



## LA PRISE EN COMPTE DE CONSIDÉRATIONS SOCIALES DANS LES MARCHÉS PUBLICS

Par Christophe Farineau, avocat au cabinet Seban & Associés

### ■ Comment prendre en compte des considérations sociales dans la démarche d'achat ?

Trois modalités principales apparaissent offertes aux acheteurs afin de prendre en compte des considérations sociales dans leur démarche d'achat :

- les critères d'attribution, pourvu qu'ils soient objectifs, précis et liés à l'objet du marché public ou à ses conditions d'exécution (art. 52-I de l'ordonnance n° 2015-899 du 23 juillet 2015);

- les spécifications techniques, qui définissent les caractéristiques requises des travaux, des services ou des fournitures faisant l'objet du contrat et qui peuvent comprendre des caractéristiques sociales (art. 6-II-2° du décret n° 2016-360 du 25 mars 2016);

- les conditions d'exécution, c'est-à-dire les modalités de réalisation des prestations que chaque candidat doit s'engager à respecter et qui s'imposent à l'attributaire, qui peuvent prendre en compte des considérations relatives au domaine social ou à l'emploi à condition qu'elles soient liées à l'objet du marché public (art. 38-I de l'ordonnance). On notera que l'acheteur peut, dans les spécifications techniques, les critères d'attribution ou les conditions d'exécution du marché public, exiger un label particulier en tant que moyen permettant de prouver que les travaux, services ou fournitures correspondent aux caractéristiques requises, sous certaines conditions fixées à l'article 10-I du décret.

### ■ Sous quelles conditions est-il possible d'opter pour des critères de sélection des offres fondés sur des considérations sociales ?

De manière générale, les critères d'attribution doivent être objectifs, précis, non-discriminatoires, et liés à l'objet du marché public ou à ses conditions d'exécution (art. 52-I

de l'ordonnance). Et, l'article 62-II-2-a) du décret vise, parmi les exemples de critères d'attribution, les performances en matière « d'insertion professionnelle des publics en difficulté » – sous réserve d'être non discriminatoires et liés à l'objet du marché public ou à ses conditions d'exécution. Il reste à préciser comment s'apprécie l'existence d'un lien avec l'objet ou les conditions d'exécution du marché ? On retiendra que cette exigence s'entend de manière relativement souple, comme le suggère du reste l'article 38-I de l'ordonnance. Et, s'agissant du critère relatif aux performances en matière d'insertion professionnelle des publics en difficulté, le Conseil d'État avait, en 2013, considéré que cette condition de lien avec l'objet du marché devait être considérée comme remplie lorsque le marché en question était susceptible d'être exécuté, au moins en partie, par des personnes en insertion (CE, 25 mars 2013, n° 364950).

### ■ Peut-on utiliser un critère d'attribution relatif à la politique générale de l'entreprise en matière sociale ?

Non, un tel critère ne présente pas de lien suffisant avec l'objet du marché ou ses conditions d'exécution; ce qu'à d'ailleurs récemment rappelé le Conseil d'État : « [...] des critères à caractère social, relatifs notamment à l'emploi, aux conditions de travail ou à l'insertion professionnelle des personnes en difficulté, peuvent concerner toutes les activités des entreprises soumissionnaires, pour autant qu'elles concourent à la réalisation des prestations prévues par le marché; que ces dispositions n'ont, en revanche, ni pour objet ni pour effet de permettre l'utilisation d'un critère relatif à la politique générale de l'entreprise en matière sociale, apprécié au regard de l'ensemble de son activité et indistinctement applicable à l'en-

semble des marchés de l'acheteur, indépendamment de l'objet ou des conditions d'exécution propres au marché en cause » (CE, 25 mai 2018, n° 417580; cons. 97 de la directive 2014/24/UE; v. déjà, CE, 15 février 2013, n° 363921).

