant du côté des pouvoirs adjudicateurs que celui des entreprises. Un marché public reste avant tout un contrat à titre onéreux. Un pouvoir adjudicateur ne peut mettre à mal son budget – la protection des deniers publics fait également partie des obligations éthiques des acheteurs publics – et, par ailleurs, un prix qui ne tient pas compte des coûts liés au respect des exigences de durabilité ne permettra pas aux entreprises de soumissionner.

Mais de quel prix parle-t-on ?

En vertu des règles de passation des marchés (article 81 de la Loi sur les Marchés Publics), un contrat doit être attribué sur la base de l'offre économiquement la plus avantageuse. Cette notion d'offre économiquement la plus avantageuse peut comprendre : soit le seul critère prix/coût, soit plusieurs critères reflétant le meilleur rapport qualité/prix.

Le périmètre de ce que comprend le prix peut fortement varier. Le prix, critère qui reste le plus influant dans le choix de l'attributaire, est resté longtemps limité au prix d'acquisition sans tenir compte de l'ensemble des coûts liés à cette acquisition. La vision circulaire qui se développe progressivement dans l'éthique des marchés publics a amené à considérer que le prix devait intégrer le coût du cycle de vie en comptabilisant les coûts d'acquisition, les coûts d'utilisation et de maintenance et les coûts de fin de vie de l'achat pour l'acquisiteur et l'ensemble de son organisation. A ce premier niveau d'intégration des coûts, s'ajoute une volonté d'intégration des coûts de l'ensemble des externalités (c'est-à-dire les effets positifs ou négatifs que peut avoir l'activité d'une entreprise sur son environnement qu'il soit humain, naturel ou économique).

A ce jour, la loi sur les marchés publics (article 82 §1, 2° LMP) se limite à reconnaître uniquement les externalités environnementales, et à condition que leur valeur monétaire puisse être déterminée et vérifiée.

Cette comptabilité analytique et systémique devrait prendre en compte tous les impacts, en ce compris les impacts éthiques et sociaux pour assurer un achat le plus responsable possible, qu'ils soient positifs (bénéfice) ou négatifs (coûts). Elle devrait également pouvoir intégrer des valeurs non monétaires.

Cette non prise en compte désavantage les entreprises dont l'activité consiste en tout ou en partie à fournir des biens, services ou travaux hors marché, au premier plan les entreprises

d'économie sociale. Ainsi, comme le relèvent Sybille Mertens et Michel Maree : « (...) *cette production [par les entreprises d'économie sociale] comporte des dimensions qui ne sont pas appréhendées par les données comptables et, (...) il en résulte, en conséquence, une nette sous-estimation de la valeur ajoutée correspondante* »¹⁷.

Une méthodologie comptable intégrée inspirante...

Encore faut-il une méthode pour intégrer les valeurs ajoutées non-monétarisées. La méthode comptable CARE TDL (Comptabilité Adaptée au Renouvellement de l'Environnement – triple ligne d'amortissement) propose une approche innovante en intégrant aux bilans comptables et comptes de résultats les capitaux environnementaux et sociaux de manière distincte (sans qu'ils puissent se compenser les uns les autres). Les capitaux de départ (situation initiale) sont considérés comme des emprunts (placés au passif du bilan et du compte de résultat) aux ressources planétaires. Un surplus peut se dégager qu'après avoir réinvesti pour la préservation de ces capitaux.

Cette comptabilité CARE TDL (ou une équivalente) pourrait être vue comme une mise en œuvre du devoir de vigilance (« due diligence »), formalisé dans les Principes directeurs des Nations unies relatifs aux entreprises et aux droits de l'Homme adoptés à l'unanimité le 17 juin 2011 par le Conseil des droits de l'Homme et développé dans le Guide de l'OCDE, qui est l'obligation pour les entreprises de prévenir les risques sociaux, environnementaux et de gouvernance liés à leurs activités et celles de leurs filiales et partenaires commerciaux (dans le cadre des contrats qui les lient).

La tenue d'une telle comptabilité (et un résultat comptable multi-capitaux positif) pourrait être envisagée comme critère de sélection (sa tenue et des résultats positifs) à imposer sur les marchés de taille importante.

