

2010

DIRECTION
DES AFFAIRES JURIDIQUES



GUIDES ET RECOMMANDATIONS

Commande publique et accès à l'emploi des personnes qui en sont éloignées

Guide élaboré par l'Atelier de réflexion sur les aspects sociaux dans la commande publique

Mise à jour Décembre 2010



Table des Matières

TABLE DES MATIÈRES	2
Liste des annexes :	5
PRÉFACE	6
1 Présentation des principaux articles du code des marchés publics relatifs aux clauses sociales et de quelques spécificités des marchés publics avec clauses sociales.....	9
1.1 L'acheteur public doit examiner dès l'expression des besoins la possibilité de prendre en compte des objectifs du développement durable dans un marché public, dont notamment l'insertion des personnes éloignées de l'emploi.....	9
1.2 Quels publics éloignés de l'emploi, l'acheteur public peut-il promouvoir dans le cadre d'un marché public ? 10	
1.3 Quels sont les moyens juridiques offerts par le code des marchés publics pour faciliter l'accès à l'emploi des personnes qui en sont éloignées ?.....	11
1.4 Comment mettre en œuvre ces moyens juridiques ?.....	15
1.4.1 Article 10 : Allotissement.....	15
1.4.2 Article 14 : Clauses sociales et environnementales.....	15
1.4.3 Article 15 : Les marchés réservés	16
1.4.4 Article 30 : Les marchés publics de services de qualification et d'insertion professionnelles.....	17
1.4.5 Article 50 : Les variantes (cf. annexe 3).....	18
1.4.6 Article 53- I : Attribution des marchés / critères de sélection des offres	19
1.4.7 Article 53 – IV : Attribution des marchés / droit de préférence	20
2 Questions / Réponses.....	21
2.1 Les questions qui peuvent se poser en amont d'un marché public.....	21
2.1.1 Quels sont les acheteurs publics auxquels s'adresse le présent guide ?.....	21
2.1.2 L'acheteur public doit-il se poser la question d'introduire des clauses sociales dans ses marchés ?	22
2.1.3 A quel moment l'acheteur public doit-il se poser la question de l'introduction de clauses sociales dans ses marchés ?.....	22
2.1.4 Qui doit décider de la mise en œuvre des clauses sociales ?.....	23
2.1.5 Comment déterminer l'objet de la clause et les publics visés ? Qui est chargé de déterminer le public éligible à l'action d'insertion ?.....	23
2.1.6 Est-ce qu'un marché public peut faire référence à la zone d'habitation des publics concernés par une clause sociale d'insertion ?	23
2.1.7 Comment définir de manière simple et précise cette exigence de clause sociale d'insertion sans réduire la concurrence ? Existe-t-il des moyens simples et standardisés ? Si oui, quels sont-ils ?	24
2.1.8 Quels sont les interlocuteurs privilégiés auxquels l'acheteur public peut s'adresser pour améliorer sa connaissance de l'offre d'insertion ?	24
2.1.9 Par qui un acheteur peut-il se faire accompagner dans sa démarche de conception et de mise en œuvre des clauses sociales d'insertion ?.....	25
2.1.10 Les structures d'insertion par l'activité économique peuvent-elles se regrouper ou participer à un groupement pour répondre à un marché ?.....	26
2.2 Les questions qui peuvent se poser lors de la préparation et la rédaction d'un marché public comportant une clause d'exécution au titre de l'article 14.....	28
2.2.1 Qu'est-ce qu'une clause d'exécution portant sur l'insertion des personnes éloignées de l'emploi ?.....	28
2.2.2 Est-ce qu'il est possible dans le cadre d'un marché comportant plusieurs lots de prévoir une clause d'exécution pour un ou pour certains lots ?.....	28
2.2.3 Comment prévenir en amont le risque de non-exécution de la clause ?	28
2.2.4 Quel est le poids ou la part à attribuer à ces clauses sociales dans l'exécution d'un marché public pour qu'elles ne se révèlent pas discriminatoires ?.....	28
2.2.5 Quelles sont les différentes formes d'emploi des personnes affectées à l'exécution de la clause sociale d'insertion ?	29
2.2.6 Le marché public peut-il imposer les modalités particulières de réalisation de la clause sociale d'insertion ?29	
2.2.7 Comment rédiger la clause : en pourcentage d'heures d'insertion ? en nombre d'heures d'insertion ?	30

2.2.8	Comment l'acheteur public peut-il rédiger une clause d'exécution dans le cas de marchés de services portant sur des activités régies par une obligation de reprise du personnel en place ?.....	30
2.2.9	Comment calculer le nombre d'heures d'insertion pour un marché public incluant une clause d'exécution ?.....	30
2.2.10	Est-ce qu'il est possible, dans le cadre de réalisation de l'exécution d'une clause article 14, de privilégier des opérateurs économiques qui sont des structures d'insertion par l'activité économique (SIAE) ?.....	31
2.2.11	Une entreprise d'insertion peut-elle être attributaire d'un marché public comportant une clause sociale d'insertion d'exécution article 14 ou intervient-elle nécessairement en sous-traitance ?.....	31
2.2.12	Un opérateur économique peut-il se prévaloir d'actions d'insertion menées dans le cadre d'autres marchés publics pour satisfaire les obligations imposées dans un marché public donné ?.....	32
2.2.13	Un acheteur public souhaite préparer un marché public avec une clause au titre de l'article 14 liée à l'insertion. Quels sont les acteurs à mobiliser ?.....	32
2.2.14	Le recueil d'informations auprès des acteurs économiques et des acteurs de l'insertion par l'activité économique est-il envisageable ?.....	32
2.2.15	Qui vérifie si les publics correspondent aux critères fixés dans l'avis d'appel public à la concurrence ?.....	32
2.2.16	Existe-t-il des références dans ce domaine ? Où les trouver ?.....	32
2.3	Les questions qui peuvent se poser lors de la préparation et la rédaction d'un marché que l'acheteur public souhaite réserver à des entreprises employant des personnes handicapées.....	34
2.3.1	Quel article du code peut être utilisé ?.....	34
	Pour la préparation d'un marché réservé, il faut utiliser l'article 15 du code des marchés publics.	34
2.3.2	Comment doit être rédigé un marché qui prévoit l'utilisation de l'article 15 ?.....	34
2.3.3	Comment trouver les structures du secteur adapté/protégé en capacité de répondre à la commande publique ?.....	34
2.3.4	Quelles sont les structures équivalentes autres que les entreprises adaptées (EA) et les établissements et services d'aide par le travail (ESAT) mentionnées dans le code ?.....	34
2.3.5	Est-ce qu'il existe des références dans ce domaine ?.....	34
2.3.6	Est-ce qu'un lot spécifique dans un marché public en comportant plusieurs peut être réservé à des entreprises employant majoritairement des personnes handicapées?.....	35
2.3.7	La mise en œuvre dans un marché public d'un marché réservé visant à la promotion dans l'emploi de personnes handicapées génère-t-elle un surcoût ? Si oui, comment le justifier au plan économique ?.....	35
2.3.8	Comment un acheteur public peut-il faire prendre en compte l'attribution d'un marché à des EA ou des ESAT au titre de ses obligations d'emplois de personnes handicapées ?.....	35
2.3.9	Quels sont les acheteurs concernés par la contribution au FIPH-FP ?.....	35
2.3.10	Comment calculer la contribution versée au Fonds pour l'insertion des personnes handicapées dans la fonction publique (FIPH-FP) en tenant compte de l'attribution d'un marché à des EA ou à des ESAT ?.....	36
2.3.11	Comment calculer la contribution versée à l'Association de Gestion du Fonds pour l'Insertion Professionnelle des Personnes Handicapées (AGEFIPH) en tenant compte de l'attribution d'un marché à des EA ou à des ESAT ?.....	37
2.3.12	Quelles sont les autres possibilités pour favoriser l'embauche de personnes handicapées ?.....	37
2.4	Les questions qui peuvent se poser lors de la préparation et la rédaction du marché d'insertion et/ou de qualification professionnelle de l'article 30.....	38
2.4.1	Quel article du code des marchés publics permet de passer un marché d'insertion et/ou de qualification professionnelle ?.....	38
2.4.2	Qu'est-ce qu'un marché public de services de qualification et d'insertion professionnelles ?.....	38
2.4.3	Quel acheteur public est compétent pour passer ce type de marché ?.....	38
2.4.4	Comment peut être rédigé un marché public de services de qualification et d'insertion professionnelles ?.....	38
2.4.5	Sur quelle ligne budgétaire l'imputer ?.....	39
2.4.6	Qu'est-ce qu'une procédure adaptée dans le cadre de l'article 30 ?.....	39
2.5	Les autres questions qui peuvent se poser lors de la préparation et la rédaction d'un marché public avec clause sociale d'insertion.....	40
2.5.1	Sur quelle base juridique est-il possible de mettre en place un critère social pour l'attribution d'un marché public (art 53 alinéa 1) ? Quelle pondération lui donner pour ne pas courir de risque juridique ?.....	40
2.5.2	Comment mettre en œuvre le critère de performance des offres en matière d'insertion ?.....	40
2.5.3	Un accord-cadre peut-il permettre de favoriser l'insertion dans l'emploi des personnes qui en sont éloignées et selon quelles modalités ?.....	41
2.5.4	Est-ce que l'acheteur public peut utiliser les variantes (article 50) ?.....	41
2.6	Quelques questions relatives à l'insertion et aux publics éloignés de l'emploi.....	42
2.6.1	Faut-il recourir à une structure spécifique pour accompagner l'acheteur public ?.....	42
2.6.2	Quels sont les différents acteurs de l'insertion sur le terrain ?.....	42
2.6.3	La qualité des propositions d'insertion des candidats peut-elle être prise en compte ?.....	45
2.6.4	Est-ce qu'il existe une durée minimale pour une action d'insertion réussie ?.....	45
2.6.5	Faut-il s'informer de l'offre d'insertion existante et de ses capacités de développement ?.....	45

2.6.6	<i>Une gestion prévisionnelle des clauses sociales d'insertion peut-elle favoriser une dynamique locale d'insertion et la mise en place d'une formation adaptée ?</i>	45
2.7	Les questions qui peuvent se poser pour l'exécution d'un marché passé en application des articles 14,15 et 30 du code des marchés publics	46
2.7.1	<i>Une offre qui ne répond pas au cahier des charges d'un marché public en matière d'insertion peut-elle être recevable ?</i>	46
2.7.2	<i>Comment suivre l'exécution d'un marché public et vérifier que les conditions d'exécution de la clause sociale d'insertion sont respectées ?</i>	46
2.7.3	<i>Si les conditions d'exécution de la clause sociale d'insertion ne sont pas respectées, quelles sanctions l'acheteur public doit-il appliquer ?</i>	46
2.8	Autres questions	47
2.8.1	<i>Quelles sont les règles de procédures et de publicité qui s'appliquent lorsque l'achat à réaliser se situe en dessous du seuil de 4.000 € HT ?</i>	47
2.8.2	<i>Peut-on inscrire une localisation particulière du titulaire dans un marché public ?</i>	47
2.8.3	<i>Faut-il craindre des recours éventuels d'entreprises européennes qui ne pourraient répondre à un marché public avec clause sociale d'insertion ?</i>	47
2.8.4	<i>Comment prendre en compte les difficultés conjoncturelles des entreprises ?</i>	47
2.8.5	<i>Les contrats de partenariat au sens de l'ordonnance n°2004-559 du 17 juin 2004 modifiée ne sont pas abordés dans le présent guide. Pour autant, est-ce que ces conseils leurs sont applicables ?</i>	48
2.8.6	<i>L'acheteur public peut-il valoriser les marchés publics contenant des clauses sociales au titre de la politique du développement durable conduite par ses services ?</i>	48
2.8.7	<i>Au niveau national, les marchés publics qui incluent des clauses sociales sont-ils intégrés dans le plan national d'actions pour les achats publics durables ?</i>	48
2.9	La commande publique peut-elle contribuer à la promotion de la diversité ?	49

Liste des annexes :

Annexe 1 : Loi n° 98-657 du 29 juillet 1998 d'orientation relative à la lutte contre les exclusions Article 1, modifié par l'Ordonnance n°2000-1249 du 21 décembre 2000

Annexe 2 : Charte de l'Environnement

Annexe 3 : Modalité d'utilisation de l'article 50

Annexe 4 : Exemple de rédaction de clauses sociales

Annexe 5 : Réponses ministérielles aux questions des parlementaires

Annexe 6 : La fonction de facilitateur pour la gestion des clauses sociales dans les marchés publics

Annexe 7 : Exemple de clause sociale dans un accord cadre de nettoyage

Annexe 8 : Modalités possibles d'adaptation des clauses sociales en cas de difficultés conjoncturelles

Annexe 9 : Références des principaux textes cités

Annexe 10 : Comparaison entre le code des marchés publics, l'ordonnance n°2005-649 du 6 juin 2005 relative aux marchés passés par certaines personnes publiques ou privées non soumises au code des marchés publics et les directives 2004/17/CE et 2004/18/CE du 31 mars 2004

Préface

En juillet 2007, l'Observatoire économique de l'achat public a diffusé un guide pour aider les acheteurs publics à utiliser la commande publique en vue de favoriser l'accès à l'emploi des personnes qui en sont éloignées, qu'il s'agisse de personnes connaissant une situation de chômage ou d'exclusion, ou encore de personnes souffrant de handicaps et souhaitant occuper un emploi.

Ce guide, qui avait fait l'objet d'une concertation approfondie, n'avait pas pour but de constituer un guide général de l'ensemble des bonnes pratiques en matière de clauses sociales. Celles-ci peuvent en effet avoir plusieurs objets et d'autres documents leur sont d'ailleurs consacrés.

S'il est apparu souhaitable de mettre particulièrement l'accent sur la réduction du chômage de longue durée et l'accès au travail des personnes en situation d'exclusion, c'est qu'ils constituent des enjeux humains économiques et sociaux qui s'imposent à tous. Cela a été clairement affirmé par plusieurs lois récentes, tout particulièrement par la loi de lutte contre les exclusions du 29 juillet 1998¹ modifiée par l'ordonnance n°2000-1249 du 21 décembre 2000 (cf. annexe 1) et par la loi pour le renforcement de la cohésion sociale de 2005.

Depuis 2001, la réglementation des marchés publics contient des dispositions, précises et puissantes, qui permettent d'utiliser intelligemment l'achat public pour participer à la lutte contre les exclusions. Des expériences novatrices, menées par certaines collectivités territoriales, ont montré que les acheteurs publics peuvent effectivement introduire dans leurs marchés des clauses favorisant l'emploi des publics en difficulté, et ce de manière paisible et féconde pour tous, y compris pour les entreprises qui exécutent les marchés. De plus, les marchés avec clauses sociales peuvent permettre de faire revenir sur le marché du travail des personnes qui en étaient écartées, contribuant ainsi à détendre les tensions du marché du travail dans certains secteurs d'activités qui cherchent des collaborateurs comme le Bâtiment et les Travaux Publics et dans certains domaines de services

Pourtant les possibilités du code des marchés publics paraissent encore insuffisamment utilisées, notamment parmi les administrations d'Etat. La collectivité se privait ainsi d'un levier permettant de réduire la fracture sociale.

Le guide est né de ce constat et de l'analyse que certains obstacles, réels ou supposés, qui entravent le développement des clauses sociales orientées vers l'emploi, pourraient être largement atténués par une information juridique plus précise et accessible. En effet, ces clauses apparaissent souvent comme une source de complexité supplémentaire dans un univers, celui des marchés publics, qui l'est déjà passablement. Les acheteurs publics ont donc besoin d'être sécurisés juridiquement et accompagnés techniquement tant pour définir ces clauses que pour en contrôler l'exécution. Les entreprises qui font acte de candidature ont par ailleurs besoin, de leur côté, d'être également rassurées quant à leur capacité à les appliquer et à être éventuellement accompagnées à cet effet, si elles le souhaitent. Une ingénierie d'intermédiation, comportant différents aspects, apparaît souvent nécessaire pour ne pas dire indispensable.

¹ Loi n°98-657 du 29 juillet 1998 d'orientation relative à la lutte contre les exclusions modifiée, ce texte est disponible à l'adresse : <http://www.legifrance.gouv.fr/affichTexte.do?cidTexte=JORFTEXT000000206894&dateTexte=>

Le guide de 2007 visait donc à rendre accessible à tous la dimension juridique de ce sujet. Trois ans après, il est apparu nécessaire de faire le point sur les problèmes rencontrés lors de son utilisation, dans un contexte qui a lui-même changé. Cette révision, au vu de l'expérience, avait d'ailleurs été prévue explicitement lors de la première rédaction. L'atelier qui avait travaillé sur cette première version a été à nouveau réuni et a bénéficié du concours éminent de la Direction des affaires juridiques des Ministères de l'Economie, des Finances et de l'Industrie.

Cette seconde édition conserve les orientations générales retenues à l'origine. Le guide analyse les différents articles du code concernés et s'efforce de répondre de manière précise et concrète aux différentes questions que se posent légitimement les acheteurs publics qui doivent désormais évaluer leurs besoins en prenant en compte des objectifs du développement durable comme le prévoit l'article 5 du code des marchés publics et qui souhaitent introduire dans leurs marchés des clauses de promotion dans l'emploi des personnes en difficulté.

Il s'agit d'un guide et non d'une circulaire. Cette distinction est importante. L'esprit du code des marchés publics a changé. Celui-ci fournit désormais un cadre permettant aux acheteurs d'assumer pleinement leurs responsabilités. Aussi ce guide fournit des interprétations du code, donne des conseils ou avis, recense ou valide éventuellement des pratiques, mais ne prescrit rien. Le lecteur n'y trouvera donc ni clause type, ni document type, seulement des cas d'application.

Enfin, principalement parce que son objet est principalement juridique, il ne couvre pas tous les aspects du problème, notamment les questions organisationnelles qui sont davantage traitées dans d'autres documents du même type, tel le guide élaboré par l'Alliance Ville Emploi, qui a été réalisé en concertation avec le concours des membres du Conseil National de l'Insertion par l'Activité Economique. Il n'exclut naturellement nullement que de grands opérateurs ou tête de réseau rédigent leur propre guide, comme l'on fait l'ANRU ou les Régies de Quartier.

Plusieurs éléments de contexte ont cependant changé et doivent être pris en considération.

D'abord, la crise économique, en accroissant d'environ 25% le nombre des chômeurs, a rendu plus nécessaire que jamais une mobilisation des acheteurs en direction des chômeurs de longue durée qui risquent d'être les derniers à profiter de la reprise et qui ne doivent pas en être les oubliés. Simultanément, la crise a rendu nécessaire des adaptations pratiques de terrain pour que les entreprises adjudicataires de marchés comportant des clauses sociales, rencontrant elles-mêmes des difficultés conjoncturelles, et se voyant dans l'obligation de licencier ou de recourir au chômage partiel, ne se mettent pas en contradiction avec la législation du travail en embauchant des personnes nouvelles pour exécuter ces clauses.

En second lieu, l'Etat a élaboré une politique ambitieuse: La communication en Conseil des Ministres du 9 avril 2008 sur le « développement d'une politique d'achat public socialement responsable » prévoit que, dans les segments de marché comportant plus de 50% de part demain d'œuvre, les clauses sociales devront atteindre 10% des achats courants de l'Etat. Cet objectif a été repris dans la circulaire du 3 décembre 2008 sur l'Etat exemplaire (notamment dans la fiche 19). Le Service des achats de l'Etat (SAE) s'est organisé pour le mettre en œuvre progressivement et a formé à cet effet ses correspondants ministériels et régionaux. Pour introduire dans les lots de leurs marchés des clauses réalistes, les administrations peuvent utiliser un réseau de « facilitateurs » mis en place dans les PLIE et dans les Maisons de l'emploi pour les collectivités locales, réseau qui s'est étoffé et bénéficie notamment de fonds européens. Elles peuvent également s'adresser à plusieurs sites internet pour vérifier qu'il existe une offre d'insertion compatibles avec les clauses qu'elles souhaitent introduire. La Direction générale de l'emploi et de la formation professionnelle a mis en place de son côté, au sein de ses services territoriaux, un réseau de référents pour favoriser la monte en gamme de l'offre d'insertion afin que celle-ci soit en mesure de répondre efficacement à la demande de clauses.

En troisième lieu, les pratiques de terrain se sont développées et ont mis l'accent sur la qualité de mise en œuvre des clauses conduisant à faire exécuter une partie des heures de travail prévues par des personnes éloignées de l'emploi. Les entreprises soumissionnaires ou adjudicatrices sont incitées à proposer des formules d'insertion durable, grâce à des formules de tutorat, de formation, ou de partenariats qui conduisent à de véritables parcours d'insertion. Un intérêt pour la promotion de la diversité a également été constaté, bien que la notion ne soit pas aisée à saisir sur le plan juridique.

Les objectifs et les instruments existent donc. Leur mise en place, malgré les réels efforts effectués, reste toutefois lente dans les administrations, bien en deçà des objectifs fixés ou même de l'avance prise par les collectivités locales. Les clauses sociales en faveur des publics éloignés de l'emploi sont loin d'être ce qu'elles devraient être : une modalité courante et normale de la politique de professionnalisation de l'achat des administrations et des établissements publics. Un effort permanent de mobilisation, sécurisation, facilitation et contrôle reste donc nécessaire. L'exemple de l'ANRU montre toutefois que, lorsque ces conditions sont réunies, des résultats très substantiels peuvent être obtenus.

J'espère que la nouvelle rédaction de ce guide y contribuera.

Merci à tous ceux qui ont participé à la rédaction de ce document, administrations, caisses de protection sociale, organisations professionnelles, associations d'élus, associations du secteur social, experts. Grâce à eux, ce guide pourra aider les divers opérateurs des marchés publics à exercer leurs responsabilités sociales dans de meilleures conditions. La lutte contre les exclusions a besoin de tous, et notamment des acheteurs publics.

Jean-Baptiste de Foucauld
Inspecteur Général des Finances
Président de l'Atelier

Ce guide concerne l'ensemble de la commande publique. Les dispositions de la partie I du code des marchés publics de 2006 mises en exergue s'appliquent aux pouvoirs adjudicateurs. Toutefois, l'article 141 *de ce code* prévoit que la plupart de ces dispositions s'appliquent *également*, en vertu de la partie II, aux marchés et accords-cadres passés par les entités adjudicatrices.

Les entités adjudicatrices et les pouvoirs adjudicateurs soumis à l'ordonnance du 6 juin 2005 sont concernés pour partie par les recommandations de ce guide.

1 Présentation des principaux articles du code des marchés publics relatifs aux clauses sociales et de quelques spécificités des marchés publics avec clauses sociales

1.1 L'acheteur public doit examiner dès l'expression des besoins la possibilité de prendre en compte des objectifs du développement durable dans un marché public, dont notamment l'insertion des personnes éloignées de l'emploi

Cette obligation d'examen a été introduite par l'article 5 du code des marchés publics², qui stipule que « la nature et l'étendue des besoins à satisfaire sont déterminées avec précision (...) en prenant en compte des objectifs de développement durable. » Cette obligation a fait son apparition en droit français dans la loi constitutionnelle n° 2005-205 du 1^{er} mars 2005 relative à la Charte de l'Environnement. Celle-ci dispose dans son article 6 que les politiques publiques doivent promouvoir un développement durable et qu'elles concilient la protection et la mise en valeur de l'environnement, le développement économique et le progrès social (annexe 2 : Charte de l'Environnement).

L'article 5 du code des marchés publics impose au pouvoir adjudicateur une obligation de s'interroger sur la définition de ses besoins eu égard à des objectifs de développement durable, entendu au sens large puisqu'il comprend trois piliers qu'il convient si possible de concilier : efficacité économique, équité sociale et développement écologiquement soutenable.

Au vu des différents articles du code des marchés publics qui vont être abordés dans ce guide, il apparaît clairement que l'insertion professionnelle des personnes éloignées de l'emploi constitue une composante essentielle du progrès social. Il est rappelé que le développement durable est, selon le rapport Brundtland³, un « développement qui répond aux besoins du présent sans compromettre la capacité des générations futures de répondre aux leurs. »

Ainsi, pour chacun de ses achats, l'acheteur public a l'obligation de s'interroger sur la possibilité d'intégrer dans son marché (spécifications techniques, cahier des charges, conditions d'exécution) ou dans la procédure de passation (sélection des candidatures ou critères de sélection des offres) des exigences en termes de développement durable, liées à un ou plusieurs de ces piliers.

Cette obligation pèse sur l'acheteur public lors de la définition des besoins, c'est-à-dire en amont du lancement de la procédure. Cependant, il n'a pas à justifier, vis-à-vis des opérateurs économiques, de son impossibilité de prendre en compte des objectifs de développement durable dans les documents de consultation du marché public.

En revanche, s'agissant d'une obligation qui lui est imposée par le code des marchés publics, l'acheteur public doit être en mesure de justifier à tout moment, à l'égard des organismes de contrôle du marché, de son impossibilité de prendre en compte de tels objectifs de développement durable.

Il est recommandé au pouvoir adjudicateur d'utiliser le rapport de présentation prévu à l'article 79 du code des marchés publics pour expliquer sa décision (formulaire NOTI4 : rapport de présentation d'une consultation formulaire non obligatoire disponible sur le site du ministère de l'économie www.economie.gouv.fr)

² Décret n°2006-975 du 1^{er} août 2006 portant code des marchés publics

³ Le Rapport Brundtland - Commission mondiale sur l'environnement et le développement publié en 1987 est disponible à l'adresse <http://www.agora21.org/dd/rapport-brundtland.html>

1.2 Quels publics éloignés de l'emploi, l'acheteur public peut-il promouvoir dans le cadre d'un marché public ?

La directive 2004/18/CE du 31 mars 2004⁴ dans son considérant 33, tout comme le code des marchés publics, permet de prendre en compte un champ très large.

Toutefois, par souci de simplicité, de cohérence, d'efficacité et de sécurisation juridique tant pour les acheteurs publics que vis-à-vis des entreprises qui auront à appliquer ces clauses, il est recommandé de s'inspirer de la définition des publics donnée par l'article L. 5132-1 du code du travail relatif aux structures d'insertion par l'activité économique : « L'insertion par l'activité économique a pour objet de permettre à des personnes sans emploi rencontrant des difficultés sociales et professionnelles particulières de bénéficier de contrats de travail en vue de faciliter leur insertion sociale et professionnelle. Elle met en œuvre des modalités spécifiques d'accueil et d'accompagnement. »

Concrètement, peuvent notamment être concernées les personnes relevant des catégories administratives suivantes :

- les Demandeurs d'Emploi de Longue Durée (plus de 12 mois d'inscription au chômage) ;
- les allocataires du R.S.A. (en recherche d'emploi) ou leurs ayants droits ;
- les publics reconnus travailleurs handicapés, au sens de l'article L 5212-13 du code du travail, fixant la liste des bénéficiaires de l'obligation d'emploi ;
- les bénéficiaires de l'Allocation Spécifique de Solidarité (ASS), de l'Allocation d'Insertion (AI), de l'Allocation Parent Isolé (API), de l'Allocation Adulte Handicapé (AAH), de l'Allocation d'Invalidité ;
- les jeunes de Niveau infra 5, c'est-à-dire de niveau inférieur au CAP/BEP ;
- les personnes prises en charge dans le dispositif IAE (Insertion par l'Activité Économique), c'est-à-dire les personnes mises à disposition par une Association Intermédiaire (AI) ou par une Entreprise de Travail Temporaire d'Insertion (ETTI), ainsi que des salariés d'une Entreprise d'Insertion (EI), d'un Atelier et Chantier d'Insertion (ACI), ou encore des Régies de quartier agréées ainsi que les personnes prises en charge dans des dispositifs particuliers, par exemple « Défense 2^{ème} chance » ;
- les personnes employées dans les GEIQ (Groupements d'Employeurs pour l'Insertion et la Qualification) et dans les associations poursuivant le même objet.

