

n° - 008346-01

Juin 2013

Les clauses sociales dans la commande publique du ministère de l'écologie, du développement durable et de l'énergie, et du ministère de l'égalité des territoires et du logement



CONSEIL GÉNÉRAL
DE L'ENVIRONNEMENT ET DU DÉVELOPPEMENT DURABLE

Rapport n° : 008346-01

**Les clauses sociales dans la commande publique
du ministère de l'écologie, du développement
durable et de l'énergie, et du ministère de l'égalité
des territoires et du logement**

établi par

François RENVOISÉ,

Ingénieur général des ponts, des eaux et des forêts,

Nadine BELLUROT,

Inspectrice générale de l'administration du développement durable,

Alexandra SUBREMON,

Membre permanent,

Juin 2013

Fiche qualité

La mission du CGEDD qui a donné lieu à la rédaction du présent rapport a été conduite conformément au dispositif qualité du Conseil⁽¹⁾.

Rapport CGEDD n° 008346-01

Date du rapport : Juin 2013

Titre : Les clauses sociales dans la commande publique du ministère de l'écologie, du développement durable et de l'énergie, et du ministère de l'égalité des territoires et du logement

Commanditaire(s) : le Vice-président du CGEDD programme de travail du CGEDD

Date de la note de commande : 22 mai 2012

Auteurs du rapport (CGEDD) : - Mme Nadine BELLUROT, Inspectrice générale de l'administration du développement durable,
- Mme Alexandra SUBREMON, Membre permanent,
- M. François RENVOISÉ, Ingénieur général des ponts, des eaux et des forêts,

Coordonnateur : M. François RENVOISÉ,

Superviseuse : Mme Marie-Françoise SIMON-ROVETTO, Inspectrice générale de l'administration du développement durable,

Relecteur : M. Hervé BRINDEJONC de TRÉGLODÉ, Ingénieur en chef des mines,

Nombre de pages du rapport (sans les annexes) : 34

Les rapporteurs attestent que l'impartialité d'aucun d'entre eux n'a été mise en cause par des intérêts particuliers ou par des éléments de son activité passée ou présente.

(1) Guide méthodologique s'appliquant aux missions confiées au CGEDD

Sommaire

Résumé	3
Liste des recommandations (par ordre d'apparition dans le texte du rapport).....	4
Introduction	6
1. Le droit européen des clauses sociales dans les marchés publics:une légitimation progressive désormais aboutie.....	7
1.1. Le droit de l'Union européenne	7
1.1.1. <i>L'intégration au plan européen des clauses sociales dans les marchés publics est récente.....</i>	7
1.1.2. <i>L'origine jurisprudentielle européenne des clauses sociales dans les marchés publics</i>	8
1.1.3. <i>Le droit européen dérivé a reconnu les clauses sociales en 2004.....</i>	10
1.1.4. <i>Le traité de Lisbonne apporte des précisions significatives.....</i>	11
1.2. L'évolution prévisible du droit positif de l'Union européenne confirme et conforte l'acceptation des clauses sociales.....	11
1.2.1. <i>Au plan législatif.....</i>	11
1.2.2. <i>Au plan politique</i>	13
2. Un cadre juridique national désormais bien établi.....	16
2.1. L'approche progressive par le biais de circulaires.....	16
2.2. La construction par le code des marchés publics (CMP).....	16
2.3. La référence aux principes constitutionnels de la charte de l'environnement.....	18
2.4. L'accompagnement par les pouvoirs publics.....	18
2.5. Les outils communs à la disposition des acheteurs publics.....	19
2.6. La pratique française actuelle s'inscrit dans l'évolution prévisible à ce jour de la réglementation européenne.....	21
3. En 2012 un bilan très mitigé du recours aux clauses sociales au sein du MEDDE et du METL.....	22
3.1. Le dispositif ministériel.....	22
3.2. Les renseignements globaux tirés de l'OEAP	23
3.3. Le bilan au sein du MEDDE et du METL.....	24
3.3.1. <i>Une appréhension statistique incertaine.....</i>	24
3.3.2. <i>Un processus de passation des marchés complexe.....</i>	25
3.3.3. <i>L'exemple d'un service déconcentré du MEDDE : la direction régionale et interdépartementale de l'équipement et de l'aménagement d'Île-de-France (DRIEA-IF).....</i>	26
3.4. Quelques pistes d'explication de la faiblesse du recours aux clauses sociales.....	27
4. Une situation plus avancée dans différents grands établissements publics relevant des deux ministères.....	28
4.1. L'exemple de la SNCF.....	28

4.2. L'exemple de la RATP.....	29
4.3. L'exemple de l'ANRU.....	30
4.4. Les documents des trois établissements publics étudiés fournissent d'utiles précisions sur leur démarche.....	32
4.5. Des enseignements communs tirés de l'expérience des trois établissements publics	34
5. Les recommandations aux services.....	35
Conclusion	39
Annexes.....	40
1. Lettre de mission du 22 mai 2012.....	41
2. Circulaire du 3 décembre 2008.....	44
3. Articles 5, 14, 15, 30 et 53 du Code des marchés publics.....	47
4. Note de cadrage.....	50
5. Liste des principaux documents consultés.....	54
6. Liste des personnes rencontrées ou auditées par téléphone.....	56
7. Glossaire des sigles et acronymes.....	58
8. Extrait relatif aux clauses sociales de la Lettre de l'Observatoire économique de l'achat public (OEAP) n° 27 de février 2013.....	60

Résumé

Le Conseil général de l'environnement et du développement durable a pris l'initiative d'une mission d'audit thématique national de mise en œuvre des politiques publiques relatives à la prise en compte des clauses sociales dans la commande publique du ministère de l'écologie, du développement durable et de l'énergie (MEDDE) et du ministère de l'égalité des territoires et du logement (METL). Cette mission figure dans son programme d'activité 2012.

Dans le prolongement du droit européen et des modifications apportées aux directives marchés publics, l'introduction des clauses sociales en 2006 dans le Code des marchés publics s'était accompagnée, dès juillet 2007, de la publication d'un guide élaboré sous l'égide de l'Observatoire économique de l'achat public et intitulé « *Guides et recommandations - Commande publique et accès à l'emploi des personnes qui en sont éloignées* », visant à rendre accessible à tous la dimension juridique du sujet. Une seconde édition de décembre 2010 s'était efforcée de répondre aux questions que se posent les acheteurs publics. Plusieurs circulaires ont été prises par le Premier Ministre dont celle du 3 décembre 2008 relative à l'exemplarité de l'État au regard du développement durable dans le fonctionnement de ses services et de ses établissements publics.

Malgré cela, la mission a dû constater que, sauf exception, on ne pouvait pas considérer que les directions et services du MEDDE et du METL avaient jusqu'à ce jour répondu de manière satisfaisante aux objectifs de recours aux clauses sociales souvent appelées clauses d'insertion. Certes, le champ d'intervention de telles clauses pour une administration de l'État est relativement restreint, néanmoins celui-ci existe. L'explication de cette situation est très vraisemblablement multiple : les contraintes de fonctionnement que rencontrent les services des deux ministères, l'absence d'expression d'une volonté stratégique et politique, et l'absence d'outils opérationnels mis à disposition des services pour rédiger et gérer ces clauses.

La mission a en conséquence examiné quelle était la pratique des clauses sociales d'un panel d'établissements publics qui relèvent des domaines de compétence des deux ministères, à savoir la SNCF, la RATP et l'ANRU. Il apparaît clairement que ceux-ci sont bien plus avancés grâce, en particulier, à une démarche plus organisée, volontariste et opérationnelle, mais aussi parce que l'activité d'une entreprise ou d'un établissement public semble se prêter plus à un tel recours que celle de l'administration.

En aboutissement de ses réflexions, la mission propose plusieurs recommandations pour favoriser une véritable évolution des services des deux ministères dans la pratique des clauses sociales ou clauses d'insertion. La plupart de ces recommandations trouvent leur origine dans l'examen des pratiques des trois établissements publics : il faut impliquer le plus haut niveau des deux ministères, consolider les expériences acquises et enfin, avoir le souci du caractère opérationnel de l'ensemble de la démarche.

Une dernière recommandation, assez classique, correspond au souhait d'évaluer après 12 à 18 mois l'évolution de la part des marchés des directions et services du METL et du MEDDE comprenant des clauses d'insertion.

Liste des recommandations **(par ordre d'apparition dans le texte du rapport)**

Recommandation n°1 : Réaffirmer pour les deux ministères une stratégie unique de conception et de mise en œuvre des clauses d'insertion, en adéquation avec les moyens dont disposent les services. On s'attachera à faire connaître et partager par l'ensemble des personnes concernées cette stratégie qui prendra la forme d'un document constituant un nouvel acte fondateur de la politique ministérielle .Ce document devra satisfaire aux exigences des principes du développement durable et contribuer à la défense de l'emploi des publics fragiles.....[**35**](#)

Recommandation n°2 : Mettre en place un réseau de référents dans les services déconcentrés de manière à favoriser la diffusion d'un bon niveau de connaissances et des bonnes pratiques sur les plans technique et juridique. Assurer dans ce cadre une formation solide des services concernés par les clauses d'insertion.....[**35**](#)

Recommandation n°2-1 : Désigner le chef du département des politiques ministérielles de fonctionnement et d'achat durables du service des politiques support et des systèmes d'information (SPSSI) du secrétariat général comme tête du réseau précité. Il devra diffuser l'information tant stratégique que pratique au bénéfice des cadres de terrain. Il recevra une lettre de mission largement diffusée, insistant sur l'importance de la politique publique de recours aux clauses d'insertion dans les marchés et faisant référence au document stratégique, objet de la recommandation n°1.....[**36**](#)

Recommandation n°2-2 : Créer sur le réseau Intranet des deux ministères un site commun qui sera géré sous la responsabilité du cadre chargé de la promotion du recours aux clauses d'insertion. Ce site collectera l'information juridique relative aux clauses d'insertion ainsi que les bonnes pratiques relevant des autres administrations et opérateurs publics. L'existence de ce site fera l'objet d'une large information au sein des deux ministères.....[**36**](#)

Recommandation n°3 : S'assurer que les ministères disposent au niveau approprié d'une capacité d'expertise juridique et technique dans ce domaine.[**36**](#)

Recommandation n°3-1 : Introduire dans les divers stages « marchés », en particulier les stages « marchés – prise de poste », un module à caractère opérationnel sur les clauses d'insertion.....[**36**](#)

Recommandation n°3-2 : Engager de manière incitative chaque service pouvoir adjudicateur du MEDDE et du METL à engager une relation suivie avec les Maisons de l'emploi territorialement compétentes et à favoriser un

fonctionnement opérationnel en réseau des personnels exerçant des responsabilités en matière de marchés avec les facilitateurs.....36

Recommandation n°4 : Choisir un chef de projet pour chaque dossier individuel de marché avec clauses d'insertion, qui s'assure de la mise en œuvre de celles-ci. Bien préciser des objectifs quantifiés pour la mise en œuvre des clauses (nombre d'heures sur un temps donné) et passer par des facilitateurs (maisons de l'Emploi).....37

Recommandation n°5 : Bien préciser pour chaque marché à venir avec clauses d'insertion les objectifs de mise en œuvre de celles-ci (nombre d'heures sur un temps donné).....37

Recommandation n°6 : Établir un tableau de bord pour les deux ministères sous la responsabilité du chef du département des politiques ministérielles de fonctionnement et d'achat durables du service des politiques support et des systèmes d'information (SPSSI), tête du réseau objet de la recommandation n°2. Cet instrument de pilotage qui sera régulièrement actualisé, permettra, suivant les cas, d'encourager ou de relancer les services.....37

Recommandation n°7 : Engager un processus de concertation périodique avec les établissements publics placés sous la tutelle du METL ou du MEDDE et en pointe en matière d'usage des clauses d'insertion, afin d'échanger les « bonnes pratiques » nouvelles des uns et des autres. Diffuser ces « bonnes pratiques » par l'intermédiaire du réseau Intranet, objet de la recommandation n°2.2.....37

Recommandation n°8 : Engager un processus d'échange des bonnes pratiques européennes dans un dialogue régulier avec les administrations des autres États de l'Union . Cette démarche sera utilement conduite en liaison avec la direction des affaires juridiques du ministère de l'économie et des finances, organisme référent en matière de commande publique au plan national.....38

Recommandation n°9 : Dans un délai de 12 à 18 mois après la diffusion du présent rapport, prévoir une nouvelle mission du CGEDD qui aura pour objet d'évaluer les avancées réalisées en matière de recours aux clauses insertion dans les marchés passés par le MEDDE et le MELT.....38

Introduction

La circulaire du 3 décembre 2008 du Premier Ministre relative à l'exemplarité de l'État au regard du développement durable dans le fonctionnement de ses services, fixait à ces derniers l'objectif, qu'en 2012, 10% des montants des marchés publics contenant plus de 50% de main d'œuvre intègrent une clause sociale d'insertion des personnes éloignées de l'emploi. Le Conseil général de l'environnement et du développement durable (CGEDD) a inscrit dans son programme d'activité un audit sur la mise en œuvre des clauses sociales dans la commande publique du ministère de l'écologie, du développement durable et de l'énergie (MEDDE) et du ministère de l'égalité des territoires et du logement (METL).