Elle pourrait également être envisagée comme feuille de route des pouvoirs publics, leur décision d'attribution du marché étant prise en intégrant en critère d'attribution l'impact comptable social, environnemental, éthique et économique escompté des offres des soumissionnaires sur le bilan multi-capitaux des pouvoirs publics en question.

Elle pourrait pour finir, toujours dans une démarche d'attribution (critère d'attribution), être appliquée limitativement au résultat escompté de l'exécution du marché tel que proposé par chaque soumissionnaire.

La prise en compte des coûts et bénéfices directs et indirects sur l'ensemble du cycle de l'achat public par l'adjudicateur, son organisation et l'ensemble de la société permet d'interroger les soumissionnaires non sur le prix des services, biens ou produits qu'ils proposent mais sur la valeur de ceux-ci en tant que telle. Le pouvoir adjudicateur passerait ainsi d'une comparaison de prix proposés à une évaluation – au sens de «donner de la valeur» d'offres de services,

biens et produits. Le prix devient alors le point de rencontre entre une vision de société à opérationnaliser (demande) et la proposition la plus pertinente d'opérationnalisation – contribution à la politique- faite par les acteurs économiques (l'offre).

Si cette évaluation peut être un important levier de la responsabilisation des parties prenantes, pour autant que le prix juste puisse budgétairement être assumé, elle peut s'avérer contre-productive. Elle doit en effet ne pas se transformer en « usine à gaz » de nature à décourager les pouvoirs adjudicateurs de la mettre en œuvre ou à limiter dans les faits l'accès aux entreprises en capacité d'investir dans des ressources pour délivrer le travail nécessaire. En outre, si la méthodologie n'est pas suffisamment standardisée, précise et exigeante (tout en étant accessible), elle ne permettra pas une analyse effective et une comparaison objective des offres.

En partant des travaux réalisés sur l'analyse des coûts du cycle de vie, une réflexion et expérimentation pourraient se développer pour parvenir à une méthodologie opérationnelle.

... parallèlement au développement d'une méthodologie intégrative opérationnelle

A défaut de prévoir une comptabilité analytique et systémique des coûts et bénéfices des offres dans le cadre de l'attribution d'un marché public, le pouvoir adjudicateur peut élaborer des critères d'attribution intégrant les dimensions sociales, éthiques, environnementales et circulaires qui permettent que le prix soit un critère d'attribution parmi d'autres. Pour les marchés publics égaux ou supérieurs aux montants fixés pour la publicité européenne, le pouvoir adjudicateur précise la pondération relative qu'il attribue à chacun des critères. Pour les marchés publics inférieurs aux montants précités, le pouvoir adjudicateur précise soit la pondération, soit leur ordre décroissant d'importance¹⁸.

Mettre les critères de responsabilité en concurrence avec le prix est une manière de s'assurer que ceux-ci seront pris en compte dans le choix de l'attributaire pour autant que le poids accordé au prix reste proportionné aux exigences (et aux coûts supplémentaires qu'elles impliquent) des clauses. Force est de constater que le prix reste souvent le seul critère déterminant, et que les autres critères d'attribution feront la différence pour des offres dont le prix se situe dans une même fourchette serrée. Le poids accordé aux autres critères d'attribution que le prix doit pouvoir faire l'objet d'une réelle attention pour éviter que les clauses aient uniquement valeur de « déclaration d'intention ».

En tout état de cause, les pouvoirs adjudicateurs peuvent également intégrer ces considérations non-marchandes dans les critères de sélection, les spécifications techniques et les conditions d'exécution du contrat, pour autant qu'elles soient liées à l'objet du marché¹⁹. Si ces considérations impliquent des coûts pour les soumissionnaires, ceux-ci sont censés être

répercutés dans le prix des offres, pour autant que les exigences soient suffisamment précises et assorties d'un contrôle suffisant.

Le juste prix, aussi un investissement...

Si la prise en compte des coûts permet au pouvoir adjudicateur d'intégrer dans son choix d'attribution les considérations de responsabilité, la répercussion sur le prix des offres peut mettre en difficulté les pouvoirs adjudicateurs, tenus par le respect des budgets. Et ce d'autant plus que les adjudicateurs trouvent leur pouvoir cloisonné par les politiques européennes et nationales de baisse de la dépense publique qui les poussent à attribuer le marché au moins disant.

