

Marchés publics

Comment la réforme de 2016 peut doper l'achat socialement responsable

Tous les outils - ou presque - destinés à promouvoir des politiques sociales sont là. A l'acheteur public de s'en saisir.

Par **Elisa Jeanneau**, avocate, cabinet Seban & Associés

SPÉCIAL MARCHÉS PUBLICS

Lors des récents débats sur la clause « Molière » (1), la dimension sociale des marchés publics a semblé susciter un regain d'intérêt. Si les enjeux évoluent sans cesse, la thématique n'est pourtant pas nouvelle. En effet, compte tenu des montants considérables engagés, la commande publique constitue un levier privilégié des politiques sociales. L'impératif constitutionnel de promotion dans les politiques publiques du développement durable, et notamment de son pilier social, se décline ainsi dans le droit des marchés publics depuis le début des années 2000.

Utilisation stratégique de la commande publique. Toutefois, la jurisprudence, tant européenne que nationale, a longtemps été rétive à la poursuite d'objectifs sociaux à travers la commande publique (CJUE, 26 septembre 2000, « Commission c/ France », aff. C-225/980 ; CE, 25 juillet 2001, « Commune de Gravelines », n° 229666). Si cette interprétation restrictive s'est assouplie depuis (CJUE, 10 mai 2012, « Commission c/ Pays-Bas », aff. C-368/10 ; CE, 25 mars 2013, « Département de l'Isère », n° 364950), il semblerait

cependant qu'elle ait contribué à décourager les acheteurs. En effet, selon le recensement des marchés publics de l'Observatoire économique de la commande publique, en 2013, seuls 6,1% des marchés publics supérieurs ou égaux à 90 000 euros HT possédaient une clause sociale, et 654 marchés avaient été réservés à des structures dédiées aux publics en difficulté.

Les pouvoirs publics multiplient pourtant les incitations en la matière, notamment à travers l'adoption du Plan national d'action pour les achats publics durables 2014-2020, ou encore l'obligation pour certains acheteurs de se doter d'un schéma de promotion des achats publics socialement et écologiquement responsables (conformément à l'article 13 de la loi n° 2014-856 du 31 juillet 2014 relative à l'économie sociale et solidaire).

Dans le cadre de la transposition des directives européennes de 2014, et malgré les conclusions réservées de certains économistes sur la question (2), l'ordonnance n° 2015-899 du 23 juillet 2015 relative aux marchés publics (ci-après « l'ordonnance ») et son décret d'application n° 2016-360 du 25 mars 2016 (« le décret ») se

sont efforcés de lever les obstacles auxquels se heurte l'achat socialement responsable.

En vigueur depuis le 1^{er} avril 2016, la réforme a ainsi explicitement cherché à promouvoir une meilleure utilisation stratégique des marchés publics de manière à concilier, d'une part, l'efficacité de la commande publique et la bonne utilisation des deniers publics et, d'autre part, le développement durable, notamment dans sa dimension sociale. Dans cette perspective, les nouveaux textes permettent de moduler l'accès à la commande publique en fonction de considérations sociales et de mieux prendre en compte les conditions d'exécution des marchés publics tout au long de la procédure.

Modulation de l'accès aux marchés publics en fonction de considérations sociales

La réforme a eu pour effet d'accroître le nombre d'exceptions au principe de liberté d'accès à la commande publique. Les nouveaux textes étendent ainsi les possibilités d'écarter les candidatures ou les offres de certains opérateurs économiques et de réserver des marchés publics à d'autres en fonction de préoccupations d'ordre social.

Les sanctions des mauvais comportements renforcées. Au stade de la candidature comme de l'offre, l'accès aux marchés publics peut être plus facilement fermé aux opérateurs économiques ne respectant pas leurs obligations sociales.

En premier lieu, les interdictions de soumissionner obligatoires et générales visent dorénavant un plus grand nombre d'infractions, notamment d'ordre social. Au sein de la liste dressée à l'article 45 de l'ordonnance, figure ainsi celle relative au travail des enfants et autres formes de traite des êtres humains - bien que cette dernière ne soit pas, à ce jour, applicable aux marchés publics de défense ou de sécurité.

En second lieu, le régime de l'offre anormalement basse a considérablement été enrichi dans le cadre de la réforme de 2016. En particulier, l'article 60 du décret fait précisément référence à la réglementation applicable en matière sociale et du travail en vigueur sur le lieu d'exécution des prestations. L'acheteur est ainsi tenu de rejeter une offre anormalement basse parce qu'elle contreviendrait aux obligations applicables dans ces domaines.

