



MINISTÈRE DES FINANCES
ET DES COMPTES PUBLICS

MINISTÈRE DE L'ÉCONOMIE,
DE L'INDUSTRIE ET DU NUMÉRIQUE

GUIDES ET RECOMMANDATIONS

COMMANDE PUBLIQUE ET ACCES A L'EMPLOI DES PERSONNES QUI EN SONT ELOIGNEES

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

2^{ème} édition - Décembre 2014

DIRECTION
DES AFFAIRES JURIDIQUES



PREFACE

Depuis les années 90, le dispositif des clauses sociales s'est développé dans les collectivités territoriales, il est applicable à l'Etat ainsi qu'aux établissements publics. Ces entités publiques doivent en effet – en application de la loi – s'interroger sur la pertinence des clauses sociales d'insertion, lorsqu'elles élaborent leur besoin en matière d'achat public. C'est particulièrement pertinent lorsqu'un marché a un peu d'épaisseur.

La loi prévoit cette possibilité, des guides ont été progressivement mis au point pour aider les opérateurs et un réseau local de facilitateurs s'est développé. On peut dire que les outils existent, mais il reste encore beaucoup à faire pour développer la culture du développement durable dans l'achat public.

Il reste des réticences du côté des acheteurs publics et les décideurs restent encore trop faiblement mobilisés. Les clauses sociales d'insertion dans les marchés publics de l'Etat et de ses établissements restent donc encore faiblement développées.

Pourtant, le terrain juridique s'est éclairci, comme le montre le présent guide, et ne peut plus vraiment constituer un obstacle réel ; le domaine juridique tend à être dépassé et c'est désormais seulement une question de volonté des acteurs.

Ces clauses sont au cœur de la politique générale en matière d'achat public, parallèlement à la recherche d'une meilleure performance de la commande publique.

Il s'agit en outre, pour les décideurs, d'un élément qui donne du sens à l'acte d'achat et peut être très mobilisateur pour les équipes ; les décideurs doivent s'en emparer pour que leur développement entre dans les faits.

L'objet à long terme est d'atteindre 15% de marchés (en nombre) comportant de telles clauses sociales, il y a donc encore beaucoup de chemin à faire pour y parvenir.

Posons-nous donc la question, pour chaque marché de plus de 90 000 euros par exemple, de la pertinence d'une telle clause. Et si on n'a pas encore l'expérience des clauses, réalisons une première opération qui servira de démonstrateur pour un acheteur donné.

Le présent guide actualise les données juridiques et pratiques utiles pour leur mise en œuvre.



Christophe BAULINET

Président de l'atelier de réflexion sur les aspects sociaux de la commande publique de l'Observatoire économique de l'achat public

SOMMAIRE

| | |
|---|-----------|
| PREFACE..... | 2 |
| SOMMAIRE | 3 |
| PREMIERE PARTIE : OBJECTIFS, UTILITE ET EFFICACITE DES CLAUSES SOCIALES .. | 4 |
| I. Quels objectifs, quels marchés, pour quels publics ?..... | 4 |
| I.1. Une obligation : s'interroger, dès la définition des besoins, sur les objectifs d'équité sociale qui peuvent être portés par le marché..... | 4 |
| I.2. Permettre l'insertion professionnelle des personnes éloignées de l'emploi : pour quels marchés ?..... | 4 |
| I.3. Permettre l'insertion professionnelle des personnes éloignées de l'emploi : quels publics sont concernés ?...5 | 5 |
| I.4. A qui s'adresser : rôle des acteurs de l'insertion..... | 7 |
| Les facilitateurs sont des intermédiaires incontournables... .. | 7 |
| Comment trouver un facilitateur ?..... | 7 |
| Les organismes : PLIE, maisons de l'emploi, Pôle emploi, missions locales..... | 8 |
| Les structures d'insertion par l'activité économique (SIAE) | 9 |
| Les organismes et structures d'insertion par le travail des secteurs adaptés ou protégés des personnes en situation de handicap | 11 |
| I.5. Un premier bilan..... | 12 |
| II -Quels outils du code des marchés publics utiliser ?..... | 14 |
| SECONDE PARTIE : INTEGRER L'ASPECT SOCIAL DANS UN MARCHÉ | 16 |
| I – Anticiper pour favoriser l'intégration de l'aspect social dans le marché | 16 |
| I.1. Pour tous les marchés publics : obligation d'examiner dès l'expression des besoins la possibilité de prendre en compte des objectifs du développement durable dont notamment l'insertion professionnelle de toutes les personnes éloignées de l'emploi (art. 5)..... | 17 |
| I.2. Prévoir une clause d'insertion dans un marché public qu'il soit alloti (art 10) ou global..... | 17 |
| II – Utiliser la procédure adaptée lorsque l'objet du marché relève des services de qualification et d'insertion professionnelles..... | 18 |
| II.1. Définition | 18 |
| II.2. Mise en oeuvre..... | 18 |
| Etape 1 – Qualification du marché | 18 |
| Etape 2 – Rédaction du marché de qualification et d'insertion professionnelles..... | 19 |
| Etape 3 – Procédure | 19 |
| III – Faire de l'insertion professionnelle une obligation contractuelle..... | 20 |
| III.1. Prévoir une clause sociale d'exécution (art. 14)..... | 20 |
| Etape 1 – Etude de faisabilité | 21 |
| Etape 2 – Choix du lot ou des lots pertinents et rédaction de la clause | 21 |
| Etape 3 – Préparation de la procédure | 25 |
| Etape 4 – Analyse des candidatures et des offres | 25 |
| Etape 5 – Exécution du marché | 25 |
| III.2. Autoriser une variante portant sur l'insertion des personnes éloignées de l'emploi (art. 50)..... | 26 |
| IV – Réserver des marchés aux structures employant majoritairement des travailleurs en situation de handicap..... | 27 |
| IV.1. Réserver un marché à une entreprise employant des personnes en situation de handicap (art. 15) | 27 |
| « Sourcing » | 28 |
| Procédure | 29 |
| Le recours à une Entreprise Adaptée ou un ESAT permet de bénéficier d'une réduction de la contribution due par l'acheteur au titre de l'obligation d'emploi de travailleurs en situation de handicap (OETH) | 29 |
| IV.2. Le droit de préférence dans l'attribution des marchés (art. 53-IV)..... | 32 |
| V- Prévoir un critère social pour sélectionner les offres (art. 53-I. 1°) | 32 |
| Etape 1 – Préparation de la procédure | 32 |
| Etape 2 – Rédaction : pondération et grille d'analyse du critère | 33 |
| Etape 3 – Exécution du marché..... | 34 |
| ANNEXE I – PRESENTATION DE L'EVOLUTION DE LA JURISPRUDENCE NATIONALE ET EUROPEENNE SUR L'UTILISATION DU CRITERE SOCIAL | 35 |
| ANNEXE II- CLAUSES SOCIALES TYPE..... | 38 |
| Exemple n° 1 : | 38 |
| Exemple n° 2 : | 43 |

PREMIERE PARTIE : OBJECTIFS, UTILITE ET EFFICACITE DES CLAUSES SOCIALES

I. Quels objectifs, quels marchés, pour quels publics ?

I.1. Une obligation : s'interroger, dès la définition des besoins, sur les objectifs d'équité sociale qui peuvent être portés par le marché.

L'article 5 du code des marchés publics¹ impose de prendre en compte, dans la définition des besoins, des objectifs de développement durable, le terme étant entendu au sens large puisqu'il comprend trois piliers à concilier : le développement écologiquement soutenable, l'efficacité économique et l'équité sociale².

Le code des marchés publics décline ainsi pour chaque achat l'impératif constitutionnel de promouvoir le développement durable dans les politiques publiques³. En invitant l'acheteur à s'interroger sur les moyens de concilier achat et développement durable, le code des marchés publics considère que la protection de l'environnement, l'efficacité économique, ainsi que le progrès social sont partie intégrante, pour chaque achat, de l'expression du besoin et en cela concourent à l'efficacité et à la performance du service public.

Il serait cependant faux de considérer que cet impératif constitutionnel s'applique aux seuls contrats soumis au code des marchés publics. Tous les marchés, tous les contrats de la commande publique quelle qu'en soit la forme ont potentiellement vocation à porter des démarches d'insertion de tous les publics éloignés de l'emploi, qui s'élaborent dès la définition des besoins. Les délégations de service public, ainsi que les partenariats public-privé, qui sont en général des contrats de longue durée offrent pour cela des potentialités importantes (cf. guide pratique [« les clauses sociales dans les partenariats public-privé »](#) publié en 2012).

C'est en matière d'insertion professionnelle des personnes en difficulté que la commande publique peut constituer un levier de progrès social. Dès lors que la prestation envisagée fait appel à de la main d'œuvre ou à des fournitures qui nécessitent de la main d'œuvre, il devient opportun pour l'acheteur d'examiner les possibilités de décliner cet objectif dans le marché sous la forme de clauses prévoyant des dispositions en matière d'insertion professionnelle de tous les publics éloignés de l'emploi.

Les services en charge de la commande publique, devront être vigilants à ne pas défavoriser un type de public éloigné de l'emploi par rapport à un autre.

I.2. Permettre l'insertion professionnelle des personnes éloignées de l'emploi : pour quels marchés ?

A l'heure actuelle, selon les chiffres du recensement de l'achat public, seuls 6,1 % des marchés publics supérieurs à 90 000 euros HT possèdent en 2013 une clause sociale. Ce sont, par définition, les prestations demandeuses de main d'œuvre qui sont les plus à même de bénéficier aux dispositifs d'insertion de tous les publics en difficulté, quel que soit l'acheteur : Etat, collectivité territoriale ou établissements publics. Par le passé, ce type de dispositif a plutôt été appliqué de façon privilégiée dans les marchés de travaux. Il importe aujourd'hui de promouvoir la diversification

¹ Article 5 : « 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 »

² Le développement durable est entendu comme « un développement qui répond aux besoins du présent sans compromettre la capacité des générations futures à répondre aux leurs » in rapport Brundtland – Commission mondiale sur l'environnement et le développement, 1987, disponible à l'adresse <http://www.agora21.org/dd/rapport-brundtland.html>

³ Article 6 de la [Loi constitutionnelle n°2005-205 du 1^{er} mars 2005 relative à la Charte de l'environnement](#), JORF n° 0051 du 2 mars 2005, p. 3697 : « 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. »

des clauses sociales dans les marchés de services et de fournitures voire même certaines prestations intellectuelles, car aucun domaine n'est exclu a priori.

Exemples de segments de marchés comportant une clause sociale :

| |
|--|
| <p>Marchés de travaux : bâtiment, démolition, construction, réhabilitation (gros œuvre et second œuvre), travaux publics (voirie, ouvrages d'art, éclairage public), exploitation et maintenance d'installations techniques (climatisation, installations hydrauliques, ascenseurs, chauffage, plomberie, systèmes électriques, de sécurité incendie)...</p> |
| <p>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...</p> |
| <p>Marchés de prestations intellectuelles : intérim, formation, gestion prévisionnelle des emplois et des compétences (GPEC), études, assistance et réseaux informatiques, conseil...</p> |

De manière générale, si tous les marchés sont susceptibles de comporter une clause sociale ou de prendre en compte l'aspect social, il est nécessaire :

- d'en analyser le sens (pour les prestations relevant de professions réglementées, par exemple : avocats, géomètres experts, architectes), l'opportunité et les conséquences sur le tissu économique ; certains services de prestations très spécialisées à forte dominante intellectuelle sont moins accessibles à de telles clauses ;
- de ne créer aucune discrimination entre acteurs économiques : il faut notamment veiller à l'égalité d'accès de l'ensemble des candidats aux marchés, notamment les PME ;
- d'envisager la portée des clauses sociales selon l'importance du marché en volume d'heures, et la pérennité, essentielle à toute démarche d'insertion de tous les publics éloignés de l'emploi.

I.3. Permettre l'insertion professionnelle des personnes éloignées de l'emploi : quels publics sont concernés ?