En même temps, la vision multidimensionnelle, circulaire et systémique des marchés publics permet aux pouvoirs adjudicateurs de faire face à ses responsabilités (également économiques) sur les générations futures et, en ce sens, devrait lui permettre de considérer que certains coûts puissent être envisagés comme des investissements et être inscrits comme tels dans la comptabilité, c'est-à-dire en dépense amortissable qui augmente le patrimoine (actif du bilan).

Une réflexion sur l'investissement à travers les marchés publics devrait être lancée. Celle-ci est plus évidente lorsqu'il y a un impact économique identifiable sur un des budgets de l'adjudicateur à court ou moyen terme (pour les générations présentes). Cela se complique évidemment pour la durabilité dont l'impact économique est à un terme indéfini, d'une ampleur indéfinie et avec des effets sur des budgets indéfinis (qui peuvent ne pas être ceux de l'adjudicateur).

Les autres verrous pour les pouvoirs adjudicateurs

Dans le cadre de rencontres organisées entre pouvoirs adjudicateurs et entreprises d'économie sociale, des verrous récurrents pour les adjudicateurs dans leur processus de rédaction et de passation de marchés responsables ont été relevés :

- l'insécurité juridique liée à l'intégration de clauses responsables. La crainte d'un recours reste la hantise d'un adjudicateur lorsqu'il innove dans la rédaction du cahier des charges. Des Helpdesks organisés par les Régions existent et peuvent, outre les services juridiques des autorités de tutelle, jouer un rôle majeur pour sécuriser les adjudicateurs ;
- la charge de travail que représente le processus de passation qui peut se trouver encore alourdi par l'étude plus approfondie de son besoin et du marché. Des outils tels que des cahiers de charges et des clauses types existent et les bonnes pratiques peuvent se partager dans le cadre des réseaux d'acheteurs responsables. Mais les adjudicateurs relèvent souvent que la volonté politique ne se traduit pas suffisamment

en un investissement dans les ressources nécessaires à la transition des marchés publics ;

- la crainte qu'il n'y ait pas suffisamment de soumissionnaires. Si des répertoires d'entreprises se développent progressivement, ils ne remplaceront pas une vraie phase de prospection possible dans le cadre de la consultation préalable (nous y reviendrons) ;
- le manque de culture de transition des marchés publics dans les administrations. Les événements de sensibilisation et les modules de formation se multiplient et sont de nature à travailler cette culture. Il faut autant que possible travailler sur la volonté de l'adjudicateur en lui rappelant qu'il est détenteur d'un pouvoir (et donc d'une responsabilité) lui permettant de contribuer directement au changement.

Il est nécessaire que la volonté politique puisse se traduire par des obligations réglementaires, des incitations et des soutiens forts à la chaîne administrative en charge des marchés publics.

Par ailleurs, une capitalisation des expériences des pouvoirs adjudicateurs au sein de leur administration et avec les autres pouvoirs adjudicateurs serait également de nature à faciliter la levée des verrous.

Les autres verrous pour les entreprises « responsables »

Un marché ne sera responsable que s'il y a un attributaire pour exécuter le marché et ses clauses responsables...

En partant de l'expérience des entreprises d'économie sociale, et sans être exhaustif, nous reprenons ici les verrous les plus récurrents pour les entreprises responsables dans leur réponse à des marchés responsables, en dehors de la question du prix.

La plupart de ces verrous sont liés à leur taille de TPE et PME (qui ne se voient attribués que 34 % des marchés publics) – ce que sont la plupart des entreprises d'économie sociale :

- la lourdeur de la charge de travail engendrée pour répondre aux marchés. Des efforts pédagogiques peuvent être envisagés. De leur côté, les entreprises d'économie sociale pourraient envisager de mutualiser des services administratifs et juridiques ;
- la taille du marché est souvent trop importante. L'adjudicateur peut y répondre (partiellement) par l'allotissement du marché (scission du marché en plusieurs lots). Envisager l'allotissement est possible pour tout marché et obligatoire pour les marchés dont le montant estimé est supérieur à 140.000 euros htva (sauf secteurs spéciaux)²⁰ ;
- des critères de sélection (chiffres d'affaires, caution, compétences techniques, ...) sont parfois disproportionnés au regard des besoins du marché. Il est utile que ces critères soient calibrés en fonction des besoins réels pour le marché visé ;

- le contrôle effectif et des sanctions dissuasives sont souvent manquants. En leur absence, les exigences risquent de ne pas être prises en compte dans la remise d'offres par les soumissionnaires, et par la suite, pas respectées, au détriment du marché mais également des entreprises qui ont soumissionné en intégrant le respect des exigences relatives aux clauses responsables.