La lettre de commande fixait à cette évaluation les objectifs principaux suivants:

- constater le niveau de réalisation atteint,
- identifier les éléments susceptibles de faire obstacle,
- élaborer des propositions d'amélioration.

La mission a souhaité tout d'abord faire un point de l'environnement juridique du dispositif tant au niveau européen que national. Cette préoccupation d'intégrer une dimension sociale dans les marchés publics a été introduite en plusieurs étapes au niveau légal. A ce jour, il existe dans le code des marchés publics (CMP) les dispositions permettant de favoriser l'achat socialement responsable. Ce dispositif s'est accompagné de la mise en place d'outils opérationnels et organisationnels.

Après avoir établi que le cadre juridique existant était suffisant, la mission a examiné l'utilisation des clauses sociales dans la commande publique des services des deux ministères afin d'établir le niveau atteint. Ce dernier est inférieur à l'objectif affiché de 2008, ne se distinguant pas pour autant de l'ensemble des services de l'État, malgré un effort constant.

La mission a souhaité élargir sa réflexion, en étudiant trois établissements publics plus rompus à l'utilisation des clauses sociales (SNCF, RATP et ANRU), afin d'en tirer les meilleurs enseignements pour une plus forte prise en compte des clauses sociales au sein des deux ministères. Cette démarche pragmatique a permis de faire apparaître un certain nombre de bonnes pratiques qu'il est proposé de transposer à l'administration.

Au delà de l'aspect quantifiable, l'insertion de clauses sociales dans la commande publique peut s'inscrire dans une perspective plus large en lien avec la conjoncture économique. L'acheteur public peut, par ce biais, avoir une influence sur les pratiques des entreprises en utilisant la commande publique comme un levier d'accès à l'emploi des personnes qui en sont éloignées. Une politique de l'achat public mise au service du développement de l'insertion par l'activité économique pourrait donner à cette pratique une dimension supplémentaire dans le domaine économique et social.

1. Le droit européen des clauses sociales dans les marchés publics: une légitimation progressive désormais aboutie

L'intérêt de présenter dans ce rapport l'approche européenne repose pour la mission au moins sur trois raisons :

- Premièrement, il est incontestable que la réflexion européenne structure celle conduite au plan national dans tous les États membres. C'est vrai pour la France qui a pourtant une tradition juridique bien établie, mais c'est vrai peut-être plus encore pour les nouveaux États membres, dont les marchés sont désormais ouverts à toutes les entreprises établies en Europe, et les entreprises françaises y sont très présentes. L'apport de la démarche européenne à la sécurité juridique souhaitée à juste titre par les entreprises est de ce point de vue indiscutable.
- Deuxièmement, l'intégration des clauses sociales dans les marchés publics au plan européen est d'une inspiration très récente, sa cohabitation avec les principes qui régissent l'économie du marché n'allait pas à l'origine de soi, ce qui explique son acceptation très progressive et les conditions très strictes qui l'accompagnent.
- Troisièmement, et c'est peut-être l'aspect au plan pratique le plus intéressant, il est toujours instructif de tirer les enseignements de l'application faite au plan européen d'une réglementation ; la mission s'est appuyée ici sur l'analyse de la Commission européenne qui a publié plusieurs études à ce sujet¹; le cas échéant, des contacts ultérieurs avec les administrations d'autres États membres pourraient utilement être engagés.

Il convient cependant de rappeler que toutes les commandes publiques en Europe ne relèvent pas des directives sur les marchés publics : les seuils constituent le premier critère d'éligibilité. Ensuite, certains contrats, et tout particulièrement les concessions de services, échappent aujourd'hui à l'emprise de ces directives. Toutefois, en application de la jurisprudence de la Cour de justice de l'Union européenne (CJUE), les règles fondamentales du traité s'appliquent à toutes les commandes publiques, y compris à celles qui ne sont pas régies par les directives. Ces règles traitent de la non discrimination, de la transparence, de la proportionnalité, mais également des aspects sociaux de sorte que leur impact sur la commande publique doit être analysé au même niveau.

1.1. Le droit de l'Union européenne

1.1.1. L'intégration au plan européen des clauses sociales dans les marchés publics est récente

Les premiers textes communautaires sur les marchés publics remontent au début des années 70 et découlent des principes fondant l'économie libre de marché tels que prévus par l'article 4, paragraphe 1 du traité instituant la Communauté européenne, impliquant que les pouvoirs publics en soient les garants.

La démarche communautaire était entièrement dominée par une finalité concurrentielle. L'ouverture des marchés publics à la concurrence était considérée comme un objectif majeur, notamment dans le contexte de l'achèvement du marché intérieur. Les règles applicables en matière de commande publique servaient à préserver le système d'économie de marché et visaient à protéger les opérateurs soumissionnant à un marché public. Dans le cadre de la réglementation du système d'économie libre de marché, les questions à finalité sociale ne relevaient pas du domaine économique, et donc n'avaient pas à être prises en considération. Elles étaient qualifiées d'« objectifs étrangers au marché » (cf. Mme Juliane KOKOTT, avocat

¹ Cf note n °3 et n 16 infra

général CJUE Affaire C-368/10, point 36). L'utilisation du mieux-disant social comme critère d'attribution du marché n'a pu s'imposer que très progressivement et sous l'effet de la crise.

L'idée que l'intégration des aspects sociaux au sein de l'économie de marché, tout en sortant du cadre strictement économique, pouvait être admise dans les procédures des marchés publics apparaît d'abord dans les décisions du juge européen à la fin des années 80, et ce n'est qu'ensuite que cette jurisprudence est reprise par le législateur (réforme/codification des marchés publics de 2004).

Entre temps cependant, la prise en compte des objectifs sociaux dans le traité d'Amsterdam (1997/1999) et l'adoption de l'agenda de la politique sociale à Nice au Sommet des chefs d'État et de Gouvernement (2000)² ont joué le rôle d'impulsion politique. Cette prise en compte a été consolidée par la dernière réforme des traités.

La Commission européenne a également accompagné ce mouvement. Plusieurs communications l'attestent, notamment en 2001 et 2011³, tout comme ses propositions pour la croissance figurant dans la « stratégie Europe 2020 ⁴ », et ses dernières propositions de réforme des marchés publics, actuellement en débat, qui s'inscrivent désormais dans la ligne politique tracée notamment par le traité de Lisbonne.

1.1.2. L'origine jurisprudentielle européenne des clauses sociales dans les marchés publics

Pour la **Cour de justice de l'Union européenne (CJUE)**, deux arrêts de principe sont régulièrement cités à l'appui de cette reconnaissance : l'affaire 31/87 Beentjes et l'affaire C-513/99, Concordia Bus Finland auxquelles on peut ajouter l'affaire C-225/98 opposant la Commission à la France à propos de différentes procédures d'adjudication de marchés publics de travaux concernant la construction et la maintenance de bâtiments scolaires de la Région Nord-Pas-de-Calais. Ces trois affaires ont en commun le fait que l'autorité adjudicatrice a imposé dans chacune d'elles le respect de conditions sociales (ou environnementales), et que le juge communautaire a admis leur recevabilité.

Plus récemment, un arrêt du 10 mai 2012, opposant la Commission aux Pays-Bas, (affaire C-368/10) a permis à la Cour de revenir sur cette première jurisprudence en la confortant et en précisant encore mieux sa portée.

Dans l'affaire Beentjes, l'avis d'adjudication mentionnait que « *la main d'œuvre employée devra être constituée pour 70 % au moins de chômeurs de longue durée qui auraient été placés par l'intermédiaire du bureau régional de la main d'œuvre* ». Or, la directive en vigueur à l'époque ((71/305/CEE) ne prévoyait aucune considération de cette nature.

Dans l'affaire des bâtiments scolaires de la Région Nord-Pas-de-Calais, la Commission faisait valoir qu'une clause sociale relative à une action locale de lutte contre le chômage comme critère d'attribution était contraire à la directive 93/37. Pour la Commission, la jurisprudence Beentjes était limitée dans sa portée aux conditions d'exécution. La Cour ne l'a pas suivi et a admis au contraire qu'une clause sociale puisse être retenue comme critère d'attribution du marché.⁵

² Pour la synthèse de la démarche européenne cf le lien suivant : http://europa.eu/legislation_summaries/employment_and_social_policy/social_agenda/index_fr.htm

³ Notamment en 2001 « Communication interprétative sur le droit communautaire applicable aux marchés publics et les possibilités d'intégrer des aspects sociaux dans lesdits marchés » COM(2001)566final et en 2011, « Acheter social, un guide sur les appels d'offres publics avec clauses de responsabilité sociale »

⁴ « Europe 2020 » est le nom de la nouvelle stratégie de croissance de l'UE qui énonce des objectifs à atteindre d'ici 2020, notamment, en matière d'emploi et d'inclusion sociale. Dans le domaine de l'emploi, des affaires sociales et de l'inclusion il y a des actions en faveur de la jeunesse et de la lutte contre la pauvreté et l'exclusion sociale ; dans l'exposé des motifs de la réforme des marchés publics engagés en 2011, la Commission se réfère expressément à cette stratégie.

Dans l'affaire Concordia bus Finland, la Cour avait à se prononcer sur un marché de livraison des services de transport urbain. L'adjudicataire devait présenter l'offre la plus avantageuse sur le plan économique global. Cette appréciation devait tenir compte de trois éléments : le prix global demandé pour l'exploitation, la qualité du matériel (autobus) et la gestion de l'entrepreneur en matière de qualité et d'environnement. La Cour a validé la légalité d'une clause environnementale, son raisonnement étant de même nature que celui développé pour les clauses sociales à savoir, certes, le droit positif ne le prévoit pas mais son application n'y est pas contraire. Le juge a précisé que les critères d'attribution retenus par le pouvoir adjudicateur afin d'identifier l'offre économiquement la plus avantageuse ne doivent pas nécessairement être de « nature purement économique » : « (...) lorsque le pouvoir adjudicateur décide d'attribuer un marché au soumissionnaire ayant présenté l'offre économiquement la plus avantageuse, il peut prendre en considération des critères écologiques ». La liberté ne saurait être totale, le pouvoir adjudicataire est lié par l'objet du marché et il doit prévoir expressément le recours à des critères écologiques ou sociaux dans l'avis de marché ou dans le cahier des charges.⁶

Et c'est à ces conditions que les deux types de clauses ont cessé définitivement d'être « étrangers aux marchés », autorisant d'utiliser la commande publique comme un levier de lutte contre le chômage et comme un levier de protection de l'environnement.

Dans un souci de garantir la sécurité juridique, le législateur européen, profitant de la réforme/codification intervenue en 2004, a introduit pour la première fois en droit positif la possibilité de recourir aux clauses sociales dans les marchés publics⁷.