### ■ Peut-on réserver certains marchés publics à des opérateurs économiques qui emploient des publics en difficulté ?

Oui, des régimes réservataires sont prévus. Ainsi, l'article 36 de l'ordonnance prévoit que des marchés publics ou des lots d'un marché public peuvent être réservés à certaines structures, lorsqu'elles emploient au moins 50 % (art. 13 al. 2 du Décret) de travailleurs handicapés ou défavorisés. Il n'est toutefois pas possible d'appliquer, pour un même marché public, ces deux régimes réservataires en même temps (art. 36-III de l'ordonnance). Par ailleurs, un régime de réservation au profit des entreprises de l'économie sociale et solidaire, bien que plus limité, existe également (article 37 de l'ord. MP). L'application d'un de ces régimes doit être signalée dans l'avis d'appel à la concurrence ou, en l'absence d'un tel avis, dans les documents de la consultation, par un renvoi aux dispositions correspondantes (art. 13 al. 1 du Décret).

### ■ Quelles sont les clauses sociales les plus couramment utilisées ? Pour quels types de marchés ?

Les clauses sociales les plus couramment utilisées consistent à favoriser l'insertion professionnelle de personnes en difficulté (pour une définition de l'insertion par l'activité économique, v. art. L. 5132-1 du Code du travail) en imposant à l'opérateur économique, au titre des conditions d'exécution du marché, d'allouer un certain pourcentage des heures travaillées à ces personnes. En pratique,

les marchés publics de travaux apparaissent, encore aujourd'hui, comme le support privilégié par les acheteurs pour la mise en place de clauses sociales. Pourtant, ces clauses peuvent être utilisées dans les marchés de services (espaces verts, collecte, traitement et valorisation des déchets, gestion de déchetteries, propreté, entretien et blanchisserie de vêtements et textiles professionnels, restauration, gardiennage, déménagement, traitement du courrier, etc.), voire pour certaines prestations intellectuelles (formation, gestion prévisionnelle des emplois et des compétences, études, assistance et réseaux informatiques, conseil, etc.) et de fournitures (DAJ MINEFI, Guide sur les aspects sociaux de la commande publique, juillet 2018, p. 9).

### ■ Quels publics peuvent être concernés par les politiques d'insertion dans la commande publique ?

Les publics pouvant être visés par une clause sociale ne sont pas limités par les textes et peuvent, dès lors, être très divers : demandeurs d'emploi, personnes en situation de handicap, personnes non qualifiées, bénéficiaires d'allocations spécifiques, apprentis, réfugiés, habitants des quartiers prioritaires de la politique de la ville (QPV) – sous certaines conditions –, etc. Les acheteurs peuvent choisir de cibler un public particulier considéré comme prioritaire, sans pour autant exclure les autres catégories, et ce à la condition de le mentionner précisément dans les documents du marché (v. DAJ MINEFI, guide précité, p. 10-11).

### ■ La clause sociale doit-elle s'appliquer à tous les lots d'un marché ? Quid en cas d'accord-cadre ?

Pour les marchés allotés, il est envisageable que les clauses sociales

ne s'appliquent qu'à un ou plusieurs lots, en fonction du secteur d'activité et des caractéristiques du public mobilisable sur la zone où sera réalisée la prestation, objet du marché. En cas d'accord-cadre, il est recommandé de prévoir les clauses sociales d'exécution dans l'accord-cadre lui-même car l'ajout ou le retrait d'une clause sociale d'insertion professionnelle dans un marché subséquent reviendrait à modifier l'équilibre économique de l'accord (v. DAJ MINEFI, guide précité, p. 24).

### ■ Les acheteurs peuvent-ils, via des clauses sociales d'insertion, privilégier certains types de structures plutôt que d'autres ?

Non, ces clauses ne doivent pas être directement ou indirectement discriminatoires; autrement dit, elles ne doivent pas conduire à favoriser ou défavoriser une entreprise indépendamment de son offre. Bien au contraire, les acheteurs doivent veiller à ce que tout opérateur économique souhaitant répondre au marché, quel que soit son statut juridique ou sa taille, soit à même de pouvoir remplir cette clause. ●

### Conseils aux acheteurs

En pratique, on ne saurait trop conseiller aux acheteurs – souhaitant prendre en compte des considérations sociales dans leur démarche d'achat – de mener une réflexion préalable sur les critères d'attribution et les types de clauses qui peuvent être envisagés, mais également de s'assurer que ces dernières sont effectivement adaptées aux opérateurs économiques susceptibles de candidater (étude de faisabilité, sourcing). Par ailleurs, une attention toute particulière doit être portée à leur rédaction.