

MARCHÉS PUBLICS, COHÉSION DU TERRITOIRE, EMPLOI POUR TOUS

par Annick Léonie Janin *

De quelles façons les acheteurs publics peuvent-ils donc prendre en compte le développement du territoire, l'insertion professionnelle en particulier, et (re)localiser l'économie ?

Poser la question « marchés publics et territoire », c'est vouloir résoudre une équation insoluble, et taboue. La finalité du Code des Marchés Publics (CMP) n'est pas de servir l'emploi. Le droit de la commande publique obéit au droit du commerce ; son appareil réglementaire, basé sur les règles de l'OMC, ne sert qu'un seul objectif : établir des règles du jeu de mise en concurrence entre les entreprises (1). Celles-ci garantissent les principes matriciels de la commande publique (2). Pour autant, les responsables politiques ne peuvent pas ignorer l'impact de leur politique (ou de leur non-politique) d'achat au niveau économique et social, à l'échelle du territoire dont ils assument l'avenir (3). Des évolutions récentes dans les textes de loi ont partiellement adopté cette logique.

Des contraintes de procédures strictes

Entre les contraintes de procédures... et une grande liberté rédactionnelle des contrats, des outils permettent aux acheteurs publics de mener une politique d'achat socialement responsable. Deux temps procéduraux sont fondamentaux.

■ Celui de la définition des besoins à satisfaire est celui où tout se joue pour la prise en compte des exigences d'une politique d'achat. Bien que le CMP dispense des procédures formelles les Marchés à Procédure Adaptée (c'est à dire tous les marchés en dessous du seuil de 210 000 € TTC), ceux-ci obéissent à la même logique que les autres procédures de droit commun. L'article 5 du CMP pose deux injonctions quant à la définition du besoin, l'une à caractère politique (définir la nature du besoin), l'autre purement technique et comptable (définir l'étendue du besoin).

■ Celui de la mise en concurrence comprend la sélection des candidatures et des offres. L'éthique et le droit requièrent, à ce niveau, des documents clairs, simples, de bonne qualité communicationnelle. Sinon comment parler d'égalité d'accès à la commande publique ? (4) Au plan social, au delà de quelques points, respect de la législation sur l'emploi des handicapés notamment, il est impossible, au stade des candidatures, de sélectionner les entreprises sur leur performance sociale (sauf des cas particu-

* *Attachée territoriale, auteur du mémoire de sciences politiques « Pour une lecture sociale du code des marchés publics ».*

(1) Est considéré comme un délit de favoritisme dans les marchés publics, le protectionnisme territorial. (CE, 29 juillet 1994, Commune de Ventenac-en-Minervois).

(2) La liberté d'accès de toutes les entreprises locales ou étrangères, l'égalité de traitement des entreprises (de la micro entreprise à la multinationale), et la transparence.

(3) « À l'échelle d'un territoire, investir dans l'emploi suppose de développer une stratégie territoriale en faveur de l'emploi qui anticipe les besoins, s'appuie sur les ressources endogènes et sur l'innovation », rappelle, par exemple, le cadre de référence pour les projets territoriaux de D.D. publié par la Délégation au développement durable.

(4) Le principe d'accessibilité de la loi et d'intelligibilité des textes évoqué par le Conseil Constitutionnel dans sa décision du 29 juillet 2004 trouve à s'appliquer particulièrement sur le terrain réglementaire de la commande publique.



liers, en raison de l'objet même du marché) : il n'existe pas de norme du type « iso social » totalement fiable.

Le CMP donne une liste, à la Prévert, de critères de sélection pour définir l'offre économiquement la plus avantageuse (ex « mieux disant »), dont le prix figure en dernière place. Les critères doivent être énoncés, pondérés, ... et respectés par l'acheteur public. Le critère social est licite, mais ne peut s'appliquer que pour les marchés qui stipulent des obligations sociales à la charge des entreprises, du type : embaucher, à l'occasion du chantier, des personnes en difficulté sociale, ou en formation, ou en apprentissage, etc.