⁵ «, les critères sur lesquels les pouvoirs adjudicateurs peuvent se fonder pour attribuer les marchés sont soit uniquement le prix le plus bas, soit, lorsque l'attribution se fait à l'offre économiquement la plus avantageuse, divers critères variables suivant le marché en question, comme le prix, le délai d'exécution, le coût d'utilisation, la rentabilité, la valeur technique. Néanmoins, cette disposition n'exclut pas toute possibilité pour les pouvoirs adjudicateurs d'utiliser comme critère une condition liée à la lutte contre le chômage pourvu que cette condition respecte tous les principes fondamentaux du droit communautaire, et notamment le principe de non-discrimination tel qu'il découle des dispositions du traité en matière de droit d'établissement et de libre prestation des services... »

La Cour a ensuite rappelé sa jurisprudence Beentjes sur le respect des principes qui sous-tendent les procédures des marchés publics, au premier rang duquel la publicité, pour en conclure : «...Il s'ensuit qu'un critère d'attribution lié à la lutte contre le chômage doit être expressément mentionné dans l'avis de marché afin que les entrepreneurs soient mis en mesure d'avoir connaissance de l'existence d'une telle condition... »

⁶ La Cour a dit pour droit : « L'article 36, paragraphe 1, sous a), de la directive 92/50/CEE du Conseil, du 18 juin 1992, portant coordination des procédures de passation des marchés publics de services, doit être interprété en ce sens que, lorsque, dans le cadre d'un marché public relatif à la prestation de services de transports urbains par autobus, le pouvoir adjudicateur décide d'attribuer un marché au soumissionnaire ayant présenté l'offre économiquement la plus avantageuse, il peut prendre en considération des critères écologiques, tels que le niveau d'émissions d'oxyde azotique ou le niveau sonore des autobus, pour autant que ces critères sont liés à l'objet du marché, ne confèrent pas audit pouvoir adjudicataire une liberté inconditionnée de choix, sont expressément mentionnés dans le cahier des charges ou dans l'avis de marché et respectent tous les principes fondamentaux du droit communautaire, notamment le principe de non-discrimination. » Et dans une affaire récente, C-252/10 P de 2011, la Cour a eu l'occasion de revenir sur la lecture qu'il faut avoir de cette jurisprudence : « lorsque l'attribution d'un marché se fait par attribution à l'offre économiquement la plus avantageuse (...) le pouvoir adjudicateur doit définir et préciser, dans le cahier des charges, les critères d'attribution permettant l'évaluation du contenu des offres. Ces critères doivent, en outre (...) être justifiés par l'objet du marché. (...) le pouvoir adjudicateur doit aussi préciser, dans l'avis de marché ou dans le cahier des charges, la pondération relative qu'il confère à chacun des critères choisis pour déterminer l'offre économiquement la plus avantageuse. Ces dispositions visent à garantir le respect de l'égalité de traitement et de la transparence au stade de l'évaluation des offres en vue de l'attribution du marché »

⁷ Au côté des possibilités d'introduire des clauses sociales, la nouveauté portait également sur la protection de l'environnement et la lutte contre la corruption

1.1.3. Le droit européen dérivé a reconnu les clauses sociales en 2004

Le législateur européen a principalement intégré la jurisprudence de la Cour en 2004.

La réforme de 2004 a donné lieu à deux directives :

- la directive 2004/17/CE du Parlement européen et du Conseil du 31 mars 2004 portant coordination des procédures de passation des marchés dans les secteurs de l'eau, de l'énergie, des transports et des services postaux,
- la directive 2004/18/CE du Parlement européen et du Conseil du 31 mars 2004 relative à la coordination des procédures de passation des marchés publics de travaux, de fournitures et de services⁸.

Le considérant 33 de la directive 2004/18 précise en substance que :

« Les conditions d'exécution d'un marché sont compatibles avec la présente directive pour autant qu'elles ne soient pas directement ou indirectement discriminatoires et qu'elles soient annoncées dans l'avis de marché ou dans le cahier des charges. Elles peuvent, notamment, avoir pour objet de favoriser la formation professionnelle sur chantier, l'emploi de personnes rencontrant des difficultés particulières d'insertion, de lutter contre le chômage ou de protéger l'environnement. À titre d'exemple, on peut citer, entre autres, les obligations – applicables à l'exécution du marché – de recruter des chômeurs de longue durée ou de mettre en œuvre des actions de formation pour les chômeurs ou les jeunes, de respecter en substance les dispositions des conventions fondamentales de l'Organisation internationale du travail (OIT) dans l'hypothèse où celles-ci n'auraient pas été mises en œuvre dans le droit national, de recruter un nombre de personnes handicapées qui irait au-delà de ce qui est exigé par la législation nationale ».

Dans le corps du texte, on trouve les dispositions suivantes :

- dans le chapitre IV intitulé Règles spécifiques concernant le cahier des charges et les documents du marché, à l'article 23 portant sur les Spécifications techniques, on peut lire sous le point 1 :

« Chaque fois que possible, ces spécifications techniques devraient être établies de manière à prendre en considération les critères d'accessibilité pour les personnes handicapées ou la conception pour tous les utilisateurs... » alors que l'annexe VI qui complète cet article revient sur cette même idée de « la conception pour tous les usages (y compris l'accès aux personnes handicapées) ... »,

- à l'article 26, relatif aux Conditions d'exécution du marché, il est précisé que

« Les pouvoirs adjudicateurs peuvent exiger des conditions particulières concernant l'exécution du marché pour autant qu'elles soient compatibles avec le droit communautaire et qu'elles soient indiquées dans l'avis de marché ou dans le cahier des charges. Les conditions dans lesquelles un marché est exécuté peuvent notamment viser des considérations sociales et environnementales »⁹,

- enfin, l'article 53, qui traite des critères d'attribution des marchés, prévoit, lorsque l'attribution se fait à l'offre économiquement la plus avantageuse du point de vue du pouvoir adjudicateur, que des divers critères liés à l'objet du marché, pas nécessairement économiques, puissent être retenus ; cet article n'en cite que quelques-

⁸ cf. premier considérant de la directive 2004/17 : *« La présente directive est fondée sur la jurisprudence de la Cour de justice, en particulier la jurisprudence relative aux critères d'attribution, qui précise les possibilités pour les entités adjudicatrices de répondre aux besoins de la collectivité publique concernée, y compris dans les domaines environnemental et/ou social pour autant que ces critères soient liés à l'objet du marché, ne confèrent pas une liberté de choix illimitée à l'entité adjudicatrice, soient expressément mentionnés et respectent les principes fondamentaux visés au considérant 9 »* (rappel du respect du principe d'égalité de traitement, dont le principe de non-discrimination, du principe de reconnaissance mutuelle, de proportionnalité ainsi que de transparence).

⁹ La Cour a jugé que le pouvoir adjudicataire peut se fonder sur cet article pour imposer que des produits soumis à l'appel d'offres soient issus du commerce équitable (affaire C-368/10, précitée).

uns, à titre d'exemple, ce qui laisse la voie ouverte à tous les autres pour autant naturellement, que la non discrimination et la transparence soient préservées¹⁰.

1.1.4. Le traité de Lisbonne apporte des précisions significatives

Le traité de Lisbonne reprend et consolide la jurisprudence de la Cour de Justice tout en apportant de nombreuses modifications au système dans son ensemble.

La première modification porte sur la lecture qu'il convient d'avoir du concept d'économie de marché. En effet, le nouvel article 3, paragraphe 3, premier alinéa du traité sur l'Union européenne (TUE), indique que l'Union est fondée sur une économie sociale de marché hautement compétitive qui tend au plein emploi et au progrès social. La différence par rapport à la rédaction du traité de Rome que visait « *l'établissement d'un régime assurant que la concurrence n'est pas faussée dans le marché commun* » est nette. D'autant que l'article 9 du TUE fixe à l'Union l'obligation de prendre en compte les exigences liées à la promotion d'un niveau d'emploi élevé, à la garantie d'une protection adéquate et à la lutte contre l'exclusion sociale.

Pour les marchés publics, il en découle que certains aspects sociaux étrangers au cadre strictement économique peuvent être retenus. Et plus encore, que la finalité des règles applicables en matière de marchés publics s'élargit et passe d'une approche strictement économique à une approche intégrant les nouvelles responsabilités sociales du système d'économie de marché. Enfin, deux types de conséquences sont désormais envisagées obligeant les pouvoirs publics à trouver un juste équilibre entre les exigences du marché et des préoccupations sociales (et environnementales). La première porte sur les critères de portée sociale susceptibles d'être retenus par les pouvoirs publics. La seconde s'attache à utiliser les marchés publics pour réaliser les objectifs de politique sociale (ou environnementale) définis dans d'autres politiques européennes¹¹.

1.2. L'évolution prévisible du droit positif de l'Union européenne confirme et conforte l'acceptation des clauses sociales

1.2.1. Au plan législatif

En décembre 2011, la Commission a soumis au Parlement et au Conseil un paquet de mesures visant à reformer les directives de 2004. Les objectifs affichés par la Commission sont d'accroître l'efficacité de la dépense publique par une simplification et un assouplissement des règles en vigueur, mais aussi de permettre aux acheteurs de mieux utiliser l'instrument des marchés publics au soutien d'objectifs stratégiques tels que l'environnement, l'innovation, l'emploi et *l'insertion sociale*.

Le paquet comprend trois propositions de directives :

1. marchés publics dans les secteurs classiques,
2. marchés publics dans les secteurs de l'eau, de l'énergie, des transports et des services postaux,
3. concessions, comprenant concessions de travaux et de services.

¹⁰ En ce sens les conclusions de l'avocat général, Mme Kokott, dans l'affaire C-368/10 précitée, points 101 à 104, extraits : « *...la directive 2004/18 elle-même n'énumère pas de manière limitative les critères en application desquels il convient de déterminer l'offre économiquement la plus avantageuse. Ces critères ne doivent pas nécessairement être de nature purement économique (...) dans ces conditions, rien ne s'oppose à ce que, dans le cadre de la détermination de l'offre économiquement la plus avantageuse, un pouvoir adjudicateur tienne également compte d'aspects écologiques et sociaux...* » reprises par la Cour dans les points 75 et suivantes.

¹¹ Cf « L'impact du Traité de Lisbonne dans le domaine des marchés publics », Parlement européen, Direction générale des politiques internes, publication IMCO - 2010

Les deux premiers textes sont destinés à remplacer les directives précitées, à savoir la directive 2004/18/CE du 31 mars 2004, et dans les secteurs « spéciaux », la directive 2004/17/CE du 31 mars 2004. La proposition relative aux contrats de concessions est nouvelle. Comme précisé plus haut, pour l'heure, le droit européen ne réglemente que les concessions de travaux ; le Conseil a toujours été opposé à légiférer dans la sphère des concessions de services.

Le volet social est présent dans cette proposition de réforme.

Dans l'exposé des motifs de la proposition destinée à remplacer la directive 2004/17/CE, la Commission, sous un chapitre « *Utilisation stratégique de la politique des marchés publics pour faire face à de nouveaux défis* », fixe d'emblée le cap en incitant les pouvoirs adjudicateurs à utiliser leur pouvoir d'achat pour améliorer l'emploi, la santé publique et les conditions sociales¹².

S'agissant de la proposition destinée à remplacer la directive 2004/18/CE, son considérant n° 5 annonce que «...*les pouvoirs adjudicateurs peuvent contribuer à la protection de l'environnement et à la promotion du développement durable tout en garantissant la possibilité d'obtenir pour leurs marchés le meilleur rapport qualité/prix* ». Le considérant n°11 annonce un régime spécial, notamment, pour certains services sociaux¹³, le considérant n°14 précise que l'application des règles relatives aux marchés publics ne saurait interférer « *avec la liberté des pouvoirs publics de décider de la manière dont ils organisent l'exercice de leurs missions de service public* », le considérant n° 29 exige des critères d'accessibilité pour les personnes handicapées alors que le considérant n° 34 dit très clairement que les marchés publics peuvent ne pas être attribués à des opérateurs économiques qui manqueraient à leurs obligations sociales.

Le champ est donc très vaste¹⁴, il comprend également des coûts *tout au long du cycle de vie*, mais pour les besoins de cette étude, il faut relever tout particulièrement le considérant n°41 qui prévoit :

« Afin de mieux intégrer les considérations sociales dans la passation de marchés publics, les acheteurs devraient aussi pouvoir prévoir, en tant que critères de l'offre économiquement la plus avantageuse, des caractéristiques concernant les conditions de travail des personnes participant directement au processus de production ou à la fourniture des produits ou services en question. Ces caractéristiques ne devraient pouvoir viser qu'à protéger la santé du personnel participant au processus de production ou à favoriser l'intégration, parmi les personnes chargées d'exécuter le marché, des personnes défavorisées ou appartenant à des groupes vulnérables, y compris l'accessibilité pour les personnes handicapées... »

Ce considérant a naturellement son prolongement dans le texte qu'il faut lire à la lumière de l'arrêt de la CJUE, ci-dessus mentionné¹⁵.