Afin de donner toute la mesure à ces nouvelles dispositions, l'article 62-II de l'ordonnance a étendu le champ d'application des offres anormalement basses aux sous-traitants. De plus, son régime a été complété : désormais, l'acheteur doit mettre « en œuvre tous moyens pour détecter les offres anormalement basses lui permettant de les écarter » (art. 53 de l'ordonnance tel que modifié par la loi Sapin 2 du 9 décembre 2016).

Cette extension de l'offre anormalement basse permet ainsi aux acheteurs de lutter contre le *dumping* social en s'assurant que les candidats, comme leurs sous-traitants, se conforment aux obligations sociales, notamment en matière de rémunération, les intègrent dans leurs offres et les respectent tout au long de l'exécution du marché.

Le champ d'application des marchés réservés étendu.

Outre la réaffirmation de la possibilité de recourir à une procédure allégée pour la passation des marchés portant sur les services de qualification et d'insertion professionnelle (3) et les dispositions favorisant, de manière générale, l'accès des petites et moyennes entreprises aux marchés publics (4), les nouveaux

textes réservent l'accès d'une partie d'entre eux à un plus grand nombre de structures œuvrant pour l'insertion.

L'article 36 de l'ordonnance a ainsi réaffirmé la possibilité de réserver des marchés publics aux structures employant des travailleurs handicapés ou défavorisés et l'a étendue, pour les marchés autres que ceux de défense ou de sécurité, aux structures d'insertion par l'activité économique employant une proportion minimale de travailleurs défavorisés. De même, l'article 37 de la même ordonnance a ouvert cette faculté au profit des entreprises de l'économie sociale et solidaire pour certains marchés portant exclusivement sur des services de santé, sociaux ou culturels.

A titre d'exemple, il est désormais possible de réserver des marchés publics à des structures telles que les entreprises, les ateliers et les chantiers d'insertion mais également les services de l'emploi pénitentiaire ou les régies industrielles des prisons.

Prise en compte des conditions d'exécution des marchés publics

Apport majeur de la réforme de 2016, l'article 38 de l'ordonnance a sécurisé la prise en compte de caractéristiques d'ordre social dans les spécifications techniques, les critères d'attribution et les conditions d'exécution du marché public.

Alors que ces caractéristiques devaient nécessairement être liées à l'objet même du marché pour être considérées comme non discriminatoires, les acheteurs peuvent désormais également prendre en considération les conditions d'exécution des marchés publics. Cette évolution avait d'ailleurs été amorcée par la jurisprudence (CJUE, 10 mai 2012, « Commission c/ Pays-Bas », aff. C-368/10 ; CE, 15 février 2013, « Société Derichebourg polyurbaine », n° 363921). Dans ce cadre, les acheteurs disposent, pour l'ensemble de leurs marchés, de davantage de latitude au stade de la préparation ou de la passation du marché. *(suite p. 60)*

Ce qu'il faut retenir

► Dans l'objectif de promouvoir les achats publics socialement responsables, l'ordonnance du 23 juillet 2015 et le décret du 25 mars 2016 ont profondément modifié le droit des marchés publics.

► Dans un premier temps, les acheteurs disposent d'une plus grande latitude pour réserver des marchés aux structures œuvrant pour l'insertion professionnelle ainsi que pour refuser les candidatures ou les offres d'opérateurs économiques moins vertueux. Dans un second temps, une fois les candidatures admises, ils pourront analyser les offres en fonction de critères sociaux puis attribuer un marché public dont le besoin à satisfaire a été défini en référence à des labels sociaux et comprenant une clause d'insertion professionnelle.

► Si les objectifs fixés par ces nouvelles dispositions sont résolument ambitieux, la mesure s'impose dans l'attente de l'interprétation jurisprudentielle des nouveaux outils juridiques mis à disposition des acheteurs. En outre, leur utilisation pleine et entière dépendra des moyens d'accompagnement impartis. Dans ce cadre, outre le *sourcing*, les facilitateurs devront jouer un rôle essentiel.

(suite de la p.59)

Conditions d'exécution au stade de la préparation des marchés. Les besoins que les acheteurs doivent définir en amont de toute procédure couvrent désormais non seulement le résultat mais également les moyens mis en œuvre pour y parvenir. L'importance des conditions d'exécution au stade de la préparation des marchés publics a ainsi été renforcée, tant dans la définition préalable des besoins que dans la rédaction du contenu du marché.