Les textes relatifs à la commande publique ne définissent ni ne limitent le champ des clauses sociales, mais il est possible de définir une clause sociale par le public que l'on souhaite viser et dont on peut trouver une typologie dans le code du travail, notamment :

| CODE DU TRAVAIL | PUBLIC VISE |
|---|---|
| <p>Article L 5132-1 :</p> <p>« 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 professionnelle. Elle met en œuvre des modalités spécifiques d'accueil et d'accompagnement. L'insertion par l'activité économique, notamment par la création d'activités économiques, contribue également au développement des territoires. »</p> | <p>Demandeurs d'emploi de longue durée (+ de 12 mois d'inscription au chômage)</p> |
| | <p>Allocataires du RSA (en recherche d'emploi) ou leurs ayants droits</p> |
| | <p>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</p> |
| | <p>Bénéficiaires de l'allocation spécifique de solidarité (ASS), de l'allocation temporaire d'attente (ATA), du RSA, de l'allocation adulte handicapé (AAH) ou de l'allocation d'invalidité</p> |

| | |
|--|--|
| <p>Article L 5132-13 :</p> <p>« Les entreprises adaptées et les CDTD permettent à ces salariés d'exercer une activité professionnelle dans des conditions adaptées à leurs possibilités. »</p> | <p>Les jeunes de niveau <i>infra. 5</i>, soit d'un niveau inférieur au CAP/BEP</p> |
| | <p>Les personnes prises en charge dans le dispositif d'IAE (insertion par l'activité économique), c'est-à-dire :</p> <ul style="list-style-type: none"> - mises à disposition par une association intermédiaire (AI) ou par une entreprise de travail temporaire d'insertion (ETTI) ; - salariées d'une entreprise d'insertion (EI), d'un atelier et chantier d'insertion (ACI) et des régies de quartier agréées ; - prises en charge dans un dispositif particulier (ex. : défense 2^{ème} chance). |
| | <p>Les personnes employées dans les groupements d'employeurs pour l'insertion et la qualification (GEIQ) ou organismes ayant le même objet.</p> |
| | <p>Les personnes rencontrant des difficultés particulières, 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)</p> |

L'acheteur peut choisir de cibler un public particulier, sans pour autant exclure les autres catégories et ce, à la condition de le mentionner précisément dans les documents du marché.

Attention ! Le 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 lequel 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 2003⁴, 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,

⁴Loi n° 2003-710 du 1er 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. (...) »

dont l'un des objets est de définir les publics bénéficiaires à partir d'un diagnostic de l'emploi.

Les bénéficiaires peuvent alors être embauchés directement par l'entreprise ou être mis à disposition par une structure facilitant l'insertion professionnelle. Il est également possible pour le soumissionnaire de faire appel à une entreprise salariant un des publics mentionnés dans le tableau ci-dessus comme sous-traitant ou cotraitant. 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, soit un jeune sans emploi.

Dans tous les cas, il semble incontournable tant pour l'acheteur que pour l'entreprise de se faire accompagner d'un facilitateur.

I.4. A qui s'adresser : rôle des acteurs de l'insertion

Les facilitateurs sont des intermédiaires incontournables...

... entre les acheteurs, les entreprises, les organismes et structures de l'insertion et les publics. Ils appartiennent au service public local de l'emploi et sont présents dans les Plans locaux pluriannuels pour l'insertion et l'emploi (PLIE) et les Maisons de l'Emploi (MDE). Leur rôle est d'accompagner et d'assister les intervenants dans la mise en place des clauses sociales. En fournissant un appui aux collectivités publiques, mais aussi aux entreprises candidates, les facilitateurs sont le point de passage incontournable de la mise en œuvre des clauses sociales.

En amont de la passation du contrat, les facilitateurs assistent les acheteurs pour la définition et la rédaction des clauses sociales. Au fait du terrain, ils aident à l'identification des contrats pouvant intégrer des clauses sociales, et à la définition de la nature et du niveau pertinents des exigences formulées aux entreprises candidates.

Les facilitateurs assistent très concrètement les entreprises soumissionnaires ou titulaires dans la mise en œuvre des clauses sociales du marché, en les aidant à identifier les publics et en les orientant vers les solutions disponibles : embauche directe, appel à des structures de l'insertion par l'activité économique, possibilités de sous-traitance ou de cotraitance avec des entreprises d'insertion de tous les publics éloignés de l'emploi (dont les Entreprises d'Insertion, les Entreprises Adaptées et les Etablissements et Services d'Aides par le Travail (ESAT)). Cette offre de services des facilitateurs est une sécurité qui permet à toute entreprise de construire son offre en répondant strictement à la clause sociale du marché. Le rôle du facilitateur se limite cependant strictement à cet appui technique. Il est tenu à la confidentialité la plus stricte sur les informations, concernant l'entreprise ou son offre, qui pourraient être portées à sa connaissance. Il intervient également lors de la mise au point du marché.

En aval de la passation du contrat, les facilitateurs aident tout au long du contrat les cocontractants dans le suivi et le contrôle de la clause. Il évalue qualitativement et quantitativement la mise en œuvre de la clause sociale par l'entreprise. Les facilitateurs fédérés par l'Alliance Villes Emploi utilisent le logiciel commun « ABC Clause » qui leur permet, de plus, de produire des analyses affinées de l'impact des clauses sociales.

Comment trouver un facilitateur ?

L'Alliance Villes Emploi, réseau national des élus territoriaux délégués aux politiques d'insertion et d'emploi, Présidents des PLIE et des MDE, a élaboré un référentiel d'emploi et des compétences des facilitateurs. Elle anime et professionnalise un réseau de 330 facilitateurs. Elle produit depuis l'année 2011 la consolidation annuelle de la clause sociale à partir du logiciel qu'elle a mis en place pour ce réseau.

Ce dernier est en cours d'installation dans toutes les structures concernées de l'Alliance Villes Emploi. Il permet la réalisation de la consolidation. Le site de l'Alliance Villes Emploi <http://www.ville-emploi.asso.fr> propose en accès libre un annuaire des facilitateurs, ainsi qu'un guide de la clause sociale (dans sa deuxième édition, 2011) et des outils, bonnes pratiques, plaquettes et bilans de l'utilisation des clauses sociales pour ses adhérents.

Dans le cas où ces instruments n'existent pas sur le territoire, il convient de se rapprocher des acteurs locaux susceptibles de fournir les éléments d'appréciation utiles. Des facilitateurs peuvent exercer leurs fonctions au sein d'établissements publics de coopération intercommunales (EPCI) et faire aussi partie du réseau national Alliance Villes Emploi.

Sur 275 structures porteuses du dispositif de gestion des clauses sociales rattachées à l'Alliance Villes Emploi :

- 86 % sont des Plans locaux pluriannuels pour l'insertion et l'emploi (PLIE) et des Maisons de l'Emploi,
- 11 % des communes ou des communautés d'agglomération,
- 2 % des conseils généraux.

De façon ponctuelle, le rôle de coordinateur peut être assuré par d'autres types de structures (GIP, associations...); dans les territoires dépourvues de PLIE/MDE, quelques collectivités territoriales (notamment d'échelon départemental) se dotent elles-mêmes de chargés de mission « clauses sociales ».

Les organismes : PLIE, maisons de l'emploi, Pôle emploi, missions locales

| | |
|----------------------------|--|
| PLIE | <p>Créés à l'échelle d'une ou plusieurs communes, les plans locaux pluriannuels pour l'insertion et l'emploi associent les collectivités locales et l'ensemble des partenaires de l'insertion et de l'emploi pour coordonner, animer et mettre en œuvre les programmes et les actions en matière d'insertion et d'emploi. Ils ont pour mission :</p> <ul style="list-style-type: none"> - de réunir les acteurs et opérateurs locaux autour d'objectifs quantitatifs d'accès de personnes en difficulté à un emploi durable, en organisant des parcours individualisés d'insertion professionnelle avec un accompagnement renforcé par un référent spécialisé ; - d'assurer l'ingénierie financière et technique des actions et dispositif locaux pour l'emploi et d'assurer un suivi dans l'emploi des bénéficiaires pendant 6 mois ; - de financer des plans d'actions à la carte, en fonction des besoins du territoire et du public local. <p>Les PLIE salarient les facilitateurs.</p> |
| Maisons de l'emploi | <p>Elles associent l'Etat, Pôle emploi et les collectivités territoriales ou leurs groupements porteurs de projets. Leur cahier des charges comporte 5 axes d'action, dont deux axes particuliers financés par l'Etat :</p> <ul style="list-style-type: none"> - le diagnostic territorial : sur la base d'une analyse du marché du travail et du territoire, les maisons de l'emploi établissent un diagnostic afin de créer les projets adaptés permettant de répondre aux difficultés constatées ; - l'ingénierie de projet et l'anticipation des mutations économiques : elles participent à l'animation et à la coordination des actions en matière de gestion prévisionnelle des emplois et des compétences territoriales ; - le développement de l'emploi local et l'animation de territoires : en rassemblant auprès des différents acteurs, et en diffusant auprès de leur public une information certes existante, mais dispersée, les maisons de l'emploi permettent aux acteurs économiques (entreprises, salariés, demandeurs d'emplois) de disposer d'une information complète en matière de développement local. Ainsi, les maisons de l'emploi interviennent dans l'aide à la création d'entreprises, le développement des services à la personne, jouent un rôle d'intermédiaire entre Pôle emploi et de très petites entreprises, etc. ; - les leviers pour lutter contre les freins à l'emploi, pour tous les publics et en particulier les plus éloignés |

| | |
|-------------------------|--|
| | <p>de l'emploi ;</p> <ul style="list-style-type: none"> - l'accueil et l'orientation de premier niveau en direction des salariés et chercheurs d'emploi. <p>Les deux axes portés par l'avenant au cahier des charges de décembre 2013 focalisent les cofinancements de l'Etat sur les actions de gestion prévisionnelle territorialisée des emplois et des compétences (GPTEC) et la clause sociale.</p> <p>A l'instar des PLIE, les MDE salarient les facilitateurs.</p> |
| Pôle emploi | <p>Dans le cadre de la mise en œuvre des clauses sociales, Pôle emploi peut intervenir pour évaluer le public potentiellement concerné par le dispositif (nombre, profils, besoins de formation). Il assiste les entreprises qui s'engagent dans une démarche d'insertion, et délivre les agréments prévus dans le cadre des dispositifs de l'insertion par l'activité économique.</p> |
| Missions locales | <p>Implantées sur tout le territoire, les missions locales s'adressent plus particulièrement aux jeunes entre 16 et 25 ans. Elles repèrent, accueillent et orientent les jeunes en élaborant des parcours personnalisés vers l'emploi en :</p> <ul style="list-style-type: none"> - mobilisant l'offre d'insertion disponible sur un territoire avec les partenaires locaux ; - soutenant et assistant les jeunes dans leurs recherches d'emploi, leurs démarches d'orientation professionnelle, d'accès à la formation, la santé, le logement, la citoyenneté et la mobilité ; - préparant les candidats à une offre d'emploi, en accompagnant le maintien dans l'emploi (médiation jeune-employeur, soutien matériel) et en aidant au recrutement pour les entreprises (analyse des besoins, proposition de candidats, types de contrats, aides mobilisables, formations, bilans dans l'entreprise, etc.) |

Les structures d'insertion par l'activité économique (SIAE)

Les différentes structures d'insertion par l'activité économique (SIAE), visées par l'article L. 5132-1 et suivants du code du travail, ont pour objectif commun le retour à l'emploi de publics en difficulté d'intégration sociale et professionnelle. Elles traitent l'ensemble de la situation des salariés qu'elles accueillent (santé, logement, surendettement, etc.) et leur permettent de bénéficier d'un contrat de travail, d'un accès à la formation et à la qualification, ainsi que d'un retour progressif vers l'entreprise. Les SIAE sont conventionnées par l'Etat pour accueillir des publics préalablement agréés par Pôle emploi.

Les SIAE sont donc des acteurs de lutte contre le chômage et les exclusions, mais également des partenaires économiques pour les professionnels. Elles peuvent notamment être choisies par les entreprises attributaires des marchés intégrant une clause sociale pour réaliser les heures d'insertion prévues (via la cotraitance, la sous-traitance, ou la mise à disposition de personnel). On distingue d'ailleurs généralement deux grands types de structures :

- [celles qui produisent directement des biens et des services](#) (ateliers et chantiers d'insertion, entreprises d'insertion) ;
- [celles qui mettent leurs salariés à disposition d'utilisateurs](#) (associations intermédiaires, entreprises de travail temporaire d'insertion, groupements d'employeurs pour l'insertion et la qualification).