L'examen de cette proposition se poursuit actuellement. Les dernières versions du Conseil sont plus précises que celles retenues par la Commission quant à la prise en compte des considérations sociales. La mission a interrogé le Secrétariat général aux affaires européennes,

¹² cf. proposition de. COM(2011) 895 final du 20 décembre 2011 p 10

¹³ Cf Titre III Système spéciaux de passation de marchés et son Chapitre I consacré aux Services sociaux et autres services spécifiques

¹⁴ En matière d'attribution du marché, la proposition contient des dispositions destinées à faciliter la prise en compte des labels, (reprise de la jurisprudence de la CJUE, (affaire C-368/10), des dispositions visant à renforcer les interdictions de soumissionner en cas de violation des règles du droit social et du travail, des dispositions visant à promouvoir le critère de l'offre économiquement la plus avantageuse, à prendre en compte les conditions de production au titre des spécifications techniques et des critères d'attribution, enfin, des dispositions visant à simplifier les procédures d'attribution des marchés relatifs aux services sociaux et assimilés. En matière de clauses d'exécution, la proposition de la Commission se satisfait des progrès enregistrés en 2004, en revanche, le rapporteur du Parlement européen pourrait vouloir aller plus loin que ce droit positif ; ses propositions rencontrent à bien des égards l'accueil favorable de la France mais pas de tous les autres États membres, le Royaume-Uni, l'Allemagne, l'Autriche et la Belgique pourraient s'y opposer.

¹⁵ Arrêt de la CJUE (affaire C-368/10)

secteur Marché intérieur, consommateurs, concurrence, aides d'État et armement (SGAE, secteur MICA), qui estime que la grande majorité des dispositions susceptibles d'avoir des incidences sur les clauses sociales dans les marchés publics n'est pas conflictuelle et devrait être adoptée sans problème majeur. Elle a rencontré également la direction des affaires juridiques du Ministère de l'économie et des finances, directement concernée par cette réforme, et a pu recueillir des informations très précieuses, reprises dans ce rapport.

La mission a retenu de ses contacts que le Conseil est parvenu en décembre 2012 à un accord sur les trois textes du paquet, cet accord a été transmis au Parlement, une adoption définitive par les deux institutions est envisagée durant cette législature.

En somme, avant qu'il ne soit admis que les pouvoirs adjudicateurs ont la faculté de recourir aux clauses sociales, la question des conditions qui accompagnent leur insertion a été âprement débattue et si, aujourd'hui, leur existence est clairement reconnue et admise, elles doivent néanmoins respecter un certain nombre de règles qui visent à assurer la transparence des procédures de passation des marchés, l'absence de discrimination entre les soumissionnaires potentiels et l'absence d'obstacles injustifiés à l'ouverture des marchés publics à la concurrence. Le respect de ces règles conditionne la légalité des clauses, mais n'assure pas la réalité de leur application.

1.2.2. Au plan politique

La Commission procède à l'évaluation des mesures adoptées. Les directives relatives aux marchés publics en font partie¹⁶.

S'agissant des clauses sociales, le bilan est en demi-teinte.

Certes, la Commission écrit avoir enregistré « *un intérêt croissant pour la réorientation des dépenses publiques vers des solutions qui soient plus compatibles avec la durabilité environnementale, qui promeuvent des politiques sociales...* » Mais elle ajoute aussitôt que les évaluations nationales sont rares ; tout au plus, elle estime pouvoir avancer que les pouvoirs adjudicateurs « *essayent d'effectuer leurs achats de manière écologique et socialement responsable* ».

En revanche, elle est plus précise lorsqu'elle écrit que « *les marchés publics ne visent pas seulement à obtenir le prix le plus bas pour chaque marché* ». Le critère du prix le plus bas est plus souvent utilisé pour les marchés dont le montant est moins élevé et pour les procédures moins complexes. Or, constate-t-elle « *70% de tous les avis de marché et près de 80 % en termes de valeur utilisent le critère de l'offre la plus avantageuse économiquement plutôt que celui du prix le plus bas et ce faisant, intègrent les conditions liées à l'écologie et/ou aux conditions sociales* ».

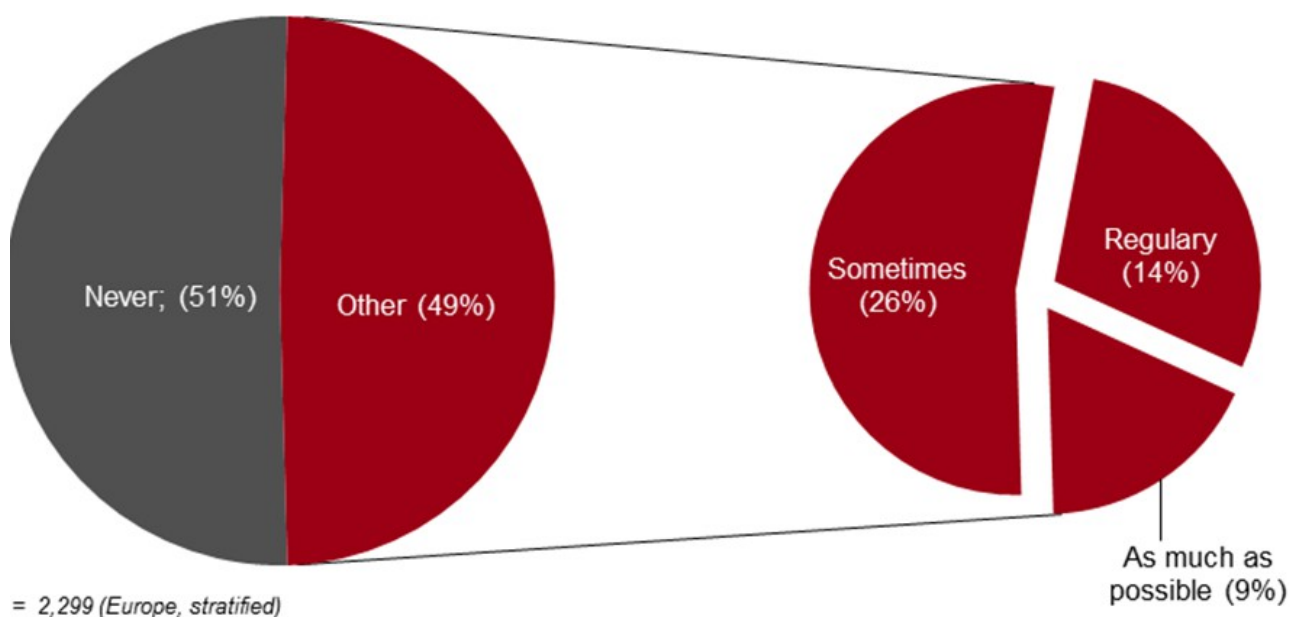
Pour établir ce bilan, la Commission se réfère à l'étude commandée auprès d'un Institut universitaire de Munich, intitulée *Strategic use of Public procurement in Europe*¹⁷.

Les conclusions de cette étude ne sont pas très détaillées. Toutefois il paraît intéressant de rapporter ici l'une de ses conclusions qui faisait suite à la question : *How often do you include social responsibility/ethical requirements in your tender documents ?*

¹⁶ cf. Évaluation de l'incidence et de l'efficacité de la législation de l'Union européenne en matière de marchés publics http://ec.europa.eu/internal_market/publicprocurement/modernising_rules/evaluation/index_fr.htm

¹⁷ http://ec.europa.eu/internal_market/publicprocurement/docs/modernising_rules/strategic-use-public-procurement-europe_en.pdf « de l'utilisation stratégique des marchés publics en Europe »

En effet, on apprend que : « *On the European level 49% of the Cas include SRPP requirements in their tender documents ; 9% indicate that they want to do this as much as possible ; and 14% indicate that they do so regularly* »¹⁸.



Quant à l'avenir, c'est en partant du constat que les questions sociales et de politiques d'emploi s'inscrivent dans les préoccupations macro-économiques au sein de l'UE, qu'une dizaine de ministres européens, affiliés en majorité au Parti socialiste européen (PSE), ont décidé de lancer le projet d'une « *Union sociale européenne* ». Ce projet a été exposé par trois ministres chargés du travail, le Luxembourgeois Nicolas SCHMIT, l'Autrichien Rudolf HUNDSTORFER et le Français Michel SAPIN, à la suite du Conseil EPSCO, qui s'est réuni au Luxembourg, le 4 octobre 2012. Une priorité accordée au chômage des jeunes, une coordination des politiques d'emploi au sein de l'UE et une gouvernance économique qui prévoit une forte composante sociale, tels sont les principaux éléments de ce projet s'inscrivant dans cette évolution lente mais désormais durable de l'inclusion de la composante sociale dans des politiques par essence économiques.

En conclusion, l'acceptation des clauses sociales dans les marchés publics au plan européen a suivi une évolution progressive. En d'autres termes, le droit européen, hésitant à ses débuts, a fini par accepter que les règles qui régissent les marchés publics puissent poursuivre un objectif différent de celui de la libre concurrence ; mais, ce faisant, il a apporté également à ce dossier la nécessaire clarification, il a explicité les situations qui autorisent la possibilité de recourir à des travailleurs privés et/ou éloignés de l'emploi dans les marchés publics sans que la concurrence en soit entravée. La pratique des clauses, l'ampleur de leur usage relèvent du niveau national et cela quelle que soit la nature d'impulsion du niveau européen.

¹⁸ *Never : jamais ; Other : autre ; sometimes : quelquefois ; regularly : régulièrement ; as much as possible : autant que possible.*

« *Dans quelle proportion incluez vous des clauses de responsabilité sociale /éthique dans vos appels d'offre ?* »

Au niveau européen, 49 % des réponses déclarent que leurs documents d'appel d'offre comportent déjà des clauses de marchés publics socialement responsable (SRPP) ; 9 % indiquent qu'ils veulent les faire autant que possible, et 41 % indiquent qu'ils le font régulièrement. »

2. Un cadre juridique national désormais bien établi

Le concept de clauses sociales dans la commande publique, apparu il y a une vingtaine d'années sous l'impulsion des pouvoirs publics, a progressivement conforté sa consistance juridique. On notera que différents documents ont utilisé indifféremment les deux appellations « clauses sociales » et « clauses d'insertion » ; ces deux expressions auront donc le même sens dans la suite du présent rapport.

2.1. L'approche progressive par le biais de circulaires

Dans un contexte économique difficile avec un chômage élevé, une circulaire en date du 29 décembre 1993 relative à la prise en compte de critères additionnels relatifs à l'emploi dans l'attribution des marchés publics a été publiée le 31 décembre de la même année. « *Le gouvernement a décidé, lors de la réunion d'un comité interministériel pour la ville du 29 juillet 1993, qu'afin de favoriser le développement d'activités dans les quartiers difficiles ou au bénéfice de leurs habitants, il pourra être introduit, dans le cadre des procédures d'appel à la concurrence prévues par le code des marchés publics, une clause liant l'exécution des marchés de travaux publics à une action locale de lutte contre le chômage et pour l'insertion professionnelle* ». Cette circulaire prévoyait de nouveaux critères relatifs à la création d'emplois ou à l'organisation et à la mise en œuvre d'actions de formation professionnelle, de mise à niveau et d'adaptation à l'emploi. Ces considérations pouvaient être prises en compte à la condition expresse qu'elles aient été spécifiées au préalable dans le règlement particulier d'appel d'offres, de façon à être connues de toutes les entreprises candidates, ainsi que dans le cahier des clauses administratives particulières (CCAP) du marché. Étaient cependant prohibés les critères qui ne seraient pas justifiés par l'objet du marché ou par ses conditions d'utilisation, ce qui, dans les faits, s'avérait extrêmement limitatif.

Deux ans plus tard, une nouvelle circulaire du 14 décembre 1995 du ministère de l'équipement, du logement, des transports et du tourisme relative à la prise en compte d'actions en matière d'insertion et d'emploi dans les marchés publics de travaux, préconisait d'utiliser ces marchés en faveur de l'insertion de jeunes ou de réinsertion de chômeurs de longue durée. Ce texte privilégiait deux options : soit le maître d'ouvrage faisait de l'action d'insertion une modalité obligatoire d'exécution du marché, soit il prévoyait que faisaient partie de l'objet du marché les prestations concernant l'insertion. Comme pour les autres engagements du contrat, des sanctions et une évaluation du résultat de ces actions, en particulier en termes qualitatifs, étaient prévues.

2.2. La construction par le code des marchés publics (CMP)

Les dispositions pertinentes en matière de clauses sociales des directives 2004 /18/CE et 2004/17/CE ont été intégrées dès 2006 dans le code des marchés publics (CMP) aux articles 14, 15, 30 et 53. Cette idée de soutenir l'insertion des personnes éloignées de l'emploi par la commande publique se traduit par la mise en œuvre de ces quatre articles .

On ne mentionnera que pour mémoire les articles 15 et 30 du CMP qui ne rentrent pas dans le cadre de la mission.