En outre, d'autres personnes rencontrant des difficultés particulières peuvent, sur avis motivé de Pôle Emploi, des Maisons de l'Emploi, des Plans Locaux pour l'Insertion et l'Emploi (PLIE), des Missions Locales, ou des maisons départementales des personnes handicapées (MDPH), être considérées comme relevant des publics les plus éloignés de l'emploi.

L'acheteur public a tout intérêt à s'appuyer sur l'ensemble des acteurs de l'emploi et de l'insertion opérant sur les territoires pour le repérage et la mobilisation des personnes sans emploi rencontrant des difficultés sociales et professionnelles particulières.

⁴ Directive 2004/18/CE du Parlement européen et du Conseil du 31 mars 2004 relative à la coordination des procédures de passation des marchés publics de travaux, de fournitures et de services, modifiée par la directive 2005/51/CE de la Commission du 7 septembre 2005 modifiant l'annexe XX de la directive 2004/17/CE du Parlement européen et du Conseil sur les marchés publics.

1.3 Quels sont les moyens juridiques offerts par le code des marchés publics pour faciliter l'accès à l'emploi des personnes qui en sont éloignées ?

Depuis le code des marchés publics 2001, l'acheteur public dispose d'une palette d'outils, qui s'est encore enrichie en 2006, lui permettant de mettre en œuvre les objectifs de développement durable.

Ces divers instruments ont chacun leur caractéristique propre mais peuvent se combiner entre eux. Leur bonne utilisation doit s'appuyer sur une définition précise des besoins de la personne publique et de l'existence d'un besoin d'insertion sur le terrain susceptible de donner lieu à une réponse organisée.

Le présent tableau⁵ vise à aider l'acheteur public à déterminer quel véhicule juridique offert par le code apparait le plus approprié à chaque cas.

Articles du CMP 2006	Avantages	Commentaires
<p>Article 10 : Allotissement</p> <p>« Afin de susciter la plus large concurrence, et sauf si l'objet du marché ne permet pas l'identification de prestations distinctes, le pouvoir adjudicateur passe le marché en lots séparés dans les conditions prévues par le III de l'article 27. A cette fin, il choisit librement le nombre de lots, en tenant notamment compte des caractéristiques techniques des prestations demandées, de la structure du secteur économique en cause et, le cas échéant, des règles applicables à certaines professions.....</p> <p>Le pouvoir adjudicateur peut toutefois passer un marché global, avec ou sans identification de prestations distinctes, s'il estime que la dévolution en lots séparés est de nature, dans le cas particulier, à restreindre la concurrence, ou qu'elle risque de rendre techniquement difficile ou financièrement coûteuse l'exécution des prestations ou encore qu'il n'est pas en mesure d'assurer par lui-même les missions d'organisation, de pilotage et de coordination....»</p>	<p>Permet de moduler la consistance des lots selon le niveau de technicité et de définir les lots les plus adaptés pour introduire une clause sociale d'insertion ou pour un marché réservé</p> <p>Facilite, grâce à un volume adapté des lots, l'accès aux marchés des différents types de structures d'insertion.</p> <p>Lorsqu'il est possible, le marché global peut également permettre une démarche d'insertion.</p> <p>Permet de prévoir des lots réservés dans le marché sur la base de l'article 15.</p>	<p>Peut alourdir la procédure de passation et l'exécution.</p>

⁵ Les avantages et commentaires sont présentés du point de vue retenu pour le guide

Articles du CMP 2006	Avantages	Commentaires
<p>Article 14 : Clauses sociales et environnementales (en cours de modification⁶)</p> <p>« Les conditions d'exécution d'un marché ou d'un accord-cadre peuvent comporter des éléments à caractère social ou environnemental qui prennent en compte les objectifs de développement durable en conciliant développement économique, protection et mise en valeur de l'environnement et progrès social. Ces conditions d'exécution ne peuvent pas avoir d'effet discriminatoire à l'égard des candidats potentiels. Elles sont indiquées dans l'avis d'appel public à la concurrence ou dans les documents de la consultation. »</p>	<p>Permet d'imposer aux entreprises soumissionnaires de s'engager à réaliser une action d'insertion correspondant à un volume déterminé d'heures de travail.</p>	<p>Implique de connaître préalablement la situation locale en matière d'emploi et l'offre d'insertion effectivement mobilisable pour exécuter le marché. L'engagement d'insertion demandée aux soumissionnaires doit être fixé de façon à ne pas en réduire le nombre.</p>
<p>Article 15 : Marchés réservés</p> <p>« Certains marchés ou certains lots d'un marché peuvent être réservés à des entreprises adaptées ou à des établissements et services d'aide par le travail mentionnés aux articles L. 5213-13, L. 5213-18 , L. 5213-19 et L 5213-22 du code du travail et L. 344-2 du code de l'action sociale et des familles, ou à des structures équivalentes, lorsque la majorité des travailleurs concernés sont des personnes handicapées qui, en raison de la nature ou de la gravité de leurs déficiences, ne peuvent exercer une activité professionnelle dans des conditions normales. L'avis d'appel public à la concurrence fait mention de la présente disposition. »</p>	<p>Permet de réserver des marchés ou des lots :</p> <ul style="list-style-type: none"> - à des entreprises adaptées (EA) ; - aux établissements et services d'aide par le travail (ESAT); - à des structures équivalentes employant principalement des personnes handicapées. <p>Favorise à moyen terme le développement de ces structures.</p>	<p>Implique une bonne connaissance des fournisseurs potentiels de ces catégories et de leurs capacités de production.</p>

⁶ La modification de l'article 14 porte sur la prise en compte de la diversité dans les marchés publics.

Articles du CMP 2006	Avantages	Commentaires
<p>Art 30 : Procédure applicable aux marchés de service dont l'objet est l'insertion</p> <p>« I - Les marchés et les accords-cadres ayant pour objet des prestations de services qui ne sont pas mentionnées à l'article 29 peuvent être passés, quel que soit leur montant, selon une procédure adaptée, dans les conditions prévues par l'article 28. [...]</p> <p>III. - Lorsqu'un marché ou un accord-cadre a pour objet à la fois des prestations de services mentionnées à l'article 29 et des prestations de services qui n'y sont pas mentionnées, il est passé conformément aux règles qui s'appliquent à celle de ces deux catégories de prestations de services dont le montant estimé est le plus élevé. »</p>	<p>Permet d'utiliser la procédure adaptée pour un marché de qualification et/ou d'insertion professionnelle.</p>	<p>Ne peut concerner qu'un marché dont l'objet principal est l'insertion. Veiller à ce que les critères de sélection des offres soient essentiellement liés à l'action d'insertion et/ou de qualification non pas à la réalisation d'une prestation support.</p>
<p>Art 50 : Les variantes</p> <p>« I - Pour les marchés passés selon une procédure formalisée, lorsque le pouvoir adjudicateur se fonde sur plusieurs critères pour attribuer le marché, il peut autoriser les candidats à présenter des variantes. Le pouvoir adjudicateur indique dans l'avis d'appel public à la concurrence ou dans les documents de la consultation s'il autorise ou non les variantes ; à défaut d'indication, les variantes ne sont pas admises. [...]</p> <p>II - Pour les marchés passés selon une procédure adaptée, lorsque le pouvoir adjudicateur se fonde sur plusieurs critères pour attribuer le marché, les candidats peuvent proposer des variantes sauf si le pouvoir adjudicateur a mentionné dans les documents de la consultation qu'il s'oppose à l'exercice de cette faculté. Le pouvoir adjudicateur peut mentionner dans les documents de consultation les exigences minimales [...].</p> <p>III - Les variantes sont proposées avec l'offre de base. [...]</p>	<p>Permet de bénéficier de propositions réalistes innovantes auxquelles l'acheteur n'a pas pensé. Permet de laisser aux entreprises l'initiative et le choix des modalités selon lesquelles elles satisferont à des obligations en matière d'insertion.</p>	<p>Nécessité d'un lien entre l'objet du marché et l'insertion. Ne pas oublier d'autoriser explicitement les variantes dès l'avis de publicité. Les documents de la consultation doivent prévoir les éléments nécessaires à l'appréciation de la pertinence de la variante. L'ouverture de la commande publique aux variantes est un facteur de complexité de l'analyse des offres sur la base des critères annoncés. Il convient de mettre en place une méthodologie d'analyse transparente. Pas d'expérience connue à ce stade. Nécessite d'avancer avec prudence et de tester progressivement.</p>

Articles du CMP 2006	Avantages	Commentaires
<p>Art 53 alinéa I : Attribution des marchés / Critères de sélection des offres «Pour attribuer le marché au candidat qui a présenté l'offre économiquement la plus avantageuse, le pouvoir adjudicateur se fonde :</p> <p>1° Soit sur une pluralité de critères non discriminatoires et liés à l'objet du marché, notamment la qualité, le prix, la valeur technique, le caractère esthétique et fonctionnel, les performances en matière de protection de l'environnement, les performances en matière d'insertion professionnelle des publics en difficulté, le coût global d'utilisation, la rentabilité, le caractère innovant, le service après-vente et l'assistance technique, la date de livraison, le délai de livraison ou d'exécution. D'autres critères peuvent être pris en compte s'ils sont justifiés par l'objet du marché ;</p> <p>2° Soit, compte tenu de l'objet du marché, sur un seul critère, qui est celui du prix. »</p>	<p>Peut inciter de manière transparente les entreprises soumissionnaires à présenter des offres performantes en matière d'insertion.</p> <p>Mise en évidence transparente d'une pondération favorisant les offres performantes en matière d'insertion professionnelle.</p>	<p>Nécessité d'un lien entre l'objet du marché et l'insertion professionnelle.</p> <p>Affecter un poids raisonnable au critère.</p> <p>Dans un souci de sécurité juridique, il est conseillé d'utiliser l'article 53 alinéa 1 combiné avec une clause d'exécution de l'article 14 par exemple pour prendre en compte la qualité de l'action d'insertion proposée au titre des clauses d'exécution prévues.</p>
<p>Art 53 alinéa IV : Attribution des marchés / Droit de préférence (en cours de modification)⁷ « 1° Lors de la passation d'un marché, un droit de préférence est attribué, à égalité de prix ou à équivalence d'offres, à l'offre présentée par une société coopérative ouvrière de production, par un groupement de producteurs agricoles, par un artisan, une société coopérative d'artisans ou par une société coopérative d'artistes ou par des entreprises adaptées.</p> <p>2° Lorsque les marchés portent, en tout ou partie, sur des prestations susceptibles d'être exécutées par des artisans ou des sociétés d'artisans ou des sociétés coopératives d'artisans ou des sociétés coopératives ouvrières de production ou des entreprises adaptées, les pouvoirs adjudicateurs contractants doivent, préalablement à la mise en concurrence, définir les travaux, fournitures ou services qui, à ce titre, et dans la limite du quart du montant de ces prestations, à équivalence d'offres, seront attribués de préférence à tous autres candidats, aux artisans ou aux sociétés coopératives d'artisans ou aux sociétés coopératives ouvrières de production ou à des entreprises adaptées..... »</p>	<p>Favorise à moyen terme le développement des entreprises adaptées ou structures équivalentes au sens des directives 2004-17 et 2004-18.</p>	<p>Objet limité.</p>

⁷ Les modifications de l'article 53 alinéa IV qui sont envisagées concernent l'extension du droit de préférence.

1.4 Comment mettre en œuvre ces moyens juridiques ?

1.4.1 Article 10 : Allotissement

L'article 10 du code des marchés publics fixe le principe suivant : « afin de susciter la plus large concurrence, et sauf si l'objet du marché ne permet pas l'identification de prestations distinctes, le pouvoir adjudicateur passe le marché en lots séparés ».

Cet article a notamment pour objectif de rendre la commande publique plus accessible aux petites et moyennes entreprises (PME), qui ne sont pas nécessairement aptes à réaliser l'intégralité d'un marché.

L'allotissement au titre de l'article 10 du code des marchés publics permet notamment de prévoir :

- dans le cas de l'article 14, de mettre en place dans un ou plusieurs lots une clause sociale d'insertion de publics éloignés de l'emploi ;
- dans le cas de l'article 15, de réserver un ou plusieurs lots aux entreprises adaptées (EA), aux établissements et services d'aide par le travail (ESAT) et aux autres structures équivalentes.

Par ailleurs, l'allotissement facilite dans certains cas et pour certains lots de petites tailles le recours à la procédure adaptée, selon l'article 27 alinéa III du code des marchés publics.

L'acheteur public peut recourir au marché global, lorsque l'allotissement présente un inconvénient technique⁸, économique ou financier. Le principe est donc soumis à des exceptions laissées à l'appréciation du pouvoir adjudicateur sous l'éventuel contrôle du juge.

Les marchés globaux peuvent, tout autant, permettre de répondre à la problématique d'insertion en recourant également aux différentes formules d'insertion définies au 2.2.5.

Tout marché, qu'il soit ou non alloti, est donc susceptible de contenir une clause sociale d'insertion.

1.4.2 Article 14 : Clauses sociales et environnementales

Cet article permet de prévoir dans un marché public des clauses d'exécution favorisant l'insertion de publics éloignés de l'emploi.

Deux réponses ministérielles de juillet 2005 précisent les modalités selon lesquelles des obligations contractuelles à caractère social peuvent être incluses dans les marchés. Elles indiquent :

- les éléments que peuvent contenir les clauses à objet social (promouvoir l'emploi de personnes rencontrant des difficultés d'insertion : cf. 1.2 les publics cibles possibles) ;
- l'étendue des obligations qu'elles peuvent assigner au cocontractant (affectation d'un certain nombre d'heures travaillées à ces publics en difficulté, obligation d'employer un nombre défini de jeunes chômeurs ou de chômeurs de longue durée).

Il peut s'agir notamment de demander à chacune des entreprises soumissionnaires de prendre l'engagement de réserver une part des heures de travail générées par le marché à des publics dans un parcours d'insertion.

La mise en œuvre de cet article n'a pas d'incidence sur le choix de l'entreprise.

Ainsi, utilisé seul, l'article 14 ne permet pas d'apprécier la qualité du contenu de l'offre en matière d'insertion.

⁸ Notamment, lorsque le pouvoir adjudicateur n'est pas en mesure d'assurer lui-même les missions d'organisation, de pilotage et de coordination.

La clause rédigée est une des conditions d'exécution du marché que toute entreprise doit s'engager à respecter (cf. partie 2 Questions/réponses) lors du dépôt de son offre.

Une offre qui ne respecte pas l'ensemble des engagements prévus au contrat est réputée irrégulière (cf. article 35 I 1 du code des marchés publics⁹).

La clause doit être rédigée et appliquée en respectant les règles suivantes :

- offrir à tous la possibilité de satisfaire à la clause ;
- ne pas fixer de modalités obligatoires de réalisation de la clause (cf. questions : 2.2.5 et 2.2.6), offrir au contraire plusieurs possibilités ;
- ne pas être discriminatoire ;
- ne pas limiter la concurrence.

A ce titre, il faut préciser que de telles obligations, qui s'imposent de manière identique à toutes les entreprises concurrentes, ont pour effet de placer celles-ci sur un pied d'égalité, tant au point de vue de l'engagement des moyens qui leurs sont demandés qu'au point de vue de leur chance d'emporter le marché.

En outre, les modalités d'exécution prévues ne doivent pas avoir pour effet de limiter la concurrence.

La base juridique de l'article 14 constitue la modalité d'insertion des publics éloignés de l'emploi la plus courante et la plus sûre juridiquement.

Exemple :

L'acheteur public qui prévoit la mise en place d'une action d'insertion dans son marché public introduit dans son règlement de consultation un article spécifique relatif à l'insertion. Cet article peut s'écrire de cette façon «Le marché fait l'objet d'une condition d'exécution relative à l'insertion et l'emploi de publics prioritaires...». Le cahier des clauses administratives particulières prévoit les publics visés, les modalités possibles de mise en œuvre de l'action d'insertion, éventuellement un dispositif d'accompagnement de l'acheteur public et le cas échéant des pénalités spécifiques, en cas de non-réalisation ou de réalisation seulement partielle de la clause sociale d'insertion. (cf. annexe 4 : exemple de rédaction de clauses sociales, qui ne doit pas être reproduite telle quelle, mais adaptée à chaque marché⁹)

1.4.3 Article 15 : Les marchés réservés

Certains marchés ou certains lots d'un marché peuvent être réservés à des entreprises adaptées (anciennement ateliers protégés), à des établissements et services d'aide par le travail (anciennement C.A.T) ou à des structures équivalentes, lorsque la majorité des travailleurs concernés sont des personnes handicapées qui, en raison de la nature ou de la gravité de leurs déficiences, ne peuvent exercer une activité professionnelle dans des conditions normales.

La notion de structure équivalente permet de laisser la porte ouverte à d'autres catégories juridiques existant notamment dans d'autres Etats membres de l'Union européenne. Elle ne permet pas d'utiliser cette clause pour des structures n'employant pas principalement des personnes handicapées au sens de la loi n° 2005-102 du 11 février 2005 pour l'égalité des droits et des chances, la participation et la citoyenneté des personnes handicapées.

⁹ Cet exemple, ainsi que d'autres, peut être trouvé dans la « boîte à outils » des achats écologiques et socialement responsables du SAE, sur son site intranet :

- Ministères des finances : http://alize.alize/alize16/achats/service_achats_etat/ar_textes_de_bases.html

- Autres ministères : www.finances.ader.gouv.fr/achats/)

Cette disposition trouve son fondement dans l'article 19 de la directive 2004/18/CE du 31 mars 2004. Selon cette directive, les ateliers protégés et les programmes d'emplois protégés contribuent de manière efficace à la promotion de l'insertion ou de la réinsertion des personnes handicapées dans le marché du travail. Comme de tels ateliers pourraient « ne pas être en mesure de remporter des marchés dans des conditions de concurrence normale », il y est prévu que « les États membres puissent réserver le droit de participer aux procédures de passation de marchés publics à de tels ateliers ou en réserver l'exécution dans le cadre d'emplois protégés ».

Exemple :

Un acheteur public peut décider dans le cadre d'un marché d'impression de prévoir plusieurs lots afin de sécuriser son approvisionnement et de réserver l'un de ces lots, selon les modalités de l'article 15 à une entreprise adaptée ou un ESAT ou toutes autres structures équivalentes, dans le règlement de consultation du marché.

De façon classique, il convient lors du choix du lot réservé de bien évaluer la capacité de production du marché des entreprises adaptées et des ESAT. Il doit y avoir une mise en concurrence des fournisseurs potentiels conformément aux règles du code des marchés publics.

1.4.4 Article 30 : Les marchés publics de services de qualification et d'insertion professionnelles

Les marchés publics de services dont l'objet est l'insertion de publics en difficulté relèvent intégralement de l'article 30 du code des marchés publics. Leur est donc applicable, sous réserve de certaines spécificités notamment en matière de publicité, la procédure adaptée prévue à l'article 28 du code des marchés. Il est bien entendu nécessaire de s'assurer que l'insertion peut entrer dans le champ de compétence de la personne publique désireuse de passer des marchés en application de l'article 30, dans les conditions prévues au 2.4.3.

Il convient d'insister sur la prudence dont il faut faire preuve au moment de la rédaction de l'objet du marché. Ainsi, si l'acheteur public souhaite réaliser un marché d'insertion, cela signifie que l'objet du marché est une action d'insertion sur laquelle peut se greffer la réalisation de travaux ou la prestation de services à titre de support. Le contenu en insertion doit alors être suffisamment important pour éviter une requalification par le juge.

Les critères de l'évaluation des prestations ne doivent pas alors porter, du moins en priorité, sur la qualité des travaux ou services réalisés mais bien sur l'objet même du marché, à savoir la qualité de l'insertion : par exemple la capacité de la formation délivrée à permettre aux personnes en insertion qui auront été employées dans ce cadre d'obtenir une expérience qualifiante visant à accroître leur employabilité.

Enfin, l'utilisation de l'article 30 nécessite une mise en concurrence et il ne peut y avoir de démarche de réservation des marchés.

Tous les prestataires offrant ce type de service peuvent présenter leur candidature et soumissionner : les associations sont donc habilitées à solliciter l'attribution de ces marchés, et parmi elles tout particulièrement les ateliers et les chantiers d'insertion.

L'acheteur public dont le marché public relève de la procédure adaptée est soumis à l'obligation d'organiser une procédure pour l'attribution des prestations, donc de mettre en œuvre une publicité et de mettre en concurrence les prestataires de service. Les modalités sont librement fixées par l'acheteur en fonction de la nature et des caractéristiques du besoin à satisfaire, du nombre ou de la localisation des opérateurs économiques susceptibles d'y répondre ainsi que des circonstances de l'achat. Plus simplement, il est ainsi libre de déterminer la forme et le niveau de publicité et de mise en concurrence, notamment en les proportionnant à l'objet du marché et au nombre d'intervenants potentiellement concernés.

Concrètement, s'il s'agit d'un marché public d'un faible montant et portant sur une action spécifique d'insertion pour lequel seules une ou deux associations sont susceptibles d'être intéressées par son attribution, l'acheteur public peut alors se borner à contacter ces prestataires et négocier avec eux en vue de la passation, dès lors qu'il respecte l'égalité de traitement entre ces deux organismes pendant les négociations et lors du choix de l'attributaire et fonde la sélection sur des critères objectifs connus de tous les opérateurs économiques.

Lorsque le marché public porte sur un montant plus conséquent et que le nombre des prestataires potentiels s'accroît, l'acheteur public est tenu de mettre en œuvre des mesures de publicité qui peuvent notamment consister en la publication d'une annonce dans un journal spécialisé et recourir à une mise en concurrence élargie à tous les prestataires se manifestant ou plus restreinte en fixant par exemple des critères de candidature objectifs et non discriminatoires. La procédure de passation applicable aux marchés d'insertion professionnelle reste donc largement ouverte aux associations auxquelles les collectivités publiques recourent souvent : il s'agit simplement de respecter un principe de publicité et de mise en concurrence proportionné à la taille du marché et au secteur concerné.

1.4.5 Article 50 : Les variantes (cf. annexe 3)

Les variantes sont un outil du code des marchés publics que l'acheteur peut explorer lorsqu'il ne sait pas comment rédiger dans les documents de son marché des exigences en matière d'insertion sociale mais qu'il souhaite bénéficier d'offres intégrant des objectifs d'insertion des personnes éloignées de l'emploi. Dans le cadre des procédures formalisées, l'acheteur public autorise explicitement, dans les documents de consultation du marché, les candidats à présenter des variantes portant sur les aspects sociaux conformément à la détermination de ses besoins prévue à l'article 5 du code des marchés publics. Dans le cas d'un MAPA, l'opérateur économique peut librement proposer une variante sans que l'acheteur ait besoin de l'autoriser. L'acheteur peut ne pas autoriser les variantes.

L'utilisation des variantes donne ainsi à l'acheteur public l'opportunité de s'en remettre aux initiatives des opérateurs économiques pour perfectionner et diversifier leurs propositions en matière d'insertion pour les personnes éloignées de l'emploi.

Une variante, quand elle est permise, ne peut être examinée que si le candidat a déposé une offre de base.

L'utilisation des variantes dans le domaine social ne connaît encore que peu d'applications.

1.4.6 Article 53- I : Attribution des marchés / critères de sélection des offres

L'article 53-I du présent code des marchés publics permet, au titre de la sélection des offres, de prendre en compte un critère de performance en matière d'insertion professionnelle des publics en difficulté, en complément des critères «classiques» de choix tels que la valeur technique, le prix ou les délais d'exécution. Son utilisation par l'acheteur public signifie que cela répond à la définition de ses besoins conformément à l'article 5 du code des marchés publics.

En l'état de la jurisprudence de la Cour de Justice des Communautés Européennes (CJCE), ce critère social ne peut toutefois être mis en œuvre que lorsqu'il présente un lien avec l'objet du marché, c'est-à-dire lorsque la nature des prestations demandées est bien en rapport avec une action d'insertion, comme c'est le cas lorsque l'objet même du marché est la réalisation d'une action d'insertion.

Mais il est également possible d'envisager l'utilisation de ce critère lorsque le marché porte sur la réalisation d'une prestation classique de travaux, de fournitures ou de services conjuguée à un programme d'insertion qui peut se décliner dans le cadre d'une clause d'exécution de l'article 14 du code des marchés publics (cf. annexe 5 Réponses ministérielles aux questions parlementaires du 27/07/2006 et du 8/10/2009).

En revanche, il n'est pas permis d'utiliser le critère des performances en matière d'insertion lorsque l'objet du marché ne comporte aucune dimension sociale. Il est évidemment difficile de déterminer si le besoin auquel répond un marché couvre ces deux dimensions ou porte seulement sur des prestations sans caractère social. C'est la raison pour laquelle il est recommandé aux acheteurs publics de bien étudier la nature et l'étendue du besoin avant de prévoir un critère de performances en matière d'insertion.

Dans l'hypothèse d'un marché comportant explicitement cette dimension sociale, le critère des performances en matière d'insertion est susceptible d'optimiser le recours à l'article 14. Lorsqu'un pouvoir adjudicateur met en œuvre le seul article 14, plusieurs soumissionnaires peuvent présenter des offres conformes à la clause sociale d'insertion du cahier des charges alors même que leurs solutions seront très inégales en matière d'insertion. L'acheteur public n'est alors pas à même de valoriser l'offre la plus intéressante sur le plan social. A contrario, l'utilisation du critère des performances en matière d'insertion en application de l'article 53-I associé à une pondération adéquate, donne au pouvoir adjudicateur le moyen de départager les offres également sur le terrain de la démarche d'insertion, puisqu'il peut évaluer, par une note chiffrée, la qualité de la proposition des opérateurs économiques dans ce domaine et qu'il peut donner une certaine importance à ce critère. Le recours à l'article 53-I, couplé à l'article 14, incite les opérateurs économiques à proposer une démarche d'insertion plus élaborée que celle qui serait exigée par la simple conformité à la clause sociale d'insertion figurant dans le cahier des charges puisqu'ils peuvent espérer une note supérieure.