En premier lieu, la prise en compte d'objectifs sociaux dans la définition préalable des besoins a été réaffirmée. L'article 30 de l'ordonnance énonce en effet que « la nature et l'étendue des besoins à satisfaire sont déterminées avec précision avant le lancement de la consultation en prenant en compte des objectifs de développement durable dans leurs dimensions économique, sociale et environnementale ». Dans ce cadre, l'article 10 du décret du 25 mars 2016 a étendu le champ des labels exigibles. Désormais, l'acheteur peut demander un label qui prouve que les travaux, services ou fournitures correspondent aux caractéristiques d'ordre social, et non plus seulement environnemental, qu'il a fixées.

En second lieu, les conditions d'exécution des marchés publics peuvent prendre en compte des éléments relatifs au domaine social ou à l'emploi. A ce titre, l'article 38 de l'ordonnance précise qu'« elles peuvent aussi prendre en compte la politique menée par l'entreprise en matière de lutte contre les discriminations ».

Le recours aux clauses d'insertion professionnelle ou clauses sociales permettant aux acheteurs de fixer des objectifs sociaux est ainsi sécurisé. Intégrées au cahier des clauses administratives particulières (CCAP), ces clauses indiquent le volume d'heures de travail réservées à un public déterminé qu'il s'agisse de demandeurs d'emploi de longue durée, d'allocataires du revenu de solidarité active (RSA), de travailleurs handicapés, de bénéficiaires de l'allocation de solidarité spécifique (ASS), de jeunes de moins de 26 ans sortis du système scolaire ou de l'enseignement supérieur depuis au moins six mois et s'engageant dans une démarche d'insertion et de recherche d'emploi, ou encore de personnes prises en charge par les structures d'insertion par l'activité économique.

Critères sociaux au stade de la passation des marchés.

Comme pour les clauses d'insertion professionnelle, le recours aux critères sociaux d'attribution des marchés a été précisé et sécurisé. L'article 62 du décret permet ainsi aux acheteurs de choisir l'offre économiquement la plus avantageuse en se basant sur des critères liés non plus seulement à l'objet du marché mais également à ses conditions d'exécution telles que définies à l'article 38 de l'ordonnance.

Dans ce cadre, il est possible de recourir à un critère d'attribution comprenant des aspects sociaux et, par exemple, des critères portant sur l'apprentissage, la garantie de la rémunération équitable des producteurs ou encore les performances en matière d'insertion professionnelle. Différents sous-critères peuvent également être envisagés comme les formations proposées par l'entreprise pour les personnes en insertion, l'encaissement technique et le tutorat offerts par l'entreprise pour les personnes en insertion, la mobilité des personnes éloignées du marché du travail, etc.

Ces critères sociaux de jugement des offres peuvent, naturellement, être associés, au sein du même marché, à une clause sociale afin d'obtenir une démarche d'insertion plus élaborée.

Accompagnement nécessaire. En conclusion, la promotion de l'achat public socialement responsable a fait l'objet d'enrichissements substantiels dans l'ordonnance du 23 juillet 2015 et son décret d'application du 25 mars 2016. Les objectifs ainsi fixés sont résolument ambitieux. Toutefois, ils requièrent un certain nombre de moyens afin que les acheteurs se saisissent pleinement de leurs nouveaux outils. A ce titre, les acheteurs peuvent utilement recourir au *sourcing* (art. 4 et 5 du décret). De même, les facilitateurs - c'est-à-dire les personnes-ressources en charge notamment de l'ingénierie des clauses sociales sur les territoires - ont toute leur place et devraient voir leur nombre augmenter. ●

(1) Considérée comme illégale par l'instruction interministérielle du 27 avril 2017 (NOR : ARCB1710251J) relative aux délibérations et actes des collectivités territoriales imposant l'usage du français dans les conditions d'exécution des marchés.

(2) Voir le rapport de Stéphane Saussier et Jean Tirole, « Renforcer l'efficacité de la commande publique » (notes du Conseil d'analyse économique, n° 22, avril 2015), qui estime inefficace de charger la commande publique d'atteindre des objectifs sociaux ; voir en contrepoint le premier bilan dressé aux pages 12 et 13 du guide « Commande publique et accès à l'emploi des personnes qui en sont éloignées » par l'Atelier de réflexion sur les aspects sociaux de la commande publique en octobre 2015.

(3) Art. 28 du décret n° 2016-360.

(4) Sur le renforcement de l'allotissement : ordonnance n° 2015-899, art. 32 ; sur l'allègement des candidatures : ordonnance, art. 51, décret n° 2016-360, art. 44 et suivants.