L'article 15 du CMP prévoit de réserver une part des marchés à des personnes handicapées. Ces réservations sont d'ailleurs une exception aux principes fondamentaux de la commande publique. Cette exception doit être strictement proportionnée à l'objectif poursuivi. Chaque employeur public a l'obligation d'employer 6 % de travailleurs handicapés. Si l'objectif n'est pas respecté, l'acheteur paie une taxe à un fonds destiné au financement des actions en faveur de l'accès à l'emploi des personnes handicapées.

L'article 30 du CMP vise à faire de l'insertion ou de la réinsertion des publics les plus éloignés de l'emploi l'objet même du marché. Des prestations de services sont achetées via un marché public

selon une procédure adaptée : « *1.-Les marchés et les accords-cadres ayant pour objet des prestations de services qui ne sont pas mentionnées à l'article 29 peuvent être passés, quel que soit leur montant, selon une procédure adaptée, dans les conditions prévues par l'article 28* ».

L' article 14 du CMP est le seul qui soit expressément dédié au dispositif d'insertion étudié.

Il traite des conditions d'exécution des marchés et prévoit que « *les conditions d'un marché ou d'un accord-cadre peuvent comporter des éléments à caractère social ou environnemental qui prennent en compte les objectifs de développement durable en conciliant développement économique, protection et mise en valeur de l'environnement et progrès social. Ces conditions d'exécution ne peuvent pas avoir d'effet discriminatoire à l'égard de candidats potentiels. Elles sont indiquées dans l'avis d'appel public à la concurrence ou dans les documents de la consultation* ».

La clause d'insertion se présente comme une condition d'exécution du marché. Les critères d'attribution restent inchangés mais les entreprises soumissionnaires s'engagent à respecter cette clause en consacrant une partie des heures de travail engendrées par le marché à une action d'insertion. Ces clauses peuvent s'appliquer à tous les lots ou à certains seulement. L'entreprise peut, si elle n'embauche pas le salarié, sous-traiter à une entreprise d'insertion (EI) ou mettre à disposition un salarié en insertion via une association intermédiaire, une entreprise de travail temporaire d'insertion ou un groupement d'employeurs pour l'insertion et la qualification.

Ces clauses, qui ne peuvent avoir d'effet discriminatoire, s'adressent à tous les marchés de travaux et services. La circulaire du 29 décembre 2009 (14-2-2), relative au guide de bonnes pratiques en matière de marchés publics, en préconise explicitement l'utilisation.

L'article 53 du CMP traite quant à lui de l'attribution d'un marché et prévoit deux possibilités : « *1.- Pour attribuer le marché au candidat qui a présenté l'offre économiquement la plus avantageuse, le pouvoir adjudicateur se fonde :*

*1° Soit sur une pluralité de critères non discriminatoires et liés à l'objet du marché, notamment la qualité, le prix, la valeur technique, le caractère esthétique et fonctionnel, les performances en matière de protection de l'environnement, les performances en matière de développement des approvisionnements directs de produits de l'agriculture, les **performances en matière d'insertion professionnelle des publics en difficulté**, le coût global d'utilisation, les coûts tout au long du cycle de vie, la rentabilité, le caractère innovant, le service après-vente et l'assistance technique, la date de livraison, le délai de livraison ou d'exécution, la sécurité d'approvisionnement, l'interopérabilité et les caractéristiques opérationnelles. D'autres critères peuvent être pris en compte s'ils sont justifiés par l'objet du marché ;*

2° Soit, compte tenu de l'objet du marché, sur un seul critère, qui est celui du prix ».

Ainsi, il est permis de retenir pour l'attribution d'un marché notamment « *les performances en matière d'insertion professionnelle des publics en difficulté* ». Les acheteurs doivent justifier d'un lien entre les critères d'attribution et l'objet du marché, il faut donc que l'objet du marché comporte une dimension sociale explicite.

2.3. La référence aux principes constitutionnels de la charte de l'environnement

L'insertion professionnelle, énoncée par ces différents articles, répond aux exigences des articles 6 de la Charte de l'environnement et 5 du code des marchés publics (CMP). L'article 6 de la Charte, ayant valeur constitutionnelle, énonce que « *les politiques publiques doivent promouvoir un développement durable. À cet effet, elles concilient la protection et la mise en valeur de l'environnement, le développement économique et le progrès social* ». Ce dernier inclut notamment l'insertion professionnelle des personnes en difficulté. L'article 5 du CMP intègre les dimensions énoncées dans la Charte :

« I. 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. Le ou les marchés ou accords-cadres conclus par le pouvoir adjudicateur ont pour objet exclusif de répondre à ces besoins.

II. Le pouvoir adjudicateur détermine le niveau auquel les besoins sont évalués. Ce choix ne doit pas avoir pour effet de soustraire des marchés aux règles qui leur sont normalement applicables en vertu du présent code ».

Ces dispositions obligent l'acheteur public à s'interroger sur les démarches permettant de prendre en compte les exigences du développement durable et, notamment, les exigences sociales. Les clauses sociales sont bien à regarder sous l'aspect du développement durable. Comme le rappelle l'édition du guide de l'Observatoire économique de l'achat public (OEAP) de décembre 2010 « *il apparaît clairement que l'insertion professionnelle des personnes éloignées de l'emploi constitue une composante essentielle du progrès social* ».

2.4. L'accompagnement par les pouvoirs publics

L'État consacre annuellement à son fonctionnement, comme l'a rappelé le Premier ministre dans sa circulaire du 3 décembre 2008, quinze milliards d'euros, dont dix milliards pour les achats courants et cinq milliards pour les achats dits "métiers". Désormais, ces dépenses doivent être faites dans une approche de développement durable.

Les clauses sociales doivent devenir un réflexe dans la commande publique, il doit s'agir « *d'un élément normal de la professionnalisation des marchés publics* » comme l'a souligné l'Inspecteur général des finances Jean-Baptiste de FOUCAULD, qui avait présidé les deux premiers groupes de travail de l'OEAP chargés d'élaborer un guide visant à rendre accessible à tous la dimension juridique du sujet. L'implication de l'administration est bien essentielle.

Cette implication est ainsi, dès 2003, inscrite dans la première Stratégie nationale de développement durable (SNDD 2003-2008). L'axe 5 de la SNDD « *vers un État exemplaire* » a pour objectif d'intégrer le développement durable dans les politiques publiques et dans le fonctionnement de l'administration. Révisée en 2008 et adoptée le 27 juillet 2010, la nouvelle SNDD (2010-2013) renouvelle les engagements en faveur d'achats publics durables et, par conséquent, socialement responsables. Cette nouvelle stratégie est orientée vers une économie verte et solidaire.

Le Conseil des ministres du 9 avril 2008 a décidé que les achats publics socialement responsables devaient représenter au minimum 10 % des achats courants de l'État et de ses établissements publics d'ici à 2012, dans les secteurs comportant au moins 50 % de main d'œuvre.

Ces objectifs sont repris dans la circulaire du Premier ministre du 3 décembre 2008 relative à l'exemplarité de l'État au regard du développement durable de ses services et de ses établissements publics qui définit les modalités d'action de la politique de développement durable de l'État. Chaque ministère doit établir un « Plan administration exemplaire » (PAE) en tenant

compte du « Plan national d'action pour des achats publics durables » (PNAAD), adopté en mars 2007, et de la Stratégie nationale de Développement durable (SNDD). Cette circulaire rappelle l'exigence d'insérer les personnes éloignées de l'emploi ainsi que le taux de 10 % à atteindre. *«Elle constitue le vrai passage à l'action dans le quotidien du service public»* (bilan PAE -mai 2012).

La fiche (n° 19) annexée à la circulaire de 2008 « achats socialement responsables » détaille les objectifs, les stratégies, les moyens d'action, les indicateurs de suivi de ces objectifs. *« Développer l'utilisation, par tous les acheteurs publics, des clauses sociales du code des marchés publics permettant l'insertion des personnes éloignées de l'emploi... »*, tel est l'objectif clairement assigné à l'État. Les indicateurs (désignés 13a et 13b) sont le nombre, le montant des marchés intégrant une clause sociale au titre de l'article 14 du CMP rapportés respectivement au nombre ou au montant total des marchés notifiés comprenant plus de 50 % de main d'œuvre. Enfin, le nombre de salariés en insertion par l'activité économique du fait d'une clause sociale constitue un troisième indicateur (13c).

La circulaire du 11 mars 2010 relative au dispositif financier accompagnant la mise en œuvre des plans administration exemplaire (PAE) vient compléter celle du 3 décembre 2008. Avec la constitution d'un fonds, de nouveaux indicateurs sont créés. Le dispositif vise à inciter les ministères à mettre en œuvre des politiques structurées intégrant le développement durable dans leur mode de fonctionnement. La circulaire établit des indicateurs dits de réussite dont la satisfaction rend éligibles les ministères à la redistribution du fonds "État exemplaire" (100 millions d'euros). Ces indicateurs sont fixés annuellement. Ceux de 2010 font ainsi l'objet de la circulaire du 30 septembre 2010.

Pour l'année 2011, ces indicateurs de réussite sont détaillés dans la circulaire du 5 avril 2011. La clause sociale y est définie comme *« achats de prestations comportant des heures de travail d'insertion réalisées par des personnes éloignées de l'emploi ou appartenant à des organismes relevant de l'insertion par l'activité économique ou des structures employant une majorité de travailleurs handicapés »*. Les critères de validation y sont définis. Les clauses sociales prennent la forme d'un volume d'heures d'insertion pour l'exécution d'un contrat. La circulaire renvoie au guide de bonnes pratiques en matière de marchés publics paru en décembre 2010.

Enfin, la circulaire du 2 mai 2012 du Premier ministre relative aux indicateurs 2012 a défini de nouveaux sous-indicateurs.

Le code des marchés publics contient désormais un ensemble de dispositions en faveur de la prise en compte des éléments à caractère social, qui peuvent être introduits dans les marchés publics. L'encadrement juridique des clauses sociales est établi. Les pouvoirs publics ont donc un rôle essentiel à jouer pour donner à ce progrès social toute son ampleur.

2.5. Les outils communs à la disposition des acheteurs publics

Les acheteurs publics sont autorisés, en vertu des textes en vigueur, à inclure des clauses sociales dans leurs achats publics dans le respect des principes de la commande publique. Ils ont l'obligation de s'interroger sur la possibilité d'intégrer dans leur marché ou dans la procédure de passation des exigences en termes de développement durable. Les acheteurs publics peuvent ainsi départager les candidats sur des critères de choix, prenant notamment en compte dans certains cas des considérations d'ordre social.

Pour les aider dans leur démarche, plusieurs outils à destination de l'ensemble des services et des acteurs concernés sont à leur disposition.

Plusieurs guides ont été publiés pour aider notamment les acheteurs à utiliser la commande publique en faveur des personnes en difficulté, comme celui de l'Observatoire économique de l'achat public (OEAP) déjà mentionné, créé en 2005 à l'instigation de la direction des affaires juridiques du ministère en charge des finances, qui met à jour depuis 2007 ses publications

(2007, 2010, 2012). L'OEAP a publié dans sa dernière lettre (février 2013 n°27) le recensement des marchés publics 2011.

Le Service des achats de l'État (SAE), relevant du ministère des finances et créé par décret n° 2009-300 du 17 mars 2009, met en œuvre ces objectifs pour conduire la politique d'achat de l'État, en s'assurant que *« les achats de l'État sont effectués dans les conditions économiques les plus avantageuses, respectent les objectifs de développement durable et développement social et sont réalisés dans les conditions favorisant le plus large accès des petites et moyennes entreprises à la commande publique »*. Il prend appui sur les chefs de mission régionaux des achats qui sont ses correspondants locaux.

Une note du 15 octobre 2009 du directeur du SAE, adressée aux responsables ministériels « achat », fixe une méthode pour une bonne utilisation de la clause sociale par un acheteur.

Est ainsi prévu le recours au « *facilitateur* » (ou gestionnaire de clause sociale), qui « *assiste l'acheteur pour :*

- *le bon calibrage de la clause, selon les capacités du secteur d'activité et du marché local de l'emploi,*
- *la mise en place des entreprises soumissionnaires (puis attributaires) et des structures de l'IAE mobilisables,*
- *le repérage et la proposition des personnes en parcours d'insertion,*
- *le « suivi » sur le terrain de la bonne exécution de la clause sociale et son évaluation. »*

Selon le site du ministère, le facilitateur est une personne "ressource" aidant l'acheteur public dans la définition, la mise en place, le suivi et le contrôle de l'exécution des clauses d'insertion. IL *« assure l'interface entre les personnels en insertion et les entreprises titulaires des marchés, suit ces personnels tout au long du marché et dresse un bilan du dispositif d'insertion au terme du marché. »* Il met en relation les différentes parties (l'acheteur, l'entreprise et les structures d'insertion) afin de concilier l'offre et la demande. Ce nouveau métier est essentiel à la réalisation de ce dispositif.