FOCUS : les différentes structures d'insertion par l'activité économique :

| | |
|--|--|
| Ateliers et chantiers d'insertion (ACI) | <p>Ils développent des activités présentant un caractère d'utilité sociale, y compris en produisant des biens et des services en vue de leur commercialisation (la part des recettes issues de la commercialisation n'excède en principe pas 30 % des charges, 50 % dans certains cas). La mise en situation de travail est obligatoirement réalisée dans le cadre d'actions collectives. Ils recrutent généralement des personnes très éloignées de l'emploi et leur offrent un accompagnement socioprofessionnel renforcé.</p> |
|--|--|

| | |
|---|--|
| Associations intermédiaires (AI) | Elles 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, 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. |
| Entreprises d'insertion (EI) | Elles se situent dans l'économie marchande, et sont soumises aux mêmes obligations que les entreprises classiques. Elles peuvent adopter toute forme juridique, y compris celle d'une association loi 1901. Elles embauchent des personnes en difficulté dans le cadre de contrats à durée déterminée d'insertion afin de leur permettre de s'adapter ou de se réadapter à la vie professionnelle. Dans le cadre d'une activité de production de bien ou de service, les EI 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 permettant par la suite un accès au marché classique de l'emploi. |
| Entreprises de travail temporaire d'insertion (ETTI) | Elles 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 la parité de traitement. Par ailleurs, elles mobilisent largement les moyens de formation de la branche professionnelle pour augmenter la qualification de leurs salariés. |
| Groupements d'employeurs pour l'insertion et la qualification (GEIQ) | Ces associations sont pilotées par des employeurs pour mutualiser des parcours d'insertion et de formation répondant à leurs besoins en recrutement. Ils recrutent des personnels non qualifiés connaissant des difficultés d'insertion dans l'emploi et les mettent à la disposition des entreprises adhérentes en organisant leur formation dans une perspective de professionnalisation et de qualification. Tout au long de leur parcours, de 6 à 24 mois, les salariés bénéficient d'un accompagnement professionnel et social, en liaison avec le tuteur de l'entreprise et les formateurs de l'organisme de formation. |
| Régies de quartiers | Elles associent des habitants, des pouvoirs publics et des bailleurs sociaux et visent à maintenir ou recréer du lien social, à développer l'éducation populaire et à procurer du travail aux habitants de leurs quartiers. Elles peuvent être conventionnées comme entreprises d'insertion, mettre en place des ateliers et chantiers d'insertion ou créer des activités pérennes embauchant des personnes sous statut de droit commun, notamment dans les services de proximité. |

FOCUS : l'accès des SIAE aux marchés publics intégrant une clause sociale

Dans le cadre de la rénovation urbaine, les structures d'insertion par l'activité économique (SIAE) sont le premier opérateur des clauses sociales. Plus d'une heure d'insertion sur deux est, en effet, réalisée par une structure d'insertion (chiffres de l'insertion 2012, ANRU). Afin de dresser un état des lieux plus global de leur accès aux marchés publics, la délégation générale à l'emploi et à la formation professionnelle (DGEFP) a réalisé auprès d'elles, en 2012, une enquête avec l'appui technique de l'Agence de valorisation des initiatives socio-économiques (Avisé).

Les chiffres montrent le rôle majeur que jouent les structures d'insertion dans le cadre de la mise en œuvre des clauses sociales. Ainsi, 13,8 % des SIAE ont eu accès à des marchés de services d'insertion et de qualification professionnelles (article 30) en 2011, contre 11,6 % en 2010. 16,8 % des SIAE ont eu accès seules ou en cotraitance à des marchés publics comprenant des clauses sociales (articles 14 et 53) en 2011, contre 15,9 % en 2010. 19,7 % des SIAE ont en outre eu accès, via la sous-traitance ou la mise à disposition de personnel, à des marchés publics comprenant

des clauses sociales, contre 17,8 % en 2010. L'accès des SIAE à la commande publique est donc en progression.

Source : www.socialement-responsable.org : sur ce site, vous pouvez identifier des SIAE sur votre territoire en consultant l'annuaire, ou vous inspirer de bonnes pratiques grâce à la publication régulière de témoignages d'acheteurs publics.

Les organismes et structures d'insertion par le travail des secteurs adaptés ou protégés des personnes en situation de handicap

| | |
|--|---|
| <p>Cap Emploi</p> | <p>Il apporte dans chaque département un service de proximité aux employeurs et aux personnes handicapées, pour toute question liée au recrutement et au parcours vers l'emploi.</p> <p><u>Recrutement :</u></p> <ul style="list-style-type: none"> - analyse des postes à pourvoir et des profils recherchés au regard du handicap ; - information sur le handicap en situation de travail et sur les moyens adaptés de le compenser ; - recherche et présentation de candidats ; - mobilisation des aides financières existantes (contrats aidés par l'Etat, primes à l'embauche, « allègement de la contribution versée à l'association de gestion du fonds pour l'insertion professionnelle des personnes handicapées » (AGEFIPH)) <p><u>Intégration :</u></p> <ul style="list-style-type: none"> - suivi après embauche ; - appui au montage de dossier AGEFIPH, aménagement de poste, formation, tutorat ; - information sur les aides et dispositifs existants pour préserver l'emploi du salarié en cas d'aggravation du handicap ou d'évolution du poste de travail. |
| <p>Les entreprises adaptées (EA)</p> | <p>Entreprises ordinaires, leurs salariés relèvent du code du travail. Leur mission sociale est d'employer en majorité des travailleurs en situation de handicap (au moins 80% en production). Grâce à l'accompagnement spécifique qu'ils leur proposent, elles favorisent la réalisation de leur projet professionnel en vue de la valorisation de leurs compétences, de leur promotion et de leur mobilité au sein de la structure elle-même ou vers d'autres entreprises.</p> |
| <p>Les établissements et services d'aides par le travail (ESAT)</p> | <p>Anciennement centres d'aides par le travail, les ESAT sont des établissements médico-sociaux relevant du code de l'action sociale et des familles chargés de fournir du travail à des personnes handicapées auxquelles la Commission des droits et de l'autonomie des personnes en situation de handicap a reconnu une incapacité, momentanée ou durable, de travailler dans une entreprise ordinaire ou une entreprise adaptée ou un centre de distribution de travail à domicile ou d'exercer une profession indépendante.</p> <p>Ce ne sont donc pas des entreprises et les personnes bénéficiaires sont des usagers. Les ESAT permettent aux personnes en situation de handicap d'exercer une activité dans un milieu protégé, si elles n'ont pas acquis assez d'autonomie pour travailler en milieu ordinaire. En plus d'activités professionnelles, les ESAT fournissent également un accompagnement médico-social et éducatif aux personnes handicapées en vue de favoriser leur épanouissement personnel et social.</p> <p>Les ESAT accueillent :</p> <ul style="list-style-type: none"> - des personnes en situation de handicap dont la capacité de travail est inférieure à un tiers de celle d'un travailleur non handicapé ; - ou des personnes dont la capacité de travail est supérieure ou égale à un tiers, mais qui ont besoin d'un soutien médical, social ou psychologique spécifique. |

I.5. Un premier bilan

Malgré une montée en puissance, l'insertion de clauses sociales reste encore sous utilisée : seuls 6,1 % des marchés publics supérieurs ou égaux à 90 000 euros HT possèdent une clause sociale (données 2013 du recensement de l'OEAP / 4,3 % en 2012).

Pourtant le bilan est encourageant pour les publics ciblés, pour les entreprises et pour les acheteurs publics :

- la mise en œuvre des clauses sociales d'exécution donne une réelle chance d'accéder à l'emploi : 54 % des clauses sont mises en œuvre sous la forme d'un recrutement direct. A la sortie des dispositifs d'insertion, à 6 mois ou un an, plus de la moitié des bénéficiaires des clauses d'insertion disposent d'une solution durable et ne sont plus demandeurs d'emploi. Selon les sources, de 65% à 79% des bénéficiaires obtiennent une solution adaptée à la leur situation, un emploi, un contrat aidé ou une formation ;
- les entreprises qui prennent un engagement en matière d'insertion en tant que soumissionnaire d'un marché tiennent leurs engagements et parfois les dépassent nettement. Cela est vrai même en situation de crise économique pourvu que la rédaction des clauses laisse une marge de manœuvre suffisante pour leur exécution dans le temps et laisse les acteurs trouver les solutions innovantes utiles à leur réalisation ;
- les acheteurs publics qui ont choisi d'intégrer une clause sociale sont satisfaits puisqu'ils continuent dans cette démarche et l'étendent (le recensement de l'OEAP montre qu'en 2011, il n'y a pas eu d'acheteurs ayant passé un marché avec clause sociale en 2010 qui n'aient pas renouvelés l'expérience).

Globalement, le succès des clauses en vue d'une insertion durable des publics visés dépend de la préparation et de la qualité de leur mise en œuvre, en liaison avec un accompagnement efficace des entreprises.

Pour l'année 2013, les 149 structures ayant participé à la consolidation ont facilité la réalisation de 7 764 586 heures d'insertion correspondant à 29 441 contrats de travail au profit de 19 399 participants. Il faut souligner la montée en charge des clauses sociales avec :

- 1 439 maîtres d'ouvrage concernés sur l'année,
- 5 470 opérations en cours sur la période,
- 24 035 marchés en cours sur la période.

Lors de la consolidation 2012, 5 900 953 heures avaient été comptabilisées pour les 123 structures qui avaient transmis leurs données.

Les chiffres 2013 représentent :

- une augmentation de 20 % du nombre de structures ayant participé à la consolidation 2013,
- une augmentation de 26 % du nombre de contrats générés par les clauses sociales,
- une augmentation de 32 % concernant les heures d'insertion.

Parmi les 275 structures (PLIE, Maisons de l'emploi, collectivités) employant les 330 facilitateurs de la clause sociale, 149 ont participé à la consolidation nationale des résultats « clauses sociales 2013 ».

7,7 millions d'heures d'insertion ont été réalisées par ces 149 structures (près de 52 000 heures par structure) :

- 29 441 contrats de travail (200 par structure),
- 19 399 participants (400 heures par participant).

Les principaux maîtres d'ouvrage sont :

- les communes et les EPCI : 41%,
- les bailleurs sociaux : 23%.

Les caractéristiques des principaux marchés sont :

- | | |
|--|--|
| <ul style="list-style-type: none">• 74 % de moins de 100 000 €,• 70% de marchés de travaux,• 14% dans le nettoyage et les espaces verts, | <ul style="list-style-type: none">• 9,5% dans la gestion des déchets et l'assainissement,• 76% selon l'article 14 du CMP,• 9,5% selon les articles 14 et 53 du CMP (10 % en 2012). |
|--|--|

46% des entreprises adjudicataires ont 50 salariés ou moins.

Les participants sont :

- | | |
|---|--|
| <ul style="list-style-type: none">• des hommes : 86%,• des bénéficiaires de minima sociaux : 25%,• de niveau V (BEP et CAP) et <i>infra.</i> : 88%, | <ul style="list-style-type: none">• des femmes : 14%,• des demandeurs d'emploi de longue durée (DELD) : 3%• des jeunes de moins de 26 ans : 34%. |
|---|--|

Les prescripteurs principaux sont :

- | | |
|--|--|
| <ul style="list-style-type: none">• des PLIE, Mission locale, Centre Communal d'Action Sociale• des Structures d'Insertion par l'Activité Economique (SIAE)• Pôle emploi | <ul style="list-style-type: none">: 35%,: 26%,: 16%. |
|--|--|

Les contrats de travail sont :

- | | |
|--|--|
| <ul style="list-style-type: none">• des CTTI (CTT d'insertion) et CDDI (CDD d'insertion)• des CTT (contrats de travail temporaire)• des CDI, CDD, contrats en alternance• CUI (contrats unique d'insertion) / CAE (contrats d'accompagnement dans l'emploi) | <ul style="list-style-type: none">: 51%,: 21%,: 20%,: 7%. |
|--|--|

18 mois après le premier contrat lié à la clause sociale, sur 100 participants dont la situation est connue et qui sont restés sur le territoire de la Maison de l'emploi ou du PLIE (soit 76 % des participants) :

- 73 % sont à l'emploi ou en formation,
- 22 % sont demandeurs d'emploi.

Source : Alliance Villes Emploi

II -Quels outils du code des marchés publics utiliser ?