L'autre intérêt potentiel du critère des performances en matière d'insertion est de fournir aux soumissionnaires une information sur les attentes de l'acheteur public concernant les modalités d'exécution de la clause sociale d'insertion. En utilisant judicieusement des sous-critères, ce dernier peut indiquer que son appréciation du critère social prendra en compte plusieurs aspects d'une même démarche d'insertion comme par exemple, la qualité du tutorat fourni aux bénéficiaires de la clause ou le niveau de qualification professionnelle atteint par ces derniers à l'issue de leur participation au marché. L'appréciation des sous-critères par l'acheteur public ne doit être en aucun cas discriminatoire sur la nature du montage contractuel (embauche directe ou recours à un tiers) qui permet au soumissionnaire d'exécuter la clause.

1.4.7 Article 53 – IV : Attribution des marchés / droit de préférence

Lors de la passation d'un marché, un droit de préférence est attribué, à égalité de prix ou à équivalence d'offres, à l'offre présentée par une société coopérative ouvrière de production, par un groupement de producteurs agricoles, par un artisan, une société coopérative d'artisans ou par une société coopérative d'artistes ou par des entreprises adaptées ou structures équivalentes au sens des directives 2004-17 et 2004-18.

Lorsque les marchés portent, en tout ou partie, sur des prestations susceptibles d'être exécutées par les entités citées ci-dessus, les pouvoirs adjudicateurs contractants doivent, préalablement à la mise en concurrence, définir les travaux, fournitures ou services qui, à ce titre, et dans la limite du quart du montant de ces prestations, à équivalence d'offres, seront attribués de préférence à tout autre candidat, à ceux cités ci-dessus.

Lorsque les marchés portent, en tout ou partie, sur des travaux à caractère artistique, la préférence, à égalité de prix ou à équivalence d'offres prévue ci-dessus, s'exerce jusqu'à concurrence de la moitié du montant de ces travaux, au profit des artisans d'art ou des sociétés coopératives d'artistes.

2.1 Les questions qui peuvent se poser en amont d'un marché public

2.1.1 *Quels sont les acheteurs publics auxquels s'adresse le présent guide ?*

Il s'agit à la fois :

- a. des personnes soumises au code des marchés publics, pouvoirs adjudicateurs ou entités adjudicatrices :
 - l'État, les collectivités territoriales ou leurs établissements publics (hors établissements publics industriels et commerciaux de l'État), les organismes privés de sécurité sociale¹⁰.
- b. des personnes publiques ou privées soumises à l'ordonnance n°2005-649 du 6 juin 2005¹¹, et notamment des organismes de droit public définis par les critères suivants : créés pour satisfaire spécifiquement des besoins d'intérêt général ayant un caractère autre qu'industriel ou commercial ; dotés de la personnalité juridique ; dont soit l'activité est financée majoritairement par l'État, les collectivités territoriales ou d'autres organismes de droit public, soit la gestion est soumise à un contrôle par ces derniers, soit l'organe d'administration, de direction ou de surveillance est composé de membres dont plus de la moitié sont désignés par l'État, les collectivités territoriales ou d'autres organismes de droit public (cf. annexe 10 : comparaison entre le code des marchés publics, l'ordonnance n°2005-649 du 6 juin 2005 relative aux marchés passés par certaines personnes publiques ou privées non soumises au code des marchés publics et les directives 2004/17/CE et 2004/18/CE du 31 mars 2004) :
 - les entités adjudicatrices que sont les opérateurs de réseaux¹² des secteurs de l'énergie, de l'eau, des transports, des postes (EDF, RTE, SNCF, La Poste...)
 - les pouvoirs adjudicateurs :
 - les GIP, certains GIE, certaines sociétés commerciales (SA HLM par exemple), certaines associations loi 1901 répondant aux critères cités ci-dessus, les sociétés d'économie mixte, les organismes d'assurance chômage ;
 - les établissements hospitaliers privés à but non lucratif ;
 - les établissements publics à caractère administratif ayant dans leur statut une mission de recherche, parmi lesquels les EPST qui sont, depuis la loi de programme n° 2006-450 du 18 avril 2006 pour la recherche, soumis aux dispositions de l'ordonnance n° 2005-649 du 6 juin 2005 mais uniquement pour les achats destinés à la conduite de leur activité de recherche. Ils restent soumis au code des marchés publics pour tous les autres types d'achat.

¹⁰ L'article L.124-4 du code de la sécurité sociale soumet ces organismes aux règles prévues pour l'Etat par le code des marchés publics, dans des conditions fixées par arrêté. Il s'agit de l'arrêté du 16 juin 2008 portant réglementation sur les marchés des organismes de sécurité sociale.

¹¹ Ordonnance n°2005-649 du 6 juin 2005, modifiée par la loi n° 2006-450 du 8 avril, relative aux marchés passés par certaines personnes publiques ou privées non soumises au code des marchés publics, notamment son article 38

¹² Il s'agit de secteurs qui représentent des intérêts stratégiques pour l'Etat. Le droit communautaire prévoit des procédures assouplies en ce qui concerne ces secteurs. Ces secteurs sont répartis en deux catégories : ceux qui visent la mise à disposition ou l'exploitation de réseaux fixes (l'électricité, le gaz, l'eau...) et ceux qui visent l'exploitation d'une aire géographique (extraction de pétrole, gaz, charbon, exploitation des ports, aéroports, gares, ...).

2.1.2 L'acheteur public doit-il se poser la question d'introduire des clauses sociales dans ses marchés ?

Oui, la question doit être posée, mais il n'y a pas d'obligation d'y répondre positivement.

L'article 5 du code des marchés publics impose en effet au pouvoir adjudicateur une obligation de s'interroger sur la définition de ses besoins eu égard à des objectifs de développement durable, ceux-ci devant concilier la protection et la mise en valeur de l'environnement, le développement économique et le progrès social.

L'expérience montre qu'il est possible d'insérer une clause sociale d'insertion visant des personnes éloignées de l'emploi dans la plupart des marchés de travaux et de prestations de services utilisant de la main d'œuvre, y compris, le cas échéant, en matière de prestations intellectuelles.

2.1.3 A quel moment l'acheteur public doit-il se poser la question de l'introduction de clauses sociales dans ses marchés ?

Lors du passage en revue des marchés publics à préparer dans l'année, les acheteurs publics doivent s'interroger sur la possibilité d'introduire des clauses sociales d'insertion sociale dans leurs marchés. Ils doivent ensuite concrétiser leurs intentions lors de la rédaction de l'appel d'offres ou du MAPA, du règlement de la consultation et du cahier des charges.

En tout état de cause, l'introduction de clauses sociales dans un marché implique une certaine anticipation et ce n'est pas au moment de préparer les documents de consultation que cette question doit être posée, mais bien au moment de la détermination du besoin d'achat ou au plus tard lors de la pré-programmation.

2.1.4 Qui doit décider de la mise en œuvre des clauses sociales ?

De manière générale, il revient à l'acheteur public d'apprécier l'opportunité de mettre en œuvre, quand les conditions légales sont réunies, les articles du code des marchés publics concernant l'insertion des publics éloignés de l'emploi. S'agissant d'une démarche volontaire de politique publique, elle requiert d'être clairement intégrée dans les orientations générales des politiques d'achats, selon diverses modalités, dont quelques unes sont évoquées ci-dessous.

a. Dans les collectivités territoriales, l'autorité habilitée à passer le marché est également habilitée à introduire et donc à rédiger la clause sociale d'insertion. On constate, toutefois, que la mise en œuvre des clauses sociales dans un marché public est facilitée par un engagement de nature politique qui résulte souvent d'une délibération exprimant cette volonté, d'une orientation politique en matière de développement durable.

b. Pour les acheteurs publics de l'État, une orientation générale de développement des achats publics socialement responsables a été donnée dans le cadre notamment de la politique d'achat mise en place par le Service des Achats de l'État (Cf. 2.8.7).

c. Pour les caisses de sécurité sociale : le plan cadre développement durable 2007-2010, adopté, pour le régime général, par le comité exécutif des directeurs de l'UCANSS, et adressé à tous les organismes, prévoit, dans son axe social, une cible "aide à l'insertion" avec l'introduction des clauses sociales dans les marchés (et le développement des achats auprès du secteur protégé). Par ailleurs, le RSI (Régime Social des Indépendants) participe au groupe de travail spécifiquement créé sur ce thème à l'initiative de la Direction de la Sécurité sociale, et piloté par l'UCANSS."

d. Pour les établissements hospitaliers, l'autorité habilitée à passer le marché est également habilitée à introduire et donc à rédiger la clause sociale d'insertion.

e. Pour l'Assurance chômage, les partenaires sociaux, membres du bureau de l'UNEDIC, et la Direction générale de l'UNEDIC ont défini une politique en faveur de l'emploi de personnes handicapées. Parmi les mesures applicables, le recours à la réservation de marchés publics ou de lots de marchés publics aux EA ou aux ESAT a fait l'objet d'une directive à l'attention des organismes de l'assurance chômage.-

2.1.5 Comment déterminer l'objet de la clause et les publics visés ? Qui est chargé de déterminer le public éligible à l'action d'insertion ?

Voir les réponses fournies aux questions 1.2 et 2.2.6.

C'est avant la rédaction des documents de la consultation, donc en amont du lancement de la procédure de passation que la décision doit être prise, en tenant compte de la capacité de mise en œuvre effective de la clause envisagée.

2.1.6 Est-ce qu'un marché public peut faire référence à la zone d'habitation des publics concernés par une clause sociale d'insertion ?

Non, un marché public ne peut pas faire référence à une zone d'habitation déterminée pour l'emploi du public concerné par une clause sociale d'insertion, à l'exception de deux cas particuliers :

- l'application de l'article 30 du code des marchés pour lesquels il s'agit d'insérer les publics concernés ;

- l'Agence nationale pour la rénovation urbaine (ANRU), qui prévoit dans sa charte nationale d'insertion, en application de la loi n°2003-710 du 1^{er} août 2003¹³, que les porteurs de projet et maîtres d'ouvrage bénéficiant d'une convention pluriannuelle de rénovation urbaine doivent s'engager à réserver 5 % des heures travaillées dans le cadre des investissements financés par l'ANRU aux habitants des zones urbaines sensibles (ZUS) en difficultés d'insertion professionnelle. Il n'est pas exigé que les chantiers d'un quartier ne bénéficient qu'aux habitants de ce même quartier. En effet, lorsqu'il existe plusieurs ZUS sur un même territoire (par exemple, sur l'agglomération), le recrutement peut se faire sur l'ensemble de ces ZUS. De plus, les partenaires locaux peuvent décider d'élargir le bénéfice des clauses sociales d'insertion à un territoire plus large (celui du contrat urbain de cohésion sociale par exemple), notamment quand le recrutement dans la ZUS concernée par le projet de rénovation urbaine s'avère difficile. Ces options devront être validées dans le plan local d'application de la charte, dont l'un des objets est de définir les publics bénéficiaires à partir d'un diagnostic de l'emploi.

2.1.7 Comment définir de manière simple et précise cette exigence de clause sociale d'insertion sans réduire la concurrence ? Existe-t-il des moyens simples et standardisés ? Si oui, quels sont-ils ?

Les règles générales et les questions permettant la rédaction de clauses sociales d'insertion efficaces et juridiquement correctes sont exposées dans ce guide. Mais, il n'est pas possible de proposer des moyens totalement standardisés, chaque marché étant un cas particulier.

Il est toutefois possible de développer des clauses sociales d'insertion, sur une large échelle, sur le fondement de l'article 14 du code des marchés publics, lorsque quatre conditions sont réunies : la connaissance des dispositifs d'accompagnement existants, une offre d'insertion disponible permettant à l'entreprise titulaire de sous-traiter si elle le souhaite l'exécution de la prestation, une gamme de possibilités d'exécution suffisamment large et adaptée aux diverses situations des opérateurs économiques, et enfin un volume d'heures d'insertion de niveau raisonnable par rapport à l'ensemble du marché.

2.1.8 Quels sont les interlocuteurs privilégiés auxquels l'acheteur public peut s'adresser pour améliorer sa connaissance de l'offre d'insertion ?

Pour connaître la situation locale en matière d'insertion par l'économique, il est possible de s'adresser :

- aux facilitateurs de la clause sociale d'insertion, notamment ceux qui exercent leur activité dans le cadre des plans locaux d'insertion et d'emploi ou des maisons de l'emploi (voir la liste sur le site www.ville-emploi.asso.fr) ;
- aux unités territoriales des DIRECCTE, dans lesquelles se trouve un « référent » de l'IAE, chargé d'animer et de professionnaliser les structures de ce secteur afin de les rendre plus aptes à participer à la mise en œuvre des heures de travail d'insertion prévues par les clauses sociales (cf. circulaire DGEFP du 7 mai 2010 « programme national d'accompagnement de l'offre d'insertion »). De plus, la structure locale de Pôle emploi peut mettre en contact l'acheteur avec une personne en charge de la question.

¹³Loi n° 2003-710 du 1^{er} août 2003 d'orientation et de programmation pour la ville et la rénovation urbaine

Article 10 « Il est créé un établissement public national à caractère industriel et commercial dénommé « Agence nationale pour la rénovation urbaine ». (...)

L'Agence nationale pour la rénovation urbaine élabore et adopte, dans les neuf mois suivant sa création, une charte d'insertion qui intègre dans le programme national de rénovation urbaine les exigences d'insertion professionnelle des habitants des zones urbaines sensibles. (...) »

- aux différents réseaux associatifs membres du Conseil National de l'Insertion par l'Activité Économique (CNIAE : <http://www.cniae.gouv.fr>), par exemple :
 - le Comité National de Coordination des GEIQ (CNCE GEIQ : <http://www.geiq.net>)
 - le Conseil National des Entreprises d'Insertion (CNEI : <http://www.cnei.org>)
 - le Comité National de Liaison des Régies de Quartier (CNLRQ : <http://www.cnlrq.org/>)
 - la Fédération des Comités et Organismes d'Aide aux Chômeurs par l'Emploi (COORACE : <http://www.coorace.net>)
 - la Fédération Nationale des Associations d'Accueil et de Réinsertion Sociale (FNARS : <http://www.fnars.org>)
 - Association Nationale des Acteurs du Chantier École (Chantier école : <http://www.chantierecole.org>)
 - Les Jardins de Cocagne (<http://www.reseaucocagne.asso.fr>)

L'ensemble des 4500 structures d'insertion par l'activité économique (SIAE) est référencé sur le site Internet du CNAR-IAE (centre national d'appui et de ressources de l'IAE), administré par l'AVISE à l'adresse suivante : <http://www.socialement-responsable.org>.

Pour connaître la situation en matière de structure d'insertion des personnes handicapées, l'acheteur public peut utilement s'adresser :

- à la maison départementale des personnes handicapées (MDPH) (liste sur <http://www.handicap.gouv.fr>. et <http://www.mdpf.fr/>)
- à l'Union Nationale des Entreprises Adaptées (UNEA : <http://www.unea-asso.com>)
- au réseau GESAT (<http://www.reseau-gesat.com>)..
- aux associations intervenant dans le domaine : l'UNAPEI (<http://www.cat-unapei.org>), la FEGAPEI et l'ADAPEI (site internet par département), notamment.

L'association HANDECO, qui fédère les associations gestionnaires des EA et ESAT, propose un site internet qui rassemble les 2000 entreprises adaptées et établissements et services d'aide par le travail et qui permet d'accéder à une plate-forme de marchés, à l'adresse : <http://www.handeco.org>.

2.1.9 Par qui un acheteur peut-il se faire accompagner dans sa démarche de conception et de mise en œuvre des clauses sociales d'insertion ?

Le but d'une clause sociale d'insertion est de permettre la réalisation d'heures de travail d'insertion par des personnes éloignées de l'emploi. On comprend que l'acheteur public ne soit pas toujours au fait des démarches et méthodes appropriées à cet objectif.

L'expérience accumulée par les collectivités territoriales et, depuis 2007, par les services de l'Etat montre qu'une démarche réussie d'intégration de clauses sociales dans les marchés publics implique l'accompagnement de l'acheteur et de l'entreprise par un « facilitateur ».

Le rôle de cette personne-ressource, au service tant des acheteurs publics que des entreprises, dans le respect des principes de la commande publique est, à la fois :

- d'aider à la définition quantitative et qualitative des clauses adaptées à chaque marché particulier en fonction de la réalité locale et des capacités des structures d'insertion ;
- de renseigner les entreprises potentiellement soumissionnaires sur les possibilités de répondre à la condition sociale d'exécution formulée ;

- de repérer les personnes potentiellement concernées, en liaison avec le service public de l'emploi local et les structures d'insertion elles-mêmes, voire d'élaborer et de proposer aux entreprises intéressées les conditions d'embauche ou de mise à disposition des candidats présélectionnés ;
- de mettre en relation l'ensemble des partenaires ;
- de suivre la bonne exécution des engagements des entreprises et des personnes bénéficiaires pour le compte de l'acheteur public prescripteur.

Sans le concours de ces personnels formés et spécialisés, les acheteurs publics peuvent difficilement imposer "en aveugle" des clauses sociales dans les marchés qui risqueraient alors d'être inopérantes et dont, parallèlement, les entreprises soumissionnaires auraient du mal à apprécier la portée.

Il est souhaitable pour des raisons de cohérence, de visibilité et d'efficacité, que les entreprises puissent s'appuyer sur le même "facilitateur", interlocuteur commun sur le territoire géographique d'intervention quel que soit l'acheteur public.

On trouve les facilitateurs (cf. annexe 6) principalement dans les PLIE et les Maisons de l'Emploi (cf. site de l'association Alliance Villes Emploi : <http://www.ville-emploi.asso.fr>).

Ils sont au nombre de 240 en novembre 2010 (chiffre en progression continue), mais ne couvrent pas tous les territoires. A défaut, l'acheteur public peut s'adresser à l'échelon territorial de la DIRECCTE, ou éventuellement à l'agence de Pôle Emploi dont il dépend¹⁴.

2.1.10 Les structures d'insertion par l'activité économique peuvent-elles se regrouper ou participer à un groupement pour répondre à un marché ?

Oui, tous les opérateurs économiques peuvent se regrouper ou participer à un groupement momentané (cf. article 51 du CMP). La constitution d'un groupement peut permettre de répondre à des marchés dépassant la capacité d'un seul opérateur économique avec un seul interlocuteur chargé de l'organisation, du pilotage et de la coordination (le mandataire) comme dans le cas du marché unique.

2.1.11 Faut-il coordonner les démarches des acheteurs publics en matière de clauses sociales d'insertion sur un même territoire et comment y procéder ?

L'efficacité des clauses sociales d'insertion dans les marchés publics passés sur un même territoire (par exemple un bassin d'emploi) dépend en partie de leur convergence et notamment de la compatibilité entre les publics visés par les différentes clauses. Les entreprises tendront en effet d'autant plus à soumissionner des marchés comportant des clauses sociales d'insertion que celles-ci portent sur des dispositifs analogues et qu'elles pourront ainsi proposer des parcours cohérents à des personnes éloignées de l'emploi en les employant éventuellement pour l'exécution de plusieurs marchés.

La convergence des clauses ne peut toutefois découler que d'une coordination globale des politiques d'insertion menées par les collectivités ou les services concernés au niveau du territoire. C'est en se concertant et en dégagant un consensus sur les actions d'insertion à conduire sur un territoire que les différents acheteurs publics peuvent définir un type de clause sociale d'insertion adapté à leur stratégie d'ensemble. Cela peut être le rôle du facilitateur, qui, placé entre le donneur d'ordre public et les opérateurs économiques, assure cette cohérence dans les pratiques sur un même territoire¹⁵ (cf. annexe 6).

¹⁴ Note DGEFP du 3 novembre 2010

¹⁵ Deux régions, par exemple, ont structuré leur réseau d'insertion: la Lorraine et le Poitou-Charentes, avec Initiative Régionale pour l'Insertion et la Solidarité-IRIS (site internet : <http://www.observatoire-environnement.org/lien/IRIS-Initiative-Regionale-pour-l.html>).

De manière plus générale, les acheteurs publics ont tout intérêt à échanger leurs expériences et à faire bénéficier d'autres pouvoirs adjudicateurs de la compétence acquise dans le domaine des clauses sociales d'insertion.

2.2 Les questions qui peuvent se poser lors de la préparation et la rédaction d'un marché public comportant une clause d'exécution au titre de l'article 14

2.2.1 *Qu'est-ce qu'une clause d'exécution portant sur l'insertion des personnes éloignées de l'emploi ?*

C'est une clause qui permet d'imposer aux entreprises soumissionnaires de s'engager notamment à consacrer une part du marché, sous forme d'heures de travail, à la réalisation d'une action d'insertion pour les publics éloignés de l'emploi dans le cadre d'un marché public, différentes modalités étant envisageables (cf. 2.2.7).

2.2.2 *Est-ce qu'il est possible dans le cadre d'un marché comportant plusieurs lots de prévoir une clause d'exécution pour un ou pour certains lots ?*

Oui, il peut être envisagé dans un marché comportant plusieurs lots d'en choisir un ou plusieurs comportant une clause d'exécution relative à l'insertion. Ces clauses ne portent pas nécessairement sur tous les lots.

2.2.3 *Comment prévenir en amont le risque de non-exécution de la clause ?*

En s'assurant que les entreprises susceptibles de soumissionner peuvent sans obstacle majeur mettre en œuvre la clause pour qu'elle ne soit pas discriminatoire. Il est donc souhaitable au préalable de s'assurer de l'existence soit d'une offre d'insertion mobilisable (cf. 2.1.9), soit de personnes susceptibles d'exécuter la clause et bénéficiant d'un accompagnement. L'écriture de la clause ne doit pas conduire à réduire le nombre d'opérateurs économiques.

Il est recommandé de formuler une telle clause en nombre d'heure de travail.

2.2.4 *Quel est le poids ou la part à attribuer à ces clauses sociales dans l'exécution d'un marché public pour qu'elles ne se révèlent pas discriminatoires ?*

Il est difficile de fixer dans l'absolu un seuil limite au-delà duquel le nombre d'heures fixées dans les clauses sociales d'insertion serait a priori discriminatoire. Pour éviter tout effet de ce type, il faut garder à l'esprit que tout opérateur économique, quelque soit son statut juridique, doit être à même de pouvoir remplir cette clause si évidemment il est prêt à s'engager dans une démarche d'insertion. Le seuil doit être fixé de manière à ce qu'un opérateur puisse sans difficulté avoir recours à l'embauche de personnes loin de l'emploi, utiliser la cotraitance ou la sous-traitance ou la mise à disposition de salariés, compte-tenu de l'offre d'insertion existante.

Pour être concret, une clause imposant 50 % de public en difficulté pour exécuter le marché exclut de facto les opérateurs économiques classiques au profit des seules structures spécialisées de l'insertion par l'activité économique.

Dans la pratique, les exemples d'application qui existent font apparaître que la part des heures travaillées que représente la clause sociale d'insertion dans l'exécution du marché s'élève au minimum à 5 % pour tout ou partie des lots, comme c'est le cas pour les marchés de l'ANRU, souvent à 10 % (objectif global fixé pour les marchés de l'État) et peut atteindre, dans certains cas, pour certains marchés de service, jusqu'à 30%.

La pertinence de l'objectif doit tenir compte à la fois du secteur d'activité et des caractéristiques du public mobilisable là où sera réalisée la prestation, objet du marché.

2.2.5 Quelles sont les différentes formes d'emploi des personnes affectées à l'exécution de la clause sociale d'insertion ?

Diverses formes d'insertion peuvent, les unes et les autres, être envisagées parmi lesquelles les entreprises soumissionnaires choisissent elles-mêmes celle (s) qui leur paraît (aissent) la (les) mieux adaptée(s) :

- l'embauche directe de personnes en difficulté d'insertion - Tous les types de contrats de travail sont a priori possibles. L'attention de l'acheteur public doit être attirée sur la demande parfois exprimée par les entreprises de pouvoir affecter à la réalisation de la clause une personne récemment embauchée dans le cadre d'un précédent marché et relevant avant son recrutement des catégories énumérées au 1.2. Dans un tel cas, l'acheteur public doit apprécier en fonction des éléments de contexte la réalité de l'effort d'insertion ainsi consenti, au regard par exemple, de la possibilité de recrutements complémentaires¹⁶ ;
- la mise à disposition de salariés en insertion dans les conditions légales et réglementaires définies par le code du travail. L'entreprise se met donc en relation avec un organisme extérieur qui met à sa disposition des salariés en insertion durant la durée du marché. Ces structures sont celles de l'insertion par l'activité économique (Entreprise de Travail Temporaire d'Insertion et Association Intermédiaire), mais aussi les ETT (entreprise de travail temporaire) de droit commun, lorsqu'elles mettent un salarié à disposition auprès d'une entreprise dans un objectif d'insertion et avec un engagement de suivi, en application de l'article L. 1231-1 du code du travail ;
- l'utilisation des salariés embauchés par un GEIQ ou de toute autre association de même nature ;
- le recours à la cotraitance ou à la sous-traitance principalement avec les entreprises d'insertion (EI), ou le cas échéant avec une autre structure d'insertion par l'activité économique en capacité d'accomplir les tâches prévues dans le marché.

2.2.6 Le marché public peut-il imposer les modalités particulières de réalisation de la clause sociale d'insertion ?

Non, un acheteur public ne doit pas imposer les modalités de réalisation de la clause d'exécution. Il ne peut pas exiger de l'entreprise d'utiliser, par exemple, une SIAE ou une embauche par CDI.

Il doit laisser la liberté de choix à l'entreprise afin que, parmi les solutions d'insertion, l'entreprise candidate choisisse la solution d'insertion la mieux adaptée à sa spécificité et ses besoins. L'entreprise doit pouvoir s'organiser parmi les choix recensés dans le guide au point 2.2.5.

¹⁶ En l'occurrence, l'apprentissage peut, dans certains cas, être une réponse appropriée pour une durée à définir, car ce n'est pas la modalité d'exécution qui est en cause, mais le public bénéficiaire : ici un jeune sans emploi (cf. 1.2).

Ainsi, la clause sociale d'insertion doit se borner à prescrire un objectif d'heures d'insertion sans imposer aux opérateurs économiques une modalité particulière de mise en œuvre.

L'acheteur ne peut pas, non plus, imposer de critère géographique pour la réalisation de la clause sociale d'insertion, à l'exception des cas mentionnés au 2.1.6 (l'article 30 du CMP et marchés subventionnés par l'ANRU).

2.2.7 Comment rédiger la clause : en pourcentage d'heures d'insertion ? en nombre d'heures d'insertion ?

Plusieurs modalités sont possibles. Les expériences des collectivités locales conduisent à vivement recommander de rédiger la clause en nombre d'heures d'insertion, nombre qui est à déterminer au cas par cas, compte tenu de la spécificité de chaque marché. Ce type de rédaction simplifie le suivi de l'exécution du marché.

Pour fixer le nombre d'heures à réaliser, il convient de prendre en compte la différence d'intensité de la main d'œuvre selon le domaine d'activités. Ainsi dans le domaine des travaux publics, on peut prendre en compte, à titre d'exemple, un taux moyen de 30 à 40 %. Dans le bâtiment, la part de main-d'œuvre varie de façon importante selon les secteurs, les lots et les chantiers considérés : en moyenne, et à titre exemple, 70 % pour la peinture intérieure, 47 % pour la maçonnerie, 20 % pour les charpentes métalliques...