La note de 2009 indique clairement que *« là où se trouve un facilitateur, il doit y avoir systématiquement recours à une clause sociale d'exécution »* pour les segments d'achats les plus propices pour y recourir (six segments : entretien espaces verts, nettoyage des locaux, gestion des déchets, services de réparation et de maintenance, travaux de reprographie et d'expédition, restauration et services traiteur et également bâtiment et travaux publics).

Appartenant ou lié au service public de l'emploi local, le facilitateur se trouve dans les PLIE (plans locaux pour l'insertion et l'Emploi) et les Maisons de l'emploi (MDE). Une carte d'implantation des facilitateurs est d'ailleurs établie . Avec l'aide du SAE, annuaire des facilitateurs a été constitué et est mis à jour par l'Alliance Villes Emploi (AVE) qui est une association nationale de collectivités territoriales pour la formation, l'insertion et l'emploi (<http://ville-emploi.asso.fr>) et qui fédère les PLIE et les MDE.

Une convention entre le SAE et AVE a été signée le 12 février 2010, en vue de développer ces clauses dans les marchés publics. 182 PLIE ont été dénombrés en 2011, 192 MDE et 285 facilitateurs en 2012. Le 26 octobre 2012, AVE a déposé un référentiel d'emplois et de compétences des facilitateurs dans la commande publique auprès de l'Institut national de la propriété intellectuelle.

Le site internet « fonctionnement et achats durables » (<http://achat.metier>) du ministère renvoie notamment à une boîte à outils (textes de référence, convention type...). En 2011, 31 000 connexions ont été enregistrées, ce qui témoigne d'un certain intérêt. Les informations sont disponibles sur le sujet mais restent très théoriques face à une offre d'insertion locale. La mission a parcouru ce site en mars 2013 et elle a le sentiment qu'il ne répond pas réellement, de façon très pratique, aux questions qu'un responsable peut se poser à l'occasion d'une commande publique avec clauses sociales.

Existe également une formation à l'achat durable, afin que les services acheteurs prennent en compte les achats socialement responsables en amont de la procédure. Des clauses type sont intégrées dans le programme de formation des acheteurs et il est recommandé de s'appuyer sur un facilitateur territorial.

Par arrêté du 3 février 2012, a été créée, au sein de la direction des services administratifs et financiers du Premier ministre (DSAF), une sous-direction du pilotage des services déconcentrés (SDPSD) qui suit notamment ces questions.

« Les objectifs et les instruments existent donc. Leur mise en place, malgré les réels efforts effectués, reste toutefois lente dans les administrations » comme le constatait l'Observatoire économique de l'achat public dans son guide de décembre 2010.

2.6. La pratique française actuelle s'inscrit dans l'évolution prévisible à ce jour de la réglementation européenne

L'approche française s'inscrit bien dans l'évolution du droit européen; les contacts de la mission avec les services de la Commission européenne, le Secrétariat général aux affaires européennes et la direction des affaires juridiques du ministère de l'économie et des finances le confirment. Cependant, l'approche européenne des clauses sociales n'est naturellement pas suffisante pour appréhender la totalité de ce dossier, le droit européen ne s'attachant qu'à fixer des conditions d'accès non discriminatoires au marché.

3. En 2012 un bilan très mitigé du recours aux clauses sociales au sein du MEDDE et du METL

3.1. Le dispositif ministériel

La présente étude porte sur les deux ministères : le ministère de l'écologie, du développement durable et de l'énergie (MEDDE) et le ministère de l'égalité des territoires et du logement (METL), regroupés avant mai 2012 en un seul ministère. Ces modifications n'impactent pas le Secrétariat général demeuré commun aux deux ministères, et par conséquent le bilan du « Plan administration exemplaire » (PAE).

3.1.1. Le Plan administration exemplaire (PAE)

Le PAE est initialement placé sous la responsabilité du Secrétaire général du ministère (MEDDTL). Le 16 janvier 2009, ce dernier a décliné les actions à mettre en œuvre dans le cadre du PAE et renvoie aux obligations de la fiche 19 précitée. *“Les services acheteurs ont clairement le devoir de développer l'usage des clauses sociales du code des marchés publics permettant notamment l'insertion des personnes éloignées de l'emploi (article 14- conditions d'exécution)...”*.

Le PAE du ministère a été adopté le 27 mars 2009 et comprend 68 actions. Il concerne tant les directions générales d'administration centrale, que les services déconcentrés et les établissements publics sous tutelle.

3.1.2. Les conventions

- Le 22 février 2011, une convention a été signée entre la Maison de l'Emploi de Paris (MEP) et le ministère de l'écologie, du développement durable, des transports et du logement (MEDDTL) tendant à favoriser le développement de la mise en œuvre des achats socio-responsables passés par l'administration centrale. La MEP est un groupement d'intérêt public relevant du Service public de l'emploi et l'un des facilitateurs territoriaux référencés par le Service des achats de l'État (SAE) pour l'Île-de-France.

- Le 8 juillet 2011, le ministère a signé une convention avec « Alliance Villes Emploi » dans le cadre du plan national de mobilisation des filières et des territoires pour les métiers de l'économie verte. Cette convention est destinée à promouvoir des emplois de qualité à des publics faiblement qualifiés ou éloignés de l'emploi, notamment par le biais des marchés publics.

Ces deux conventions répondent bien à l'objectif d'intégrer le développement durable dans les politiques publiques (notamment dans le cadre de la réforme de l'État) et dans le fonctionnement de l'administration (démarches d'éco-responsabilité).

Comme le soulignait le bilan 2011 du PAE, le *“ministère de l'écologie, du développement durable et de l'énergie” (MEDDE) se doit être exemplaire puisqu'il est le promoteur auprès de l'ensemble des acteurs de la société de la politique de responsabilité environnementale et sociale*.

3.1.3. Le service en charge

La mise en œuvre de ce dispositif ministériel a été confié au département des politiques ministérielles de fonctionnement et d'achats durables (DPMFAD) relevant du Secrétariat général. Il élabore, déploie et suit le plan d'action ministériel pour la socio-éco-responsabilité. A ce titre il définit la politique ministérielle de commande publique durable et met en œuvre la politique des achats de l'État au sein du ministère. Il comprend un bureau en charge de la politique ministérielle d'achats durables, depuis 2011 une mission du système d'information achat et commande publique et un bureau de l'intégration du développement durable dans les politiques

de soutien en charge de l'élaboration du PAE. Ce dernier mesure annuellement l'état d'avancement du PAE au travers d'indicateurs de réussite pour être éligible à la redistribution du fonds "État exemplaire". Comme il a été indiqué précédemment, chaque année une circulaire fixe ces indicateurs pour l'année en cours.

Le bureau des marchés (MC1) de la sous-direction des marchés et de la comptabilité assure la préparation, la passation et la notification des marchés du Secrétariat général et des marchés mutualisés pour le compte du ministère.

Il apparaît qu'une bonne coordination entre ces différents services est indispensable à la réussite de la mise en œuvre des clauses sociales.

3.2. Les renseignements globaux tirés de l'OEAP

L'observatoire économique de l'achat public (OEAP) a pour mission d'établir le recensement économique des achats publics et d'en tirer des analyses économiques. Instance permanente de concertation, il met en place et assure le fonctionnement de groupes d'études ou d'ateliers comme l'atelier de réflexion sur les aspects sociaux dans la commande publique. L'observatoire a publié pas moins de quatre guides concernant les clauses sociales.

Les différents acteurs de la commande publique qui participent à cet atelier font part de leur expérience de terrain pour en dégager des bonnes pratiques. L'information échangée est riche d'enseignement mais se renouvelle peu. Les problématiques restent sensiblement les mêmes sur une longue période.

Selon les données de l'OEAP de février 2013 qui figurent dans sa lettre n° 27 présentée en annexe 8, le montant des marchés publics recensés s'élève à 67,2 milliards d'euros en 2010 et à 87,8 milliards d'euros en 2011. Cela représente 102 246 marchés de l'État et des collectivités territoriales en 2010 et 134 898 en 2011.

Les marchés publics de plus de 90 000 euros avec clauses sociales progressent tout en étant bien en deçà de l'objectif de 10 % fixé pour 2012. Ils représentent 4,1 % du total des marchés supérieurs à 90 000 euros, au lieu de 1,9 % en 2009 et 2,5 % en 2010.

81,7 % des marchés avec clauses sociales sont passés par les collectivités territoriales contre 18,3 % par l'État. Cette tendance originelle, à défaut de s'être inversée, ne s'est même pas réellement infléchie. Il s'agit pour l'essentiel de marchés de travaux (57,9 %).

Ce bilan ne fournit pas de renseignement ministère par ministère, et à sa lecture, on ne peut qu'avoir le sentiment que la situation se stabilise à un niveau très modeste au regard des objectifs fixés en 2008. Le constat est d'autant plus décevant qu'il se confirme, année après année, que cet usage des clauses sociales d'insertion est sensiblement plus développé pour les marchés des collectivités locales.

Une note de juillet 2011 de l'Inspection générale des finances sur le développement des clauses sociales dans la commande publique constatait déjà des résultats très limités avec 1,9 % des marchés publics comportant une clause (seulement à 0,5 % pour les marchés de l'État). Il était également précisé : *« De fait, la seule chose qui puisse être affirmée avec certitude, en s'appuyant sur les données établies par l'OEAP, est que le nombre de marchés de l'État comportant une clause sociale représentent 0,5 % des marchés de plus de 90 K euros, avec un décalage dans le temps, la dernière année connue étant l'année 2009 ».*

Enfin, le bilan des plans pour une administration exemplaire, exercice 2010, qui s'appuyait sur les bilans établis par chaque ministère confirmait la faible part en valeur des clauses sociales dans les marchés publics (3 % en moyenne et 2 % pour le MEDDTL) et la difficulté à renseigner les indicateurs. On peut d'ailleurs regretter que le bilan de ces plans n'ait toujours pas été publié pour l'exercice 2011.

3.3. Le bilan au sein du MEDDE et du METL

3.3.1. Une appréhension statistique incertaine

Chaque année est publié un bilan d'avancement du PAE du ministère.

Les résultats d'une année sur l'autre sont difficiles à comparer compte tenu notamment de la modification du périmètre d'action du PAE. Les services départementaux ne sont plus en effet pris en compte dans les résultats à compter de 2010, réduisant ainsi le périmètre du bilan aux services centraux de l'État et services déconcentrés régionaux ou interrégionaux. Cette difficulté est confirmée dans le bilan 2011 du ministère. *« Toute comparaison qui mettrait en perspective les années 2009, 2010 et 2011 se révélerait donc trompeuse dans la mesure où le périmètre du bilan 2009 était beaucoup plus large (DDT et DDTM y compris) et la représentativité des indicateurs ainsi plus étendue. »* Les établissements publics ont, en outre, été extraits du champ d'application du dispositif financier incitatif.

Les données sont également difficiles à interpréter compte tenu de l'évolution des indicateurs eux-mêmes, qui ont changé à chaque nouvelle circulaire ; en conséquence, on ne sait pas toujours s'ils se complètent ou se substituent les uns aux autres. La dernière circulaire en date du 2 mai 2012 a créé de nouveaux sous-indicateurs dits « de réussite », complétant la circulaire du 11 mars 2010 qui a mis en place le principe d'incitations financières. La question de la validité des indicateurs de la circulaire de 2008, que l'on pourrait qualifier « d'indicateurs exemplarité », se pose. Le Service des achats du MEDDE considère que ces indicateurs ne sont plus effectifs, mais il a cependant, dans un souci de clarté, publié dans son dernier bilan les deux types d'indicateurs. L'OEAP a, dans sa dernière parution, recensé les marchés publics 2011 en nombre et en montant conformément à la circulaire de 2008, c'est-à-dire en utilisant les indicateurs dits « exemplarité ». Ces éléments témoignent d'un certain flou quant à la méthode de calcul.

Depuis 2012, les critères de validation de l'indicateur ne font plus référence à un taux de main d'œuvre minimal. Le champ d'action des marchés concernés est élargi à tous les marchés sans taux minimal de main d'œuvre, y compris les travaux immobiliers. Les achats métiers sont exclus.