Le présent tableau vise à aider l'acheteur public à déterminer quel moyen juridique offert par le code apparait le plus approprié à chaque cas. Les différents outils sont détaillés dans la seconde partie. Ces différents 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 l'existence d'un besoin d'insertion sur le terrain susceptible de donner lieu à une réponse organisée.

| | Avantages | Commentaires |
|--|---|---|
| Prévoir une clause d'insertion dans un marché public qu'il soit alloti (art.10 du CMP) ou global | <p>Si le marché est alloti, cela permet :</p> <ul style="list-style-type: none"> - 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, - de prévoir des lots réservés dans le marché sur la base de l'article 15. <p>Si le marché est global, cela permet :</p> <ul style="list-style-type: none"> - au maître d'ouvrage d'avoir un seul interlocuteur ayant la capacité d'assurer l'ingénierie d'insertion sur l'ensemble du marché et d'offrir une structure d'accompagnement et de continuité pour le public à insérer, - à l'entreprise soumissionnaire de moduler la déclinaison de la clause tout en donnant à l'acheteur public une garantie d'ensemble de réalisation des objectifs visés par la clause. | A prévoir en amont car susceptible d'allonger la procédure. |
| Prévoir dans le CCAP une clause sociale d'exécution (art. 14), par exemple un nombre minimum d'heures d'insertion professionnelle de tous les publics bénéficiaires assortie de clauses de contrôle et de sanction. | 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>Implique de connaître préalablement la situation locale en matière d'emploi et l'offre d'insertion professionnelle de tous les publics éloignés de l'emploi effectivement mobilisable pour exécuter le marché.</p> <p>L'engagement d'insertion professionnelle demandée aux soumissionnaires doit être précisément fixé.</p> |
| Réserver certains marchés à des structures d'insertion professionnelles de personnels handicapés (art. 15) | <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> | Implique une bonne connaissance des fournisseurs potentiels de ces catégories et de leurs capacités de production. |

| | | |
|--|---|--|
| <p>Utiliser une procédure adaptée pour les marchés de service dont l'objet est l'insertion (art. 30)</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 professionnelle.</p> |
| <p>Variantes (art. 50)</p> | <p>Permet de bénéficier de propositions plus innovantes que celles proposées par l'acheteur public (art. 14 et 53).</p> | <p>La variante doit être prévue 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.</p> |
| <p>Prévoir un critère social parmi les critères d'attribution des marchés (art. 53 I. 1°)</p> | <p>Peut inciter de manière transparente les entreprises soumissionnaires à présenter des offres performantes en matière d'insertion professionnelle. Mise en place d'une pondération favorisant les offres performantes en matière d'insertion professionnelle.</p> | <p>La jurisprudence assouplit le lien entre l'objet du marché et l'insertion professionnelle, mais le marché doit être susceptible d'être exécuté, au moins en partie, par des personnels engagés dans une démarche d'insertion⁵. Pas d'obligation de combiner l'article 53 I. 1° avec une clause d'exécution de l'article 14. <i>Attention :</i> - affecter au critère un poids raisonnable pour ne pas être discriminatoire, mais suffisamment important pour être significatif ; - annoncer dès l'avis de publicité de marché le critère des performances en matière d'insertion professionnelle de tous les publics en difficulté ; - indiquer clairement dans le règlement de la consultation les éléments qui seront pris en compte pour l'appréciation des offres ; - être en mesure d'apprécier objectivement les offres grâce à une grille d'indicateurs de performances en matière d'insertion professionnelle, de contrôler le respect des engagements pris et prévoir dans le CCAP les sanctions.</p> |
| <p>Privilégier certaines structures au moment de l'attribution des marchés (droit de préférence de l'art. 53 IV.)</p> | <p>Favorise à moyen terme le développement des entreprises adaptées ou structures équivalentes au sens des directives 2004/17/CE et 2004/18/CE.</p> | <p>Objet limité</p> |

⁵ CE n°364950, 25 mars 2013, Département de l'Isère

SECONDE PARTIE : INTEGRER L'ASPECT SOCIAL DANS UN MARCHE

I – Anticiper pour favoriser l'intégration de l'aspect social dans le marché

► Tout décideur peut et doit envisager le marché public comme un facteur d'insertion sociale.

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 professionnelle. On constate, toutefois, que cette démarche 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 (SAE).

c. Pour les caisses de sécurité sociale, le plan cadre développement durable 2011-2014 prévoit de porter, d'ici à 2014, à 10 % des marchés comportant au moins 50% de main d'œuvre la part de marchés comportant une clause sociale. Son objectif de suivi porte sur les équivalences d'emploi obtenues dans le cadre du recours aux secteurs adapté et protégé et du nombre d'unités bénéficiaires acquises par l'intermédiaire des marchés réservés (handicap) et du nombre d'heures de travail exécutées dans le cadre de clauses sociales (hors handicap).

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.

Par ailleurs, il est à signaler l'existence d'une norme AFNOR « achat responsable » (NFX - 50 - 135 -1 et -2), qui est valable tant pour les acheteurs publics que pour les acheteurs privés.

► Un préalable pour l'acheteur : connaître les bassins d'emploi pertinents et les fournisseurs du secteur économique concernés. L'acheteur public doit se rapprocher pour cela de tous les acteurs de l'insertion professionnelle (cf. première partie).

I.1. Pour tous les marchés publics : obligation d'examiner dès l'expression des besoins la possibilité de prendre en compte des objectifs de développement durable dont notamment l'insertion professionnelle de toutes les personnes éloignées de l'emploi (art. 5)

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

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. En revanche, il doit être en mesure de justifier cette impossibilité à tout moment à l'égard des organismes de contrôle.

► 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 planification.

► 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 professionnelle dans leurs marchés ou de l'utiliser comme critère d'attribution d'un critère de performance en matière d'insertion professionnelle. 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.

► 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 NOT14 : rapport de présentation d'une consultation formulaire non obligatoire disponible sur le site du ministère de l'économie : <http://www.economie.gouv.fr/daj/formulaires-notification>).

I.2. Prévoir une clause d'insertion dans un marché public qu'il soit alloti (art 10) ou global

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 structures, qui ne sont pas nécessairement aptes à réaliser l'intégralité d'un marché.

Il définit en outre un champ d'application large pour le marché global.

L'article 73 du code des marchés publics autorise quant à lui les contrats globaux sur performances (CREM et REM).

Tout marché, qu'il soit ou non alloti, permet de prendre en compte l'insertion professionnelle :

- En marché alloti, vous pouvez :

- mettre en place, dans un ou plusieurs lots, une clause sociale d'insertion de publics éloignés de l'emploi, rédiger la clause d'insertion de manière différente selon les lots (nombre d'heures d'insertion différent par exemple selon la taille des lots) (art. 14),
- prévoir pour certains lots un critère de performances en matière d'insertion ou une pondération différente de ce critère selon les lots (art. 53),
- réserver un ou plusieurs lots aux entreprises adaptées (EA), aux établissements et services d'aide par le travail (ESAT) et aux autres structures équivalentes (art. 15).

- En marché global, il est tout aussi possible de recourir aux différentes formules et modalités des clauses sociales. Vous pouvez :

- mettre en place une clause sociale sur l'ensemble du marché sachant que l'entreprise soumissionnaire sera à même de décliner cette clause de manière différente et optimale selon les intervenants,
- bénéficier d'une garantie globale de réalisation des objectifs de la clause.

II – Utiliser la procédure adaptée lorsque l'objet du marché relève des services de qualification et d'insertion professionnelles

II.1. Définition

Il s'agit des marchés de services qui ont pour objet la qualification et l'insertion professionnelles de personnes en difficulté (du type appui et accompagnement à l'emploi, formation, etc.), en fonction du périmètre d'intervention géographique de l'acheteur public, pour lesquels la réalisation de travaux ou de services est définie comme support à l'action d'insertion.

Attention ! Des prestations de services qui n'ont pas pour objet la qualification et l'insertion professionnelles mais qui ne sont qu'un support de l'action d'insertion professionnelle visée (ex : entretien des espaces verts) ne peuvent constituer l'objet du marché passé au titre de l'article 30.

II.2. Mise en œuvre

Etape 1 – Qualification du marché

Les marchés publics de services dont l'objet est l'insertion professionnelle de publics en difficulté relèvent intégralement de l'article 30 du code des marchés publics. La procédure adaptée prévue à l'article 28 du code des marchés leur est donc applicable, sous réserve de certaines spécificités notamment en matière de publicité. 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.

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.

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.

Etape 2 – Rédaction du marché de qualification et d'insertion professionnelles

► Il convient d'être prudent dans le libellé de l'objet du marché : 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 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.

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

Le CCAP prévoit notamment les éléments suivants :

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

Etape 3 – Procédure

Pour les marchés d'insertion, l'article 30 autorise l'acheteur public à passer le marché en procédure adaptée, c'est-à-dire à déterminer librement les modalités de publicité et de mise en concurrence adéquates en fonction de l'objet et du montant du marché.

► Il y a dès lors 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 services. Cette procédure ne permet donc pas de réserver un marché à une entreprise ou une association déterminée. 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.

► Les modalités de passation du marché sont cependant 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). 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 :

- dans le cas, rare, où l'absence de concurrence est constatée, l'acheteur public peut envisager de se dispenser de mise en concurrence. Toutefois, il est recommandé aux acheteurs publics d'être très prudents dans la mise en œuvre de cette dispense ;
 - 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.
- Dans la publicité initiale ou dans le règlement de consultation, l'objet du marché doit clairement faire référence à l'insertion sociale et professionnelle du public concerné et aux prestations support 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 jugement des offres se fera, conformément aux critères définis, sur la pertinence de la démarche d'insertion et sur le coût du dispositif d'insertion.

III – Faire de l'insertion professionnelle une obligation contractuelle

L'acheteur dispose de deux possibilités, éventuellement complémentaires, pour faire de l'insertion professionnelle une obligation contractuelle : rédiger une clause sociale d'exécution ou la faire rédiger par les soumissionnaires.

III.1. Prévoir une clause sociale d'exécution (art. 14)

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 professionnelle pour les publics éloignés de l'emploi dans le cadre d'un marché public, sachant que différentes modalités sont envisageables.

Etape 1 – Etude de faisabilité

- ▶ Les acteurs à mobiliser sont, notamment :
 - les facilitateurs des PLIE ou les Maisons de l'Emploi lorsqu'ils existent localement (un annuaire permet de les identifier sur le site de l'Alliance Villes Emploi : www.ville-emploi.asso.fr) ;
 - Pôle Emploi et la DIRECCTE ;
 - les Maisons départementales des personnes handicapées (MDPH).
- ▶ Cette collaboration permettra de :
 - s'assurer de l'existence de capacités de réponse potentielles dans les secteurs de l'IAE ou du travail adapté et protégé (cf. notamment les sites Internet : www.socialement-responsable.org et « Handeco-pas@pas » : www.handeco.org, UNEA et GESAT). Il est nécessaire de s'assurer de l'existence, soit d'une offre d'insertion mobilisable, soit de personnes susceptibles d'exécuter la clause et bénéficiant d'un accompagnement ;
 - recueillir des informations auprès des acteurs économiques, organisations professionnelles, notamment au niveau régional, et des acteurs de l'insertion par l'activité économique et des secteurs adaptés et protégés. Attention cependant à ne pas favoriser un concurrent par le biais d'échanges préalables à la consultation ! Les échanges préalables présentent des risques, non seulement de favoriser un opérateur, mais aussi de créer une entente si des précautions ne sont pas prévues en amont puis appliquées pendant le déroulement de la procédure.

Etape 2 – Choix du lot ou des lots pertinents et rédaction de la clause

- ▶ Il peut être envisagé dans un marché comportant plusieurs lots d'en choisir un ou plusieurs pour y intégrer une clause d'exécution relative à l'insertion professionnelle. Ces clauses ne portent donc pas nécessairement sur tous les lots.

Il est recommandé de formuler de telles clauses en nombre d'heures de travail. La pertinence de l'objectif doit tenir compte à la fois du secteur d'activité et des caractéristiques du public mobilisable sur la zone où sera réalisée la prestation, objet du marché.

- ▶ 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-cadre lui-même. L'ajout pur et simple d'une clause sociale d'insertion professionnelle dans un marché subséquent modifierait substantiellement l'équilibre du marché, ce que n'autorisent ni la directive 2004/18/CE, ni le code des marchés publics. De manière symétrique, il n'est pas envisageable de supprimer une clause sociale d'insertion professionnelle 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.

- ▶ Les obligations sociales s'imposent de manière identique à toutes les entreprises concurrentes et ont pour effet de placer celles-ci sur un pied d'égalité, tant au point de vue de l'engagement des moyens qui leur sont demandés, qu'au point de vue de leur chance de se voir attribuer le marché.

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

Exemple : L'acheteur public, qui prévoit la mise en place d'une action d'insertion professionnelle 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 professionnelle 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 professionnelle, 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 professionnelle. (cf. annexe II : exemple de rédaction de clauses sociales, qui ne doivent pas être reproduites telles quelles, mais adaptées à chaque marché).

L'acheteur public doit veiller à ce que tout opérateur économique souhaitant répondre au marché, quelque soit son statut juridique ou sa taille, soit à même de pouvoir remplir cette clause. Pour éviter tout effet discriminatoire, le seuil doit donc être fixé de manière à ce qu'un opérateur puisse sans difficulté avoir recours à l'embauche de personnes éloignées de l'emploi, utiliser la cotraitance ou la sous-traitance ou la mise à disposition de salariés, compte-tenu de l'offre d'insertion professionnelle existante. Par exemple, 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 ou des secteurs adapté et protégé.