La plupart des leviers peuvent être mis en place par les pouvoirs adjudicateurs en revoyant leur procédure de rédaction et de passation, en y intégrant de façon plus systématique la consultation préalable, et en travaillant un changement culturel au sein des parties prenantes. Encore faut-il pouvoir y consacrer les ressources humaines nécessaires.

De leur côté, les entreprises peuvent travailler sur la coopération entre entreprises (intercoopération) en vue de la mutualisation de leurs ressources mais également du changement d'échelle de leurs activités. Evoquons quelque peu ces deux pistes : consultation préalable et intercoopération.

Phase de consultation préalable : tenter de lever les verrous

L'article 51 de la loi sur les marchés publics permet au pouvoir adjudicateur de réaliser des consultations du marché en vue de préparer la passation du marché public et d'informer les opérateurs économiques de ses projets et de ses exigences.

Cette phase, souvent négligée par les pouvoirs adjudicateurs, peut permettre de lever des verrous, tant du côté du pouvoir adjudicateur que de celui des opérateurs économiques, dans l'intégration des dimensions responsables au marché.

En effet, le pouvoir adjudicateur peut solliciter l'avis d'experts indépendants, d'organismes publics ou privés ou des opérateurs du marché, tant sur des aspects techniques que sur des aspects de planification ou des aspects financiers, afin de définir exactement son besoin et de concevoir adéquatement son marché²¹. Cette phase peut donc lui permettre de lever les verrous liés à la difficulté de rédaction, la sécurité juridique et à la détermination du prix tout en s'assurant que des opérateurs économiques seront bien en mesure de répondre.

De leur côté, les opérateurs économiques sont informés des projets et des exigences et peuvent échanger de façon à bien comprendre les besoins du pouvoir adjudicateur et lui faire part des éventuelles difficultés et contraintes (coûts engendrés, taille du marché, délais...) liées à l'exécution du projet de marché afin que celui-ci en tienne compte dans l'élaboration du cahier des charges.

Ces consultations sont possibles tant qu'elles n'ont pas pour effet de « *fausser la concurrence et d'entraîner une violation des principes de non-discrimination et de transparence* »²².

Des entreprises en capacité d'y répondre...

Qui de l'œuf ou de la poule ? Les marchés publics responsables participent à la transition en fixant une série d'exigences de responsabilité pour autant que des opérateurs économiques aient la capacité d'y répondre... Et dans l'autre sens, des opérateurs économiques qui remplissent les critères de responsabilité sont en partie dépendants des marchés publics pour leur développement économique mais ne sont pas toujours en capacité technique (ressources insuffisantes) d'y répondre. Il y a un juste équilibre à viser pour éviter un découragement des pouvoirs adjudicateurs qui seraient contraints de relancer une procédure à défaut de soumissionnaires ou, de l'autre côté, insuffisamment de marchés permettant aux entreprises responsables de soumissionner utilement.

Les entreprises d'économie sociale, avec leur modèle économique centré sur une finalité sociale, mettent la responsabilité au cœur de leurs activités et devraient pouvoir se positionner sur les marchés responsables. Elles sont nombreuses et actives dans une multitude de secteurs mais la plupart de ces acteurs économiques sont des TPE et PME, ce qui est un obstacle à l'accès aux marchés – à cause de leur taille et donc de leur capacité limitée à répondre - auquel l'allotissement des marchés ne peut répondre que très partiellement. L'animation économique développée par SAW-B vise notamment à faciliter la coopération entre entreprises d'économie sociale, sans exclure les entreprises « classiques » prêtes à coopérer dans le respect des valeurs défendues par l'économie sociale, dans le but de permettre l'accès à de nouveaux marchés.