L'acheteur public se référera utilement pour fixer les pourcentages de main d'œuvre aux sites internet des fédérations professionnelles.

2.2.8 Comment l'acheteur public peut-il rédiger une clause d'exécution dans le cas de marchés de services portant sur des activités régies par une obligation de reprise du personnel en place ?

Dans certains secteurs d'activité comme le nettoyage et la propreté, le gardiennage et la restauration collective, les dispositions de la convention collective étendue prévoient que le personnel sur site de l'ancien titulaire du marché doit être repris par le nouvel attributaire. Lors d'un renouvellement de marché, cette disposition fait obstacle à la mise en œuvre « classique » de la clause sociale d'insertion.

Dans ces circonstances, l'acheteur public peut demander au titulaire d'étaler l'exécution des heures d'insertion sur toute la durée du marché à travers une « montée en puissance » progressive liées aux conditions de sa gestion (en prenant appui sur le turn-over du personnel, sur des prestations supplémentaires, etc.), cela de façon systématique, avec production d'un tableau de suivi (Cf. annexe 7 exemple de l'accord cadre du SAE).

2.2.9 Comment calculer le nombre d'heures d'insertion pour un marché public incluant une clause d'exécution ?

Un des moyens permettant de déterminer le nombre d'heures de main d'œuvre réservée à l'insertion est le suivant :

- déterminer dans le coût estimé du marché public prévu la part de cette dépense qui sera consacrée à la main d'œuvre puis à l'exécution de la clause ;
- puis de convertir cette somme en heure de travail à partir d'une évaluation forfaitaire du coût chargé (charges sociales incluses) de l'heure de travail d'un salarié.

L'acheteur trouvera ci-dessous des exemples de calcul. Ces exemples ne peuvent être repris par les acheteurs sans une adaptation à leur propre marché et à la situation locale de l'emploi dans le secteur professionnel concerné.

Il est essentiel que, dans un premier temps, l'acheteur évalue la part que représente la main-d'œuvre dans le montant du marché.

Exemples :

Marché de services d'1 M€ HT : un taux moyen de 50% de main d'œuvre peut être retenu, soit dans notre exemple, un montant de 500 000 euros :

- Si le taux d'insertion est fixé par le maître d'ouvrage à 10 %, on évalue l'effort d'insertion à : $500\,000 \times 10/100 = 50\,000$ euros.

Selon les métiers concernés, le taux horaire salarial toutes charges comprises peut varier. Avec l'hypothèse d'un coût moyen de 25 euros l'heure charges comprises, on estime le nombre d'heures d'insertion susceptible d'être demandé à l'entreprise, par le calcul suivant : $50\,000/25 = 2.000$ heures, soit pratiquement 1,5 équivalent temps plein.

- Si le taux d'insertion est fixé par le maître d'ouvrage à 5%, l'effort d'insertion est de 25.000 euros, soit un nombre d'heures d'insertion équivalentes à 1000 heures.

Dans la plupart de marchés de travaux publics et certains marchés de bâtiment (hors peinture, par exemple, où le pourcentage de main d'œuvre est plus élevé...), le taux moyen de 30% de main d'œuvre peut être retenu, soit, pour un marché de 10 M€ Ht, un montant de 3 000 000 €.

- Si le taux d'insertion est fixé par le maître d'ouvrage à 10%, l'effort d'insertion est évalué à $3\,000\,000 \times 10/100 = 300\,000$ euros.

Selon les métiers concernés, le taux horaire salarial toutes charges comprises peut varier. Avec l'hypothèse d'un coût moyen de 35€ l'heure charges comprises, le nombre d'heures d'insertion susceptible d'être demandé à l'entreprise, par le calcul suivant : $300\,000/35=8570$ heures.

- Si le taux d'insertion est fixé par le maître d'ouvrage à 5 %, l'effort d'insertion est évalué à 150 000 €, soit un nombre d'heures d'insertion équivalentes à 4280 heures.

2.2.10 Est-ce qu'il est possible, dans le cadre de réalisation de l'exécution d'une clause article 14, de privilégier des opérateurs économiques qui sont des structures d'insertion par l'activité économique (SIAE) ?

Non, il n'est pas possible de privilégier quelque type de structure que ce soit, de la même façon que pour n'importe quel opérateur économique.

2.2.11 Une entreprise d'insertion peut-elle être attributaire d'un marché public comportant une clause sociale d'insertion d'exécution article 14 ou intervient-elle nécessairement en sous-traitance ?

Une entreprise d'insertion peut être titulaire d'un marché public comportant une clause sociale d'insertion à partir du moment où son offre répond à l'objet du marché et respecte les documents du marché.

Rien ne l'empêche d'ailleurs de prévoir la sous-traitance d'une partie de ce marché à une entreprise ordinaire.

Dans les modalités de réalisation de la clause sociale d'insertion article 14, l'acheteur public peut mentionner à titre indicatif que les entreprises d'insertion peuvent intervenir comme sous-traitantes ou cotraitantes.

2.2.12 Un opérateur économique peut-il se prévaloir d'actions d'insertion menées dans le cadre d'autres marchés publics pour satisfaire les obligations imposées dans un marché public donné ?

Les obligations d'exécution doivent intervenir au titre du marché lui-même. Au sens de l'article 14 du code des marchés publics, la notion même de clause d'exécution fait obstacle à ce qu'au titre des obligations d'exécution, l'acheteur public prenne en compte les actions menées en matière d'insertion au titre d'autres marchés (antérieurs ou simultanés).

En conséquence, dans le cadre des critères d'appréciation des offres, les actions passées en matière d'insertion ne peuvent pas être prises en compte en tant que telles. Les offres sont appréciées en fonction des performances exigées pour le marché (cf. 2.2.5).

2.2.13 Un acheteur public souhaite préparer un marché public avec une clause au titre de l'article 14 liée à l'insertion. Quels sont les acteurs à mobiliser ?

Les acteurs à mobiliser à l'extérieur de la structure publique qui passe le marché sont, notamment :

- les facilitateurs des PLIE ou les maisons de l'emploi labellisées lorsqu'ils existent localement (cf. question 2.1.9) ;
- Pôle Emploi et la DIRECCTE (cf. question 2.1.8) ;
- les MDPH.

En tout état de cause, il y a lieu de s'assurer de l'existence de capacités de réponse potentielles dans les secteurs de l'IAE ou du travail adapté / protégé (cf. notamment les sites Internet : www.socialement-responsable.org et www.handeco.org).

2.2.14 Le recueil d'informations auprès des acteurs économiques et des acteurs de l'insertion par l'activité économique est-il envisageable ?

Il peut être utile pour les acheteurs publics de parfaire leur connaissance économique du marché, avec éventuellement l'aide d'un facilitateur. Il est conseillé de privilégier les contacts avec les personnes publiques qui ont une bonne connaissance des offreurs potentiels d'insertion.

Attention à ne pas favoriser un concurrent par le biais d'échanges préalables à la consultation !

2.2.15 Qui vérifie si les publics correspondent aux critères fixés dans l'avis d'appel public à la concurrence ?

L'acheteur public procède à la vérification des publics (cf. 1.2) visés par la consultation :

- au stade du choix des offres si c'est possible (si les entreprises ont indiqué les modalités de réalisation de la clause) ;
- au stade de l'exécution de la clause dans tous les cas de figure.

Pour cette vérification, il peut soit faire appel directement aux différentes composantes du service public de l'emploi, soit recourir à un intermédiaire, par exemple : un facilitateur.

2.2.16 Existe-t-il des références dans ce domaine ? Où les trouver ?

Oui, il existe de multiples exemples d'utilisation de l'article 14.

Les bonnes pratiques sont notamment recensées :

- par les sites Internet du CNAR de l'IAE www.socialement-responsable.org (administré par l'AVISE), des réseaux « commande publique durable » de l'ADEME, du site Réseau 21 (<http://www.clausesociale.fr>) ;
- par les guides d'Alliance Villes Emploi¹⁷ et du Comité national de liaison des régies de quartiers; la notice du groupement d'étude de marchés « Développement durable » contient également des informations précieuses.

¹⁷ Ce guide contient également un annuaire des personnes ressources (les « facilitateurs ») qui mettent en œuvre la gestion des clauses sociales dans les collectivités locales, les PLIE ou les Maisons de l'emploi.

2.3 Les questions qui peuvent se poser lors de la préparation et la rédaction d'un marché que l'acheteur public souhaite réserver à des entreprises employant des personnes handicapées

2.3.1 *Quel article du code peut être utilisé ?*

Pour la préparation d'un marché réservé, il faut utiliser l'article 15 du code des marchés publics.

2.3.2 *Comment doit être rédigé un marché qui prévoit l'utilisation de l'article 15 ?*

Dans l'article relatif à l'objet du marché dans l'avis d'appel public à la concurrence et/ou dans le règlement de consultation, il convient de préciser que le marché ou une partie du marché sera réservé aux entreprises adaptées (EA) ou aux établissements et services d'aide par le travail (ESAT) en application de l'article 15 du code des marchés publics.

2.3.3 *Comment trouver les structures du secteur adapté/protégé en capacité de répondre à la commande publique ?*

Les associations gestionnaires des EA et des ESAT ont mis en commun leurs moyens pour créer un site Internet qui recense les entreprises adaptées et les établissements, ainsi que leurs spécialités professionnelles et leurs capacités : www.handeco.org . Par ailleurs, les organisations qui fédèrent les directeurs d'EA et d'ESAT (l'UNEA et le réseau GESAT) animent des filières professionnelles dans certains secteurs, qui facilitent la prise en compte et la réponse aux marchés publics, le plus souvent en groupement momentané d'entreprises (GME).

2.3.4 *Quelles sont les structures équivalentes autres que les entreprises adaptées (EA) et les établissements et services d'aide par le travail (ESAT) mentionnées dans le code ?*

Il s'agit notamment des entreprises d'autres pays de l'Union européenne qui emploient principalement des personnes handicapées.

2.3.5 *Est-ce qu'il existe des références dans ce domaine ?*

L'article 15 du code des marchés publics a été introduit après la loi du 11 février 2005 pour l'égalité des droits et des chances, la participation et la citoyenneté des personnes handicapées. Son application est donc encore récente mais présente assez peu de difficultés juridiques.

Il est le plus souvent utilisé pour réserver des lots (sectoriels ou géographiques), voire des marchés – le plus souvent de faible montant – dans le domaine des fournitures ou de différents services (nettoyage, entretien des espaces verts, blanchisserie, restauration – traiteur, mise sous pli, couture, etc.).

L'article 15 a aussi été utilisé par l'UGAP pour porter pour le compte du SAE un marché interministériel à lots régionaux portant sur la DEEE (destruction d'équipements électriques et électroniques) ; ce marché a été intégralement réservé aux EA et ESAT, lesquels ont répondu en se groupant – pour la plupart - en GME organisés par les filières professionnelles concernées de l'UNEA et du GESAT.

2.3.6 Est-ce qu'un lot spécifique dans un marché public en comportant plusieurs peut être réservé à des entreprises employant majoritairement des personnes handicapées?

Il peut tout à fait être envisagé, dans un marché comportant plusieurs lots, d'en réserver un (ou plusieurs) sur la base de l'article 15. Cela signifie que la mise en concurrence sur ce (ou ces) lot(s) se fera entre les différentes structures répertoriées à l'article 15 : entreprises adaptées, établissements et services d'aides par le travail et toutes autres structures équivalentes.

2.3.7 La mise en œuvre dans un marché public d'un marché réservé visant à la promotion dans l'emploi de personnes handicapées génère-t-elle un surcoût ? Si oui, comment le justifier au plan économique ?

La mise en œuvre d'un tel marché peut éventuellement générer un surcoût, parfois jusqu'à 15 ou 20 %. Mais le chiffre d'affaires généré par ce marché réservé peut venir en déduction de la taxe due si l'acheteur public ne remplit pas l'obligation d'emploi de personnes handicapées, cette déduction n'étant toutefois admise que dans la limite de 50% de l'obligation d'emploi

2.3.8 Comment un acheteur public peut-il faire prendre en compte l'attribution d'un marché à des EA ou des ESAT au titre de ses obligations d'emplois de personnes handicapées ?

L'attribution d'un marché peut permettre de ne pas être assujéti aux sanctions financières pour non respect de l'obligation d'emploi de personnes handicapées, dans la limite de la moitié de l'obligation.

2.3.9 Quels sont les acheteurs concernés par la contribution au FIPH-FP ?

Les acheteurs publics concernés par la contribution au FIPH-FP sont référencés à l'article L 323-2 du code du travail. Cette contribution concerne l'Etat, certains établissements publics de l'Etat autres qu'industriels et commerciaux, l'exploitant public La Poste, les collectivités territoriales et leurs établissements publics autres qu'industriels et commerciaux, y compris ceux qui sont énumérés à l'article 2 de la loi n° 86-33 du 9 janvier 1986¹⁸ portant dispositions statutaires relatives à la fonction publique hospitalière. Les autres acheteurs publics sont assujéttis à l'AGEFIPH.

¹⁸ Les établissements concernés sont les suivants : établissements publics de santé et syndicats interhospitaliers mentionnés aux articles L. 711-6 et L. 713-5 du code de la santé publique, hospices publics, Maisons de retraite publiques, à l'exclusion de celles qui sont rattachées au bureau d'aide sociale de Paris, établissements publics ou à caractère public relevant des services départementaux de l'aide sociale à l'enfance et maisons d'enfants à caractère social, établissements publics ou à caractère public pour mineurs ou adultes handicapés ou inadaptés, à l'exception des établissements nationaux et des établissements d'enseignement ou d'éducation surveillée, centres d'hébergement et de réadaptation sociale, publics ou à caractère public, mentionnés à l'article L. 345-1 du code de l'action sociale et des familles, centre d'accueil et de soins hospitaliers de Nanterre.

Cf. Article 2 loi du 9 janvier 1986 à l'adresse suivante :

<http://www.legifrance.gouv.fr/affichTexte.do?cidTexte=LEGITEXT000006068965&dateTexte=20101229>

2.3.10 Comment calculer la contribution versée au Fonds pour l'insertion des personnes handicapées dans la fonction publique (FIPH-FP) en tenant compte de l'attribution d'un marché à des EA ou à des ESAT ?

Le montant de la contribution est calculé en fonction :

- du nombre d'unités manquantes par rapport à l'obligation d'emploi ;
- et de la taille de l'effectif.

Plus précisément, la contribution est égale par unité manquante à :

- 400 fois le Smic horaire pour les employeurs publics dont l'effectif est compris entre 20 et 199 ;
- 500 fois le Smic horaire pour les employeurs publics dont l'effectif est compris entre 200 et 749 ;
- 600 fois le Smic horaire pour les employeurs publics dont l'effectif est supérieur à 750.

Les dépenses réalisées auprès des entreprises adaptées (EA), ou des établissements et services d'aide par le travail ESAT, permettent de réduire le montant de la contribution et d'obtenir un nombre d'unités déductibles (EETH = Equivalent emploi Travailleur Handicapé) qui viennent réduire le nombre d'unités manquantes.

Aussi, deux solutions s'offrent à la personne publique qui ne remplit pas ses obligations, outre bien sûr l'embauche directe de personnes handicapées : soit elle paye la totalité de la taxe, soit elle passe des marchés à des EA ou des ESAT.

NB : Nombre d'unités déductibles = montant des dépenses : 16.125,24€¹⁹ (le traitement annuel brut minimum servi à un agent lors de l'année écoulée)

Le nombre d'unités déductibles ne peut être supérieur à 50% de l'obligation d'emploi.

Exemple : soit une personne publique de 250 personnes qui a dans ses effectifs : 2 personnes handicapées.

Son obligation d'embauche est de 6%, soit 15 personnes. Ayant déjà recruté 2 personnes handicapées, elle comptabilise encore 13 unités manquantes.

- Si elle paie la totalité de sa taxe, celle-ci s'élèvera à 57.590 € (sachant que le SMIC horaire brut en 2010 s'élève à 8,86 €). En effet, $13 \times 500 \times 8,86 \text{ €} = 57.590 \text{ €}$.

- Si elle passe un marché avec un EA ou ESAT, elle peut diminuer le montant de taxe dû.

Supposons qu'elle passe un marché de 31.000 euros.

Le nombre d'unités déductible s'élève à $31.000 / 16.125,24 = 1,92$.

Le nombre d'unité déductible doit être, dans cet exemple, inférieur à 7,5, ce qui est effectivement le cas avec 1,92 unité déductible.

Le nouveau montant de la taxe finalement à financer est de 13 unités manquantes moins 1,92 unités déductibles, soit 11,08 unités manquantes.

La contribution sera donc de 49.084,40 €. ($11,08 \times 500 \times 8,86$).

¹⁹ Les montants sont actualisés pour l'année 2010.

2.3.11 Comment calculer la contribution versée à l'Association de Gestion du Fonds pour l'Insertion Professionnelle des Personnes Handicapées (AGEFIPH) en tenant compte de l'attribution d'un marché à des EA ou à des ESAT ?

Tout comme les acheteurs publics définis précédemment, les employeurs du secteur privé et du secteur public à caractère industriel et commercial soumis à l'obligation d'emploi des travailleurs handicapés peuvent s'acquitter de cette obligation dans la limite de 50 % de cette dernière, en passant des contrats de fournitures, de sous-traitance ou de prestations de services avec des entreprises adaptées (EA), des centres de distribution de travail à domicile (CDTD considérés comme des EA), ou des établissements ou services d'aide par le travail (ESAT) (article L. 5212-6 du code du travail).

Il convient de calculer le nombre d'équivalents bénéficiaires de l'obligation d'emploi apporté par la passation de ces contrats, lequel est égal :

* pour les contrats de fournitures, de sous-traitance ou de prestations de services, au quotient obtenu en divisant le prix hors taxe des fournitures, travaux ou prestations figurant au contrat, déduction faite des coûts des matières premières, produits, matériaux, consommations et frais de vente, par 2000 fois le salaire horaire minimum de croissance (SMIC) en vigueur au 31 décembre de l'année d'assujettissement de l'obligation d'emploi (article R. 5212-6 du code du travail).

Soit : Nombre d'unités déductibles = montant des dépenses / 17.720 € (2000 x le SMIC horaire, soit 8,86 € en 2010).

* pour les contrats de mise à disposition de travailleurs handicapés dans une entreprise du secteur privé par une EA ou un ESAT, considérés comme un type particulier de contrats de prestations de services, la base horaire retenue est de 1600 fois le SMIC horaire (article R. 323-2, 2^{ème} alinéa du code du travail). Il faut noter que ces contrats étant des contrats de prestations de services, les travailleurs handicapés mis à disposition dans le cadre de ces contrats ne doivent pas être décomptés dans l'effectif des bénéficiaires de l'obligation d'emploi des établissements qui les accueillent.

Soit : Nombre d'unités déductibles = montant des dépenses / 14.176 € (1600 x le SMIC horaire, soit 8,86€ en 2010).

Il est à observer que si pendant une période supérieure à 3 ans un établissement, soumis à l'obligation d'emploi, n'a passé aucun contrat avec une entreprise adaptée, un centre de distribution de travail à domicile, ou un établissement ou service d'aide par le travail et n'a ni embauché de bénéficiaires de l'obligation d'emploi, ni appliqué d'accord conclu dans le cadre de l'article L. 5212-8 et L. 5212-17 du code du travail, sa contribution AGEFIPH sera calculée sur la base de 1500 fois le SMIC horaire quel que soit le nombre de salariés de l'entreprise (article L. 5214-1, L.5212-9, L. 5212-10 et L. 5212-11 du code du travail).

2.3.12 Quelles sont les autres possibilités pour favoriser l'embauche de personnes handicapées ?

Hors du cadre de l'utilisation des marchés réservés de l'article 15, les dispositions des articles 14, 30 et 53, alinéa I et IV, peuvent également être utilisées pour favoriser l'embauche de personnes handicapées.

Il est possible de prévoir dans le cas d'un marché avec clause sociale d'insertion sur la base d'un article 14 qu'une partie du marché soit effectuée par des personnels handicapés.

2.4 Les questions qui peuvent se poser lors de la préparation et la rédaction du marché d'insertion et/ou de qualification professionnelle de l'article 30

2.4.1 *Quel article du code des marchés publics permet de passer un marché d'insertion et/ou de qualification professionnelle ?*

C'est l'article 30 du code des marchés publics qui permet de passer un marché de service d'insertion professionnelle et/ou de qualification par un marché à procédure adaptée.

2.4.2 *Qu'est ce qu'un marché public de services de qualification et d'insertion professionnelles ?*

C'est un marché de services qui a pour objet la réalisation de services de qualification et d'insertion professionnelles destinés à des personnes en difficulté en fonction du périmètre d'intervention géographique de l'acheteur public (du type appui et accompagnement à l'emploi, formation,...).

Des prestations de services, par exemple l'entretien des espaces verts peuvent éventuellement être l'un des supports de l'action d'insertion visée mais ne peuvent constituer l'objet passé au titre de l'article 30.

A l'inverse si l'acheteur public souhaite donner une dimension sociale à un marché de travaux ou de services, il doit recourir à l'article 14.

2.4.3 *Quel acheteur public est compétent pour passer ce type de marché ?*

Les acheteurs publics ne peuvent passer ce type de marché que si l'insertion professionnelle entre dans leur champ de compétence pour les personnes publiques et dans leur objet social pour les personnes de droit privé désireuses de passer des marchés reposant sur les dispositions de cet article.

Le code du travail et le code de l'action sociale et des familles, notamment, reconnaissent aux collectivités territoriales, chacune à son niveau, une vocation à prendre en charge des actions d'insertion. Comme tous les marchés publics, ceux qui sont passés sur le fondement de l'article 30 du code des marchés publics doivent satisfaire un besoin de la collectivité adjudicatrice. En matière d'insertion, ce besoin communal, départemental ou régional se définit par rapport au public (communal, départemental ou régional) reconnu comme éloigné de l'emploi.

2.4.4 *Comment peut être rédigé un marché public de services de qualification et d'insertion professionnelles ?*

Dans la publicité initiale et/ou dans le règlement de consultation, l'objet du marché doit clairement faire référence à l'insertion sociale et professionnelle du public concerné et à la(ou les) prestation(s) support(s) de l'insertion. Il doit être clairement précisé que les heures de travail rémunérées au titre de la prestation support doivent être assorties d'un dispositif d'accompagnement.

Le choix des offres devant reposer sur la base de la prestation d'insertion avec des critères qui auront été clairement définis, le jugement des offres se fera sur la pertinence de la démarche d'insertion et sur le coût du dispositif d'insertion.

Le cahier des clauses techniques particulières (CCTP) pourra préciser les mesures de soutien socioprofessionnel attendues de l'opérateur économique.

Le CCTP prévoit notamment les éléments suivants :

- rappel de l'objet du marché ;
- le public concerné par le dispositif d'insertion ;
- la démarche d'insertion et d'accompagnement à l'emploi ;
- le statut des personnes embauchées ;
- les modalités de contrôle de l'exécution du marché.

2.4.5 Sur quelle ligne budgétaire l'imputer ?

Pour un marché public relevant de l'article 30, il peut être utilement envisagé, lorsque ceci est possible, d'imputer la dépense dans un intitulé budgétaire à dominante sociale plutôt que relatif au champ de l'activité support.

2.4.6 Qu'est-ce qu'une procédure adaptée dans le cadre de l'article 30 ?

C'est un marché dans lequel, l'acheteur public détermine librement les modalités de publicité et de mise en concurrence adéquates en fonction de l'objet et du montant du marché.

L'acheteur public dont le marché relève de la procédure adaptée est soumis à l'obligation d'organiser une procédure pour l'attribution des prestations, donc de mettre en œuvre une publicité et de mettre en concurrence les prestataires de service. Cette procédure ne permet donc pas de réserver de marché à une entreprise ou une association déterminée. L'acheteur public est cependant libre de déterminer la forme et le niveau de cette publicité et cette mise en concurrence, notamment en les proportionnant à l'objet du marché et au nombre d'intervenants potentiellement concernés.

Les modalités de passation du marché sont donc librement fixées par l'acheteur public, quel que soit le montant du besoin à satisfaire, en fonction de la nature et des caractéristiques de ce besoin, du nombre ou de la localisation des opérateurs économiques susceptibles d'y répondre ainsi que des circonstances de l'achat (articles 28 à 30 du code des marchés publics).

Dans le cas où l'absence de concurrence semble exister, l'acheteur public peut envisager de se dispenser de mise en concurrence. Toutefois, il est recommandé aux acheteurs publics d'être prudents dans la mise en œuvre de cette dispense.

2.5 Les autres questions qui peuvent se poser lors de la préparation et la rédaction d'un marché public avec *clause sociale d'insertion*

2.5.1 *Sur quelle base juridique est-il possible de mettre en place un critère social pour l'attribution d'un marché public (art 53 alinéa 1) ? Quelle pondération lui donner pour ne pas courir de risque juridique ?*

C'est l'article 53 alinéa 1 qui permet de prévoir un critère social pour l'attribution d'un marché public. Il faut que l'objet de ce marché comporte une dimension sociale explicite (cf. 1.4.6 concernant l'article 53 alinéa 1) puisque le critère doit être lié à l'objet du marché. La prudence recommande d'affecter un poids raisonnable à ce critère.

Sa mise en œuvre peut également s'effectuer à travers l'utilisation combinée des articles 14 et 53 alinéa 1 (cf. 1.4.6).

2.5.2 *Comment mettre en œuvre le critère de performance des offres en matière d'insertion ?*

L'article 53 aliéna 1 permet l'utilisation du critère de la performance des offres en matière d'insertion soit dans le cadre d'un marché dont l'objet est l'insertion même (articles 30, 15) ou en combinaison avec des conditions d'exécution (art 14).

Ce critère sera pondéré de manière raisonnable dans le cadre d'une utilisation en combinaison avec l'article 14. Sa pondération pourra en revanche être plus forte si l'objet même du marché porte sur l'insertion (articles 15 et 30).

L'appréciation de ce critère s'effectue en analysant les modalités d'exécution en lien avec l'insertion qui sont définie dans les offres des candidats. Peuvent être prises en compte par exemple :

- la qualité du tutorat, c'est-à-dire la manière dont l'entreprise va diriger et encadrer les bénéficiaires de l'action d'insertion pendant l'exécution du marché ;
- la nature des compétences pouvant être acquises par les bénéficiaires au cours du marché, c'est-à-dire la réalité de la transmission d'une expérience professionnelle réelle ou d'une formation permettant aux bénéficiaires de progresser en termes de compétences métiers ;
- la qualité du lien entre l'entreprise et les structures de l'IAE, c'est-à-dire la manière dont l'entreprise effectue un compte-rendu vers les structures de l'IAE qui suivent les bénéficiaires notamment sur l'employabilité des bénéficiaires ou sur d'éventuelles difficultés. Ce lien permet en effet d'agir sur le parcours d'insertion des bénéficiaires en le rendant plus efficace ;
- si l'acheteur a prévu un volume horaire minimum, l'analyse des offres pourra apprécier l'éventuel volume horaire supplémentaire sur lequel l'entreprise s'engage. Il convient cependant de rester prudent sur ce type de critère, qui doit être soigneusement encadré, l'objectif étant de valoriser la dimension qualitative de l'action d'insertion;
- l'accompagnement social du bénéficiaire de la clause.