Il est toutefois difficile de fixer dans l'absolu un seuil limite au-delà duquel le nombre d'heures fixées dans les clauses sociales d'insertion professionnelle serait *a priori* discriminatoire. Dans la pratique, les exemples d'application qui existent font apparaître que la part des heures travaillées que représente la clause sociale d'insertion professionnelle dans l'exécution du marché s'élève au minimum à 5 % pour tout ou partie des lots, comme c'est souvent le cas pour les marchés inscrits dans le cadre d'un projet conventionné avec l'ANRU, fréquemment 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%, à adapter en fonction des caractéristiques de la main-d'œuvre qualifiée ou non.

► **L'objectif peut être exprimé en nombre d'heures d'insertion.**

Il est recommandé de rédiger la clause en nombre d'heures d'insertion professionnelle, 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 le nombre d'heures travaillées 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 % de part de main-d'œuvre, qui devra toutefois être adapté au type de prestations réalisées. 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 d'exemple, 70 % pour la peinture intérieure, 47 % pour la maçonnerie, 20 % pour les charpentes métalliques, 30 % en entreprise générale, etc.

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

► **La clause sociale d'insertion professionnelle 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 public ne peut pas exiger de l'entreprise d'utiliser, par exemple, une SIAE ou une embauche par CDI. Toutefois,**

il doit respecter les dispositions du code du travail, comme l'entreprise elle-même, et, si l'obligation d'un CDI est prévue par ce code, il doit avec l'entreprise la respecter également.

Il est important de laisser les entreprises soumissionnaires choisir elles-mêmes parmi les différentes formes d'emploi des personnes affectées à l'exécution de la clause sociale d'insertion professionnelle celles qui leur paraissent les mieux adaptées :

- 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 dans la première partie du présent guide. 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 complémentaires. En l'occurrence, l'apprentissage peut, dans certains cas, être une réponse appropriée, pour une durée à définir (cf. I.2.) ;
- la mise à disposition de salariés en insertion professionnelle 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), les Entreprises Adaptées et les ESAT, mais aussi les entreprises de travail temporaire (ETT) 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 par toute autre association de même nature, ou la sous-traitance principalement avec les entreprises d'insertion (EI), les entreprises adaptées, les ESAT ou, le cas échéant, avec une autre structure d'insertion par l'activité économique en capacité d'accomplir les tâches prévues dans le marché ;
- la valorisation des heures de formation réalisées dans le cadre de contrats en alternance (apprentissage ou professionnalisation), de contrats de travail classiques ou de contrats de mise à disposition au bénéfice des salariés de faible niveau de qualification.

► **Dans un premier temps, il est essentiel que l'acheteur évalue la part que représente la main d'œuvre dans le montant du marché.**

Afin de déterminer le nombre d'heures de main d'œuvre réservée à l'insertion, l'acheteur peut :

- 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 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.

Exemples :

- Marché de services d'un million d'euros 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 professionnelle 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 de 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 professionnelle est fixé par le maître d'ouvrage à 5%, l'effort d'insertion professionnelle 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 dans 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 millions d'euros HT, un montant de 3 000 000 euros :
 - si le taux d'insertion est fixé par le maître d'ouvrage à 10%, l'effort d'insertion professionnelle 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 euros de l'heure charges comprises, on estime le nombre d'heures d'insertion professionnelle 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 euros, soit un nombre d'heures d'insertion professionnelle équivalentes à 4280 heures.

Cas particulier de l'obligation de reprise du personnel en place. Dans certains secteurs d'activité comme 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 professionnelle. Dans ces circonstances, l'acheteur public peut demander au titulaire d'étaler l'exécution des heures d'insertion professionnelle 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.

► La clause sociale d'insertion professionnelle doit être couplée avec une clause de contrôle (et prévention des difficultés) et de sanction. Elle doit prévoir un mécanisme d'ajustement et la souplesse nécessaire pour permettre au titulaire de remplir son engagement global (prévoir des pourcentages différents selon un phasage de la prestation, notamment, sur des marchés de longue durée).

Etape 3 – Préparation de la procédure

- ▶ Indiquer dans l'avis d'appel public à concurrence la présence d'une clause sociale.
- ▶ Prévoir ou non un critère social d'attribution (article 53 du CMP). Le critère social permettra d'apprécier la qualité de l'offre sur ce plan.
- ▶ Prévoir des variantes sur le plan social. Il faudra alors prévoir un critère social d'attribution pour pouvoir les juger.
- ▶ Prévoir un temps de réponse adapté pour que les candidats aient le temps d'obtenir les informations nécessaires auprès des facilitateurs.

Etape 4 – Analyse des candidatures et des offres

- ▶ Une entreprise d'insertion (EI), une entreprise adaptée (EA) ou un ESAT peut être sous-traitante ou 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 prévue à l'article 14, l'acheteur public peut mentionner à titre indicatif que les entreprises d'insertion peuvent intervenir comme sous-traitantes ou cotraitantes.
- ▶ La mise en œuvre de cet article n'a pas d'incidence sur le choix de l'entreprise. Prévoir une clause sociale n'autorise pas à privilégier une structure d'insertion par l'activité économique (SIAE), une entreprise adaptée (EA) ou un ESAT. Il est impossible de favoriser quelque type de structure que ce soit, de la même façon que pour n'importe quel opérateur économique.
- ▶ Lorsque les entreprises ont indiqué les modalités de réalisation de la clause, l'acheteur public doit vérifier que le personnel présenté par le candidat est bien celui visé par la clause ou salarié d'une structure favorisant l'insertion professionnelle (SIAE, EA, ESAT). 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. Il doit également vérifier que les conditions pour exécuter la clause sont réunies (organisation, prévue, etc.).
- ▶ **Rappel :** Utilisé seul, l'article 14 ne permet pas d'apprécier la qualité du contenu de l'offre en matière d'insertion professionnelle, ce que permettra une combinaison des articles 14 et 53 I.. Lorsque l'article 14 est utilisé seul, l'acheteur n'aura qu'une alternative : soit une offre répond au cahier des charges, soit elle n'y répond pas.
- ▶ Si une offre ne répond pas au cahier des charges en matière d'insertion professionnelle, elle est réputée irrégulière (article 35 I. 1° du code des marchés publics) et doit être écartée.

Etape 5 – Exécution du marché

- ▶ Mise au point du marché : l'acheteur public et le titulaire se rencontreront avec le facilitateur pour la mise au point du marché concernant la clause sociale. Cette rencontre permet de caler le marché et de prévoir les difficultés susceptibles d'apparaître pendant l'exécution de la clause.
- ▶ Le facilitateur pourra intervenir tout au long du marché, afin de suivre et contrôler la bonne exécution de cette clause d'exécution.
- ▶ Il est nécessaire de prendre en compte les difficultés conjoncturelles des entreprises : la clause sociale d'insertion professionnelle (art. 14 du CMP) 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, notamment)

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 en est de même lorsqu'un critère de performance en matière d'insertion professionnelle a été utilisé, accompagné d'une clause de contrôle et de sanction. Il est légitime que l'acheteur en relation avec le facilitateur accède à la demande de l'entreprise d'alléger ou de suspendre la clause sociale d'insertion professionnelle tant que perdurent ces difficultés et le risque de contradiction avec le code du travail. 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 professionnelle). 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.

► **Contrôle** : l'acheteur public procède à la vérification des publics visés par la consultation 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. Il est important de prévoir des mesures de suivi et d'évaluation régulières des conditions d'exécution pendant le déroulement du marché public, tant sur le plan qualitatif que sur le plan quantitatif. Le facilitateur peut assurer ce suivi.

► **Sanction** : les clauses sociales d'insertion professionnelle 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 prévoir des clauses de contrôle et de sanction spécifiques ;
- au moment de la mise au point du marché, de s'assurer que l'engagement, réalisable, pris par l'entreprise (et toutes ses modalités) figure effectivement dans son offre et qu'il est contractualisé.

Une fois le marché notifié, s'il apparaît que la clause sociale d'insertion professionnelle n'est pas réalisée, l'acheteur public applique les sanctions spécifiques prévues au marché (par exemple : pénalités, réfaction ou retenue), sauf si le contexte du marché a rendu cette clause inapplicable.

III.2. Autoriser une variante portant sur l'insertion des personnes éloignées de l'emploi (art. 50)

Une variante est la proposition par un candidat de modalités nouvelles d'exécution des prestations, non prévues par l'acheteur public dans le cahier des charges. Les variantes peuvent favoriser l'insertion des personnes éloignées de l'emploi. Dès lors que le marché est signé, elle devient une clause contractuelle d'exécution.

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, sauf si l'acheteur a

explicitement indiqué dans ses documents de consultation qu'il était opposé à l'exercice de cette faculté.

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.

L'article 50 peut être utilisé seul ou en combinaison avec l'article 14.

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

- mettre en œuvre l'article 50 indépendamment de la clause sociale d'insertion prévue sur le fondement de l'article 14 : toutes les offres devront alors 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 ;

- n'autoriser les opérateurs économiques à proposer une variante que sur la clause d'exécution prévue à l'article 14. 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 ;

- autoriser les variantes sur la clause d'exécution de l'article 14 et sur d'autres considérations sociales. L'autorisation de variantes « sociales » peut s'accompagner d'un critère portant sur « la performance en matière d'insertion sociale des publics en difficulté » (article 53). Mais à travers ce critère c'est la démarche qualitative d'insertion (formation, etc.), qui doit être valorisée et non l'aspect quantitatif (nombre d'heures d'insertion réalisés, nombre de personnes concernées...) au risque de conclure un marché comportant des objectifs inatteignables.

Attention ! L'acheteur public doit formuler précisément le sens et la portée des variantes qu'il autorise. Il convient de mettre en place une méthodologie d'analyse transparente. Les documents de la consultation doivent absolument prévoir les éléments nécessaires à l'appréciation de la pertinence de la variante, faute de ne pouvoir tenir compte de l'aspect social de l'offre au moment de l'analyse des offres. Les offres seront analysées sur la base des critères annoncés (art 53-I. 1°). Il n'est pas nécessaire pour le candidat de proposer une offre de base pour pouvoir présenter une offre avec variante.

IV – Réserver des marchés aux structures employant majoritairement des travailleurs en situation de handicap

IV.1. Réserver un marché à une entreprise employant des personnes en situation de handicap (art. 15)

Définition : 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 CAT) ou à des structures équivalentes, lorsque la majorité des travailleurs concernés sont des personnes en situation de handicap 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 aux autres catégories juridiques existantes, notamment dans d'autres Etats membres de l'Union européenne, d'être candidat, à condition d'employer principalement des personnes en situation de handicap 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.

Cette disposition trouve son fondement dans l'article 19 de la directive 2004/18/CE. 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 en situation de handicap 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.

Nota bene : Les articles 20 de la directive 2014/24/UE sur la passation des marchés publics, dite « secteurs classiques », et 38 de la directive 2014/25/UE sur les « secteurs spéciaux » adoptées en 2014 disposent que « Les États membres peuvent réserver le droit de participer aux procédures de passation de marchés publics à des ateliers protégés et à des opérateurs économiques dont l'objet principal est l'intégration sociale et professionnelle de personnes handicapées ou défavorisées, ou prévoir l'exécution de ces marchés dans le contexte de programmes d'emplois protégés, à condition qu'au moins 30 % du personnel de ces ateliers, opérateurs économiques ou programmes soient des travailleurs handicapés ou défavorisés. » La transposition de ces directives qui interviendra au plus tard en avril 2016 permettra d'étendre la mesure aux structures chargées de l'insertion de personnes défavorisées et non plus aux seules structures d'insertion de personnes handicapées.

« Sourcing »

Le « *sourcing* » est une étape essentielle pour réussir un achat auprès du secteur protégé et adapté. Il permet d'identifier les structures, d'attirer les candidats potentiels, de les informer de la procédure de consultation et de se prémunir ainsi, contre le risque de consultation infructueuse. En effet, les ESAT et les EA sont des structures de petite taille qui n'ont pas toujours les moyens d'assurer une veille des avis de marchés. A cet égard, en plus de la publication au BOAMP, il pourra être utile de faire une publicité sur les plates-formes spécialisées du secteur de l'insertion.

Par ailleurs, l'analyse amont du marché fournisseurs permet de définir un allotissement pertinent tenant compte des capacités et de la localisation géographique des structures des secteurs protégé et adapté et d'encourager des groupements entre structures de ces secteurs pour répondre à un lot plus important.

Procédure

► Dans l'avis d'appel public à la concurrence ou dans le règlement de consultation, il faut 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.

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).

► Les structures équivalentes, autres que les entreprises adaptées (EA) et les établissements et services d'aide par le travail (ESAT) mentionnées dans le code, sont notamment des entreprises d'autres pays de l'Union européenne qui emploient principalement des personnes handicapées.

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 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 (propreté, entretien des espaces verts, blanchisserie, restauration/traitement, mise sous pli, couture, etc.).