Ces multiples modifications rendent très difficile toute comparaison. Elles sous-tendent la question de la pertinence même des indicateurs. Cette question était déjà soulevée dans le bilan 2010 des PAE publié par la déléguée interministérielle au développement durable. Le nombre de marchés ne traduit pas le montant financier par exemple. Comment comptabiliser des marchés qui s'échelonnent sur plusieurs années ? Il est également difficile de connaître le nombre exact de marchés, plus particulièrement pour les marchés déconcentrés. L'information ne remonte pas toujours pour permettre un bilan totalement fiable.

Les données des bilans du ministère sont les suivantes :

Les indicateurs de la circulaire de 2008 dits « exemplarité »

« 13a : nombre de marchés notifiés intégrant une clause sociale au titre de l'article 14 du CMP rapporté au nombre total des marchés notifiés comportant au moins 50 % de main d'œuvre »

En 2009, : 107 marchés sur 525 = 20,38 %

En 2010 : 39 marchés sur 168 = 25,32 %

En 2011 : 49 marchés sur 153 = 32,03 %

« 13b : montant des marchés notifiés intégrant une clause sociale au titre de l'article 14 du CMP rapporté au montant total des marchés notifiés comportant au moins 50% de main d'œuvre ».

En 2009 : 120 539,16 / 1 718 334,17 = 7,01 %

En 2010 : $615,67 / 4\,365,22 = 14,10 \%$

En 2011 : pas de résultat, car les indicateurs ont changé

« 13c : nombre de salariés en insertion par l'activité économique du fait d'une clause sociale au titre de l'article 14 du CMP »

En 2009 : 23

En 2010 : inconnu

En 2011 : 171

Les indicateurs de réussite

En 2011, deux nouveaux critères viennent compléter le dispositif ou plutôt, selon la mission, se substituer aux indicateurs de la circulaire de 2008. Il s'agit du nombre de marchés actifs comprenant une clause article 14 (sous-indicateur 1) et du nombre d'heures d'insertion prévues dans les marchés comprenant au moins une clause article 14 (sous-indicateur 2).

Ils présentent les résultats suivants :

sous-indicateur 1 : 36 marchés publics dont 3 par l'administration centrale et 33 par les services déconcentrés, ont fait l'objet d'une clause sociale au titre de l'article 14. A noter la différence très importante avec le nombre de marchés passés utilisant l'article 15 du CMP : 311 marchés.

sous-indicateur 2 : 402 heures d'insertion ont réellement été exécutées pour les 3 marchés et 11 471 heures pour les 33 autres.

Comme il n'y a plus de référence au nombre total des marchés passés, le nombre de 36 marchés ne peut faire l'objet d'une appréciation.

3.3.2. Un processus de passation des marchés complexe

Cette présentation de quelques valeurs numériques témoigne de la difficulté à connaître la réalité de la situation.

Quelques explications à la situation se trouvent dans le processus de passation des marchés et dans la relation finalement complexe entre direction, service acheteur ou conducteur d'opération et bureau des marchés :

Le bureau des marchés de chaque service est tributaire de la demande de la direction qui, généralement, n'intègre pas de demande de clauses sociales. Cette absence est due en partie à un manque d'information, car le plus souvent, l'acheteur ne refuse pas les clauses sociales lorsqu'elles lui sont proposées.

Un dialogue s'installe entre l'acheteur et la direction sur les éléments techniques de la consultation. Cet échange permet de savoir quelles clauses sociales peuvent être exigées. En effet, rien ne sert d'exiger des clauses sociales que la future société attributaire ne pourra pas respecter.

Pour être au plus près de la réalité, un dialogue s'établit également avec la Maison de l'emploi. C'est une démarche pragmatique en fonction de l'objet du marché. L'entreprise peut démontrer qu'elle prend en compte des clauses sociales par des actions en matière d'insertion, par exemple en faveur des travailleurs handicapés, ou en faveur de formation, ou en respectant des conditions de travail à l'étranger. L'entreprise démontre qu'elle a une politique générale en faveur de l'insertion. Cette approche « indirecte », appelée de « second niveau », pourrait être systématisée dans la rédaction des marchés comme cela a été suggéré par certains interlocuteurs.

Le critère prix a un poids relatif à hauteur de 30 à 40 %, il reste essentiel mais les critères techniques peuvent être plus importants. Les clauses sociales sont en moyenne à hauteur de 5 % du nombre total d'heures, allant dans des cas très rares jusqu'à 10 %.

Les marchés nécessitant une main d'œuvre moins qualifiée, comme les marchés de nettoyage, sont plus propices à l'intégration de clauses sociales.

Les clauses sont également plus facilement imposées pour des contrats de longue durée. En effet, l'insertion a plus de réalité pour des marchés qui se prolongent dans le temps.

Les modalités de contrôle sont inscrites dans le marché. La surveillance est faite par la Maison de l'emploi mais il n'existe pas de bilan de ces contrôles. D'une manière générale, une réflexion avec les acheteurs sur l'effectivité de la mise en place des clauses fait défaut. Il n'y a pas non plus de retour sur le devenir des emplois.

On notera par ailleurs que la mission n'a pu avancer dans son projet initial d'appréhender l'impact de cette politique quant à l'insertion effective des personnes employées en déterminant dans quelle mesure l'expérience professionnelle ainsi acquise permettrait ensuite leur intégration dans un parcours professionnel de droit commun.

3.3.3. L'exemple d'un service déconcentré du MEDDE : la direction régionale et interdépartementale de l'équipement et de l'aménagement d'Île-de-France (DRIEA-IF)

Le bilan qui peut être dressé de l'application des clauses sociales dans les marchés contractés par les services de nos deux ministères apparaît donc globalement très modeste. Dépassant ce constat général, la mission a voulu examiner un cas concret d'application en s'intéressant à la manière dont elle était appréhendée par un service donné. Son choix s'est porté sur la Direction régionale et inter-départementale de l'équipement et de l'aménagement d'Île-de-France (DRIEA-IF), du fait que ce service, qui compte l'un des plus importants effectifs des services déconcentrés, cumule à la fois la plupart des activités dévolues à une Direction régionale de l'environnement, de l'aménagement et du logement (DREAL), celles d'une Direction départementale des territoires (DDT) pour ce qui concerne Paris et les départements de petite couronne, et, enfin, celles d'une Direction interdépartementale des routes (DIR).

Il apparaît que des initiatives ont été prises dans un passé récent.

Ainsi, en 2007-2008, le marché de remplacement de la couverture de l'autoroute A6b à son raccordement avec le boulevard périphérique avait inclus des clauses d'insertion au bénéfice d'une association, ce qui avait permis à trois personnes d'accéder à un emploi à durée indéterminée à l'issue du chantier.

Par ailleurs, le service avait engagé en 2010 des discussions avec la Fédération des travaux publics d'Île-de-France en vue d'élaborer une convention de bonnes intentions sur la pratique des clauses sociales, mais la démarche a échoué sur la question des pénalités exigibles des adjudicataires en cas de défaillance.

Le plan de charge très tendu auquel est actuellement confronté le service, avec, en particulier la conduite simultanée de deux programmes de modernisation d'infrastructures d'importance majeure et de plus d'1 milliard d'euros chacun (modernisation des infrastructures du PDMI et modernisation des tunnels), n'a pas permis, selon nos interlocuteurs, de pousser plus avant ce type de démarche de développement des clauses sociales, d'autant que la DRIEA n'avait pu établir de liens pérennes avec les facilitateurs des Maisons de l'emploi de la région. En outre, dans les cas désormais fréquents où la maîtrise d'œuvre est confiée à une personne morale privée, c'est à cette dernière de gérer la relation avec les entreprises pour la mise en application des clauses, ce qui peut être en soi un élément complémentaire de complexité.

La mission, quant à elle, observe que la question des clauses sociales n'est en effet pas évoquée dans le cadre de l'audit interne produit voilà près d'une année.

Le service oppose encore d'autres raisons, de portée générale, pour expliquer ce constat.

En premier lieu, les activités autres que routières offriraient désormais peu d'opportunités au plan local d'intégrer des clauses sociales car les marchés concernés (études, bâtiment, logistique..) sont mutualisés au niveau national, notamment par l'Union des groupements d'achats publics (UGAP).

En second lieu, les dernières versions du logiciel PRAM, destiné à la préparation des appels d'offres des marchés de nos ministères, ne prendraient pas en compte la problématique de l'insertion, pas plus d'ailleurs, que les stages de prise de poste.

3.4. Quelques pistes d'explication de la faiblesse du recours aux clauses sociales

Au regard de ces résultats décevants, la mission fait l'hypothèse de trois éléments explicatifs :

- La première explication tient tout d'abord à la situation générale des deux ministères qui ont été confrontés à des réorganisations successives.
- La deuxième tient au fait que les directions et services n'ont pas été destinataires d'un message exprimant la volonté stratégique et politique des plus hautes autorités ministérielles en faveur de la mise en œuvre de ces modalités d'insertion par le travail.
- La troisième, enfin, correspond au fait que la demande d'incorporation de clauses d'insertion dans un nombre conséquent de marchés ne s'est pas accompagnée de l'offre d'outils opérationnels pour rédiger et gérer ces clauses, outils qui doivent permettre de rendre plus facile un résultat positif final au terme d'une démarche assurée sur les plans juridique et managérial.

D'autre part, on ne saurait négliger le fait que par nature, compte tenu du type et de l'objet mêmes de la majorité des marchés que passent les services de l'État, ces contrats sont moins susceptibles de pouvoir incorporer des clauses sociales ou clauses d'insertion que les marchés des collectivités locales ou ceux des établissements publics, en particulier à caractère industriel et commercial (EPIC).

4. Une situation plus avancée dans différents grands établissements publics relevant des deux ministères

Les établissements ont fourni aux membres de la mission, sous forme électronique, un certain nombre de documents pour lesquels ils leur ont donné toute liberté de les citer et de les utiliser dans le cadre de la présente mission. Ces documents permettent d'obtenir une représentation utile de la démarche engagée par ces entreprises.

4.1. L'exemple de la SNCF

La SNCF s'est résolument engagée depuis 2008 dans l'intégration de clauses sociales dans nombre de ses marchés. Alors qu'aucun marché n'en comportait en 2008, on en comptait 8 en 2009, 48 en 2010 et 110 en 2011, représentant pour ces trois années un total de 42 000, 182 000 et 275 000 heures d'insertion, soit l'équivalent respectivement de 23, 101 et 153 emplois temps plein (ETP). Ces heures cumulées d'insertion représentaient, à chaque fois, un pourcentage de 5 à 10 % des heures d'exécution.

De même, en 2012, la SNCF avait passé 190 marchés avec clauses sociales entre le début de l'année et la fin du mois d'octobre.

Pour le Directeur Délégué « *Achats responsables- développement durable, achats solidaires, politique PME* », le succès de la démarche qu'il considère en fin 2012 comme manifeste, repose avant tout sur trois éléments :

- la définition d'une véritable stratégie que l'on s'est attaché à faire connaître et partager par l'ensemble des personnes concernées,
- une organisation et des équipes dédiées,
- l'exigence d'un tableau de bord de suivi.

La direction des achats de la SNCF a un rôle fort dans le processus : le pilotage général de la politique de mise en œuvre des clauses sociales ou clauses d'insertion est confié à un cadre directement subordonné au Directeur des achats, le Directeur délégué achats responsables - développement durable, achats solidaires, politique PME. C'est cette direction qui développe et diffuse la doctrine en la matière et qui fournit les outils. Dans ses documents internes, la SNCF utilise le terme de « *clause d'insertion* » et non celui de « *clause sociale* », ce qui est, du point de vue de nos interlocuteurs, à la fois plus explicite, positif et dynamique. On notera aussi que les deux notions d'achat durable et d'achat solidaire sont liées pour la SNCF, et font en fait l'objet d'une démarche globale.

Il est important d'indiquer que dans cette démarche, la SNCF s'attache à la fois à prévoir des clauses d'insertion dans ses marchés et à réunir les meilleures conditions de mise en œuvre et la réussite de celles-ci par les entreprises titulaires des contrats. A cette fin, ses services s'appuient sur un « facilitateur » en charge de la bonne définition et de la gestion des clauses sociales. Cet interlocuteur peut être assimilé à un « *assistant à maîtrise d'ouvrage d'insertion* » (AMOI) ; il est l'interface entre le donneur d'ordres, ses services techniques et juridiques, les entreprises et les acteurs de l'emploi et de l'insertion du territoire. C'est en général par le réseau d' « Alliance Villes Emploi » que la SNCF choisit et contacte ses facilitateurs. En 2012 est apparu un problème nouveau, qui est plus ou moins la rançon du développement de ces marchés : certains facilitateurs sur lesquels s'appuie beaucoup la SNCF pour mettre en exécution ses marchés veulent dorénavant être rémunérés. Une convention en ce sens est en cours de préparation avec AVE.