Cette liste n'est évidemment pas exhaustive.

Plusieurs expériences en la matière se sont développées, notamment dans les marchés de travaux et bâtiment, d'abord dans des collectivités locales (Nantes, Rennes, Lille, etc.), puis dans les services de l'Etat (Economie-Budget).

2.5.3 Un accord-cadre peut-il permettre de favoriser l'insertion dans l'emploi des personnes qui en sont éloignées et selon quelles modalités ?

Oui, un accord-cadre peut permettre de favoriser l'insertion de personnes éloignées de l'emploi.

Il est recommandé, lorsque l'acheteur public souhaite prévoir des clauses sociales d'exécution dans un ou plusieurs marchés subséquents à un accord-cadre, de le prévoir dans l'accord lui-même.

Certes, l'article 76 du code des marchés publics permet de préciser les modalités d'exécution dans un marché subséquent après la conclusion d'un accord-cadre, mais il est important de souligner que l'ajout pur et simple d'une clause sociale d'insertion dans un marché public modifie substantiellement l'équilibre du marché, ce que n'autorisent ni la directive 2004/18, ni le code des marchés publics.

De manière symétrique, il n'est pas envisageable de supprimer une clause sociale d'insertion dans un marché subséquent alors qu'elle est incluse dans l'accord-cadre. La suppression de la clause d'exécution reviendrait là encore à modifier de manière substantielle et discriminatoire les termes de l'accord-cadre.

2.5.4 Est-ce que l'acheteur public peut utiliser les variantes (article 50) ?

L'autorisation, qui doit être explicite sauf en cas de procédure adaptée, permet aux opérateurs économiques de proposer des modalités nouvelles d'exécution des prestations qui n'ont pas été envisagées par l'acheteur public dans l'offre de base. Les variantes peuvent favoriser l'insertion des personnes éloignées de l'emploi en permettant aux opérateurs économiques, selon les modalités de l'autorisation figurant dans les documents de la consultation :

- soit d'introduire, dans des marchés pour lesquelles l'article 14 n'a pas été utilisé par l'acheteur public, des conditions d'exécution favorables à l'insertion ;
- soit de proposer une autre modalité de prise en compte de l'insertion des personnes éloignées de l'emploi que celle définie dans le cahier des charges (article 14). Sur ce point, les opérateurs économiques pourraient notamment proposer des solutions inspirées de dispositifs ayant fait leurs preuves dans d'autres Etats ;
- soit de répondre aux exigences fixées par la clause d'exécution (article 14) en faveur de l'insertion en développant des modalités complémentaires à celles exigées dans le cahier des charges.

Il est rappelé que l'autorisation de présenter des variantes ne dispense pas de l'obligation de présenter une offre de base. Par ailleurs, l'acheteur public doit formuler précisément le sens et la portée des variantes qu'il autorise.

L'autorisation faite aux opérateurs économiques de proposer des variantes leur permet non seulement de faire découvrir de nouvelles modalités de prise en compte de l'insertion des personnes éloignées de l'emploi dans les marchés mais peut également donner l'occasion d'adapter l'exigence du pouvoir adjudicateur en faveur de l'insertion à leur propre mode d'organisation interne, ce qui introduit un élément de souplesse véritable pour l'opérateur économique tout en répondant aux priorités de l'acheteur.

2.6 Quelques questions relatives à l'insertion et aux publics éloignés de l'emploi

2.6.1 *Faut-il recourir à une structure spécifique pour accompagner l'acheteur public ?*

Il est souhaitable de disposer des conseils d'un spécialiste ou d'une personne ressource pour la mise en œuvre des clauses sociales (cf. annexe 6 : La fonction de facilitateur pour la gestion des clauses sociales dans les marchés publics»).

Il faut toutefois attirer l'attention des acheteurs publics sur le fait que si le recours à un seul intervenant pour remplir l'ensemble ou la majeure partie des missions d'assistance peut apparaître comme une solution intéressante, l'association de ces différentes fonctions doit respecter le droit de la commande publique et de la concurrence et rester conforme à l'intérêt même de l'acheteur. Le recours à un seul intervenant ne doit pas avoir pour effet de faciliter des pratiques anticoncurrentielles, notamment l'entente par le fait d'échanges entre entreprises.

Par ailleurs, la forme juridique du lien entre l'acheteur public et le facilitateur doit être étudiée. Il est donc conseillé d'établir une convention avec la structure « support » du facilitateur, lequel exerce cette fonction à titre gratuit. Dans cet esprit, la DGEFP par note du 3 novembre 2010 donne son accord à la mobilisation du fonds de solidarité européen pour créer de nouveaux postes de facilitateurs dans les PLIE et dans les Maisons de l'Emploi dans le cadre des marchés publics de l'Etat.

Si l'organisme dont dépend le facilitateur souhaite facturer sa prestation, il s'agit alors d'un achat soumis aux règles de la commande publique. (cf. annexe 6).

2.6.2 *Quels sont les différents acteurs de l'insertion sur le terrain ?*

Plusieurs acteurs existent et peuvent être sollicités :

a. Les structures portant les Plans Locaux pour l'Insertion et l'Emploi (PLIE).

Elles sont créées à l'initiative des collectivités territoriales et des établissements publics de coopération Intercommunale et présentent différents statuts juridiques (association, GIP, ...). Elles ont pour fonction d'être des plates-formes partenariales au sein desquelles se coordonnent les programmes et les actions en matière d'insertion et d'emploi sur leur territoire.

En outre les PLIE ont pour missions :

- de réunir les acteurs et opérateurs locaux concernés autour d'objectifs quantitatifs d'accès de personnes "en difficulté" à un emploi durable, en organisant pour ces personnes des parcours individualisés d'insertion professionnelle avec un accompagnement renforcé assuré par des référents spécialisés ;
- d'assurer une ingénierie technique et financière des actions et des dispositifs locaux contribuant à l'emploi de leurs bénéficiaires puis au maintien de ceux-ci dans l'emploi pendant plus de 6 mois ;
- de financer des plans d'actions à la carte en fonction des besoins du territoire et des personnes accompagnées par les référents du PLIE.

b. Maisons de l'emploi :

La vocation des maisons de l'emploi est d'assurer au plus près du terrain une meilleure coopération entre les acteurs (collectivités locales, Pôle Emploi, ASSEDIC, etc.) autour d'un projet de territoire construit à partir d'un diagnostic, d'un plan d'action et d'une programmation.

Les maisons de l'emploi agissent dans trois directions principales :

- le diagnostic territorial. La maison de l'emploi a d'abord pour priorité de bien identifier les problématiques d'emploi sur les bassins d'emplois de son territoire ;
- l'accès et le retour à l'emploi des publics qui en sont les plus éloignés. C'est là que vont être conçus et développés les programmes d'accompagnement individualisé et le reclassement des personnes sans emploi en « optimisant et en fédérant l'offre de service des partenaires » ;
- le développement de l'emploi et la création d'entreprises. Les maisons de l'emploi agissent pour favoriser le développement de l'emploi et la création d'entreprises.

c. Pôle Emploi et l'Association nationale pour la formation professionnelle des adultes (AFPA) :

Dans le cadre de la mise en œuvre des clauses sociales, Pôle Emploi peut intervenir pour définir le potentiel de personnes loin de l'emploi qui peuvent être concernées par les clauses sociales (nombre, profil, besoins de formation, ...), assister les entreprises qui s'engagent dans une démarche d'insertion dans le cadre des clauses sociales des marchés publics (en particulier clauses article 14), et éventuellement délivrer des agréments prévus dans le cadre du dispositif d'insertion par l'activité économique.

Par ailleurs, depuis 1998, avec la mise en œuvre du Plan National d'Action pour l'Emploi et le développement de la complémentarité des services, Pôle Emploi et l'AFPA proposent un service intégré d'appui au projet professionnel du demandeur d'emploi.

Si lors de l'identification des emplois-cibles, Pôle Emploi détecte un déficit de compétences ou de qualification, l'AFPA prend le relais pour définir un projet de formation avec le demandeur d'emploi pour mission d'aider à la reprise d'entreprises.

d. Missions locales :

Ce sont des structures d'accueil des jeunes de 16 à 25 ans sans emploi ni qualification, qui ont pour mission de les aider dans leur parcours d'insertion. Elles ont un rôle d'écoute, d'information, d'orientation, d'accompagnement et de soutien en matière d'emploi, de formation, de santé, de logement, de loisirs.

Créées en 1982, elles jouent un rôle important dans l'insertion professionnelle des jeunes, en liaison avec les Permanences d'Accueil, d'Information et d'Orientation (PAIO).

e. Maison départementale des personnes handicapées :

La MDPH est un réseau qui est chargé de rechercher un emploi pour les personnes handicapées travaillant en milieu ordinaire. Ils sont présents dans chaque département par l'intermédiaire des Equipes de préparation et de suite de reclassement (EPRS) et des Organisme d'Insertion et de placement (OIP) et sont financés essentiellement par l'AGEFIPH.

f. Les différentes structures d'insertion par l'activité économique (SIAE), telles que visées par les articles L. 5132-1 et suivants du code du travail (cf. question 1.2), énoncées ci-après :

- Les régies de quartier associent des habitants, des pouvoirs publics et des bailleurs sociaux et visent à maintenir et reconstruire la citoyenneté, à développer l'éducation populaire et à procurer du travail aux habitants de ces quartiers. Elles peuvent être conventionnées comme entreprises d'insertion, mettre en place des ateliers et chantiers d'insertion ou créer des activités pérennes notamment dans les services de proximité, embauchant des personnes sous statut de droit commun.

- Les Entreprises d'Insertion (E.I.) se situent dans l'économie marchande. Elles sont soumises aux mêmes obligations commerciales, juridiques, fiscales et sociales (TVA, impôt sur les sociétés, cotisations sociales) que toute entreprise. Elles peuvent adopter toute forme juridique (société anonyme, société à responsabilité limitée – coopérative ou non – ou d'une association régie par la loi de 1901). Pour une période nécessairement limitée, elles embauchent des personnes en difficulté dans le cadre d'un contrat de travail afin de leur permettre de s'adapter ou de se réadapter à l'activité professionnelle. Dans le cadre d'une activité de production et de commercialisation de biens ou de services, les E.I. mettent en place les outils et les méthodes nécessaires à l'élaboration d'un projet professionnel et à l'acquisition d'expériences et de connaissances déterminantes dans l'accès au marché du travail classique.
- Les Associations Intermédiaires (A.I.) sont conventionnées par l'Etat et ont pour objet l'embauche et la mise à disposition auprès des particuliers, des associations, des collectivités locales et, dans certaines conditions, auprès d'entreprises, à titre onéreux mais à but non lucratif, d'une main d'œuvre constituée de personnes sans emploi, rencontrant des difficultés sociales et professionnelles. L'activité de mise à disposition de personnel sert de support économique à divers objectifs qui vont de l'évaluation des compétences à la validation d'un projet professionnel. Elles se situent, pour partie, dans l'économie marchande.
- Les Entreprises de Travail Temporaire d'Insertion (E.T.T.I) embauchent et mettent à la disposition d'entreprises clientes grâce à des missions d'intérim des personnes sans emploi rencontrant des difficultés sociales et professionnelles. Elles interviennent dans le cadre réglementaire et fiscal du travail temporaire et salarient leur personnel suivant le principe de parité de traitement. Par ailleurs, elles mobilisent largement les moyens de formation de la branche professionnelle pour augmenter la qualification de leurs salariés.
- Les Groupements d'Employeurs pour l'Insertion et la Qualification (GEIQ) sont des associations pilotées par des chefs d'entreprise désireux de mutualiser des parcours d'insertion et de formation pour répondre à leurs besoins de recrutement. Les GEIQ recrutent des personnes non qualifiées, présentant des difficultés d'insertion dans l'emploi, les met à disposition de leurs entreprises adhérentes et organisent leur formation dans une perspective de professionnalisation et de qualification. Les salariés bénéficient d'un accompagnement social et professionnel tout au long de leur parcours, de 6 à 24 mois, en liaison avec le tuteur de l'entreprise et les formateurs de l'organisme de formation.
- Les Ateliers et Chantiers d'Insertion (ACI) développent des activités présentant un caractère d'utilité sociale y compris en produisant des biens et des services en vue de leur commercialisation. La mise en situation de travail est obligatoirement réalisée sur des actions collectives. Ils recrutent généralement des personnes sur des contrats aidés du secteur non marchand (CES et CEC puis CAE et CA créés par le plan de cohésion sociale).

g. Plate-forme pour l'emploi, Associations régionales pour l'insertion et la qualification, comités locaux emploi formation,

h. Structures ad hoc mises en place par les professions ou les grands groupes du bâtiment notamment.

A noter : les Préfets de Région ont nommé dans les DIRECCTE ou leurs unités territoriales des « référents » de l'IAE, personnes chargées de mettre en œuvre un plan d'accompagnement de l'extension de l'offre d'insertion du secteur de l'IAE (cf. circulaire DGEFP du 7 mai 2010).

2.6.3 La qualité des propositions d'insertion des candidats peut-elle être prise en compte ?

La qualité du projet d'insertion :

- ne peut pas être prise en compte lorsque l'acheteur public utilise l'article 14 seul ;
- fait partie intégrante du choix de l'offre dans le cadre d'un marché public d'insertion en application de l'article 30 ;
- doit être prise en compte dans un marché public utilisant l'article 53 alinéa 1, éventuellement combiné avec l'article 14.

2.6.4 Est-ce qu'il existe une durée minimale pour une action d'insertion réussie ?

Il n'y a pas de règle absolue. D'un côté, il ne faut pas sous-estimer le fait qu'une clause sociale d'insertion courte peut permettre d'entrer dans un parcours d'insertion, à condition que celui-ci soit défini et maîtrisé. De l'autre, une clause qui prévoit un nombre d'heures inférieur à 1 mois de travail n'a qu'un faible intérêt. En tout état de cause, la nature des prestations à réaliser doit être systématiquement prise en compte pour déterminer l'intérêt d'une action d'insertion sur une courte durée.

Il faut donc à la fois :

- ne pas sous-estimer l'opportunité que peut représenter pour certains demandeurs d'emploi des missions même de courte durée ;
- souligner l'importance de bien organiser les parcours des personnes en dehors des missions ponctuelles, notamment par une bonne articulation entre le service public de l'emploi (Pôle Emploi, missions locales, MDPH), les entreprises, notamment celles impliquées dans les clauses sociales, et les structures d'insertion par l'activité économique. C'est précisément le rôle du facilitateur.

2.6.5 Faut-il s'informer de l'offre d'insertion existante et de ses capacités de développement ?

Oui, car elle conditionne l'inclusion et l'ampleur des clauses qui peuvent être prescrites.

2.6.6 Une gestion prévisionnelle des clauses sociales d'insertion peut-elle favoriser une dynamique locale d'insertion et la mise en place d'une formation adaptée ?

Oui, les acheteurs ont intérêt à faire connaître le programme de leurs marchés et des besoins pour favoriser une démarche d'anticipation.

2.7 Les questions qui peuvent se poser pour l'exécution d'un marché passé en application des articles 14,15 et 30 du code des marchés publics

2.7.1 *Une offre qui ne répond pas au cahier des charges d'un marché public en matière d'insertion peut-elle être recevable ?*

Non, elle est réputée irrégulière (article 35 I 1° du code des marchés publics) et doit être écartée.

2.7.2 *Comment suivre l'exécution d'un marché public et vérifier que les conditions d'exécution de la clause sociale d'insertion sont respectées ?*

Il est important de prévoir des mesures de suivi et d'évaluation régulières des conditions d'exécution de la clause pendant le déroulement du marché public, tant sur le plan qualitatif que sur le plan quantitatif. Le facilitateur peut assurer ce suivi.

2.7.3 *Si les conditions d'exécution de la clause sociale d'insertion ne sont pas respectées, quelles sanctions l'acheteur public doit-il appliquer ?*

Les clauses sociales d'insertion sont soumises au même régime juridique que toutes les autres stipulations d'un cahier des charges. En cas d'inexécution ou de mauvaise exécution, l'acheteur public applique les pénalités spécifiques prévues au marché.

L'engagement pris doit être respecté sous peine de sanctions. Toute exonération de l'obligation de mise en œuvre de la clause sociale d'insertion est assimilable à une remise en cause des conditions de la concurrence.

Il convient donc, au moment de la rédaction du marché, de s'assurer que la clause sociale d'insertion envisagée est effectivement applicable et réalisable. L'acheteur public peut toutefois modifier à la marge le contenu de la clause sociale d'insertion avant l'attribution du marché, au titre de la « mise au point » avec le candidat retenu.

Une fois le marché notifié, s'il apparaît que la clause sociale d'insertion n'est pas réalisée, l'acheteur public applique les sanctions spécifiques prévues au marché (par exemple : pénalités ou réfaction).

2.8 Autres questions

2.8.1 *Quelles sont les règles de procédures et de publicité qui s'appliquent lorsque l'achat à réaliser se situe en dessous du seuil de 4.000 € HT ?*

En dessous du seuil de 4.000 € HT, aucune procédure particulière n'est prévue. Il est possible de s'adresser directement dans ce cadre à tous les types de structures d'insertion ou du secteur adapté ou protégé.

2.8.2 *Peut-on inscrire une localisation particulière du titulaire dans un marché public ?*

Non, le droit communautaire interdit toute discrimination fondée sur la localisation des entreprises.

2.8.3 *Faut-il craindre des recours éventuels d'entreprises européennes qui ne pourraient répondre à un marché public avec clause sociale d'insertion ?*

L'existence même d'une clause sociale d'insertion ne pose pas d'incompatibilité de principe. Le contenu de la clause peut toutefois s'avérer discriminatoire au niveau des modalités de mise en œuvre imposées. La rédaction de la clause doit être prudente.

2.8.4 *Comment prendre en compte les difficultés conjoncturelles des entreprises ?*

Les difficultés conjoncturelles des entreprises ont pour effet immédiat d'accroître l'attente sociale en matière d'insertion tout en réduisant dans certains cas la capacité des entreprises à y répondre.

La clause sociale d'insertion professionnelle pose une obligation pour le titulaire de recourir partiellement à une main d'œuvre extérieure. Une telle disposition est susceptible d'entrer en conflit avec d'autres obligations du titulaire au titre du Code du Travail (articles L 1233-45 et L 1242-5) lorsqu'il fait face à des mesures de chômage partiel ou de licenciement économique au sein de son entreprise, mesures qui sont généralement assorties d'une interdiction d'embauche.

Il est légitime que l'acheteur accède à la demande de l'entreprise d'alléger ou de suspendre la clause sociale d'insertion tant que perdurent ces difficultés et le risque de contradiction avec le code du travail. L'annexe 8 fournit un exemple de procédure pouvant être utilisée en pareil cas.

La reconnaissance de cette situation sera matérialisée par un ordre de service de l'acheteur.

Cette situation ne s'applique qu'à l'entreprise (identifiée par son RCS ou numéro d'inscription au registre des métiers) qui assure l'exécution du marché à titre principal (ou le sous-traitant s'il est concerné par l'application de la clause sociale d'insertion).

Dans ces deux situations, l'application de la clause est suspendue par le pouvoir adjudicateur sous réserve du respect par l'entreprise de formalités et conditions qu'il paraît utile de préciser dans le cadre du CCAP.

2.8.5 Les contrats de partenariat au sens de l'ordonnance n°2004-559 du 17 juin 2004²⁰ modifiée ne sont pas abordés dans le présent guide. Pour autant, est-ce que ces conseils leurs sont applicables ?

Oui, les analyses contenues dans ce guide sont applicables à tous les contrats entrant dans le champ de la directive 2004/18/CE du 31 mars 2004, sous réserve de se référer aux dispositions applicables aux contrats de partenariat. Le guide méthodologique (octobre 2010) relatif aux contrats de partenariat reconnaît que ces derniers peuvent apporter des solutions pour la mise en œuvre de la composante sociale du développement durable.

2.8.6 L'acheteur public peut-il valoriser les marchés publics contenant des clauses sociales au titre de la politique du développement durable conduite par ses services ?

Oui, ce type d'action relève pleinement des politiques d'action de développement durable. Cela peut ainsi exercer un effet d'entraînement pour les autres acheteurs. Cela peut aussi s'inscrire dans une démarche d'Agenda 21²¹.

Il est souhaitable que l'acheteur public mette en place un dispositif lui permettant d'évaluer les effets des actions d'insertion menées par son service achat et par les différents services utilisant ce type de clause.

2.8.7 Au niveau national, les marchés publics qui incluent des clauses sociales sont-ils intégrés dans le plan national d'actions pour les achats publics durables ?

Oui, ces actions sont incluses dans le plan national d'actions pour les achats publics durables et, au-delà, dans les « plans administration exemplaire » de tous les ministères, prévus par la circulaire du Premier ministre du 3 décembre 2008 (JO du 17 février 2009). L'objectif est que ces clauses représentent 10 % des marchés de travaux ou de services comportant plus de 50 % de main d'œuvre. L'atteinte de cet objectif est sanctionnée par un des indicateurs du « fonds incitatif » budgétaire (sorte de bonus / malus des administrations).

²⁰ Ordonnance n° 2004-559 du 17 juin 2004, modifiée par la loi n°2004-1343 du 9 décembre 2004 et par la loi n°2005-845 du 26 juillet 2005, sur les contrats de partenariat, notamment son article 8.

²¹ Adopté par les pays signataires de la Déclaration de Rio de Janeiro en juin 1992, l'Agenda 21 est un programme d'actions pour le XXIème siècle orienté vers le développement durable : la lutte contre la pauvreté et l'exclusion sociale, la production de biens et de services durables, la protection de l'environnement. C'est un guide de mise en œuvre du développement durable. Les nations qui se sont engagées pour sa mise en place doivent l'appliquer au niveau national, régional et local.

2.9 La commande publique peut-elle contribuer à la promotion de la diversité ?

Il a tout d'abord été constaté que les clauses d'insertion destinées aux publics éloignés de l'emploi constituent, de fait, un des moyens de lutter contre la plupart des discriminations et donc de promouvoir, in fine, la diversité.

L'acheteur peut donc, s'il le souhaite, rattacher cet objectif à la promotion dans l'emploi des personnes qui en sont éloignées, et faire en sorte que ses effets en soient clairement mesurés et ainsi rendus apparents, tout en respectant les règles d'anonymat imposées par la réglementation.

Il est actuellement envisagé de compléter le code des marchés publics en introduisant dans l'article 14 la notion de diversité afin de faciliter cette démarche.

Il est à noter qu'il est envisagé d'expérimenter, notamment dans les grands marchés de l'État atteignant un million d'euros hors taxes, la mise en place d'un questionnaire de progrès permettant d'évaluer les efforts menés par l'attributaire du marché pour promouvoir la non-discrimination et donc la diversité dans sa gestion. Il s'agit d'une démarche reposant sur la confiance, qui ne peut pas être sanctionnée, mais qui répond à l'intérêt réel que beaucoup d'entreprises portent à ce sujet pour diverses raisons, notamment leur souci de responsabilité sociale. La mise au point de ce questionnaire a vocation à s'effectuer dans le cadre d'un groupe de travail de la HALDE.

Quant au Label Diversité, dispositif de l'Etat qui associe en sus, les partenaires sociaux et des experts, il permet de reconnaître, à la suite d'audits tierce-partie in situ récurrents, la mise en œuvre effective et l'efficacité d'une gestion des ressources humaines visant à prévenir les discriminations et à promouvoir la diversité. Actuellement, la législation européenne ne permet pas de retenir, sur ce seul critère, une candidature, dans le choix de l'offre économiquement la plus avantageuse.

ANNEXES

Annexe 1 : Loi n° 98-657 du 29 juillet 1998 d'orientation relative à la lutte contre les exclusions Article 1, modifié par l'Ordonnance n°2000-1249 du 21 décembre 2000

Code de l'action sociale et des familles

Article L. 115-2 En vigueur

Livre Ier : Dispositions générales.

Titre Ier : Principes généraux.

Chapitre V : Lutte contre la pauvreté et les exclusions.

La lutte contre les exclusions est un impératif national fondé sur le respect de l'égalité de tous les êtres humains et une priorité de l'ensemble des politiques publiques de la nation.

Elle tend à garantir sur l'ensemble du territoire l'accès effectif de tous aux droits fondamentaux dans les domaines de l'emploi, du logement, de la protection de la santé, de la justice, de l'éducation, de la formation et de la culture, de la protection de la famille et de l'enfance.

L'Etat, les collectivités territoriales, les établissements publics dont les centres communaux et intercommunaux d'action sociale, les organismes de sécurité sociale ainsi que les institutions sociales et médico-sociales poursuivent une politique destinée à connaître, à prévenir et à supprimer toutes les situations pouvant engendrer des exclusions.

Ils prennent les dispositions nécessaires pour informer chacun de la nature et de l'étendue de ses droits et pour l'aider, éventuellement par un accompagnement personnalisé, à accomplir les démarches administratives ou sociales nécessaires à leur mise en œuvre dans les délais les plus rapides.

Les entreprises, les organisations professionnelles ou interprofessionnelles, les organisations syndicales de salariés représentatives, les organismes de prévoyance, les groupements régis par le code de la mutualité, les associations qui œuvrent notamment dans le domaine de l'insertion et de la lutte contre les exclusions, les citoyens ainsi que l'ensemble des acteurs de l'économie solidaire et de l'économie sociale concourent à la réalisation de ces objectifs.

Annexe 2 : La Constitution - Charte de l'Environnement

Loi constitutionnelle n° 2005-205 du 1^{er} mars 2005 relative à la Charte de l'environnement

Le peuple français,

Considérant :

Que les ressources et les équilibres naturels ont conditionné l'émergence de l'humanité ;

Que l'avenir et l'existence même de l'humanité sont indissociables de son milieu naturel ;

Que l'environnement est le patrimoine commun des êtres humains ;

Que l'homme exerce une influence croissante sur les conditions de la vie et sur sa propre évolution ;

Que la diversité biologique, l'épanouissement de la personne et le progrès des sociétés humaines sont affectés par certains modes de consommation ou de production et par l'exploitation excessive des ressources naturelles ;

Que la préservation de l'environnement doit être recherchée au même titre que les autres intérêts fondamentaux de la Nation ;

Qu'afin d'assurer un développement durable, les choix destinés à répondre aux besoins du présent ne doivent pas compromettre la capacité des générations futures et des autres peuples à satisfaire leurs propres besoins,

Proclame :

Article 1er. - Chacun a le droit de vivre dans un environnement équilibré et respectueux de la santé.

Article 2. - Toute personne a le devoir de prendre part à la préservation et à l'amélioration de l'environnement.

Article 3. - Toute personne doit, dans les conditions définies par la loi, prévenir les atteintes qu'elle est susceptible de porter à l'environnement ou, à défaut, en limiter les conséquences.