La liste des critères de sélection des offres est « ouverte » et les conclusions de l'avocat général Mischo, dans une célèbre jurisprudence (5), méritent attention : « l'idée selon laquelle des critères servant l'intérêt général peuvent figurer parmi les critères d'attribution d'un marché me paraît répondre à une certaine logique voire une logique certaine. En effet, les autorités publiques ayant par essence vocation à servir l'intérêt général, celui-ci doit pouvoir les inspirer également si elles concluent un marché public. » Malgré tout, il existe juridiquement des limites aux critères de sélection des offres (lien avec le contenu du contrat, transparence, non discrimination, crédibilité), et la Commission d'Appels d'Offres est l'acteur incontournable de l'attribution des marchés.

Les cahiers des charges, reflets des exigences politiques

Les conditions d'exécution d'un contrat sont définies dans le cahier des charges qui fixe le cadre des obligations conventionnelles. Or le CMP ne s'intéresse quasiment pas au contenu du contrat. Les seules limites sont posées par les principes fondamentaux de la commande publique. C'est ainsi que l'article 14 du Code, qui n'apporte pas une plus-value juridique, mais un affichage politique, dispose que « la définition des conditions d'exécution d'un marché peut viser à promouvoir l'emploi des personnes rencontrant des difficultés particulières d'insertion, à lutter contre le chômage ou à protéger l'environnement ». Le droit communautaire prévoit le même dispositif (6). Concrètement les clauses d'insertion peuvent rendre obligatoire le recrutement, dans le cadre de l'exécution du marché, de personnes en difficulté d'insertion (7). Quelles que soient les modalités de mise en œuvre de la clause sociale, elles requièrent une ingénierie sociale de la part du donneur d'ordre public et génèrent un surcoût financier (ne signifiant pas coût économique) que les décideurs doivent intégrer.

Les conditions d'exécution du cahier des charges s'imposent aux entreprises et ne doivent pas être confondues avec les critères

(5) Concordia Bus Finland (CJCE 13.5.2001).

(6) « Les conditions d'exécution... peuvent, notamment avoir pour objet de favoriser la formation professionnelle sur chantier, l'emploi des personnes rencontrant des difficultés particulières d'insertion, de lutter contre le chômage ou de protéger l'environnement » (Directive 2004 /18 dans son considérant 33).

(7) Soit par l'embauche de personnes remplissant les conditions qui auront été définies dans le cahier des charges, soit en faisant appel à des structures d'insertion par l'activité économique.

DES INSTRUMENTS À DÉVELOPPER

Depuis 2001, les pratiques d'inscription d'une « clause d'insertion » dans les marchés publics progressent. De nombreuses collectivités locales ont pris des initiatives dans ce sens, en s'appuyant sur des grands chantiers (tramways ou autres grands équipements), mais aussi sur un ensemble de marchés de moyenne importance, dont les marchés de prestations de services.

Sur les 250 000 marchés publics passés en France chaque année, pour un montant total d'environ 120 milliards d'euros, 60 % sont mis en œuvre par les collectivités locales : communes, départements, régions. L'échelon local – les communes ou groupements de communes – est celui qui a le plus souvent recours aux clauses d'insertion. Proches du terrain, en contact direct avec les demandeurs d'emploi, les communes ont en effet rapidement pris conscience du rôle de la commande publique comme levier de l'offre d'insertion. De même, les bailleurs sociaux et les syndicats de transports inscrivent régulièrement des clauses dans leurs marchés. Enfin, dans le cadre des opérations de renouvellement urbain menées dans les quartiers prioritaires, l'Agence nationale pour la rénovation urbaine (ANRU), créée en 2003, conditionne ses financements à la mise en œuvre de clauses dans les marchés publics.