Le processus de coopération imaginé envisage des formes diverses d'intercoopération (de la sous-traitance à la création de structures coopératives) en vue d'un changement d'échelle collectif de l'économie sociale. Les entreprises sont rassemblées en vue d'activer la coopération (partages d'opportunités, échanges de bonnes pratiques, conclusions de partenariats sous formes diverses...) et de faire émerger des idées/opportunités pouvant être reprises pour développer un projet inter-entreprises (création de structures coopératives, mutualisations contractualisées, partenariats d'innovation, etc.) qui les met en capacité de répondre à des marchés publics auxquelles elles n'auraient jamais eu accès isolément... C'est ainsi, à titre d'exemple, qu'a émergé le projet CoopConstruct. Partant du constat que de nombreuses entreprises de l'économie sociale sont actives dans le secteur de la construction mais interviennent généralement uniquement comme sous-traitantes et n'ont pas accès à de nombreux marchés publics, plusieurs entreprises ont la volonté de créer, avec l'accompagnement de SAW-B, une entreprise générale de la construction sous forme de société coopérative agréée entreprise sociale regroupant des entreprises d'économie sociale afin d'innover collectivement et de pouvoir répondre à de nouveaux marchés nécessitant des ressources, des compétences et une agrégation qu'elles ne possèdent pas individuellement. L'ambition à terme ? Pouvoir répondre aux marchés publics de toute ampleur.

Conclusion

Il ressort de l'histoire des marchés publics une prise en compte de plus en plus importante de l'éthique. L'éthique de la procédure s'est vue élargie à l'éthique de l'ensemble du marché (procédure et contenu). L'éthique de contenu voit son périmètre de responsabilité progressivement élargi à une responsabilité multidimensionnelle (piliers du développement durable), circulaire (sur l'ensemble du cycle de vie) et systémique (intégrant les externalités).

Si cette transition est en cours, elle s'opérationnalise trop lentement face à l'urgence des enjeux. Comme nous l'avons vu, des leviers existent. Ils vont de la réforme (ou d'un changement d'interprétation) du droit européen à l'intensification du changement de culture dans les administrations. Le déploiement de ces leviers devra éviter le piège omniprésent de la mise en place d'une « usine à gaz » paralysante tant pour les acheteurs que pour les opérateurs économiques. Il nous faut par ailleurs admettre les limites de l'action des adjudicateurs ; il est impossible pour chaque marché public de prévoir sur l'ensemble du cycle tous les éléments de responsabilité à prendre en compte, de contrôler le tout et de sanctionner le cas échéant.

Il est essentiel, parallèlement aux changements réglementaires et aux incitations, de viser la conviction profonde de l'absolue nécessité de responsabilité face à notre manière de produire et d'acheter. Cette lame de fond doit sans cesse être travaillée pour une mise en action massive des parties prenantes du système économique. Ce travail de conscientisation peut venir de partout (n'entend-on pas de plus en plus d'économistes et chef-fe-s d'entreprises évoquer avoir changé radicalement de positionnement après avoir été remis en cause dans leurs activités professionnelles par leurs propres enfants...). Si nous ne sommes pas tous convaincus de la même chose lorsque l'on parle de responsabilité ou durabilité, pourrions-nous au moins nous accorder sur un point, évoqué dans le final du discours de SAW-B pour ses 40 ans ? A savoir que ce soit pouvoirs publics, adjudicateurs, entreprises, facilitateurs... au regard des enjeux sociaux et environnementaux et de leur urgence, nous n'en faisons pas assez.

Le chemin vers 100 % des marchés publics responsables n'est pas simple. Il demandera d'oser la créativité et l'expérimentation, dans une approche partenariale, mais également d'investir du temps et du budget. C'est au prix de ces efforts que ces marchés seront ce qu'ils doivent être : un levier essentiel de la transition sociale, économique et écologique.

Notes

¹ Nous visons ici une réflexion générale qui englobe les marchés publics de fournitures, services et travaux.