Article 4. - Toute personne doit contribuer à la réparation des dommages qu'elle cause à l'environnement, dans les conditions définies par la loi.

Article 5. - Lorsque la réalisation d'un dommage, bien qu'incertaine en l'état des connaissances scientifiques, pourrait affecter de manière grave et irréversible l'environnement, les autorités publiques veillent, par application du principe de précaution et dans leurs domaines d'attributions, à la mise en œuvre de procédures d'évaluation des risques et à l'adoption de mesures provisoires et proportionnées afin de parer à la réalisation du dommage.

Article 6. - Les politiques publiques doivent promouvoir un développement durable. A cet effet, elles concilient la protection et la mise en valeur de l'environnement, le développement économique et le progrès social.

Article 7. - Toute personne a le droit, dans les conditions et les limites définies par la loi, d'accéder aux informations relatives à l'environnement détenues par les autorités publiques et de participer à l'élaboration des décisions publiques ayant une incidence sur l'environnement.

Article 8. - L'éducation et la formation à l'environnement doivent contribuer à l'exercice des droits et devoirs définis par la présente Charte.

Article 9. - La recherche et l'innovation doivent apporter leur concours à la préservation et à la mise en valeur de l'environnement.

Article 10. - La présente Charte inspire l'action européenne et internationale de la France.

Annexe 3 : Modalité d'utilisation de l'article 50

L'article 50 peut être utilisé seul ou en combinaison avec l'article 14 ; dans tous les cas de figure, le recours à des variantes à caractère social n'est envisageable que si l'introduction d'une composante sociale présente un lien strict avec l'objet du marché.

Lorsque l'article 50 est utilisé seul, c'est que l'acheteur public n'aura prévu aucune clause d'exécution sociale au sens de l'article 14 dans son cahier des charges. En permettant aux opérateurs économiques de proposer une variante sur des considérations sociales, l'acheteur public s'autorise à choisir, après comparaison des offres de base et des offres avec variante, une offre d'un opérateur économique qui aura pris en compte des considérations sociales. Selon cette formule, les opérateurs économiques ont le libre choix de proposer ou non une variante. Cependant, s'ils ne proposent pas de variante et se contentent de répondre strictement au cahier des charges, ils s'exposent éventuellement à ce que l'acheteur public choisisse une offre avec la variante qu'il aura estimée la plus intéressante. Mais un tel choix ne sera en aucun cas systématique car d'une part, les variantes proposées peuvent ne pas correspondre aux attentes de l'acheteur public et d'autre part, les offres de base peuvent être jugées meilleures dans leur globalité et l'acheteur préférer privilégier d'autres éléments du marché.

L'utilisation de l'article 50 sans application de l'article 14 ne permet pas de recourir à des critères de performance sociale sur le fondement de l'article 53.1. En effet, dans ce schéma d'application de l'article 50 seul, tous les opérateurs sont tenus de présenter une offre de base qui, par définition, ne comportera pas de dimension sociale. Un critère de sélection fondé sur les performances sociales ne pourra donc pas être mis en œuvre pour l'évaluation des offres de base, laquelle est un préalable à l'examen des variantes (cf. infra).

Lorsque l'acheteur public souhaite mettre en œuvre l'article 50 et l'article 14 dans le même marché, trois possibilités sont envisageables :

- Il peut décider de mettre en œuvre l'article 50 indépendamment de la clause sociale d'insertion prévue sur le fondement de l'article 14. Dans ce cas, toutes les offres devront être conformes aux exigences de la clause sociale d'insertion mais les opérateurs économiques pourront en plus proposer, sur d'autres éléments du marché, des variantes avec des considérations sociales différentes ;

- l'acheteur public peut également prévoir une clause d'exécution de l'article 14 et n'autoriser les opérateurs économiques à proposer une variante que sur cette clause d'exécution. Ainsi, l'ouverture à des variantes laisse le choix aux opérateurs économiques de proposer des solutions, innovantes ou non, sans pour autant sanctionner automatiquement les opérateurs économiques qui se seront contentés de répondre strictement aux exigences de la clause de l'article 14 telle que formulée par l'acheteur public.

Cette solution permet donc d'opérer une appréciation qualitative des offres sur la clause sociale d'insertion en comparant les offres de base avec les variantes (par définition plus ambitieuses). Elle est donc proche d'une démarche fondée sur l'application de l'article 53.1 ;

- il peut même être envisagé d'autoriser explicitement les variantes sur la clause d'exécution de l'article 14 et d'autoriser également des variantes sur d'autres considérations sociales.

Dans ces trois derniers cas, l'ouverture aux variantes permettra aux opérateurs économiques de proposer des dispositifs différents, et si possible plus performants lorsque l'acheteur public a prévu la clause de l'article 14, tout en répondant parfaitement au besoin d'insertion sociale et en ayant une offre qui reste conforme aux exigences du marché.

A l'inverse, l'utilisation combinée de l'article 14 et de l'article 53 relatif au critère de sélection des offres (cf. ci-après) entraîne automatiquement une sélection des offres sur le critère de la performance en matière d'insertion sociale et oblige tous les opérateurs économiques à développer leur offre sur ce critère sous peine de voir leur offre mal classée.

Dans le souci d'une mise en concurrence réaliste et d'une analyse des offres transparente, il est recommandé de ne pas démultiplier dans un premier temps les possibilités de prise en compte des considérations sociales dans un même marché, notamment par la combinaison des articles 14, 50 et 53.I.

S'agissant de l'article 50 du code des marchés publics 2006, il convient d'en préciser les modalités d'utilisation. En effet, la nouvelle rédaction de l'article 50 a modifié les conditions de recevabilité des variantes proposées par les candidats à un marché public puisque, à défaut d'indication, les variantes ne sont pas autorisées.

Dans le cas d'une procédure adaptée, les variantes sont toutefois admises, même dans le silence des documents de la consultation. Elles ne sont écartées que si l'acheteur public a expressément prévu l'interdiction de présenter des variantes.

De même, dans le cas des marchés passés par les entités adjudicatrices, soumis à la deuxième partie du code 2006, les variantes sont admises même si l'avis de publicité ou les documents de la consultation ne précisent pas expressément si elles sont autorisées (cf. article 157 du code des marchés publics).

En ce qui concerne l'examen des variantes, certaines précisions sont également nécessaires. Si l'opérateur économique dépose une offre de base et une variante, il doit clairement identifier chacune de ces offres dans les documents remis au pouvoir adjudicateur.

Lorsque le dépôt de variantes est possible, le code des marchés publics indique expressément que « Les variantes sont proposées avec l'offre de base ». Une variante ne peut donc pas être déposée seule, sans l'offre de base qu'elle doit accompagner. Si tel était néanmoins le cas, la variante ne pourrait qu'être rejetée.

Si, lors de son examen, l'offre de base est rejetée au motif qu'elle est irrégulière, inacceptable ou inappropriée, il est néanmoins possible d'examiner une variante à la condition que celle-ci soit conforme au cahier des charges, qu'elle soit présentée selon les modalités prévues par l'acheteur public et que, si elle n'est pas elle-même rédigée de manière complète mais renvoie, pour partie, à l'offre de base, elle n'inclue pas les éléments de l'offre de base qui ont conduit à ce que cette offre de base soit rejetée. A défaut de remplir ces conditions, la variante doit elle aussi être rejetée.

Pour pouvoir comparer les variantes de façon transparente, l'article 50 exige que les documents de la consultation mentionnent les exigences minimales que doivent respecter les variantes ainsi que les modalités de leur présentation. Les offres de base et les variantes doivent être classées en utilisant les mêmes critères, soit en classant séparément les offres de base et les variantes et en comparant la

meilleure de chacune de ces propositions, soit en classant ces propositions sans les distinguer au préalable. Le choix du mode de classement relève de l'acheteur public.

Dans le cas où les variantes ne sont pas autorisées, l'acheteur public doit rejeter comme irrecevables toutes les variantes déposées isolément ou en complément d'une offre de base. En revanche, l'offre de base n'a pas à être rejetée au motif qu'elle serait accompagnée d'une ou de plusieurs variantes non autorisées, sous réserve qu'elle soit présentée de manière telle qu'elle soit bien dissociée de la ou des variantes.

Annexe 4 : Exemple de rédaction de clauses sociales



Mettre en œuvre une clause sociale d'insertion

Modèle de dispositions contractuelles à intégrer dans les documents de marchés comportant des clauses sociales d'insertion des personnes éloignées de l'emploi.

Avertissement : ceci n'est pas une clause-type qui pourrait être dupliquée, mais bien un « guide-fil » à adapter au cas concret forcément spécifique du marché en préparation. Il est donc fortement conseillé aux acheteurs de prendre d'abord connaissance de la réalité économique locale et des potentialités du secteur de l'insertion du (ou des) territoires où sera réalisée la prestation – objet du marché, la démarche la plus efficiente étant de se faire accompagner par un « facilitateur » expérimenté, surtout lorsque l'on veut assurer la qualité de l'action d'insertion en la positionnant comme critère de sélection (faiblement pondéré, art.53-1) lié à la condition d'exécution (art.14).

1) Dans l'avis d'appel public à la concurrence

Dans les « conditions relatives au marché – autres conditions particulières » de l'AAPC, il convient de répondre « *L'exécution du marché est soumise à d'autres conditions particulières : OUI* » et de préciser : « *L'exécution du marché comporte une clause obligatoire visant à l'insertion de personnes éloignées de l'emploi* ».

2) Dans le règlement de consultation

Il est conseillé d'introduire un avertissement dans le préambule du RC, sous cette forme : « *Le maître d'ouvrage, dans un souci de promotion de l'emploi et de lutte contre l'exclusion, a décidé de faire application des dispositions de l'article 14 du code des marchés publics en incluant dans le cahier des charges de ce marché une clause obligatoire d'insertion par l'activité économique.*

Cette clause est applicable (à la totalité du marché, ou aux lots identifiés à l'annexe n°1 du CCAP).

Chaque entreprise qui se verra attribuer (le marché, ou un de ces lots) devra réaliser une action d'insertion permettant l'accès ou le retour à l'emploi de personnes rencontrant des difficultés sociales ou professionnelles particulières.

L'article (...) du présent règlement en précise les conditions de mise en œuvre.

Les candidats ne sont pas autorisés à formuler de réserve dans leur offre sur la clause obligatoire d'insertion par l'activité économique²².

Une offre qui ne satisferait pas à cette condition d'exécution sera déclarée irrégulière au motif de non-respect du cahier des charges. »

A l'article (...) du RC, on précisera : « *Conditions d'exécution relatives à l'insertion par l'activité économique.*

Pour promouvoir l'emploi et combattre l'exclusion, le maître d'ouvrage souhaite faire appel à ses partenaires économiques que sont les entreprises qui répondent à ses appels publics à la concurrence.

En application de l'article 14 du code des marchés publics, il est demandé à l'entreprise attributaire, quelle qu'elle soit, de proposer pour l'exécution du marché une action d'insertion permettant l'accès ou le retour à l'emploi de personnes rencontrant des difficultés sociales ou professionnelles particulières.

Cette obligation est détaillée à l'article (...) du CCAP.

Les volumes d'heures indiqués à l'annexe 1 du CCAP constituent un minimum obligatoire.

²² Pas plus, du reste, qu'aux autres stipulations du cahier des charges.

Une offre qui ne satisferait pas à cette condition sera déclarée irrégulière au motif de non respect du cahier des charges.

Les entreprises soumissionnaires sont invitées à solliciter tous renseignements sur les conditions d'application concrète de cette clause (publics concernés, modalités pratiques de mise en œuvre) auprès de (nom du facilitateur – coordonnées complètes).»

Si le pouvoir adjudicateur décide d'utiliser la combinaison article 14 / article 53-1

(critère de sélection de l'offre prenant en compte la qualité de l'offre d'insertion liée à la condition d'exécution)²³, il précisera ici :

« Le jugement des offres intègre, dans le cadre de la pondération des critères de choix, au niveau de la valeur technique, une mesure de la qualité de l'exécution de la clause sociale d'insertion (cf. annexe 2 de l'acte d'engagement). »

Et il indiquera à l'article (critères de choix des offres) l'objet du critère supplémentaire défini au titre de la valeur technique :

« - modalités de mise en œuvre de la clause sociale d'insertion », en précisant le niveau de pondération qu'il lui accorde (entre 5 et 15 % au maximum).

3) Dans le cahier des clauses administratives particulières.

Il faut créer un article spécifique « clause sociale d'insertion » qui définira précisément le contenu de la clause.

Par exemple :

« Engagement sur les actions d'insertion

Pour (la totalité du marché, ou les lots visés à l'annexe n°1 du présent CCAP), le titulaire réalise une action d'insertion permettant l'accès ou le retour à l'emploi de personnes rencontrant des difficultés sociales ou professionnelles particulières.

Dans ce cadre, le titulaire s'engage à réaliser au minimum, sur toute la durée du marché, reconductions comprises, le nombre d'heures d'insertion mentionné dans cette annexe. A l'issue de chaque année d'exécution du marché, un bilan de cet engagement est réalisé pour tenir compte de l'évolution des personnes en insertion dans l'entreprise et adapter si nécessaire les modalités de l'obligation d'insertion prévues au présent marché.

Le dispositif mis en place vise à favoriser l'accès ou le retour à l'emploi de personnes se trouvant dans les situations suivantes : demandeurs d'emploi de longue durée, allocataires du revenu de solidarité active ou de minima sociaux, personnes reconnues travailleurs handicapés, jeunes sortis sans qualification à l'issue de leur scolarité ou sans expérience professionnelle, personnes relevant d'un dispositif de l'insertion par l'activité économique ou, plus généralement, personnes rencontrant des difficultés particulières pouvant, sur avis motivé de Pôle Emploi, des Maisons de l'Emploi, des Plans Locaux pour l'Insertion et l'Emploi, des Missions Locales ou de CAP Emploi, être considérées comme relevant des publics éloignés de l'emploi²⁴.

Pour toute information relative à la clause sociale d'insertion les entreprises peuvent prendre contact avec la personne chargée de la gestion de cette clause : (nom et coordonnées complètes du facilitateur).

²³ Exercice utile si l'objet du marché s'y prête et si on a déjà un peu d'expérience de la clause d'exécution.

²⁴ Cas particulier à certaines professions de services : *Si l'entreprise attributaire réintègre dans ses effectifs, le personnel précédemment en fonction dans l'entreprise qui a perdu le marché (article L 1224-1 du code du travail et convention collective nationale de la profession en date du.....) et si le volume des prestations à réaliser dans le nouveau marché est à l'identique du précédent, l'exécution de la clause sociale d'insertion peut ne pas être immédiate. Dans cette hypothèse, l'obligation d'insertion peut être mise en œuvre pendant l'exécution du marché, à l'occasion de la vacance ou de la création d'un poste de travail (remplacement d'une personne sur deux, par exemple).*

Contrôle de l'action d'insertion

Il est procédé au contrôle (périodique) de l'exécution des actions d'insertion pour lesquelles le prestataire s'est engagé. A cet effet, il produit chaque (mois) (avec la facture), tous les renseignements relatifs à la mise en œuvre de l'action.

Les informations précises à apporter seront déterminées conjointement entre le maître d'ouvrage et le titulaire après notification du marché. Elles comportent au minimum :

- le profil de(s) la personne(s) concernée(s),*
- la date d'embauche,*
- le nombre d'heures réalisées,*
- le type de contrat,*
- le poste occupé.*

Le refus de transmission de ces renseignements peut entraîner l'application d'une pénalité prévue à l'article (...).

En tout état de cause, le prestataire doit informer le maître d'ouvrage, par courrier recommandé avec AR, qu'il rencontre des difficultés pour assurer son engagement, afin que puissent être étudiés les moyens à mettre en œuvre pour parvenir aux objectifs.

En cas de manquement du titulaire à son engagement d'insertion, le maître d'ouvrage peut procéder à la résiliation du marché dans les conditions prévues à l'article (...) du présent CCAP.

A l'issue du marché, l'entreprise titulaire du marché s'engage à étudier toutes les possibilités d'embauches ultérieures des personnes en insertion formées à l'occasion de l'exécution du marché ».

Ajouter un alinea à l'article sur les pénalités :

« En cas de non respect des obligations relatives à l'insertion imputable au titulaire, l'entreprise s'expose à une pénalité égale à (entre 50 et 100) euros TTC par heure d'insertion non réalisée.

En cas d'absence ou de refus de transmission des renseignements propres à permettre le contrôle de l'exécution de l'action, l'entrepreneur s'expose à une pénalité égale à (minimum 100) euros TTC par jour de retard à compter de la mise en demeure par le maître d'ouvrage.»

4) Dans l'acte d'engagement.

Il s'agit de proposer au soumissionnaire de s'engager formellement à réaliser la clause. On lui fournira donc une annexe à remplir et signer, du type suivant :

« Je soussigné(e),

Nom du signataire : _____

Prénom : _____

Qualité : _____

DECLARE avoir pris connaissance du cahier des clauses administratives particulières et notamment des dispositions relatives à clause sociale d'insertion en faveur de personnes sans emploi rencontrant des difficultés sociales ou professionnelles particulières.

M'ENGAGE, si je suis déclaré attributaire (d'un ou plusieurs lots), à réserver, dans l'exécution et sur la durée du marché, un nombre d'heures d'insertion au moins égal à celui indiqué à l'article (...) du cahier des clauses administratives particulières.

M'ENGAGE à fournir, à la demande du maître d'ouvrage et dans le délai qui me sera imparti, toutes informations utiles à la complète appréciation de la réalisation de l'action d'insertion.

M'ENGAGE, pour assurer la mise en œuvre de la clause sociale d'insertion, à appliquer, parmi les modalités proposées ci-dessous, l'option :

- embauche directe de ... personnes,
- mise à disposition de personnes en parcours d'insertion par une ETTI, une AI ou un GEIQ (nom et coordonnées de la SIAE concernée)
- recours à la co-traitance ou à la sous-traitance avec une EI (nom et coordonnées).

A

Le

Pour le titulaire (signature et cachet) »

Lorsque le pouvoir adjudicateur utilise la combinaison article 14 / article 53-1, il proposera une annexe supplémentaire à l'acte d'engagement, portant sur la description quantitative et qualitative de l'action d'insertion.

Par exemple :

« Annexe 2 à l'acte d'engagement

FICHE TECHNIQUE INSERTION PROFESSIONNELLE

(A compléter par le candidat)

1 - Encadrement technique et tutorat proposés pour les personnes en insertion :

- *Qualité du tuteur, qualification et fonction dans l'entreprise :*
- *Modalités de l'encadrement :*

Préciser dans cette rubrique comment et par qui sera évalué le travail et sa progression, la fréquence des évaluations, le mode de suivi de la personne (entretiens individuels ou réunions d'équipe, etc.)

2 - Mesures prises pour assurer(ou faire assurer) l'accompagnement socioprofessionnel des salariés en insertion :

- *Gestion en interne : par qui et comment ?*
- *Gestion externalisée : à quel organisme et selon quelles modalités ?*

Dans les deux cas, préciser les dispositions prises pour assurer la communication entre le référent technique et le référent socio-professionnel.

3 - Dispositif de formation professionnelle proposé au(x) salarié(s) en insertion

- Formation « sur le tas » par l'encadrant technique ; selon quelles modalités ?
- Formation professionnelle agréée ; laquelle ? dans quel cadre ? (formation d'adaptation aux postes de travail, contrat de professionnalisation, contrat d'insertion professionnelle intérimaire, contrat de développement professionnel intérimaire ...)

4 - Niveau de qualification professionnelle susceptible d'être atteint par le salarié en insertion et perspectives de pérennisation de son emploi

- Qualification professionnelle possible pour le salarié en insertion :
- Perspective de pérennisation de son emploi dans l'entreprise :

..... »

A

Le

Pour le titulaire (signature et cachet)

Annexe 5 : Réponses ministérielles aux questions des parlementaires

Question écrite n° 22618 de M. Georges Mouly (Corrèze - RDSE) publiée dans le JO Sénat du 06/04/2006 - page 971

M. Georges Mouly attire l'attention de M. le ministre délégué à l'emploi, au travail et à l'insertion professionnelle des jeunes sur les prises de position de certains élus territoriaux-conseillers généraux ou régionaux, voire présidents de conseils généraux ou régionaux - face aux CNE (contrats nouvelle embauche) ou CPE (contrats premier emploi). Certains d'entre-eux, en effet, annoncent que, dans les offres de marchés publics, figurera désormais une clause de « mieux-disant social » permettant à la commission d'appel d'offres de ne pas retenir les entreprises qui auraient recours aux CNE ou CPE, puisque considérés a priori, par lesdits élus, comme facteurs de précarité. Or, si l'on se réfère aux termes des circulaires des 29 décembre 1993 et 14 décembre 1995, ainsi qu'à l'arrêt du Conseil d'Etat du 10 mars 1996, la clause, dite « du mieux-disant social », peut et doit être prise en compte prioritairement lorsque telle ou telle entreprise mène des actions d'insertion professionnelle en faveur des personnes rencontrant des difficultés particulières d'accès à l'emploi. Considérant de ce fait que les CNE et CPE ont précisément pour mission de répondre à cette attente, il le remercie en conséquence de bien vouloir lui préciser quelles suites seraient réservées à l'éventuelle volonté de mise en application du rejet de toute entreprise recourant aux CNE et CPE par telle ou telle collectivité.

Réponse du Ministère de l'économie, des finances et de l'industrie publiée dans le JO Sénat du 27/07/2006 - page 2004

Le code des marchés publics, issu du décret n° 2004-15 du 7 janvier 2004 modifié permet aux acteurs de la commande publique d'intégrer dans leur processus d'achat des préoccupations sociales à chaque stade d'une procédure de passation d'un marché public et lors de son exécution. Lors de la sélection des offres, les acheteurs peuvent prendre en compte divers critères variables en fonction du marché en cause pour choisir l'offre économiquement la plus avantageuse, au titre desquels figurent les critères sociaux, tel que le critère de « performances en matière d'insertion professionnelle des publics en difficulté ». Toutefois, l'introduction de préoccupations sociales ne doit pas dénaturer ou contrarier les principes fondamentaux qui régissent la commande publique, que sont la liberté d'accès des opérateurs économiques, l'égalité de traitement des candidats et la transparence des procédures. Le code a avant tout pour objet d'instaurer des conditions de mise en concurrence propres à garantir l'accès de tous les prestataires potentiels aux marchés publics.

En conséquence, la possibilité offerte aux acheteurs de se fonder sur des critères à caractère social pour sélectionner l'offre économiquement la plus avantageuse est impérativement soumise au respect de quatre conditions : ces critères doivent être liés à l'objet du marché ou à ses conditions d'exécution, ils ne doivent pas conférer à l'acheteur une liberté inconditionnée de choix, ils doivent respecter les principes fondamentaux du droit, de la commande publique, notamment celui de non-discrimination, enfin l'avis de publicité ou le règlement de la consultation doivent les mentionner. Les critères sociaux choisis doivent ainsi permettre d'évaluer la qualité des prestations et non pas permettre l'exclusion arbitrairement de certaines offres. L'acheteur doit donc être capable de justifier la pertinence de ses critères pour le choix des offres. L'utilisation du critère des « performances en matière d'insertion professionnelle des

publics en difficulté », pour exclure les entreprises ayant recours au CNE (contrat nouvelle embauche) des marchés publics est ainsi de nature à fonder une action précontentieuse ou contentieuse pouvant aboutir à l'arrêt de la procédure de passation d'un marché ou à l'annulation d'un marché déjà signé. A cet égard, il convient de noter que, suite au déféré du Préfet de la Gironde, le tribunal administratif de Bordeaux a suspendu l'exécution de la délibération du conseil municipal de la commune de Bègles, prise le 6 avril dernier, par la mairie de Bègles dans le but d'exclure de ses marchés publics les entreprises qui avaient recours au contrat nouvelle embauche (CNE). En effet, le tribunal administratif a considéré que la non-conformité de la délibération litigieuse au Code des marchés publics, notamment en son article 53, et l'atteinte portée par cette délibération aux principes de libre concurrence et d'égal accès aux candidats de la commande publique, étaient, en l'état de l'instruction, de nature à faire naître un doute sérieux sur la légalité de l'acte litigieux. De même, il a jugé que la commune était incompétente pour décider de mesures qui ont pour objet ou pour effet de faire échec, sur son territoire, à l'application de mesures de nature législative. (cf Tribunal administratif de Bordeaux, ordonnance du 15 juin 2006, n° 0602049 « Préfet de la Gironde contre commune de Bègles »). Il convient enfin de préciser que de telles exclusions pourraient être invoquées à l'appui de plaintes déposées sur le fondement de l'article 432-14 du code pénal pour octroi d'avantage injustifié.

*

Question écrite n° 00422 de M. Bernard Piras (Drôme - SOC) publiée dans le JO Sénat du 05/07/2007 - page 1164

M. Bernard Piras attire l'attention de Mme la ministre de l'économie, des finances et de l'emploi sur le fait que l'article 58 de la loi n° 2005-32 du 18 janvier 2005 introduit à l'article 53-II du code des marchés publics le critère « performances d'une offre en matière d'insertion professionnelle des publics en difficulté ». Un critère qui, comme les autres mentionnés dans cet article du code, ne peut être retenu que s'il est justifié par l'objet du marché. La question se pose donc de savoir si ce critère peut être retenu alors que, bien que les dispositions de l'article 14 du même code le permettent, aucune condition d'exécution visant à promouvoir l'emploi de personnes rencontrant des difficultés particulières d'insertion, à lutter contre le chômage n'a été définie, préalablement à l'appel à concurrence, dans les cahiers des charges d'un marché. Par ailleurs, la même question se pose en ce qui concerne le critère de choix « performances de l'offre en matière de protection de l'environnement » (article 53-II) et la nécessité de définir dans le cahier des charges du marché des conditions d'exécution visant à protéger l'environnement (article 14). Il lui demande de préciser si, à son sens, la personne responsable du marché peut retenir le critère de choix « performances d'une offre en matière d'insertion professionnelle des publics en difficulté » dès lors que les candidats au marché n'ont pas été mis en concurrence sur la base de conditions d'exécution du marché visant à promouvoir l'insertion professionnelle de personnes en difficulté.