Les différentes initiatives menées en France attestent d'une vraie réussite : de nombreuses personnes retrouvent un emploi, les entreprises disposent d'un véritable service de recrutement qui propose des personnes sélectionnées et accompagnées. Ces réussites ne doivent cependant pas cacher les limites du phénomène. Il est difficile aux entreprises d'insertion d'avoir une véritable place dans la construction de ces démarches ; la clause est une opportunité d'emploi pour les personnes les « plus proches » de l'emploi. D'où l'importance d'être

vigilant à créer les conditions d'une mise en œuvre réussie sur le territoire : appui fort aux donneurs d'ordre, schéma de mise en œuvre global, permettant aux bénéficiaires de la clause de « rebondir » sur d'autres emplois, et définition d'un cadre partagé avec les entreprises.

Les équipes d'animation des PLIE sont parmi les acteurs les plus impliqués dans la mise en œuvre des clauses. Ils peuvent réaliser une animation et développer un soutien technique auprès des donneurs d'ordre, des entreprises, des acteurs de l'Insertion et de l'Emploi dont les Structures d'Insertion par l'Activité Économique (1).

Depuis 2001, le bilan du développement de l'inscription de clauses d'insertion dans les marchés publics, en France, est largement positif. L'utilisation du levier de la commande publique pour répondre aux tensions actuelles du marché du travail sur certains métiers, comme pour répondre à l'augmentation du chômage, constitue un enjeu important. Son utilisation permet, sous une autre forme, de rapprocher les demandeurs d'emploi des besoins de l'entreprise, sur un territoire, en lien avec les partenaires de l'emploi et de l'insertion. Les collectivités locales, déjà fortement impliquées en matière d'emploi et d'insertion à travers leurs différentes fonctions de financeur, d'employeur, de coordinateur, peuvent également agir efficacement en tant que donneur d'ordre. La clause d'insertion peut ainsi devenir un outil territorial efficace pour répondre à une partie de la problématique de gestion des ressources humaines.

Nadir Haouat

*Directeur du PLIE du Sud-Ouest Lyonnais,
EUROPLIE*

(1) Dans cette perspective, EUROPLIE propose maintenant une assistance technique spécialisée auprès des territoires.



de sélection. Une entreprise qui n'est pas intéressée, ou pas apte à respecter le cahier des charges, s'abstient tout simplement de répondre à l'appel d'offres. Les marchés publics ne peuvent se confondre avec le travail obligatoire ou la réquisition. Si les entreprises d'insertion semblent avoir le meilleur profil pour répondre à ce type de marché, elles ne peuvent en avoir l'accès exclusif (8). Les entreprises du secteur « classique » ont aussi une tradition d'insertion-formation, notamment par le compagnonnage et l'apprentissage. Ces clauses ne doivent pas avoir d'effet discriminatoire à l'égard des candidats potentiels (alinéa 2 de l'article 14), ni conduire à limiter la concurrence. Les modalités de leur exécution doivent donc être envisagées au cas par cas.

Les pré-requis d'une réussite

Les clauses d'insertion sociale supposent un travail avec l'ensemble des acteurs du territoire : chambres consulaires, syndicats professionnels, structures d'insertion, etc. Ainsi, avant d'inclure de telles clauses, il faut prendre en compte les éléments suivants : le secteur d'activité de l'objet du marché (existence ou non de structures d'insertion dans le secteur concerné), la nature des prestations (existe-t-il une main d'œuvre disponible, capable d'accomplir le travail nécessaire ?), la durée des prestations (la clause d'insertion, à la différence de la clause environnementale, ne peut avoir d'effet que dans un marché de longue durée). Pour illustrer le propos, les marchés pour l'entretien et la rénovation des murets et parapets, pluriannuels et répartis sur l'ensemble d'un territoire, incarnent « l'idéal-type » de marchés qui permettent l'intégration de ce type de clauses. Ils s'inscrivent dans la durée, ils requièrent de la main-d'œuvre et permettent un apprentissage « recyclable sur place ».