Ne cantonnez pas l'utilisation de l'article 15 sur des marchés mineurs : l'UGAP, par exemple, l'a utilisé 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.

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 ces) lots 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.

Le recours à une Entreprise Adaptée ou un ESAT permet de bénéficier d'une réduction de la contribution due par l'acheteur au titre de l'obligation d'emploi de travailleurs en situation de handicap (OETH)

Le chiffre d'affaires généré par un marché réservé visant à la promotion dans l'emploi de personnes handicapées peut venir en déduction de la contribution due, si l'acheteur public ne remplit pas l'obligation d'emploi de personnes handicapées. Cette déduction n'est toutefois admise que dans la limite de 50% de l'obligation d'emploi.

Tout employeur du secteur privé et tout établissement public à caractère industriel et commercial occupant au moins 20 salariés, doit avoir dans ses effectifs 6 % de personnes en situation de handicap. Cette obligation d'emploi s'applique également au secteur public selon des modalités particulières.

Le non respect de l'obligation d'emploi de personnes en situation de handicap donne lieu à des sanctions financières : contribution selon la nature de l'employeur au FIPH-FP ou à l'AGEFIPH.

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, et, lorsqu'ils occupent au moins 20 agents à temps plein ou leur équivalent, les établissements publics de l'Etat autres qu'industriels et commerciaux, 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 1986⁶ portant dispositions statutaires relatives à la fonction publique hospitalière. Les autres acheteurs publics sont assujettis à l'AGEFIPH.

Toutefois, l'attribution d'un marché peut permettre de ne pas être assujetti aux sanctions financières dans la limite de la moitié de l'obligation.

► **Allègement de la contribution versée au Fonds pour l'insertion des personnes en situation de handicap dans la fonction publique (FIPH-FP) grâce à l'attribution d'un marché à des EA ou à des ESAT.**

Le montant de la contribution est calculé en fonction :

- du nombre manquant d'agents handicapés par rapport à l'obligation d'emploi (taux légal = 6%); appelé « unité manquante »,
- et de la taille de l'effectif, dont dépend la variable n.

Montant de la contribution = nombre d'unités manquantes x n x SMIC horaire

La contribution est égale par unité manquante à :

- 400 fois le SMIC horaire (9,53 € au 1^{er} janvier 2014) pour les employeurs publics dont l'effectif est compris entre 20 et 199 = 3812 euros ;
- 500 fois le SMIC horaire 9,53 € au 1^{er} janvier 2014) pour les employeurs publics dont l'effectif est compris entre 200 et 749 = 4765 euros ;
- 600 fois le SMIC horaire 9,53 € au 1^{er} janvier 2014) pour les employeurs publics dont l'effectif est au-delà de 750 = 5718 euros.

Toutefois, le nombre d'unités manquantes peut être réduit d'un nombre d'unités dites « déductibles », parmi lesquelles les contrats passés avec les entreprises adaptées (EA) et les établissements ou services d'aide par le travail (ESAT), qui peuvent permettre de remplir l'obligation de travail dans la limite de 50%.

La contribution s'élève donc au nombre d'unités manquantes corrigé des unités déductibles et multiplié par 400, 500 ou 600 fois le SMIC horaire selon la taille de l'effectif de la collectivité.

NB : Nombre d'unités déductibles = montant du marché / 17 169,12 € (traitement annuel brut minimum de la fonction publique).

Exemple : soit une entreprise publique de 250 personnes qui a dans ses effectifs 2 personnes en situation de handicap. Son obligation d'embauche est de 6%, soit 15

⁶ Les établissements concernés sont les suivants : établissements publics de santé et syndicats inter-hospitaliers 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>

personnes. Ayant déjà recruté 2 personnes en situation de handicap, elle comptabilise 13 unités manquantes.

| | Sans marché | Avec un marché de 31 000 euros passé avec un EA ou un ESAT |
|----------------------------|--|--|
| Nombre d'unités manquantes | 13 | 31 000 / 17 169,12 = 1,81 unités déductibles* 13 - 1,81 = 11,19 |
| Contribution au FPIHP | 13 x 500 x 9,53 = 61 945 euros | 11,19 x 500 x 9,53 = 53 320,35 euros |

* le nombre d'unité déductible doit être inférieur à 50% de 13, ce qui est le cas avec 1,81.

► **Allègement de la contribution versée à l'Association de Gestion du Fonds pour l'Insertion Professionnelle des Personnes Handicapées (AGEFIPH) grâce à 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 en situation de handicap peuvent s'acquitter de cette obligation dans la limite de la moitié 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 (CTDD), 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 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 du contrat / 19 060 euros (2000 x le SMIC horaire de 9,53 euros en 2014) ;
- pour les contrats de mise à disposition de travailleurs en situation de handicap 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. 5212-6 du code du travail). Il faut noter que ces contrats étant des contrats de prestations de services, les travailleurs en situation de handicap 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 / 15 248 euros (1600 x le SMIC horaire de 9,53 euros en 2014).

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 d'un montant supérieur à un montant fixé par décret (article D. 5212-5-1 du code du travail) 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 des articles 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).

IV.2. Le droit de préférence dans l'attribution des marchés (art. 53-IV)

Définition : le droit de préférence, lors de la passation d'un marché, consiste à **attribuer une préférence, 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/CE et 2004/18/CE.

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.

V- Prévoir un critère social pour sélectionner les offres (art. 53-I. 1°)

L'article 53-I. du 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. Le critère d'insertion professionnelle des publics en difficulté peut être utilisé indépendamment de l'article 14 lorsque le marché est susceptible, eu égard à son objet, d'être exécuté, au moins en partie par des personnels engagés dans une démarche d'insertion professionnelle.

Etape 1 – Préparation de la procédure

► Il est 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 professionnelle qui peut se décliner dans le cadre d'une clause d'exécution de l'article 14 du code des marchés publics (mais il n'est pas obligatoire de combiner l'article 53-I avec une clause d'exécution de l'article 14 (cf. jurisprudence ci-dessous)).

► L'article 53-I. 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 professionnelle même (art. 15 et 30), soit indépendamment, lorsque le marché est susceptible d'être exécuté, au moins en partie, par des personnels engagés dans une démarche d'insertion professionnelle, ou en combinaison avec des conditions d'exécution (art. 14).

En l'état de la jurisprudence de la Cour de Justice de l'Union Européenne (CJUE), le critère social ne peut être mis en œuvre que lorsqu'il présente un lien avec l'objet du marché. Ce lien a cependant été entendu de manière souple à propos du critère environnemental⁷. Dans sa décision du 25 mars 2013, Département de l'Isère, le Conseil d'Etat a également assoupli le lien requis entre l'objet du marché et l'insertion professionnelle en admettant que, lorsque le marché est susceptible, eu égard à son objet, d'être exécuté, au moins en partie par des personnels engagés dans une démarche d'insertion, le critère d'insertion professionnelle des publics en difficulté peut être utilisé dès lors que ce critère n'est pas discriminatoire et permet d'apprécier objectivement ces offres. (Pour plus de détails, voir l'annexe I)

► 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 professionnelle. L'utilisation du critère des performances en matière d'insertion professionnelle 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 professionnelle, 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 professionnelle 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.

Etape 2 – Rédaction : pondération et grille d'analyse du critère

► Il est obligatoire d'annoncer dès l'avis de publicité de marché l'utilisation du critère des performances en matière d'insertion professionnelle des publics en difficulté, puis dans le dossier de consultation les éléments qui seront pris en compte pour apprécier les offres.

► La pondération du critère doit être raisonnable pour ne pas être discriminatoire mais suffisamment importante pour être significative de la volonté d'une commande publique durable. Ce critère sera pondéré de manière raisonnable dans le cadre d'une utilisation en combinaison avec l'article 14, ou indépendamment, lorsque l'objet du marché n'est pas l'insertion professionnelle. Dans sa décision du 25 mars 2013, Département d'Isère, précitée, le Conseil d'Etat a admis une pondération de 15% de la note finale.

La pondération pourra en revanche être plus forte si l'objet même du marché porte sur l'insertion professionnelle (articles 15 et 30).

► Si l'acheteur public prévoit un critère social, il doit pouvoir être en mesure d'apprécier objectivement les offres grâce à une grille d'indicateurs de performances en matière d'insertion professionnelle et de contrôler le respect des engagements pris.

⁷ CJUE, 10 mai 2012, Commission c/ Royaume des Pays-Bas, C-368/10 points 86 : « En deuxième lieu, l'article 53, paragraphe 1, sous a), de la directive 2004/18 impose que les critères d'attribution soient liés à l'objet du marché. À cet égard, le quarante-sixième considérant de celle-ci précise, à son troisième alinéa, que « [l]a détermination de ces critères est fonction de l'objet du marché dans la mesure où ceux-ci doivent permettre d'évaluer le niveau de performance présenté par chaque offre par rapport à l'objet du marché, tel que défini dans les spécifications techniques, ainsi que de mesurer le rapport qualité/prix de chaque offre ».

Le règlement de la consultation peut prévoir de prendre 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 ou les secteurs adaptés et protégés, c'est-à-dire, la manière dont l'entreprise rend compte des opérations d'insertion réalisées, notamment, en lien avec les structures de l'IAE, les entreprises adaptées ou les ESAT qui suivent les bénéficiaires, notamment, sur leur employabilité ou sur d'éventuelles difficultés à s'adapter au marché. Ce lien permet en effet d'agir sur le parcours d'insertion professionnelle 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 professionnelle ;
- les modalités de suivi et de contrôle proposées éventuellement par le soumissionnaire.
- etc.

► L'appréciation de ce critère s'effectue en analysant les modalités d'exécution du marché, en lien avec l'insertion professionnelle, qui sont définies dans les offres des candidats. Il ne s'agit pas de noter une démarche vertueuse globale de l'entreprise, mais seulement les modalités d'exécution du marché objet de la consultation.

Attention ! 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.

► Même lorsque le critère social est prévu indépendamment de l'article 14, l'acheteur public doit prévoir que l'exécution du marché en matière sociale peut être contrôlée et sa mauvaise exécution sanctionnée : le CCAP, la variante retenue ou l'offre du candidat contractualisée, doit donc prévoir les clauses de suivi, de contrôle et de sanction.

Etape 3 – Exécution du marché

► Dès lors que l'offre a été retenue sur la base d'un critère social, il est nécessaire que le titulaire respecte son engagement. Les principes et conseils relatifs à l'exécution du marché, déclinés dans le chapitre sur la clause d'exécution, sont applicables de la même manière ici. Ne pas prévoir dans le marché des clauses de suivi et de contrôle, ou ne pas les appliquer, risquerait en cas d'inexécution de la clause de remettre en cause la mise en concurrence initiale.

ANNEXE I – PRESENTATION DE L'EVOLUTION DE LA JURISPRUDENCE NATIONALE ET EUROPEENNE SUR L'UTILISATION DU CRITERE SOCIAL

L'évolution textuelle et jurisprudentielle est riche et parfois contradictoire. En effet, l'évolution du droit de l'Union européenne en la matière s'est faite en sens apparemment inverse de celle du droit interne.

La Cour de justice a admis assez tôt, implicitement d'abord (CJCE, 20 sept. 1988, *Beentjes*, affaire C-31/87), puis explicitement, le critère tiré de l'emploi de chômeurs de longue durée (CJCE, 26 sept. 2000, *Commission c/France*, affaire C-225/98).

Pour autant, la Commission exclut que les éléments sociaux puissent être retenus à titre de critères, sauf s'ils ont « un lien direct avec l'objet du marché » et permettent d'évaluer les qualités intrinsèques d'un produit ou d'un service ou s'ils sont une « condition d'exécution », dont l'absence rend l'offre non conforme (Commission des communautés européennes, communication interprétative du 15 octobre 2001, Le droit communautaire applicable aux marchés publics et les possibilités d'intégrer des aspects sociaux dans lesdits marchés, COM [2001] 566 final, JOCE C 333 28 novembre 2001, pp. 12-16).

En sens inverse, le législateur français va contrer une jurisprudence nationale défavorable à l'utilisation du critère du mieux-disant social.

Dans l'intervalle, le Conseil d'Etat avait d'abord implicitement refusé d'en faire un critère d'attribution (CE, 10 mai 1996, Fédération nationale des travaux publics). Pour le commissaire du gouvernement Fratacci, le marché public est au service des besoins de la collectivité, qui met elle-même en œuvre une politique de l'emploi, mais le marché public n'est pas un instrument de la politique de l'emploi. Le Conseil d'Etat condamnera explicitement le critère social quelques années plus tard (CE, 25 juillet 2001, Commune de Gravelines) : le Conseil d'Etat avait initialement sanctionné le fait que « le critère additionnel retenu par la commune était sans rapport avec l'objet du contrat ou avec ses conditions d'exécution ».

