

# L'approche sociale de la commande publique

La prise en compte de préoccupations d'ordre social au sein des marchés publics n'est pas apparue avec le code des marchés publics entré en vigueur le 1<sup>er</sup> septembre 2006.

En effet, déjà envisagé par la commission européenne dans une communication interprétative du 15 octobre 2001, ce raisonnement fut repris au sein de la charte de l'environnement (Adoptée par la loi constitutionnelle du 1<sup>er</sup> mars 2005) sous l'angle du développement durable et intégré par le législateur lors de la rédaction de la loi de programmation pour la cohésion sociale du 18 janvier 2005, dite « loi Borloo ».

Au départ préoccupation informelle, la possibilité de conférer aux marchés publics une dimension sociale a progressivement été introduite au sein des différentes étapes de passation et d'exécution des marchés publics.

Le code des marchés publics entré en vigueur le 1<sup>er</sup> septembre 2006 organise aujourd'hui cette possibilité en offrant à l'acheteur public, différents outils juridiques permettant de conférer une utilité sociale à la commande publique.

## 1. Une définition initiale des besoins prenant en compte des objectifs d'ordre social

L'article 5 du code des marchés publics de 2006 prévoit que « *la nature et l'étendue des besoins à satisfaire sont déterminés 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 développement durable doit concilier, selon l'article 14 du même code, « *développement économique, protection et mise en valeur de l'environnement et progrès social* ». Il comporte en conséquence trois dimensions à savoir les dimensions économique, environnementale et sociale. Il appartient dès lors à l'acheteur public de s'interroger sur la dimension sociale qu'il entend conférer à sa commande publique.

Même si la jurisprudence administrative n'a pas eu l'occasion, pour le moment, de sanctionner la passation d'un marché public sur ce fondement, la prise en compte du développement durable dans la définition initiale des besoins est une véritable obligation susceptible de fonder un recours contentieux.

## 2. L'attribution de marchés aux entreprises adaptées ou aux établissements et services d'aide par le travail

Certains marchés ou lots d'un marché peuvent être réservés à des entreprises adaptées (anciens ateliers protégés) ou à des établissements et services d'aide par le travail (anciens C.A.T.) lorsque la majorité des travailleurs concernés sont des personnes handicapées ne pouvant exercer une activité professionnelle dans des conditions normales en raison de la nature ou de la gravité de leurs déficiences. Cette possibilité, prévue par l'article 15 du code, s'avère légitime dans la mesure où de telles structures pourraient ne pas être en mesure de remporter des marchés dans des conditions de concurrence normale.

Il est important de préciser ici, que la procédure prévue par l'article 15 ne dispense pas l'acheteur public d'organiser une procédure de mise en concurrence, entre les seuls organismes concernés.

## 3. Une procédure adaptée pour les marchés publics à objet social

Les marchés de services de qualification et d'insertion professionnelles peuvent être réalisés sous forme de prestations d'appui et d'accompagnement à l'emploi, de formation ou d'expériences préqualifiantes ou certifiantes et destinées aux jeunes sans emploi, aux personnes rencontrant des difficultés d'accès ou de maintien dans l'emploi, aux personnes handicapées.

L'article 30 prévoit que l'acheteur public peut recourir, pour la passation de tels marchés, à la procédure adaptée, quel que soit le montant du besoin à satisfaire. Il bénéficie donc d'un allègement certain des contraintes.

Pour ces marchés visant directement l'insertion de publics en difficulté, l'introduction d'un critère social de choix des offres (article 53-1) ne pose aucune difficulté, ce dernier étant directement lié à l'objet du marché.

## 4. La possibilité d'orienter la présentation des offres avec des considérations d'ordre social

L'article 50 du code prévoit que lorsque le pouvoir adjudicateur ou acheteur public se fonde sur plusieurs critères pour attribuer le marché, il peut autoriser le candidat à présenter des variantes. Ces dernières consistent en une modification, à l'initiative du candidat, de certaines spécifications des prestations décrites dans le **cahier des charges** ou dans le dossier de consultation.