En sus des clauses d'exécution à caractère social, l'acheteur public dispose de la technique de l'allotissement, voire du micro-allotissement ; il s'agit là d'une réelle politique volontariste de (re)localisation de l'économie tout en respectant les principes fondamentaux de la commande publique. Les petites entreprises constituent un fort potentiel de création d'emplois (9). Bien que tout à fait libres de se porter candidates aux marchés de travaux, de fournitures ou de services des collectivités, elles rebutent à le faire lors des appels à concurrence (marchés trop importants ou complexes pour elles, difficulté d'appréhender les règles relatives aux marchés publics, modalités de paiement inadaptés à leur trésorerie). L'allotissement peut apporter une solution à ce handicap. Il vise à découper une opération en lots techniques ou géographiques. Le micro-allotissement découpe des lots à la taille des très petites entreprises du territoire pour leur permettre d'accéder réellement aux marchés (10). Bien entendu, le découpage doit se caler sur la réalité des entreprises du territoi-

(8) Il faut se souvenir que c'est le syndicat du BTP qui est à l'origine de la clause du mieux-disant social dans les années 1975 (en relation avec le Ministère des Affaires Sociales de Simone Veil).

(9) Cf. ci-dessus, p. 50, les propos du président de l'Assemblée des Chambres de Métiers.

(10) Par exemple, pour construire un bâtiment, découper les travaux par corps de métiers...



re. Il est vain de prévoir des lots s'il n'y a pas d'entreprise en capacité de réaliser les prestations sur le territoire de proximité. L'allotissement doit s'accompagner d'une pratique performante en matière de délais et de conditions financières d'exécution du marché (11).

L'insertion et la formation, objets mêmes du marché

Les acheteurs publics peuvent tout à fait acheter de l'insertion ou de la formation, en destination de bénéficiaires des dispositifs d'insertion. Dans ce cas, l'insertion correspond au besoin identifié par la collectivité ; elle est même l'objet du marché. La particularité de ces marchés est leur soumission en procédure adaptée (12) ; d'où des conditions de mise en concurrence plus souples, le recours à des négociations et, éventuellement, une adaptation des cahiers des charges.

L'objet du marché peut être l'insertion de publics en difficulté préalablement définis. Le titulaire a la possibilité pour cela de mettre en œuvre différentes actions et notamment de confier à ces personnes des missions temporaires de travail : nettoyage, peinture de locaux, jardinage, recyclage, etc. Par exemple, le projet pédagogique de la formation portera sur l'apprentissage d'un savoir-faire dans le domaine du bâtiment, des espaces verts, des métiers de la propreté... L'objet du marché n'est pas la réalisation de travaux : dans le cas contraire, le juge requalifierait le marché en marché de travaux. Le marché doit, pour cette raison, être rédigé en faisant apparaître les objectifs d'insertion, et notamment le public visé, ainsi que les missions de services à exécuter par les personnes en difficulté et toute action pouvant concourir à leur insertion : action de formation, suivi individualisé... C'est ainsi que la mairie d'une très petite commune est en train d'être construite dans le cadre d'un « chantier école », permettant à des bénéficiaires de minima sociaux d'acquérir un savoir-faire dans les métiers du bâtiment (13).

En bref, les pistes sont nombreuses. Dans la commande publique, la prise en compte du territoire est un interdit, tant il se confond avec le délit de favoritisme géographique. Mais, il s'agit d'une mauvaise métabolisation du droit. De fait, achat local et respect du droit des marchés publics sont compatibles. Cette compatibilité nécessite, certes, des précautions juridiques, mais aussi une approche globale, c'est à dire une politique de la commande publique pour donner le « goût du futur » aux acteurs du territoire (14).

Annick Léonie Janin

(11) De nombreuses faillites sont imputables à des délais de paiement trop longs.

(12) Sur le fondement de l'article 30 du CMP (traduction au plan national de l'annexe B de la directive européenne 2004/18).

(13) La mise en œuvre de ce type de marché doit s'entourer de précautions : ne pas disqualifier les entreprises artisanales locales, requérir un encadrement qualifié dans le domaine du bâtiment, (en l'espèce c'est l'artisan local reconverti en formateur, et recruté par l'association d'insertion) convaincre l'architecte d'avoir sur son chantier non seulement des maçons, mais également des éducateurs !

(14) Document plus détaillé disponible sur www.economie-humanisme.org