Malgré la modification de l'article 53 du code des marchés publics, la jurisprudence reste constante.

Conséquences :

- le recours au critère social est limité aux seuls marchés ayant pour objet même la réinsertion de personnes en difficulté ;
- solution préconisée : combiner le critère social de l'article 53 avec les clauses d'exécution de l'article 14.

I. La position de la Cour de justice a récemment évolué, permettant de mettre un terme à l'interprétation restrictive prévalant jusque-là en France (CJCE, 10 mai 2012, *Commission c/ Pays-Bas*, affaire C-368/10).

La position de la Commission était simple, le critère exigeant le label *Max Havelaar*, serait contraire à l'article 53 de la directive, qui permet le choix de l'offre économiquement la plus avantageuse, au motif qu'il ne serait pas lié à l'objet du marché (§ 82). La Cour lui a répondu en faisant un lien entre l'article 53 et le quatrième alinéa du quarante-sixième considérant de la directive, au prix d'une interprétation assez constructive. Pour mémoire, celui-ci dispose qu'« un pouvoir adjudicateur peut utiliser des critères visant à la satisfaction d'exigences sociales répondant notamment aux besoins - définis dans les spécifications du marché - propres à des catégories de population particulièrement défavorisées auxquelles

appartiennent les bénéficiaires/utilisateurs des travaux, fournitures, services faisant l'objet du marché. »

En effet, la Cour interprète ces dispositions en ce sens qu'il y a lieu d'admettre que les pouvoirs adjudicateurs sont « également » autorisés à choisir des critères d'attribution fondés sur des considérations d'ordre social, lesquelles peuvent concerner les utilisateurs ou les bénéficiaires des travaux, des fournitures ou des services faisant l'objet du marché, « mais également d'autres personnes » (§ 85). Ces critères doivent également bien évidemment permettre d'évaluer le niveau de performance de chaque offre et de mesurer le rapport qualité/prix (§ 86), être objectifs (§ 87) et le pouvoir adjudicateur doit en assurer la transparence (§ 88).

La Cour les admet donc parfaitement (§ 89) et ce, d'autant plus qu'ils ne concernent pas la politique générale du soumissionnaire, mais les produits fournis dans les marchés (§ 90). Se référant aux conclusions de l'avocat général, la Cour considère qu'il n'est pas nécessaire qu'un critère d'attribution porte sur une caractéristique intrinsèque d'un produit, c'est-à-dire, un élément qui s'incorpore matériellement dans celui-ci (§ 91). Mais il s'agissait bien d'un critère d'attribution car la possession du label donnait lieu à l'attribution d'un certain nombre de points (§ 93). Ce point fait d'ailleurs l'objet d'une motivation particulière de la part de l'avocat général, M^{me} Kokott. En effet, elle est bien obligée de reconnaître que le label *Max Havelaar* « ne définit pas des caractéristiques des produits au sens strict » et que « strictement parlant, le goût du sucre ne change pas selon qu'il est issu du commerce équitable ou non » (§ 110). Avant d'ajouter, non sans humour que : « Néanmoins, un produit qui a été commercialisé dans des conditions injustes laissera un goût amer dans la bouche d'un client conscient de ses responsabilités sociales ». Pour elle, est seule prohibée la vérification de la politique générale d'achat des soumissionnaires potentiels (§ 111), mais pas de savoir si les « ingrédients » qui devaient lui être fournis bénéficiaient d'un label de nature à attester qu'ils étaient issus du commerce équitable (§ 112).

II. Le Conseil d'Etat va s'inspirer de cette solution.

D'abord, dans une décision qui semble en apparence confirmer sa jurisprudence antérieure, le Conseil d'Etat a censuré le fait que la sélection des offres avait été effectuée au regard de la « politique sociale de l'entreprise », notamment au regard de la formation des personnels et des exigences en matière de sécurité, était sans rapport avec l'objet du marché (CE, 15 février 2013, *Société Derichebourg polyurbaine*, n° 363921).

Dans sa décision Département de l'Isère (25 mars 2013, n° 364950), il se place expressément dans la ligne de la CJUE :

En l'espèce, le marché portait sur le renouvellement, le renforcement des chaussées, l'entretien des voies vertes et des abords des bâtiments du conseil général et comportait un critère de performance en matière d'insertion des publics en difficulté pondéré à 15 %.

Or, le juge du référé précontractuel du tribunal administratif de Grenoble suivant la jurisprudence bien établie avait considéré que « les travaux de renforcement et de renouvellement de chaussées prévus par le marché litigieux ne présentent aucun lien direct avec l'insertion professionnelle des publics en difficulté ».

Le département s'est alors pourvu en cassation contre cette décision. Suivant en cela les conclusions du rapporteur public Gilles Pellissier le Conseil d'Etat a décidé d'infléchir sa position.

Après avoir invoqué l'article 5 du code des marchés publics qui dispose que les besoins doivent être définis en tenant compte des objectifs de développement durable, il pose le principe selon lequel : « Dans le cadre d'une procédure d'attribution d'un marché qui, eu égard à son objet, est susceptible d'être exécuté,

au moins en partie, par des personnels engagés dans une démarche d'insertion, le pouvoir adjudicateur peut légalement prévoir d'apprécier les offres au regard du critère d'insertion professionnelle des publics en difficulté mentionné au 1° du I de l'article 53 du Code des marchés publics (CMP), dès lors que ce critère n'est pas discriminatoire et lui permet d'apprécier objectivement ces offres ». Le Conseil d'Etat a suivi son rapporteur public, qui avait considéré que « en pratique, exiger un lien avec l'objet des prestations du marché conduit donc à rendre inutilisable ce critère social. »

Le critère social peut désormais être utilisé dans le cadre de marchés dont l'objet n'est pas uniquement social.

Bien que considérablement assouplie par cette décision, la condition de lien avec l'objet du marché a toutefois été maintenue. Pour l'interpréter, le Conseil d'Etat a décidé de se conformer à l'interprétation de la CJUE en ce domaine. Désormais, contrairement à la conception stricte du lien avec l'objet du marché, ce lien peut également s'apprécier au regard des conditions dans lesquelles seront exécutées les prestations du marché, ce qui rejoint l'idée que les besoins du pouvoir adjudicateur peuvent recouvrir non seulement le résultat qu'il commande mais aussi les moyens mis en œuvre pour le réaliser ».

En l'espèce : « le critère des performances en matière d'insertion professionnelle des publics en difficulté, pondéré pour 15 % de la note finale ; que l'article 6 du règlement de consultation indique que cette performance en matière d'insertion professionnelle des publics en difficulté doit être appréciée au vu des éléments indiqués par les candidats, lesquels doivent notamment indiquer les modalités d'accueil et d'intégration de la personne en insertion recrutée dans le cadre de l'exécution du marché, présenter son référent avec son éventuelle formation au tutorat ou indiquer la progression et la formation de la personne en insertion recrutée ; ce critère de performances en matière d'insertion professionnelle des publics en difficulté, ainsi mis en œuvre pour évaluer l'offre des candidats, est en rapport avec l'objet de ce marché de travaux publics, susceptible d'être exécuté au moins en partie par du personnel engagé dans une démarche d'insertion ».

Et ce, alors même que le département de l'Isère n'a pas repris de telles exigences dans le cadre des clauses d'exécution du marché et que celui-ci devait s'exécuter sous la forme de bons de commande.

Conclusion : Le pouvoir adjudicateur a le choix : soit critère, soit clause, soit les deux. Bien sûr, le juge rappelle que ce critère doit permettre d'apprécier les offres et qu'il ne doit pas être discriminatoire (pondération raisonnable).

ANNEXE II- CLAUSES SOCIALES TYPE

Exemple n° 1 :

« Article 1.2 : Modalités d'exécution particulières à l'insertion professionnelle :

Minimum d'heures exigées

Le pouvoir adjudicateur s'est engagé dans une politique d'insertion des personnes par le travail. C'est pourquoi, conformément aux articles 5 et 14 du code des marchés publics, le cahier des charges du présent marché comporte des clauses visant à promouvoir l'emploi de personnes rencontrant des difficultés particulières d'insertion et à lutter contre le chômage. Les volumes d'heures indiqués ci-dessous constituent des minimums obligatoires.

Les candidats restent soumis aux dispositions du code du travail (article L1224-1 notamment) et, le cas échéant, de la convention collective applicable à leur branche professionnelle et relative à l'emploi des personnes actuellement affectées sur le(s) site(s) couvert(s) par le présent marché.

| Lots | Objet | Volume d'heures minimum réservées à l'insertion |
|----------|-------|---|
| Lot n° X | XXX | XX heures |
| Etc. | | |

Objectifs de l'action d'insertion et impact sur la qualité de cette action

Au-delà de l'exigence des volumes horaires minimum, le pouvoir adjudicateur souhaite que l'exécution de la clause d'insertion apporte une réelle plus value que ce soit à l'entreprise ou au(x) bénéficiaire(s) de la clause. Ceci constitue une prestation accessoire à l'objet principal du marché.

Ainsi cette clause doit permettre au(x) bénéficiaire(s) d'acquérir une expérience professionnelle réelle sur la base non seulement des formations apportées (par l'entreprise ou par les opérateurs de l'insertion), du tutorat mis en place mais aussi des tâches confiées, leur niveau de difficulté pouvant évoluer au fur et à mesure de l'exécution du marché. Ainsi une évaluation régulière doit pouvoir être réalisée avec le(s) bénéficiaire(s).

Par ailleurs, un accompagnement social du/des bénéficiaire(s) est souhaité, la réussite d'une insertion dépendant non seulement de l'intégration dans le monde du travail mais aussi de la résolution de difficultés liées notamment au logement ou à la santé. Tel est le rôle des opérateurs d'insertion et il est important que l'entreprise candidate décrive à ce sujet le partenariat mis en œuvre sur ce point avec les opérateurs d'insertion qu'elle choisit.

L'intérêt pour l'entreprise en s'investissant sur cet aspect qualitatif de la clause d'insertion est de renforcer les chances que le(s) bénéficiaire(s) puisse(nt) intégrer ses effectifs si une telle intégration répond à ses besoins de recrutement ou bien réponde(nt) aux besoins de recrutement de la branche professionnelle considérée et tout en bénéficiant durant la période du marché de l'accompagnement tant des opérateurs d'insertion que du pouvoir adjudicateur au travers de son Assistance Maîtrise d'œuvre Insertion, des aides à la formation, des prestations du service

public de l'emploi (Pôle Emploi, AFPA, Maison de l'Emploi, Mission Locale, CAP Emploi...).

Public bénéficiaire de l'action d'insertion

L'entreprise devra impérativement faire appel à une / des personne(s) relevant des catégories suivantes pour les réalisations de la clause d'insertion, ces personnes devant demeurer affectées à l'exécution du présent marché pour être prise en compte au titre de la clause d'insertion.

- Bénéficiaires du R.S.A. ayant signé un contrat d'insertion dans l'année
- Travailleurs handicapés reconnus par la CDAPH
- Jeunes ayant un faible niveau de qualification
- Jeunes n'ayant jamais travaillé et inscrits auprès du relais 16/25 ans des Missions Locales
- Les chômeurs inscrits au POLE EMPLOI depuis plus d'un an en continu ou depuis plus de deux ans en chômage récurrent.

Cette liste constitue une des conditions d'exécution du présent marché. Les bénéficiaires de l'action d'insertion devront impérativement relever de ces catégories.

Toutefois, quelques exceptions sont prévues dans le but de favoriser la pérennisation de l'emploi tout en conservant l'effet utile de l'action d'insertion. Ainsi, pourront être comptabilisés au titre de la clause d'insertion le temps de travail des personnes suivantes, si les heures effectuées sont affectées à l'exécution du marché :

- Tout bénéficiaire issu de la liste ci-dessus et intégré dans la société du titulaire depuis moins de 3 mois au moment de l'Ordre de service (ou, à défaut, du début d'exécution), un contrat de professionnalisation signé depuis moins de 3 mois au moment de l'Ordre de Service (ou, à défaut, du début d'exécution). En revanche, les bénéficiaires intégrés depuis plus de 3 mois ne seront pas pris en compte au titre de la clause.
- Tout bénéficiaire issu de la liste ci-dessus et intégré dans la société titulaire depuis moins de 3 mois au moment de la Date Limite de Remise des Offres en CDD si, à l'occasion de l'action d'insertion le CDD est transformé en CDI ou bien une formation qualifiante est apportée au bénéficiaire.
- Apprentissage : les 12 premiers mois d'un contrat d'apprentissage signé par l'entreprise avec un bénéficiaire de la liste ci-dessus. Au-delà des 12 premiers mois pris en compte, les heures effectuées ne seront plus comptabilisées au titre de la clause.
- Handicap : tout travailleur handicapé intégré dans la société titulaire depuis moins de 3 mois à compter de l'Ordre de Service (ou, à défaut, du début d'exécution) si, à l'occasion de l'action d'insertion, le CDD est transformé en CDI ou bien une formation qualifiante est apportée au bénéficiaire.
- Tout bénéficiaire de la clause d'insertion au titre du marché faisant l'objet d'une embauche en CDI par le prestataire en cours de marché ou à l'occasion de sa reconduction. Sa quotité d'heures affectées au marché continuera à être comptabilisée au titre de la clause d'insertion.