Elles peuvent conduire à des propositions techniques plus performantes, à des propositions financières plus intéressantes que celles proposées par l'administration ou le maître d'œuvre mais surtout, peuvent intégrer une dimension sociale dans l'exécution du marché (par exemple une participation de publics en difficulté).

Il faut néanmoins savoir que ces variantes d'ordre social ne sont admises que si elles possèdent un lien strict avec l'objet du marché et si le pouvoir adjudicateur l'a expressément indiqué dans l'avis d'appel public à la concurrence ou dans les documents de consultation.

## 5. Le choix d'une offre économiquement et socialement la plus avantageuse

Il appartient au pouvoir adjudicateur de choisir les critères de sélection des offres. L'article 53-I du code des marchés publics énonce une série de critères d'attribution d'un marché sur lesquels le pouvoir adjudicateur peut se fonder pour retenir l'entreprise titulaire du marché. Elle comprend notamment et ce, depuis 2006, la « performance de l'entreprise en matière d'insertion professionnelle des publics en difficulté ». Le pouvoir adjudicateur, une fois ce critère retenu, pourra lui conférer une importance particulière en lui accordant une pondération supérieure aux autres critères.

Ces critères doivent être liés à l'objet du marché et ne pas avoir d'effet discriminatoire ou restreindre la concurrence entre les candidats.

En appliquant un raisonnement strict et purement économique, le nécessaire lien entre les critères de choix des offres d'un marché public et l'objet de ce dernier réserve l'utilisation de ce critère du mieux-disant social aux seuls marchés ayant pour objet l'insertion des publics en difficulté. Certains praticiens estiment à l'inverse, à la lumière des objectifs du développement durable, que ce critère a sa place au sein de marchés de service autres que ceux consacrés à l'insertion.

Il y a tout lieu de penser, compte tenu des progrès enregistrés depuis 6 ans en matière de clauses sociales, que cette approche du marché public en termes de développement durable, finira par supplanter la vision purement économique qui domine encore aujourd'hui.

## 6. L'introduction de conditions sociales d'exécution du marché

Le pouvoir adjudicateur peut introduire, par l'intermédiaire de clauses contractuelles, certaines conditions sociales d'exécution du marché. Prévues par l'article 14 du code des marchés publics de 2006, cette possibilité vise les conditions d'exécution du marché et ne peut être combinée avec l'article 53-I relatif au critère social de choix des offres (sauf pour les marchés de services de qualification et d'insertion professionnelles).

Le principe est ici de demander aux entreprises soumissionnaires de prendre l'engagement de réserver une part des heures de travail générées par le marché à une action d'insertion. Le choix de l'entreprise attributaire se fait dès lors, sans aucune référence à un quelconque critère lié à l'insertion, la clause n'étant qu'une condition d'exécution du marché que toute entreprise s'engage à respecter.

Cette dernière doit néanmoins être adaptée aux réalités économiques, juridiques, techniques et sociales du marché et doit être rédigée de manière réaliste.

Elle ne pourra pas transformer l'objet du marché, limiter la concurrence ou avoir un quelconque effet discriminatoire à l'égard des candidats potentiels. En ce sens, elle ne devra pas avoir pour objet de favoriser certaines entreprises par rapport à d'autres, toute entreprise devant pouvoir être en mesure de répondre à cette condition d'exécution si elle le souhaite.

## En savoir plus :

■ Guide "Commande publique et accès à l'emploi des personnes qui en sont éloignées" (OEAP), Juillet 2007 ;

■ Guide sur les Clauses Sociales et la Promotion de l'Emploi dans les Marchés Publics Février 2007 (Le Guide Clauses Sociales et Promotion de l'Emploi en direction des Donneurs d'Ordre, a été élaboré par l'Alliance Villes Emploi en partenariat avec le CNIAE) ;

■ Les clauses sociales dans les marchés publics - Position du MEDEF <http://www.grenelle-insertion.fr/userfiles/ClausessocialesMP.pdf>

■ Communication interprétative de la commission sur le droit communautaire applicable aux marchés publics et les possibilités d'intégrer des aspects sociaux dans lesdits marchés (15 octobre 2001) ;

■ 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.