Le code des marchés publics offre aux acheteurs publics de nombreux outils pour prendre en considération leurs préoccupations sociales et environnementales dans leur démarche d'achat. Parmi ces outils, les critères de sélection des candidats et les conditions d'exécution jouent un rôle majeur. L'article 53-1 autorise, lors de la sélection des offres, la prise en considération des critères de performance en matière d'insertion professionnelle et en matière de protection de l'environnement, en complément des critères classiques de choix tels que le prix, les délais d'exécution ou la valeur technique. Ces critères ne peuvent toutefois être mis en œuvre que lorsqu'ils présentent un lien avec l'objet du marché, c'est-à-dire lorsque la nature des prestations demandées est en rapport avec une démarche d'insertion. Sous cette réserve importante, l'utilisation de ces critères est libre. Elle n'est donc pas subordonnée à l'existence de conditions d'exécution particulières. L'article 14 autorise l'indication, dans l'avis d'appel public à concurrence ou dans les documents de consultation, de conditions d'exécution comportant des éléments à caractère social ou environnemental. Les entreprises soumissionnaires doivent s'engager à respecter ces conditions, sous peine de voir leur offre rejetée comme irrégulière. Ces conditions ne doivent cependant pas porter atteinte aux principes fondamentaux qui régissent la commande publique et, notamment, ne doivent pas avoir pour effet de rompre l'égalité de traitement entre les candidats. Il serait, par ailleurs, contraire à la liberté contractuelle que le marché public en édicte les modalités concrètes de réalisation. Dans ces limites, les acheteurs recourent librement aux conditions d'exécution et ne sont pas obligés de les combiner avec des critères de sélection spécifiques. L'utilisation des critères de sélection et des conditions d'exécution peut donc légalement se faire de manière indépendante. Néanmoins, lorsqu'un acheteur met en œuvre l'article 14 seul, il s'expose à recevoir des offres qui, bien que conformes aux clauses d'exécution sociales ou environnementales, sont très inégales sur ces points, sans pouvoir sélectionner l'offre la plus intéressante. En combinant les articles 53-1 et 14, l'acheteur incite les opérateurs économiques à proposer une démarche de développement durable plus élaborée que celle qui serait exigée par la simple conformité à la clause d'exécution. Il est donc recommandé, lorsque cela est possible, de coordonner les deux instruments.

Annexe 6 : La fonction de facilitateur pour la gestion des clauses sociales dans les marchés publics

En quoi consiste le rôle des facilitateurs ?

La mission du « facilitateur »²⁵ regroupe en fait plusieurs fonctions d'assistance aux acheteurs publics et aux opérateurs économiques pour la mise en place et la gestion des clauses sociales dans les marchés publics. Elle peut être assurée par des agents de l'acheteur public ou par des prestataires extérieurs.

A destination de l'acheteur public, la mission de facilitation peut consister à conseiller l'acheteur public pour la conception des clauses sociales (niveau et contenu de la clause, régime des sanctions, critère de choix des offres) et pour le choix du titulaire au stade de la passation. Lors de la phase d'exécution du marché, l'acheteur public peut avoir un intérêt à bénéficier d'une assistance pour le suivi de la mise en œuvre de la clause par le titulaire, qui peut également comprendre une mission de contrôle de ce dernier.

Il est recommandé aux acheteurs publics de développer, quelque soit la configuration choisie, une compétence propre en matière de clauses sociales d'insertion dans leurs services, de manière à pouvoir analyser les offres sur ce plan lors de la sélection du titulaire du marché et à apprécier la mise en œuvre de la clause sociale d'insertion par le titulaire dans la phase d'exécution. Il appartient en effet au seul pouvoir adjudicateur de choisir les offres et l'acheteur public est, in fine, la seule instance habilitée à se prononcer sur l'exécution du marché. Un facilitateur extérieur ne peut donc se substituer aux services de l'acheteur public sur ces deux aspects.

En ce qui concerne les opérateurs économiques, il peut être utile de fournir aux soumissionnaires une assistance pour l'inclusion, dans leurs offres, de propositions relatives à l'exécution de la clause sociale d'insertion. Il peut s'agir notamment de conseil portant sur les modalités de mise en œuvre (recrutement direct, appel à la mise à disposition par une SIAE ou sous-traitance). L'assistance peut également intervenir dans la phase d'exécution : un facilitateur est ainsi appelé à aider le titulaire à mettre en œuvre la clause ou même à lui fournir la main d'œuvre nécessaire en cas de recrutement direct.

Plusieurs acheteurs publics peuvent-ils confier à un seul et même intervenant les fonctions d'assistance au pouvoir adjudicateur ?

Lorsque, sur un même territoire, une pluralité d'acheteurs publics (communes, EPCI, départements, régions, services déconcentrés de l'Etat) souhaite passer des marchés publics incluant des clauses sociales d'insertion, le fait de confier l'exercice de plusieurs fonctions d'assistance au pouvoir adjudicateur à un même intervenant est susceptible de faciliter la coordination des politiques d'achat de ces collectivités.

Le recours à cette formule peut être d'autant plus justifié que cet interlocuteur unique donne aussi aux entreprises l'assurance de bénéficier d'une réelle cohérence dans la demande et les pratiques des différents donneurs d'ordre publics sur un même territoire.

Et, surtout, le facilitateur offre la certitude de mobiliser toutes les capacités de construction pertinente des parcours d'insertion pour les personnes bénéficiaires, que le territoire concerné ne comporte pas encore une offre diversifiée en services de facilitation, notamment en cas de carence manifeste de l'initiative privée.

²⁵ Les facilitateurs sont en grande majorité employés par les PLIE et les Maisons de l'Emploi. (cf. site de l'association Alliance Villes Emploi : <http://www.ville-emploi.asso.fr>).

Cette solution doit être mise en œuvre dans le respect des règles de la commande publique (cf. « quelle forme juridique doit prendre l'intervention d'un facilitateur ? »).

Un seul et même intervenant peut-il cumuler toutes les fonctions de facilitation ?

Il peut être tentant pour un ou plusieurs pouvoirs adjudicateurs de charger un seul et même prestataire d'un ensemble de mission de facilitation, y compris celles assurées à destination des opérateurs économiques.

Il importe toutefois de rappeler aux acheteurs publics que certaines fonctions d'assistance peuvent s'avérer difficilement conciliables entre elles. Des précautions doivent donc être prises, à la fois au regard du droit de la commande publique et de l'intérêt-même de l'acheteur public :

- en cas de cumul au profit d'un même intervenant des fonctions d'assistance à la personne publique et aux opérateurs économiques : lors de la phase de passation, les opérateurs économiques recourant au service d'un tel facilitateur ne doivent en aucun cas se voir délivrer plus d'information obtenue auprès du pouvoir adjudicateur que ceux ne l'utilisant pas, sous peine de méconnaître le principe d'égalité entre les candidats. En tout état de cause, il faut s'assurer que tous les opérateurs économiques, et notamment les opérateurs économiques non nationaux, disposent d'un égal accès aux prestations de l'intervenant. En d'autres termes, le facilitateur doit être à même de conseiller et d'aider tout type d'opérateurs économiques.

- en cas de cumul des missions d'assistance à l'acheteur public et au titulaire : dans la phase d'exécution du marché, s'il est demandé au facilitateur de contrôler la bonne exécution de la clause sociale d'insertion, un prestataire impliqué dans l'assistance fournie au titulaire doit évidemment remplir de manière objective et rigoureuse sa fonction de contrôle de la qualité d'exécution de la clause sociale d'insertion.

- cette exigence d'objectivité et d'impartialité dans l'exercice de la mission de contrôle s'impose encore plus fortement quand le facilitateur a préalablement assumé une fonction de pré-sélection pour l'apport de main d'œuvre.

Quelle forme juridique doit prendre l'intervention d'un facilitateur ?

. Dans l'hypothèse où l'assistance à l'acheteur public et/ou aux opérateurs économiques est assurée par un chargé de mission au sein du pouvoir adjudicateur, il s'agit d'une prestation interne à la personne publique qui n'a pas à être formalisée juridiquement.

Lorsqu'il est envisagé de confier les missions de facilitateur à un tiers (c'est-à-dire une personne juridiquement distincte du pouvoir adjudicateur), l'acheteur public doit clairement se poser la question de ses rapports juridiques et fonctionnels avec l'intervenant et de la relation financière qu'il entretient avec lui pour déterminer le cadre juridique de l'action du facilitateur. Si l'acheteur public exerce une tutelle directe sur le tiers ou si la prestation de facilitation est effectuée à titre gratuit, une simple convention suffit pour régler les modalités de cette intervention. En l'absence d'emprise sur le facilitateur et s'il existe une rémunération même indirecte de son activité, la prestation de l'intervenant est susceptible d'être qualifiée de marché public. A cet égard, l'existence d'une convention de subvention à la structure qui emploie le facilitateur ne préserve pas forcément d'une requalification de marché public, notamment si la subvention couvre exactement les frais occasionnés par la mission de facilitation et qu'elle est clairement inscrite dans le statut de l'intervenant.

Dans l'hypothèse d'un marché public, il peut relever, compte-tenu de son objet, du champ de l'article 30 du code des marchés publics. Dans ce cas, il est passé selon une procédure adaptée.

ANNEXE 7 :

Exemple de clause sociale dans un accord cadre de nettoyage

INSERTION DE PERSONNES ÉLOIGNÉES DE L'EMPLOI

Dans le cadre des objectifs de développement durable et notamment d'insertion sociale et professionnelle rappelés par la circulaire « État exemplaire » du Premier Ministre du 3/12/2008, le titulaire s'engage à réserver un volume horaire à des personnes en parcours d'insertion au fur et à mesure de l'exécution des marchés subséquents et sur toute leur durée.

Cette condition d'exécution sera réalisée et comptabilisée lot par lot :

- par le remplacement de tout emploi vacant (suite à un départ volontaire ou lors de l'entrée dans un marché de sites ne disposant pas de personnel repris au titre de l'annexe VII de la convention collective des entreprises de propreté);
- à l'occasion de toute commande de prestations hors forfait (article T4-4 du CCTP).

Les volumes horaires correspondant devront être affectés à hauteur de 50% à des personnes éligibles aux dispositions d'insertion.

Les chefs d'équipe et les agents de maîtrise entrent en compte dans le calcul du volume horaire travaillé sur l'ensemble des marchés subséquents.

A cet effet, le titulaire peut recourir à :

- l'embauche directe de personnes en insertion (CDI ou CDD sur toute la durée du marché) ;
- la sous-traitance à une structure d'insertion par l'activité économique (SIAE)
- l'accord de sous-traitance est basé sur un nombre d'heures de travail portant sur un ou plusieurs lots du marché ;
- la co-traitance avec une entreprise d'insertion ou une entreprise adaptée. Les deux partenaires s'engagent conjointement sur l'objectif d'insertion et répondent en commun à l'appel d'offres ;
- la mise à disposition de personnel par une SIAE : mutualisation des heures de travail en insertion par le recours à du travail temporaire via des entreprises de travail temporaire d'insertion (ETTI) ou des associations intermédiaires (AI) ou à la participation à un groupement d'employeurs pour l'insertion et la qualification (GEIQ).

Ces solutions permettent notamment aux entreprises attributaires de bénéficier de l'expertise des SIAE en matière d'accompagnement social et professionnel.

Le titulaire peut rechercher les solutions pertinentes :

- dans le cas de SIAE, en consultant le site www.socialement-responsable.org
- pour les entreprises adaptées en consultant le site : <http://www.handeco.org/> et www.unea.fr ;
- pour l'embauche de personnes en parcours d'insertion et dans tous les cas de figure auprès des « facilitateurs » (gestionnaires de clause sociales) situés dans les maisons de l'emploi, les PLIE ou certaines collectivités (voir le site de l'association AVE : www.ville-emploi.asso.fr).

A défaut, les services publics : Pôle emploi et l'unité territoriale de la DIRECCTE ou la «mission insertion» du conseil général de chaque département.

Le titulaire prévoit le personnel d'encadrement suffisant pour accompagner les personnes en insertion.

Par ailleurs, il est rappelé que les publics reconnus travailleurs handicapés au sens de l'article L5212-13 du code du travail, fixant la liste des bénéficiaires de l'obligation d'emploi peuvent être considérés comme publics éloignés de l'emploi. Toutefois, l'établissement qui recrute doit alors justifier qu'il dépasse les conditions prévues dans les articles L5212-2, L5212-3 et L5212-5 du code du travail.

ANNEXE 8 :

Modalités de mise en œuvre du dispositif sur les difficultés conjoncturelles

1 Quelles peuvent être les conditions de suspension de l'application de la clause sociale d'insertion professionnelle dans le cas du chômage partiel ? :

Le titulaire – ou son sous-traitant s'il est concerné par l'application de la clause sociale d'insertion - informe le pouvoir adjudicateur dans les meilleurs délais de la survenance d'une mesure de chômage partiel au sein de son établissement.

Il fournit à cette fin une copie de la « décision d'attribution d'une d'allocation spécifique » délivrée par la Direction Départementale du Travail, de l'Emploi et de la Formation Professionnelle (DIRECCTE) qui fixe la durée et le volume maximum autorisé ou une copie de la « convention de chômage partiel ». Puis, il fournit mensuellement le bordereau adressé à la DIRECCTE mentionnant au minimum les fonctions concernées ainsi que le volume d'heures chômées.

Au vu de ces 2 pièces justificatives, le pouvoir adjudicateur notifie mensuellement par ordre de service la suspension de l'application de la clause sociale d'insertion, la période d'application de cette suspension, ses conséquences sur le volume d'heures contractuelles dédiées à l'insertion ainsi que le nouveau volume contractuel restant dû au titre du marché.

La suspension de l'application de la clause ne peut être accordée que si la durée de la mesure de chômage partiel correspond à une phase d'exécution active du marché pour le titulaire et si les fonctions concernées par cette mesure correspondent à celles visées par la clause sociale d'insertion. De plus, la suspension ne peut être accordée si le titulaire recourt à une sous-traitance pour des tâches visées par la clause sociale d'insertion et si le sous-traitant n'est pas touché par une mesure de chômage partiel.

La suspension entraîne la réduction du volume d'heures contractuelles dédiées à l'insertion prorata temporis. Le volume d'heures contractuel est d'abord ramené à un volume moyen journalier au vu de la durée du marché du titulaire. Ce volume moyen journalier est ensuite multiplié par le nombre de jours ouvrés validés au titre du chômage partiel dans les conditions précitées. Ce produit est alors déduit du volume global.

2 Quelles peuvent être les conditions de suspension de l'application de la clause sociale d'insertion professionnelle dans le cas de licenciement économique ? :

Le titulaire – ou son sous-traitant s'il est concerné par l'application de la clause sociale d'insertion- doit informer le pouvoir adjudicateur, dans les meilleurs délais, de la survenance d'une mesure de licenciement économique au sein de son établissement.

Il fournit à cette fin une copie de l'information transmise à la DIRECCTE et copie de la lettre recommandée – éventuellement anonymisée mais laissant apparaître les fonctions exercées – de convocation à l'entretien préalable du/des salarié(s) concerné(s). Puis le titulaire fournit une copie de la lettre recommandée -éventuellement anonymisée mais laissant apparaître les fonctions exercées- notifiant le licenciement économique et sa prise d'effet.

Au vu de ces 2 pièces justificatives le pouvoir adjudicateur notifie par ordre de service la suspension de l'application de la clause sociale d'insertion, la période d'application de cette suspension, ses conséquences sur le volume d'heures contractuelles dédiées à l'insertion ainsi que le nouveau volume contractuel restant dû au titre du marché.

La suspension de l'application de la clause ne peut être accordée que s'il s'agit d'un licenciement économique, intervenu moins d'un an (délai applicable à la priorité de réembauchage) avant une phase d'exécution active du marché pour le titulaire et si les fonctions concernées par cette mesure correspondent à celles visées par la clause sociale d'insertion. De plus, la suspension ne peut être accordée si le titulaire recourt à une sous-traitance pour des tâches visées par la clause sociale d'insertion et si le sous-traitant n'est pas touché par une mesure de licenciement économique.

La suspension entraîne la réduction du volume d'heures contractuelles dédiées à l'insertion prorata temporis. Le volume d'heures contractuel est d'abord ramené à un volume moyen mensuel au vu de la durée d'exécution des prestations du titulaire. Ce volume moyen mensuel est ensuite multiplié par le nombre de mois validé au titre du délai de priorité de réembauchage dans les conditions précitées. Ce produit est déduit du volume global.

3 Comment le pouvoir adjudicataire peut-il contrôler ces situations particulières (chômage partiel et licenciement économique) ?

Le pouvoir adjudicateur se réserve la possibilité de faire effectuer tout contrôle, notamment par les administrations compétentes, quant au respect par l'entreprise de ses obligations pendant une période de chômage partiel ou de licenciement économique et notamment l'absence de recours à une main d'œuvre extérieure.

Annexe 9 : Références des principaux textes cités

Directive 2004-17 du Parlement européen et du Conseil du 31 mars 2004 portant coordination des procédures de passation des marchés dans les secteurs de l'eau, de l'énergie, des transports et des services postaux.

Texte disponible à l'adresse suivante :

http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/site/fr/oj/2004/l_134/l_13420040430fr00010113.pdf

Directive 2004-18 du Parlement européen et du Conseil du 31 mars 2004 relative à la coordination des procédures de passation des marchés publics de travaux, de fournitures et de services.

Texte disponible à l'adresse suivante :

http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/site/fr/oj/2004/l_134/l_13420040430fr01140240.pdf

Loi no 98-657 du 29 juillet 1998 d'orientation relative à la lutte contre les exclusions modifiée.

Texte disponible à l'adresse suivante :

<http://www.legifrance.gouv.fr/affichTexte.do?cidTexte=LEGITEXT000005626296&dateTexte=20101109>

Loi n° 2003-710 du 1er août 2003 d'orientation et de programmation pour la ville et la rénovation urbaine

Texte disponible à l'adresse suivante :

<http://legifrance.gouv.fr/affichTexte.do?cidTexte=JORFTEXT000000428979>

Loi n° 2005-102 du 11 février 2005 pour l'égalité des droits et des chances, la participation et la citoyenneté des personnes handicapées.

Texte disponible à l'adresse suivante :

<http://www.legifrance.gouv.fr/texteconsolide/SMEAX.htm>

Ordonnance n° 2004-559 du 17 juin 2004, modifiée par la loi n°2004-1343 du 9 décembre 2004, par la loi n°2005-845 du 26 juillet 2005, sur les contrats de partenariat et par la loi n° 2009-179 du 17 février 2009 pour l'accélération des programmes de construction et d'investissement publics et privés.

Texte disponible à l'adresse suivante :

<http://www.legifrance.gouv.fr/affichTexte.do?cidTexte=JORFTEXT000000438720&dateTexte=>

Ordonnance n°2005-649 du 6 juin 2005, modifiée par la loi n° 2006-450 du 8 avril, relative aux marchés passés par certaines personnes publiques ou privées non soumises au code des marchés publics, et les décrets d'application 2005-1308 du 20/10/2005 modifié et 2005-1742 du 30/12/2005, modifiée par les ordonnances n° 2009-515 du 7 mai 2009 relative aux procédures de recours applicables aux contrats de la commande publique et n° 2009-864 du 15 juillet 2009 relative aux contrats de concession de travaux publics

Textes disponibles aux adresses suivantes :

Ordonnance :

http://www.legifrance.gouv.fr/affichTexte.do?jsessionid=F54D07408B6634E5650CECA702F028EF.tpdjo04v_2&dateTexte=?cidTexte=JORFTEXT000000629820&categorieLien=cid

Décrets d'application :

<http://www.legifrance.gouv.fr/affichTexte.do?cidTexte=JORFTEXT000000420648>

<http://www.legifrance.gouv.fr/affichTexte.do?cidTexte=JORFTEXT000000811078>

Décret n°2006-975 du 1^{er} août 2006 portant code des marchés publics

Texte disponible à l'adresse suivante :

<http://www.legifrance.gouv.fr/affichTexte.do?cidTexte=JORFTEXT000000264576&dateTexte=>

Circulaire du Premier ministre n° 5351/SG du 3 décembre 2008 relative à « l'exemplarité de l'Etat au regard du développement durable dans le fonctionnement de ses services et de ses établissements publics »

Texte disponible à l'adresse suivante :

http://www.fonction-publique.gouv.fr/IMG/20081203_Circulaire_5351_SG.pdf

Note du DGEFP du 3 novembre 2010 relative au cofinancement de la phase de développement des postes de facilitateurs de la clause sociale dans les marchés publics au titre du Programme opérationnel national FSE « compétitivité régionale et emploi ».

Charte nationale d'insertion applicable aux porteurs de projet et aux maîtres d'ouvrage contractant avec l'Agence Nationale pour la Rénovation Urbaine (ANRU), approuvée par le conseil d'administration de l'ANRU du 9 février 2005.

Texte disponible à l'adresse suivante :

http://www.anru.fr/IMG/pdf/Charte_nationale_d_insertion.pdf

Annexe 10 : Comparaison entre le code des marchés publics, l'ordonnance n°2005-649 du 6 juin 2005 modifiée relative aux marchés passés par certaines personnes publiques ou privées non soumises au code des marchés publics et les directives 2004/17/CE et 2004/18/CE du 31 mars 2004²⁶

²⁶ Cette annexe est à imprimer en format A3.

**ENTITES ADJUDICATRICES : TRANSPOSITION DES DIRECTIVES MARCHES PUBLICS
DANS LE CODE DES MARCHES PUBLICS ET DANS L'ORDONNANCE ET SON DECRET D'APPLICATION**

CODE DES MARCHES PUBLICS 2006 –ENTITES ADJUDICATRICES	ORDONNANCE 2005-649 du 6/06/2005 et DECRET D'APPLICATION 2005-1308 du 20/10/2005 modifié (EA)	DIRECTIVE 2004/17 « SECTEURS»
<p>TITRE II - DISPOSITIONS GENERALES</p> <p><u>Chapitre IV - L'allotissement</u> (par application de l'article 141)</p> <p>Article 10</p> <p><i>Afin de susciter la plus large concurrence, et sauf si l'objet du marché ne permet pas l'identification de prestations distinctes, l'entité adjudicatrice passe le marché en lots séparés dans les conditions prévues par le III de l'article 27. A cette fin, il choisit librement le nombre de lots, en tenant notamment compte des caractéristiques techniques des prestations demandées, de la structure du secteur économique en cause et, le cas échéant, des règles applicables à certaines professions. Les candidatures et les offres sont examinées lot par lot. Les candidats ne peuvent présenter des offres variables selon le nombre de lots susceptibles d'être obtenus. Si plusieurs lots sont attribués à un même titulaire, il est toutefois possible de ne signer avec ce titulaire qu'un seul marché regroupant tous ces lots.</i></p> <p><i>L'entité adjudicatrice peut toutefois passer un marché global, avec ou sans identification de prestations distinctes, s'il estime que la dévolution en lots séparés est de nature, dans le cas particulier, à restreindre la concurrence, ou qu'elle risque de rendre techniquement difficile ou financièrement coûteuse l'exécution des prestations ou encore qu'il n'est pas en mesure d'assurer par lui-même les missions d'organisation, de pilotage et de coordination.</i></p> <p><i>Si l'entité adjudicatrice recourt à des lots séparés pour une opération ayant à la fois pour objet la construction et l'exploitation ou la maintenance d'un ouvrage, les prestations de construction et d'exploitation ou de maintenance ne peuvent être regroupées dans un même lot. S'il recourt à un marché global, celui-ci fait obligatoirement apparaître, de manière séparée, les prix respectifs de la construction et de l'exploitation ou de la maintenance. La rémunération des prestations d'exploitation ou de maintenance ne peut en aucun cas contribuer au paiement de la construction.</i></p>	<p>TITRE II CONTENU DES MARCHÉS</p>	
<p><u>Chapitre VI – Clauses sociales et environnementales</u> (par application de l'article 141)</p> <p>Article 14</p> <p><i>Les conditions d'exécution d'un marché ou d'un accord-cadre peuvent comporter des éléments à caractère social ou environnemental qui prennent en compte les objectifs de développement durable en conciliant développement économique, protection et mise en valeur de l'environnement et progrès social.</i></p> <p><i>Ces conditions d'exécution ne peuvent pas avoir d'effet discriminatoire à l'égard des candidats potentiels. Elles sont indiquées dans l'avis d'appel public à la concurrence ou dans les documents de la consultation.</i></p>	<p><u>Chapitre II - Clauses sociales et environnementales</u></p> <p>Article 4 Décret EA</p> <p><i>Les conditions d'exécution d'un marché ou d'un accord-cadre peuvent comporter des éléments à caractère social ou environnemental qui prennent en compte les objectifs de développement durable en conciliant développement économique, protection et mise en valeur de l'environnement et progrès social. Elles sont précisées dans l'un des avis d'appel à concurrence mentionnés à l'article 16 ou dans les documents de la consultation.</i></p> <p><i>Ces conditions d'exécution ne peuvent pas avoir d'effet discriminatoire à l'égard des candidats potentiels.</i></p>	<p>Article 38</p> <p>Les entités adjudicatrices peuvent exiger des conditions particulières concernant l'exécution du marché pour autant que ces conditions soient compatibles avec le droit communautaire et soient indiquées dans l'avis utilisé comme moyen de mise en concurrence ou dans le cahier des charges. Les conditions dans lesquelles un marché est exécuté peuvent notamment viser des considérations sociales et environnementales.</p>
<p><u>Chapitre VII – Marchés réservés</u></p> <p>Article 15 (par application de l'article 141)</p> <p><i>Certains marchés ou certains lots d'un marché peuvent être réservés à des entreprises adaptées ou à des établissements et services d'aide par le travail mentionnés aux articles L 5213-13, L. 5213-18, L. 5213-19 et L 5213-22 du code du travail et L. 344-2 du code de l'action sociale et des familles, ou à des structures équivalentes, lorsque la majorité des travailleurs concernés sont des personnes handicapées qui, en raison de la nature ou de la gravité de leurs déficiences, ne peuvent exercer une activité professionnelle dans des conditions normales.</i></p>	<p>Article 16 Ord</p> <p>Certains marchés ou certains lots d'un marché peuvent être réservés à des entreprises adaptées ou à des établissements et services d'aide par le travail mentionnés aux articles L. 323-31 du code du travail et L. 344-2 du code de l'action sociale et des familles, ou à des structures équivalentes, lorsque la majorité des travailleurs concernés sont des personnes handicapées qui, en raison de la nature ou de la gravité de leurs déficiences, ne peuvent exercer une activité professionnelle dans des conditions normales.</p>	<p>Article 28</p> <p>Les États membres peuvent réserver la participation aux procédures de passation de marchés à des ateliers protégés ou en réserver l'exécution dans le contexte de programmes d'emplois protégés lorsque la majorité des travailleurs concernés sont des personnes handicapées qui, en raison de la nature ou de la gravité de leurs déficiences, ne peuvent exercer une activité professionnelle dans des conditions normales. (...)</p>
<p><i>L'avis d'appel public à la concurrence fait mention de la présente disposition.</i></p>	<p>Article 33 Décret EA</p> <p>La décision de réserver certains marchés ou certains lots à des entreprises adaptées, des établissements et des services d'aide par le travail en application de l'article 16 de l'ordonnance du 6 juin 2005 susvisée est mentionnée dans l'avis d'appel public à concurrence.</p>	<p>(...) L'avis utilisé comme moyen de mise en concurrence fait mention du présent article.</p>