² Source : <https://environnement.brussels/reglementation/obligations-et-autorisations/des-marches-publics-durables-ecologiques-sociaux-et>

³ Source : <https://www.europarl.europa.eu/factsheets/fr/sheet/34/marches-publics>

⁴ C. Testard, « L'éthique et le droit des marchés publics au(x) défi(s) du droit souple », OpenEdition Journals, in la Revue internationale d'éthique sociétale et gouvernementale, vol.23, n°1, 2021, pt 2.

⁵ Marchés publics responsables - Note de cadrage et de conseils juridiques : « Intégration de clauses environnementales, sociales et éthiques dans les marchés publics », SPW Editions, Juin 2019.

⁶ Circulaire du 16 mai 2014 relative à l'intégration du développement durable, en ce compris les clauses sociales et les mesures favorisant les petites et moyennes entreprises, dans le cadre de marchés publics passés par les autorités adjudicatrices fédérales, *M.B.*, 21 mai 2014, p. 40529.

⁷ Objectif 12 du Programme de développement durable à l'horizon 2030, adopté par l'Assemblée générale des Nations Unies le 25 septembre 2015.

⁸ B. Ouchene & A. Moroncini, « De la durabilité à la responsabilité envers les générations futures », CIRIEC n°2016/02, p.20.

⁹ J. Grandia & M. Kruyen, « Acheter durablement - Étude Big data sur le niveau de durabilité de >140.000 avis de marchés publics publiés de pouvoirs adjudicateurs belges », Radboud Universiteit Institute for Management Research, Octobre 2017, p.14.

¹⁰ Communication de la Commission – Orientations sur la participation des soumissionnaires et des produits de pays tiers aux marchés publics de l'UE, C(2019)5494 final, 24 juillet 2019.

¹¹ C. Testard, *op.cit.*, pt 3.

¹² M. Vanwelde, « Les verrous économiques de la transition », Etude SAW-B, 2019.

¹³ A. Bailleux, « Le droit des marchés publics face aux ambitions d'une prospérité sans croissance. II : Véronique Coq (dir.), L'éthique en droit des marchés publics, Lexis Nexis, Paris, 2020, p.4.

¹⁴ *Idem*, p.7-11.

¹⁵ Articles 14 et 106§2 du Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne

¹⁶ Stéphane Rodrigues, Service d'intérêt économique général, Dictionnaire de droit de la concurrence, Concurrences, Art. N° 12365, sur <https://www.concurrences.com/fr/dictionnaire/Services-d-interet-economique>

¹⁷ S. Mertens & M. Maree, « Que « produit » l'entreprise d'économie sociale ? », CIRIEC n°2015/05, p.9.

¹⁸ Article 81 §4 de la Loi du 17 juin 2016 relative aux marchés publics, publiée au Moniteur belge le 14 juillet 2016.

¹⁹ Ces critères doivent être clairement définis, objectifs et ne pas donner lieu à une discrimination entre les soumissionnaires potentiels, de manière à créer des conditions de concurrence équitables dans lesquelles les soumissionnaires peuvent entrer en concurrence sur la base des mêmes normes qualitatives élevées.

²⁰ Article 58 de la Loi du 17 juin 2016 relative aux marchés publics, publiée au Moniteur belge le 14 juillet 2016.

²¹ Article 51 de la Loi du 17 juin 2016 relative aux marchés publics, publiée au Moniteur belge le 14 juillet 2016.

²² *Idem*



Ce texte vous parle, nos idées vous interpellent ? C'est le but !

Cette analyse s'inscrit dans notre démarche de réflexion et de proposition sur des questions qui regardent la société. Si vous voulez réagir ou en discuter avec nous au sein de votre groupe, de votre espace, de votre entreprise, prenons contact. Ensemble, faisons mouvement pour une alternative sociale et économique !

N'hésitez pas à nous contacter : info@saw-b.be ou 071 53 28 30

À la fois fédération d'associations et d'entreprises d'économie sociale, agence-conseil pour le développement d'entreprises sociales et organisme d'éducation permanente, SAW-B mobilise, interpelle, soutient, et innove pour susciter et accompagner le renouveau des pratiques économiques qu'incarne l'économie sociale. Au quotidien, nous apportons des réponses aux défis de notre époque.

Rédaction : François Genot

Relecture : Laurent Drousie, Jean-François Herz, Quentin Mortier

Illustration : www.hippopx.com