Suivi de l'action d'insertion

Le pouvoir adjudicateur procédera au suivi de l'exécution des actions d'insertion pour lesquelles le titulaire du marché s'est engagé.

Ce suivi sera réalisé avec l'assistance de la maîtrise d'œuvre insertion dans les marchés publics. Le titulaire devra transmettre au pouvoir adjudicateur tous les renseignements relatifs :

- aux embauches effectuées directement ou par ses sous traitants (contrat de travail ou recours à une main d'œuvre mise à disposition (convention de mise à disposition)
- au déroulement du tutorat
- au déroulement ou à la mise en place d'une formation ou de l'accompagnement social.

A cette fin, l'assistant Maîtrise d'Ouvrage Insertion ou le service pilote remet, s'ils n'ont été joints dans le DCE, au titulaire des documents à remplir et à retourner dûment complétés et signés sous huitaine (délai de rigueur) au pouvoir adjudicateur.

Sur la base de ces renseignements, l'AMO Insertion se met ensuite en relation avec les opérateurs d'insertion en charge du suivi des bénéficiaires.

Bilan de l'action d'insertion

Dans le mois suivant la fin d'exécution du marché, -ou, pour les marchés reconductibles, la fin de chaque année d'exécution-, un bilan de l'action d'insertion sera dressé par le titulaire. Ce bilan comporte le volume d'heures réalisées, une évaluation de l'exécution de cette prestation d'insertion et les perspectives envisagées pour les bénéficiaires (acquisition de savoir-faire et de savoir-être, pérennisation de l'emploi, capacité à accéder à l'emploi durable ou à défaut orientations à poursuivre). Le titulaire remplit à cet effet le modèle de bilan nominatif joint au DCE.

Le pouvoir adjudicateur pourra notamment entendre les personnes ayant bénéficié de l'action, des agents de l'entreprise qui les auront encadrés ainsi que des professionnels de l'insertion qui les auront orientés et accompagnés.

L'AMO Insertion, sur la base des éléments remis par le titulaire, finalise, à l'attention du pouvoir adjudicateur, le bilan quantitatif et qualitatif de l'action d'insertion menée par l'entreprise relativement à ses engagements et au présent Cahier des Clauses Administratives Particulières.

Difficultés d'exécution

Le titulaire du marché doit, sous 8 jours calendaires à compter de la survenance des faits, informer le pouvoir adjudicateur par courrier recommandé avec AR des difficultés rencontrées pour exécuter son engagement d'insertion ou dès lors qu'il ne pourra plus assurer son engagement pour quelle que raison que ce soit. Dans ce cas, seront étudiées avec le titulaire les moyens à mettre en œuvre pour parvenir aux objectifs. A défaut du respect de ce délai, le titulaire demeurera soumis au respect de la condition d'exécution pour la période considérée déduction faite des 8 jours précités.

Si les bénéficiaires affectés auprès du titulaire du marché ne donnent pas satisfaction, le titulaire du marché pourra demander leur remplacement auprès de l'opérateur d'insertion qui les aura désignés et/ou changer d'opérateur d'insertion. Il reste que le titulaire demeure lié par son engagement de volume horaire et les objectifs qualitatifs fixés au marché.

Pénalités relatives à l'insertion

En cas de non respect du volume d'insertion contractuel, et sous réserve de la suspension de l'application de la clause prévue ci-dessous, une pénalité égale au produit de deux fois le SMIC horaire en vigueur au moment de la pénalité par le nombre d'heures d'insertion non réalisées sera appliquée au titulaire.

La non remise des fiches de suivi mensuel ou du bilan de fin de marché par le titulaire l'expose à une suspension du paiement des prestations pour la période considérée.

Sous-traitance

Si une partie des prestations est sous-traitée, le titulaire du marché s'engage à faire respecter la condition d'exécution relative à l'insertion par son sous-traitant si celui-ci est concerné au vu des prestations qui lui sont confiées.

En tant qu'entreprise principale, il reste responsable globalement de l'exécution du marché.

Article 1.2-bis- conditions de suspension de l'application de la clause d'insertion professionnelle :

La clause 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 lorsqu'il doit faire face à des mesures de chômage partiel ou de licenciement économique au sein de son entreprise. Il est précisé que l'entreprise prise en compte ici correspond à l'établissement assurant l'exécution à titre principal du marché identifié par son RCS ou numéro d'inscription au registre des métiers.

Dans ces deux situations, l'application de la clause est suspendue par le pouvoir adjudicateur sous réserve du respect par l'entreprise des formalités et conditions suivantes :

Pour le chômage partiel :

Le titulaire – ou son sous-traitant s'il est concerné par l'application de la clause d'insertion - doit informer 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 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 joint 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 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 transmission du bordereau précité est donc impérative à la reconduction de la suspension.

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 d'insertion (poste de travail peu ou pas qualifié). De plus, la suspension ne peut être accordée si le titulaire recourt à une sous-traitance pour des tâches visées par la clause d'insertion et que 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.

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 et notamment l'absence de recours à une main d'œuvre extérieure.

Pour le licenciement économique :

Le titulaire – ou son sous-traitant s'il est concerné par l'application de la clause 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/ou 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).

De plus, 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 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 d'insertion (poste de travail peu ou pas qualifié). De plus, la suspension ne peut être accordée si le titulaire recourt à une sous-traitance pour des tâches visées par la clause d'insertion et que 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.

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 licenciement économique et notamment l'absence de recours à une main d'œuvre extérieure. »

Exemple n° 2 :

« 10.6 Action d'insertion sociale :

Le Titulaire s'engage à réaliser une action d'insertion de personnes rencontrant des difficultés sociales ou professionnelles particulières, en application de l'article 14 du Code des marchés publics.

Les personnes concernées par cette action sont notamment :

- les demandeurs d'emploi de longue durée ;
- les Bénéficiaires du revenu de solidarité active ou d'autres minima sociaux ;
- les personnes handicapées reconnues par la Commission des Droits et de l'Autonomie des personnes handicapées (CDAPH) ;
- les personnes ayant un faible niveau de formation (inférieur au niveau CAP).

Les personnes handicapées employées afin de répondre aux minimas fixés par la loi n°87-517 du 10 juillet 1987 en faveur de l'emploi des travailleurs handicapés et par 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, ne peuvent être prises en compte pour l'exécution de la présente clause.

Le Titulaire détermine librement les missions qui sont confiées aux personnes travaillant au titre de la présente clause, dans la mesure où elles sont directement affectées à l'exécution des prestations objet du marché et compatibles avec l'action d'insertion.

Les personnes répondant aux critères de l'action d'insertion et déjà employées dans l'entreprise depuis moins de 3 mois, sont recevables au regard de la présente clause.

10.6.1 Contenu et seuil financier de déclenchement de l'action d'insertion

Pour le marché relatif au lot X

L'action d'insertion sociale représente X % du nombre total d'heures travaillées sur les différents bons de commandes d'une même région, au sens de l'article 2.1 du CCTP, calculé selon la formule suivante : [Nombre d'heures d'insertion = X % x X % x montant HT des prestations régionales cumulées]

La mise en œuvre de l'action d'insertion démarre quand le montant cumulé HT des bons de commande sur région est égal ou supérieur à XXX euros HT.

Toutefois, le Titulaire est libre de démarrer une action d'insertion en-deçà de ce seuil financier.

La mise en œuvre de la clause d'insertion professionnelle peut s'effectuer de trois manières :

- 1ère solution : l'embauche directe (CDI ou CDD) des personnes en difficulté d'insertion ;
- 2ème solution : la sous-traitance avec une entreprise d'insertion ou à un Groupement d'Employeurs pour l'Insertion et la Qualification (GEIQ) ;
- 3ème solution : la mise en commun (mutualisation) des heures de travail en insertion par le recours au travail temporaire via les entreprises de travail temporaire d'insertion (ETTI) ou entreprises de travail temporaire classiques (ETT) ou les associations intermédiaires (AI).

Pour toute question relative à cette présente clause d'insertion des personnes éloignées de l'emploi et afin de s'assurer du bon déroulement de l'action d'insertion, vous pouvez contacter le facilitateur conventionné du pouvoir adjudicateur dont les coordonnées seront mentionnées dans la lettre de notification du marché.

10.6.2 Suivi de l'action d'insertion

Dès la notification du présent marché, le Titulaire communique un interlocuteur « insertion », dont l'identité sera communiquée au facilitateur conventionné du pouvoir adjudicateur, chargé d'assurer la mission de suivi de l'exécution de la présente clause. Ce dernier communique au Titulaire les coordonnées d'un facilitateur en charge de l'insertion sociale au niveau local du ou des lieux d'exécution des prestations (voir paragraphe a ci-après) ou l'oriente vers une solution alternative (voir paragraphe b ci-après).

La recevabilité des publics en insertion au titre de la présente clause sera impérativement validée au cours de l'exécution de la clause par un acteur de l'emploi (espaces emploi, PLIE, missions locales, maisons de l'emploi, facilitateur, etc.).

a) Suivi de la clause sociale dans le cas de la présence d'un facilitateur local sur le territoire d'exécution du marché

Le Titulaire prend contact avec le facilitateur local identifié par le facilitateur conventionné du pouvoir adjudicateur.

Le facilitateur local assure le suivi de l'exécution des actions d'insertion pour lesquelles le Titulaire du marché s'est engagé.

Le Titulaire devra transmettre mensuellement au facilitateur local tous les renseignements relatifs aux embauches effectuées directement ou par ses sous-traitants (contrat de travail ou convention de mise à disposition en cas de recours à une ETT ou ETTI).

Le Titulaire demande au facilitateur local la fiche de suivi mensuel de la clause d'insertion, complétée et signée, afin de la transmettre au facilitateur conventionné du pouvoir adjudicateur, sous X jours calendaires à compter du dernier jour de chaque mois écoulé.

b) Suivi de la clause dans le cas où il n'y a pas de facilitateur local sur le territoire d'exécution du marché

Le Titulaire prend contact avec le facilitateur conventionné du pouvoir adjudicateur qui lui transmet les outils et les relais nécessaires à la mise en œuvre de l'action d'insertion sociale.

Suivant la situation identifiée avec le facilitateur conventionné du pouvoir adjudicateur, le Titulaire transmet au facilitateur conventionné du pouvoir adjudicateur une fiche de suivi mensuel de la clause d'insertion, sous X jours calendaires à compter du dernier jour de chaque mois écoulé.

c) Difficultés d'exécution éventuelle

Le Titulaire du marché doit informer le pouvoir adjudicateur par tout moyen permettant de donner date certaine des difficultés rencontrées pour exécuter son engagement d'insertion ou dès lors qu'il ne pourra plus assurer son engagement pour quelle que raison que ce soit. Dans ce cas, seront étudiés avec le Titulaire les moyens à mettre en œuvre pour parvenir aux objectifs.

Si aucun moyen ne permet d'atteindre l'objectif d'insertion, ce constat doit être justifié par écrit et signé par le Titulaire et transmis au facilitateur conventionné du pouvoir adjudicateur.

10.6.3 Défaut de mise en œuvre de l'action d'insertion

En cas de manquement du Titulaire à son engagement d'insertion et sans préjudice d'une éventuelle procédure de résiliation du marché aux torts du Titulaire dans les conditions décrites à l'article 32 du CCAG « fournitures courantes et services », le pouvoir adjudicateur applique une pénalité dans les conditions définies à l'article X du CCAP.

[...]

14.3 Pénalité pour non-exécution de la clause d'insertion sociale :

En cas de manquement du Titulaire à son engagement d'insertion et sans préjudice d'une éventuelle procédure de résiliation du marché aux torts du Titulaire, dans les conditions décrites dans l'article 32 des Conditions Administratives Générales du pouvoir adjudicateur, celui-ci applique une pénalité égale au nombre d'heures calculées conformément aux modalités prévues au marché et non réalisées, multiplié par cinquante (50) euros.

14.4 Seuil d'exonération et plafonnement des pénalités :

Le Titulaire est exonéré des pénalités dont le montant ne dépasse pas 100 euros. Les pénalités et indemnités sont plafonnées à 30% du montant HT du bon de commande. »