CODE DES MARCHES PUBLICS 2006 –ENTITES ADJUDICATRICES	ORDONNANCE 2005-649 du 6/06/2005 et DECRET D'APPLICATION 2005-1308 du 20/10/2005 modifié (EA)	DIRECTIVE 2004/17 « SECTEURS»
<p><u>Article 148 ²⁷</u> <i>I.-Les marchés et les accords-cadres ayant pour objet des prestations de services qui ne sont pas mentionnées à l'article 29 peuvent être passés, quel que soit leur montant, selon une procédure adaptée, dans les conditions prévues par l'article 146.</i></p> <p><i>II.-Toutefois :</i> 1° Les dispositions du III de l'article 150 ne sont pas applicables ; 2° Lorsque le montant estimé des prestations demandées est égal ou supérieur à 387 000 euros HT, elles sont définies conformément aux dispositions de l'article 6 et le marché fait l'objet d'un avis d'attribution dans les conditions fixées à l'article 172 ; 3° Les marchés d'un montant égal ou supérieur à 193 000 euros HT sont attribués par la commission d'appel d'offres pour les collectivités territoriales ; 4° L'entité adjudicatrice veille au respect des principes déontologiques et des réglementations applicables, le cas échéant, aux professions concernées ; 5° Les marchés de services juridiques ne sont pas soumis aux dispositions du titre IV de la présente partie. En outre, ceux de ces marchés qui ont pour objet la représentation d'une collectivité territoriale en vue du règlement d'un litige ne sont pas transmis au représentant de l'Etat.</p>	<p><u>Article 9 Décret EA</u> A l'exception des articles 2, 3 et 45, les dispositions du présent décret ne s'appliquent pas aux marchés de services ayant pour objet des prestations non mentionnées à l'article 8. Ces marchés sont passés selon des modalités librement définies par l'entité adjudicatrice.</p>	<p><u>Article 32</u> La passation des marchés qui ont pour objet des services figurant à l'annexe XVII B est soumise aux seuls articles 34 et 43.</p>
<p>III. - Lorsqu'un marché a pour objet à la fois des prestations de services mentionnées à l'article 29 et des prestations de services qui n'y sont pas mentionnées, il est passé conformément aux règles qui s'appliquent à celle de ces deux catégories de prestations de services dont le montant estimé est le plus élevé.</p>	<p>Lorsqu'un marché a pour objet à la fois des services mentionnés à l'article 8 et des services n'en relevant pas, il est passé conformément aux dispositions de l'article 8 si la valeur des services mentionnés à cet article dépasse la valeur de ceux qui n'en relèvent pas.</p>	<p><u>Article 33</u> Les marchés qui ont pour objet à la fois des services figurant à l'annexe XVII A et des services figurant à l'annexe XVII B sont passés conformément aux articles 34 à 57 lorsque la valeur des services figurant à l'annexe XVII A dépasse celle des services figurant à l'annexe XVII B. Dans les autres cas, les marchés sont passés conformément aux articles 34 et 43</p>
<p><u>Article 50</u> (par application de l'article 142) <i>I.-Pour les marchés passés selon une procédure formalisée, lorsque l'entité adjudicatrice se fonde sur plusieurs critères pour attribuer le marché, il peut autoriser les candidats à présenter des variantes. L'entité adjudicatrice indique dans l'avis d'appel public à la concurrence ou dans les documents de la consultation s'il autorise ou non les variantes ; à défaut d'indication, les variantes ne sont pas admises. Les documents de la consultation mentionnent les exigences minimales que les variantes doivent respecter ainsi que les modalités de leur présentation. Seules les variantes répondant à ces exigences minimales peuvent être prises en considération.</i></p> <p><i>II.-Pour les marchés passés selon une procédure adaptée, lorsque l'entité adjudicatrice se fonde sur plusieurs critères pour attribuer le marché, les candidats peuvent proposer des variantes sauf si l'entité adjudicatrice a mentionné dans les documents de la consultation qu'il s'oppose à l'exercice de cette faculté. L'entité adjudicatrice peut mentionner dans les documents de la consultation les exigences minimales ainsi que les modalités de leur présentation. Dans ce cas, seules les variantes répondant à ces exigences minimales sont prises en considération. Toutefois, la mention des exigences minimales et des modalités de leur présentation peut être succincte.</i></p> <p><i>III. - Les variantes sont proposées avec l'offre de base. Pour les marchés de fournitures ou de services, une variante ne peut être rejetée au seul motif qu'elle aboutirait, si elle était retenue, respectivement soit à un marché de services au lieu d'un marché de fournitures, soit à un marché de fournitures au lieu d'un marché de services.</i></p>	<p><u>Article 22 Décret EA</u> Lorsque l'entité adjudicatrice se fonde sur plusieurs critères pour attribuer le marché, elle peut autoriser les candidats à présenter des variantes. L'entité adjudicatrice indique dans l'avis d'appel à concurrence ou dans les documents de la consultation si elle autorise ou non les variantes. Les documents de la consultation mentionnent les exigences minimales que les variantes doivent respecter ainsi que les modalités de leur présentation. Seules les variantes répondant à ces exigences minimales peuvent être prises en considération. Pour les marchés de fournitures ou de services, une variante ne peut être rejetée au seul motif qu'elle aboutirait, si elle était retenue, respectivement soit à un marché de services au lieu d'un marché de fournitures, soit à un marché de fournitures au lieu d'un marché de services.</p>	<p><u>Article 36</u> 1. Lorsque le critère d'attribution du marché est celui de l'offre économiquement la plus avantageuse, les entités adjudicatrices peuvent prendre en considération des variantes présentées par des soumissionnaires lorsqu'elles répondent aux exigences minimales requises par ces entités adjudicatrices. Les entités adjudicatrices indiquent dans le cahier des charges si elles autorisent ou non les variantes, et, lorsqu'elles les autorisent, les exigences minimales que les variantes doivent respecter ainsi que les modalités pour leur soumission. 2. Dans les procédures de passation de marchés publics de fournitures ou de services, les entités adjudicatrices qui ont admis des variantes en vertu du paragraphe 1 ne peuvent rejeter une variante pour la seule raison qu'elle aboutirait, si elle était retenue, à un marché de services au lieu d'un marché de fournitures, ou à un marché de fournitures au lieu d'un marché de services.</p>
<p><i>Sous-section 2 – Attribution des marchés</i> (par application de l'article 142) <u>Article 53</u> <i>I. - Pour attribuer le marché au candidat qui a présenté l'offre économiquement la plus avantageuse, l'entité adjudicatrice se fonde :</i> 1° Soit sur une pluralité de critères non discriminatoires et liés à l'objet du marché, notamment la qualité, le prix, la valeur technique, le caractère esthétique et fonctionnel, les performances en matière de protection de l'environnement, les performances en matière d'insertion</p>	<p>II. - Pour attribuer le marché au candidat qui a présenté l'offre économiquement la plus avantageuse, l'entité adjudicatrice se fonde : 1° Soit sur une pluralité de critères non discriminatoires et liés à l'objet du marché, notamment le délai de livraison ou d'exécution, le coût global d'utilisation, la rentabilité, la qualité, le caractère esthétique et fonctionnel, les caractéristiques environnementales, la valeur technique, le caractère</p>	<p><u>Article 55.1</u> 1. Sans préjudice des dispositions législatives, réglementaires ou administratives nationales relatives à la rémunération de certains services, les critères sur lesquels les entités adjudicatrices se fondent pour attribuer les marchés sont: a) soit, lorsque l'attribution se fait à l'offre économiquement la plus avantageuse du point de vue des entités adjudicatrices, divers critères liés à l'objet du marché en question, tels que le délai de livraison ou d'exécution, le coût d'utilisation, la rentabilité, la qualité, le caractère esthétique et</p>

²⁷ Remplace l'article 30

CODE DES MARCHES PUBLICS 2006 –ENTITES ADJUDICATRICES	ORDONNANCE 2005-649 du 6/06/2005 et DECRET D'APPLICATION 2005-1308 du 20/10/2005 modifié (EA)	DIRECTIVE 2004/17 « SECTEURS»
<p><i>en matière de protection de l'environnement, les performances en matière d'insertion professionnelle des publics en difficulté, le coût global d'utilisation, la rentabilité, le caractère innovant, le service après-vente et l'assistance technique, la date de livraison, le délai de livraison ou d'exécution. D'autres critères peuvent être pris en compte s'ils sont justifiés par l'objet du marché ;</i></p> <p>2° Soit, compte-tenu de l'objet du marché, sur un seul critère qui est celui du prix.</p>	<p><i>esthétique et fonctionnel, les caractéristiques environnementales, la valeur technique, le caractère innovant, le service après-vente et l'assistance technique, le prix, la date de livraison, les performances en matière d'insertion professionnelle des publics en difficulté. D'autres critères peuvent être pris en compte s'ils sont justifiés par l'objet du marché ;</i></p> <p>2° Soit, compte tenu de l'objet du marché, sur le seul critère du prix.</p>	<p>fonctionnel, les caractéristiques environnementales, la valeur technique, le service après-vente et l'assistance technique, l'engagement en matière de pièces de rechange, la sécurité d'approvisionnement et le prix;</p> <p>b) soit uniquement le prix le plus bas.</p>
<p>IV. – 1° Lors de la passation d'un marché, un droit de préférence est attribué, à égalité de prix ou à équivalence d'offres, à l'offre présentée par une société coopérative ouvrière de production, par un groupement de producteurs agricoles, par un artisan, une société coopérative d'artisans ou par une société coopérative d'artistes ou par des entreprises adaptées.</p> <p>2° Lorsque les marchés portent, en tout ou partie, sur des prestations susceptibles d'être exécutées par des artisans ou des sociétés d'artisans ou des sociétés coopératives d'artisans ou des sociétés coopératives ouvrières de production ou des entreprises adaptées, les entités adjudicatrices contractantes doivent, préalablement à la mise en concurrence, définir les travaux, fournitures ou services qui, à ce titre, et dans la limite du quart du montant de ces prestations, à équivalence d'offres, seront attribués de préférence à tous autres candidats, aux artisans ou aux sociétés coopératives d'artisans ou aux sociétés coopératives ouvrières de production ou à des entreprises adaptées.</p> <p>3° Lorsque les marchés portent, en tout ou partie, sur des travaux à caractère artistique, la préférence, à égalité de prix ou à équivalence d'offres prévue au 2°, s'exerce jusqu'à concurrence de la moitié du montant de ces travaux, au profit des artisans d'art ou des sociétés coopératives d'artistes.</p>		

**POUVOIRS ADJUDICATEURS : TRANSPOSITION DES DIRECTIVES MARCHES PUBLICS
DANS LE CODE DES MARCHES PUBLICS ET DANS L'ORDONNANCE ET SON DECRET D'APPLICATION**

CODE DES MARCHES PUBLICS 2006 - POUVOIRS ADJUDICATEURS	ORDONNANCE 2005-649 du 6/06/2005 <i>modifiée</i> et DECRET D'APPLICATION 2005-1742 du 30/12/2005 <i>modifié</i> 5	DIRECTIVE 2004/18 « CLASSIQUE »
<p align="center">TITRE IER – CHAMP D'APPLICATION ET PRINCIPES FONDAMENTAUX</p>		
<p>TITRE II - DISPOSITIONS GENERALES <u>Chapitre Ier - Détermination des besoins à satisfaire</u> Article 5 I. - La nature et l'étendue des besoins à satisfaire sont déterminées avec précision avant tout appel à la concurrence ou toute négociation non précédée d'un appel à la concurrence en prenant en compte des objectifs de développement durable. Le ou les marchés ou accords-cadres conclus par le pouvoir adjudicateur ont pour objet exclusif de répondre à ces besoins.</p>		
<p><u>Chapitre IV - L'allotissement</u> Article 10 Afin de susciter la plus large concurrence, et sauf si l'objet du marché ne permet pas l'identification de prestations distinctes, le pouvoir adjudicateur passe le marché en lots séparés dans les conditions prévues par le III de l'article 27. A cette fin, il choisit librement le nombre de lots, en tenant notamment compte des caractéristiques techniques des prestations demandées, de la structure du secteur économique en cause et, le cas échéant, des règles applicables à certaines professions. Les candidatures et les offres sont examinées lot par lot. Les candidats ne peuvent présenter des offres variables selon le nombre de lots susceptibles d'être obtenus. Si plusieurs lots sont attribués à un même titulaire, il est toutefois possible de ne signer avec ce titulaire qu'un seul marché regroupant tous ces lots. Le pouvoir adjudicateur peut toutefois passer un marché global, avec ou sans identification de prestations distinctes, s'il estime que la dévolution en lots séparés est de nature, dans le cas particulier, à restreindre la concurrence, ou qu'elle risque de rendre techniquement difficile ou financièrement coûteuse l'exécution des prestations ou encore qu'il n'est pas en mesure d'assurer par lui-même les missions d'organisation, de pilotage et de coordination. Si le pouvoir adjudicateur recourt à des lots séparés pour une opération ayant à la fois pour objet la construction et l'exploitation ou la maintenance d'un ouvrage, les prestations de construction et d'exploitation ou de maintenance ne peuvent être regroupées dans un même lot. S'il recourt à un marché global, celui-ci fait obligatoirement apparaître, de manière séparée, les prix respectifs de la construction et de l'exploitation ou de la maintenance. La rémunération des prestations d'exploitation ou de maintenance ne peut en aucun cas contribuer au paiement de la construction.</p>		
<p><u>Chapitre VI – Clauses sociales et environnementales</u> Article 14 Les conditions d'exécution d'un marché ou d'un accord-cadre peuvent comporter des éléments à caractère social ou environnemental qui prennent en compte les objectifs de développement durable en conciliant développement économique, protection et mise en valeur de l'environnement et progrès social. Ces conditions d'exécution ne peuvent pas avoir d'effet discriminatoire à l'égard des candidats potentiels. Elles sont indiquées dans l'avis d'appel public à la concurrence ou dans les documents de la consultation.</p>	<p>Article 4 Décret PA <i>Les conditions d'exécution d'un marché ou d'un accord-cadre peuvent comporter des éléments à caractère social ou environnemental qui prennent en compte les objectifs de développement durable en conciliant développement économique, protection et mise en valeur de l'environnement et progrès social.</i> Elles sont précisées dans l'avis d'appel à concurrence mentionné à l'article 16 ou dans les documents de la consultation. Ces conditions d'exécution ne peuvent pas avoir d'effet discriminatoire à l'égard des candidats potentiels.</p>	<p>Article 26 Conditions d'exécution du marché Les pouvoirs adjudicateurs peuvent exiger des conditions particulières concernant l'exécution du marché pour autant qu'elles soient compatibles avec le droit communautaire et qu'elles soient indiquées dans l'avis de marché ou dans le cahier des charges. Les conditions dans lesquelles un marché est exécuté peuvent notamment viser des considérations sociales et environnementales.</p>
<p><u>Chapitre VII – Marchés réservés</u> Article 15 Certains marchés ou certains lots d'un marché peuvent être réservés à des entreprises</p>	<p>Article 16 Ord Certains marchés ou certains lots d'un marché peuvent être réservés à des entreprises adaptées ou à</p>	<p>Article 19 Marchés réservés Les États membres peuvent réserver la participation aux procédures de passation de marchés</p>

CODE DES MARCHES PUBLICS 2006 - POUVOIRS ADJUDICATEURS	ORDONNANCE 2005-649 du 6/06/2005 <i>modifiée</i> et DECRET D'APPLICATION 2005-1742 du 30/12/2005 <i>modifié</i> 5	DIRECTIVE 2004/18 « CLASSIQUE »
adaptées ou à des établissements et services d'aide par le travail mentionnés aux articles L. 5213-13, L. 5213-18, L. 5213-19 et L. 5213-22 du code de travail et L. 344-2 du code de l'action sociale et des familles, ou à des structures équivalentes, lorsque la majorité des travailleurs concernés sont des personnes handicapées qui, en raison de la nature ou de la gravité de leurs déficiences, ne peuvent exercer une activité professionnelle dans des conditions normales.	des établissements et services d'aide par le travail mentionnés aux articles L. 323-31 du code du travail et L. 344-2 du code de l'action sociale et des familles, ou à des structures équivalentes, lorsque la majorité des travailleurs concernés sont des personnes handicapées qui, en raison de la nature ou de la gravité de leurs déficiences, ne peuvent exercer une activité professionnelle dans des conditions normales.	publics à des ateliers protégés ou en réserver l'exécution dans le cadre de programmes d'emplois protégés, lorsque la majorité des travailleurs concernés sont des personnes handicapées qui, en raison de la nature ou de la gravité de leurs déficiences, ne peuvent exercer une activité professionnelle dans des conditions normales. (...)
L'avis d'appel public à la concurrence fait mention de la présente disposition.	Article 27 Décret PA La décision de réserver certains marchés ou certains lots à des entreprises adaptées, des établissements et des services d'aide par le travail en application de l'article 16 de l'ordonnance du 6 juin 2005 susvisée est mentionnée dans l'avis d'appel à concurrence.	(...) L'avis de marché fait mention de la présente disposition.
Article 30 I. - Les marchés et les accords-cadres ayant pour objet des prestations de services qui ne sont pas mentionnées à l'article 29 peuvent être passés, quel que soit leur montant, selon une procédure adaptée, dans les conditions prévues par l'article 28. II. - Toutefois : 1° les dispositions des III et IV de l'article 40 ne sont pas applicables ; 2° lorsque le montant estimé des prestations demandées est égal ou supérieur à 193.000 € HT, elles sont définies conformément aux dispositions de l'article 6 et le marché fait l'objet d'un avis d'attribution dans les conditions fixées à l'article 85 ; 3° les marchés d'un montant égal ou supérieur à 193.000 € HT sont attribués par la commission d'appel d'offres pour les collectivités territoriales et après avis de la commission d'appel d'offres pour l'Etat, les établissements publics de santé et les établissements publics sociaux ou médico-sociaux ; 4° le pouvoir adjudicateur veille au respect des principes déontologiques et des réglementations applicables, le cas échéant, aux professions concernées ; 5° les marchés de services juridiques ne sont pas soumis aux dispositions du titre IV de la présente partie. En outre, ceux de ces marchés qui ont pour objet la représentation d'une collectivité territoriale en vue du règlement d'un litige ne sont pas transmis au représentant de l'Etat.	Article 9 Décret PA A l'exception des articles 2, 3 et 47, les dispositions du présent décret ne s'appliquent pas aux marchés de services ayant pour objet des prestations non mentionnées à l'article 8. Ces marchés sont passés selon des modalités librement définies par le pouvoir adjudicateur.	Article 21 Marchés de services figurant à l'annexe II B La passation des marchés qui ont pour objet des services figurant à l'annexe II B est soumise seulement à l'article 23 et à l'article 35, paragraphe 4 .
III. - Lorsqu'un marché ou un accord-cadre a pour objet à la fois des prestations de services mentionnées à l'article 29 et des prestations de services qui n'y sont pas mentionnées, il est passé conformément aux règles qui s'appliquent à celle de ces deux catégories de prestations de services dont le montant estimé est le plus élevé.	Lorsqu'un marché a pour objet à la fois des services mentionnés à l'article 8 et des services n'en relevant pas, il est passé conformément aux dispositions de l'article 8 si la valeur des services mentionnés à cet article dépasse la valeur de ceux qui n'en relèvent pas.	Article 22 Marchés mixtes de services figurant à l'annexe II A et de services figurant à l'annexe II B Les marchés qui ont pour objet à la fois des services figurant à l'annexe II A et des services figurant à l'annexe II B sont passés conformément aux articles 23 à 35 lorsque la valeur des services figurant à l'annexe II A dépasse celle des services figurant à l'annexe II B. Dans les autres cas, le marché est passé conformément à l'article 23 et à l'article 35, paragraphe 4 .

CODE DES MARCHES PUBLICS 2006 - POUVOIRS ADJUDICATEURS	ORDONNANCE 2005-649 du 6/06/2005 <i>modifiée</i> et DECRET D'APPLICATION 2005-1742 du 30/12/2005 <i>modifié</i>	DIRECTIVE 2004/18 « CLASSIQUE »
<p><u>Article 50</u></p> <p>I.-Pour les marchés passés selon une procédure formalisée, lorsque l'entité adjudicatrice se fonde sur plusieurs critères pour attribuer le marché, il peut autoriser les candidats à présenter des variantes. L'entité adjudicatrice indique dans l'avis d'appel public à la concurrence ou dans les documents de la consultation s'il autorise ou non les variantes ; à défaut d'indication, les variantes ne sont pas admises. Les documents de la consultation mentionnent les exigences minimales que les variantes doivent respecter ainsi que les modalités de leur présentation. Seules les variantes répondant à ces exigences minimales peuvent être prises en considération.</p> <p>II.-Pour les marchés passés selon une procédure adaptée, lorsque l'entité adjudicatrice se fonde sur plusieurs critères pour attribuer le marché, les candidats peuvent proposer des variantes sauf si l'entité adjudicatrice a mentionné dans les documents de la consultation qu'il s'oppose à l'exercice de cette faculté. L'entité adjudicatrice peut mentionner dans les documents de la consultation les exigences minimales ainsi que les modalités de leur présentation. Dans ce cas, seules les variantes répondant à ces exigences minimales sont prises en considération. Toutefois, la mention des exigences minimales et des modalités de leur présentation peut être succincte.</p> <p>III. - Les variantes sont proposées avec l'offre de base.</p> <p>Pour les marchés de fournitures ou de services, une variante ne peut être rejetée au seul motif qu'elle aboutirait, si elle était retenue, respectivement soit à un marché de services au lieu d'un marché de fournitures, soit à un marché de fournitures au lieu d'un marché de services.</p>	<p><u>Article 21 Décret PA</u></p> <p>Lorsque le pouvoir adjudicateur se fonde sur plusieurs critères pour attribuer le marché, il peut autoriser les candidats à présenter des variantes.</p> <p>Le pouvoir adjudicateur indique dans l'avis d'appel à concurrence ou dans les documents de la consultation s'il autorise ou non les variantes ; à défaut d'indication, les variantes ne sont pas admises.</p> <p>Les documents de la consultation mentionnent les exigences minimales que les variantes doivent respecter ainsi que les modalités de leur présentation. Seules les variantes répondant à ces exigences minimales peuvent être prises en considération.</p> <p>Pour les marchés de fournitures ou de services, une variante ne peut être rejetée au seul motif qu'elle aboutirait, si elle était retenue, respectivement soit à un marché de services au lieu d'un marché de fournitures, soit à un marché de fournitures au lieu d'un marché de services.</p>	<p><u>Article 24 Variantes</u></p> <p>1. Lorsque le critère d'attribution est celui de l'offre économiquement la plus avantageuse, les pouvoirs adjudicateurs peuvent autoriser les soumissionnaires à présenter des variantes.</p> <p>2 Les pouvoirs adjudicateurs indiquent dans l'avis de marché s'ils autorisent ou non les variantes; à défaut d'indication, les variantes ne sont pas autorisées.</p> <p>3. Les pouvoirs adjudicateurs qui autorisent les variantes mentionnent dans le cahier des charges les exigences minimales que les variantes doivent respecter ainsi que les modalités de leur soumission.</p> <p>4. Ils ne prennent en considération que les variantes répondant aux exigences minimales qu'ils ont requises.</p> <p>Dans les procédures de passation de marchés publics de fournitures ou de services, les pouvoirs adjudicateurs qui ont autorisé des variantes ne peuvent rejeter une variante pour la seule raison qu'elle aboutirait, si elle était retenue, respectivement soit à un marché de services au lieu d'un marché public de fournitures, soit à un marché de fournitures au lieu d'un marché public de services.</p>
<p><u>Article 53</u></p> <p>I. - Pour attribuer le marché au candidat qui a présenté l'offre économiquement la plus avantageuse, le pouvoir adjudicateur se fonde :</p> <p>1° Soit sur une pluralité de critères non discriminatoires et liés à l'objet du marché, notamment la qualité, le prix, la valeur technique, le caractère esthétique et fonctionnel, les performances en matière de protection de l'environnement, les performances en matière d'insertion professionnelle des publics en difficulté, le coût global d'utilisation, la rentabilité, le caractère innovant, le service après-vente et l'assistance technique, la date de livraison, le délai de livraison ou d'exécution. D'autres critères peuvent être pris en compte s'ils sont justifiés par l'objet du marché ;</p> <p>2° Soit, compte-tenu de l'objet du marché, sur un seul critère qui est celui du prix.</p>	<p><u>Article 14 Ord</u></p> <p>Le marché ou l'accord-cadre est attribué au candidat ou, le cas échéant, aux candidats qui ont présenté l'offre économiquement la plus avantageuse dans des conditions définies par décret en Conseil d'État.</p> <p><u>Article 24 Décret PA</u></p> <p>II. - Pour attribuer le marché au candidat qui a présenté l'offre économiquement la plus avantageuse, le pouvoir adjudicateur se fonde :</p> <p>1° <i>Soit sur une pluralité de critères non discriminatoires et liés à l'objet du marché, notamment le délai de livraison ou d'exécution, le coût global d'utilisation, la rentabilité, la qualité, le caractère esthétique et fonctionnel, les caractéristiques environnementales, la valeur technique, le caractère innovant, le service après-vente et l'assistance technique, le prix, la date de livraison, les performances en matière d'insertion professionnelle des publics en difficulté. D'autres critères peuvent être pris en compte s'ils sont justifiés par l'objet du marché ;</i></p> <p>2° <i>Soit, compte tenu de l'objet du marché, sur le seul critère du prix.</i></p>	<p><u>Article 53.1</u> Critères d'attribution des marchés</p> <p>1. Sans préjudice des dispositions législatives, réglementaires ou administratives nationales relatives à la rémunération de certains services, les critères sur lesquels les pouvoirs adjudicateurs se fondent pour attribuer les marchés publics sont:</p> <p>a) soit, lorsque l'attribution se fait à l'offre économiquement la plus avantageuse du point de vue du pouvoir adjudicateur, divers critères liés à l'objet du marché public en question: par exemple, la qualité, le prix, la valeur technique, le caractère esthétique et fonctionnel, les caractéristiques environnementales, le coût d'utilisation, la rentabilité, le service après-vente et l'assistance technique, la date de livraison et le délai de livraison ou d'exécution;</p> <p>b) soit uniquement le prix le plus bas.</p>

IV. – 1° Lors de la passation d'un marché, un droit de préférence est attribué, à égalité de prix ou à équivalence d'offres, à l'offre présentée par une société coopérative ouvrière de production, par un groupement de producteurs agricoles, par un artisan, une société coopérative d'artisans ou par une société coopérative d'artistes ou par des entreprises adaptées.

2° Lorsque les marchés portent, en tout ou partie, sur des prestations susceptibles d'être exécutées par des artisans ou des sociétés d'artisans ou des sociétés coopératives d'artisans ou des sociétés coopératives ouvrières de production ou des entreprises adaptées, les pouvoirs adjudicateurs contractants doivent, préalablement à la mise en concurrence, définir les travaux, fournitures ou services qui, à ce titre, et dans la limite du quart du montant de ces prestations, à équivalence d'offres, seront attribués de préférence à tous autres candidats, aux artisans ou aux sociétés coopératives d'artisans ou aux sociétés coopératives ouvrières de production ou à des entreprises adaptées.

3° Lorsque les marchés portent, en tout ou partie, sur des travaux à caractère artistique, la préférence, à égalité de prix ou à équivalence d'offres prévue au 2°, s'exerce jusqu'à concurrence de la moitié du montant de ces travaux, au profit des artisans d'art ou des sociétés coopératives d'artistes.