La SNCF considère qu'un parcours d'insertion d'une personne dure en principe deux ans, pour permettre à l'intéressé de disposer d'une bonne première expérience professionnelle et pouvoir

prétendre avec succès à un emploi de droit commun. Une même personne peut ainsi être partie prenante de clauses sociales dans divers marchés successifs.

La SNCF passe également des contrats d'insertion dans le cadre d'embauche directe, dans quelques secteurs géographiques (banlieue nord de l'Île-de-France, Aix-Marseille) en relation avec le responsable du pôle sociétal à la direction du développement durable de la SNCF. Citons, à titre d'exemple, le système des « grands frères » pour la médiation sur des lignes de TER situés dans des zones particulièrement sensibles.

Il n'existe pas de marché avec clauses sociales pour l'achat de matériel ferroviaire. Par contre, des clauses sociales sont prévues dans un grand nombre de contrats visant les travaux de bâtiments, les ouvrages d'art, la voirie, le nettoyage des gares et du matériel roulant, la maintenance de la climatisation, le gardiennage, les enquêtes d'opinion et les espaces verts.

4.2. L'exemple de la RATP

En matière de clauses sociales, la RATP dispose d'une expérience déjà ancienne qui remonte notamment à la construction de l'actuelle « Maison de la RATP » (1993). De nombreux contrats avec clause sociale ont d'ailleurs été conclus dans le domaine du BTP.

Sur le plan de l'appellation la RATP utilise le terme de « clause sociale d'insertion par l'activité économique ».

En 2010 – 2011, compte tenu de l'action incitative relancée par l'État, la RATP a décidé de recruter un cadre, « *chargé de mission Achats Responsables* » qui fait partie de la « Direction valorisation immobilière, achat et logistique » en charge de la réalisation de l'ensemble de la politique d'achat de l'entreprise et dépend directement du Directeur. Il a pour mission de :

- rassembler toute l'information pertinente sur le sujet,
- collecter les bonnes pratiques des autres opérateurs,
- mettre en place des indicateurs,
- identifier et répertorier les personnes concernées,
- organiser et gérer une mise en réseau des acteurs.

La RATP considère qu'il a d'abord lieu de bien organiser la coordination acheteur – prescripteur, de manière à apprécier le nombre d'heures qui peut être prévu au bénéfice des personnes éloignées de l'emploi pour chaque projet de marché dont il est décidé qu'il comportera des clauses sociales. L'action du chargé de mission Achats Responsables est ainsi mise en réseau, d'autant qu'il convient que ce volet « *clauses sociales* » soit bien partagé avec l'ensemble des acteurs locaux, notamment avec les agences territoriales de la RATP et les régies de quartier. Le chargé de mission a aussi depuis son arrivée beaucoup œuvré à la conception d'un guide pour l'acheteur.

Dans cette démarche de développement de l'usage des clauses sociales, il est apparu qu'il fallait savoir « *ne pas démarrer à fond partout* ». Il faut au contraire s'attacher à repérer d'abord les acteurs, les territoires les plus propices à la mise en place de cette politique. La RATP estime être actuellement parvenue à un point d'avancement suffisant pour réaliser une phase de consolidation de l'expérience acquise, qui va lui permettre de « généraliser » l'usage des clauses sociales pour autant, bien sûr, que s'y prête l'objet du marché.

La RATP commence par ailleurs à établir un bilan sur le retour à l'emploi dans la durée des personnes qui ont bénéficié de clauses sociales de marchés de la Régie (il semble que l'ANRU soit plus avancée sur ce sujet précis).

Fin octobre 2012, 38 marchés comportant des clauses sociales, étaient en cours d'exécution ; en 2011 plus de 100 000 heures ont été travaillées par des personnes éloignées de l'emploi au titre des clauses sociales, dont 35 000 heures dans le secteur du BTP. Un autre secteur important est celui du nettoyage pour lequel une partie de l'activité se fait par la sous-traitance pour certaines

lignes de métro avec une entreprise d'insertion (à noter qu'un petit lot est réservé au bénéfice de personnels handicapés), Du fait du mode de gestion « *localisée* » adoptée par la Régie, il n'existe pas de problème de déplacement domicile – travail pour les emplois à clauses sociales des marchés.

Comme la SNCF, la RATP entend agir de manière objectivée sur l'ensemble du processus : préparation de la consultation préalable à la signature du marché (identification de la faisabilité et calibrage des clauses), accompagnement des entreprises titulaires pour les aider à remplir leurs obligations, et suivi contradictoire des clauses d'insertion. A cette fin, la RATP s'attache à faire appel au réseau de facilitateurs que l'État a identifié sur les territoires dans les Missions locales, les Plans Locaux pour l'Insertion et l'Emploi (PLIE) et les Maisons de l'emploi. On dénombre en Île-de-France 30 PLIE et 19 Maisons de l'emploi. Pour une opération donnée, le facilitateur peut être désigné soit à l'initiative de la RATP, soit à l'initiative de la collectivité territoriale (dans le cas de travaux de prolongement de ligne par exemple). Selon les territoires, son intervention peut être payante ou non et faire l'objet d'une convention de partenariat (c'est le cas à Paris).

La RATP a mis en place un dispositif de formation de ses gestionnaires de marché. Celui-ci comporte notamment deux chapitres sur les clauses sociales et le handicap.

Une procédure de suivi contradictoire ou reporting pour la démarche relative aux clauses sociales se met à présent en place pour chaque contrat, qui ne peut encore être considérée comme consolidée. A noter que la RATP a prévu un système de pénalités - non encore actif - pour défaut ou insuffisance de mise en œuvre de la clause d'insertion et du reporting, considérant que la pénalité a d'abord un rôle dissuasif.

Pour mesurer l'impact relatif de l'ensemble de la démarche, on rappellera que la RATP a un chiffre d'affaires annuel d'achats de l'ordre de 2 milliards d'euros, soit l'équivalent de 20 000 emplois annuels. Les 100 000 heures de mise en œuvre des clauses sociales représentent l'équivalent de 63 ETP, soit environ 250 emplois de 3 mois, durée qui apparaît comme la durée moyenne d'intervention effective des personnes recrutées au titre de ces clauses sociales.

En conclusion, la Direction valorisation immobilière, achat et logistique, considère que le succès actuel de sa démarche « *clauses sociales* » correspond à quatre idées essentielles :

- avoir une vraie connaissance de la cartographie des parties prenantes locales,
- avoir une connaissance juridique et technique de très bon niveau,
- faire un suivi de la mise en œuvre des clauses sociales en commission délocalisée,
- pour chaque dossier est nommé un responsable qui s'en occupe pleinement le temps qu'il faut : le chef de projet.

4.3. L'exemple de l'ANRU

L'Agence nationale pour la rénovation urbaine (ANRU) bénéficie aussi d'une longue expérience puisque, créée en 2004, elle s'est dotée dès 2005 d'une charte nationale d'insertion qui s'impose au porteur de projet (ville ou EPCI) et à l'ensemble des maîtres d'ouvrage.

En effet, sauf exception, l'ANRU ne passe pas elle-même de marchés . Ce sont ses partenaires (collectivités locales, bailleurs sociaux), avec qui elle a conclu des conventions, qui passent des marchés comportant des clauses qu'elle appelle clauses d'insertion. Il s'agit là d'un point tout à fait important qui marque la spécificité de l'ANRU par rapport aux deux établissements publics étudiés. Par ailleurs, il est manifeste que l'objet même de l'Agence rend la mise en œuvre de ces clauses à peu près consubstantielle à sa mission.

La Direction générale de l'ANRU a fait le choix de confier le pilotage général de la politique de mise en œuvre des clauses d'insertion à un cadre de la Direction de la stratégie et du développement des programmes, qui porte le titre de « *Chargé de mission politiques sociales et sorties de conventions* ».

La Charte nationale d'insertion s'appuie sur quatre principes :

- une obligation de résultat : elle impose la signature d'un plan local d'application dans les 6 mois qui suivent la signature de la convention pluriannuelle de rénovation urbaine. Elle fixe un objectif minimum de 5 % du nombre total d'heures travaillées dans le cadre des investissements financés par l'ANRU et de 10 % des embauches directes ou indirectes effectuées dans le cadre de la gestion urbaine de proximité et de la gestion des équipements financés par l'ANRU au bénéfice des habitants des zones urbaines sensibles. Ces objectifs soient libellés en nombre d'heures, suivant l'objet des marchés, avec un minimum de 130 h et doivent être globaux, ce qui permet de retenir de faibles valeurs pour certains marchés et des valeurs bien plus élevées pour d'autres.

- le non respect des dispositions de la charte peut être un motif de révision, de suspension, voire de résiliation de la convention pluriannuelle mais à ce jour l'ANRU n'a pas recouru à ce régime,

- la souplesse : une grande marge de manœuvre est laissée aux acteurs locaux dans l'élaboration du contenu du plan local d'application et les modalités de mise en œuvre des objectifs d'insertion définis. Sont juste obligatoires la mobilisation des partenaires et la désignation d'une structure opérationnelle qui mette en œuvre des clauses d'insertion dans les marchés publics,

- la transparence : sont prévus une information des habitants sur le dispositif mis en place et un suivi précis des moyens mis en œuvre tout au long du projet.

La mission souligne que l'ANRU est le seul des trois opérateurs étudiés qui dispose d'un suivi des personnes éloignées de l'emploi.

Plusieurs indications pertinentes peuvent être à ce jour soulignées :

- Pour les situations difficiles que peuvent rencontrer ses partenaires, l'ANRU fournit des éléments de conseil. A cet effet, un kit questions-réponses est mis à disposition sur son extranet. Pour les situations complexes, la direction de l'ANRU utilise son pôle d'appui opérationnel, constitué de plusieurs experts de haut niveau, consultants indépendants, avec lesquels l'Agence a passé un marché.

- L'ANRU constate que dès lors qu'il existe un bon accompagnement des entreprises par facilitateur, le taux d'emplois d'insertion effectif de leurs marchés est le plus souvent supérieur au taux minimum indiqué dans la convention. Par ailleurs, si la durée des emplois d'insertion est avant tout, bien sûr, fonction de la durée des marchés, l'Agence s'attache à ce qu'une même personne en insertion puisse bénéficier de la clause d'insertion dans plusieurs marchés.

Pour les marchés d'entretien et de nettoyage, l'ANRU ne prend en compte au titre de la vérification du respect de la clause d'insertion que les emplois d'insertion d'une durée au moins égale à six mois.

L'ANRU a mis en place une politique de formation en prise de poste pour les personnes des directions départementales des territoires (DDT) qui sont correspondants de l'Agence. Elles participent de ce fait à la mise en œuvre et au suivi des conventions de projet de rénovation urbaine (PRU), après avoir participé à l'élaboration desdits PRU et à la négociation des conventions.

Pour nos interlocuteurs, les principaux conseils qu'il conviendrait d'adresser à tout organisme souhaitant s'engager dans la voie des clauses sociales ou d'insertion tendraient à :

- bien préciser les objectifs quantifiés pour la mise en œuvre des clauses d'insertion,
- ne pas hésiter à élargir le périmètre de mise en œuvre des clauses d'insertion à des petits marchés,
- passer par les facilitateurs ,

- mettre en place une formation solide des services concernés par ces marchés à clauses d'insertion.

4.4. Les documents des trois établissements publics étudiés fournissent d'utiles précisions sur leur démarche

SNCF:

- Achats responsables SNCF – Journée EDF du 22 novembre 2012, Achats auprès du secteur protégé et adapté : ce document très intéressant présente de manière globale la démarche de la SNCF, fournit des éléments de méthode et aussi des exemples concrets ainsi que des statistiques globales. Il doit être perçu comme un premier niveau d'information d'un public qui connaît la pratique de la commande publique ou para-publique, mais n'a pas encore eu l'occasion de préparer ou gérer des marchés avec clauses d'insertion.

- Achats SNCF : Performance et responsabilité : ce document définit l'esprit général de l'entreprise pour la contractualisation avec clauses d'insertion.

- La clause d'insertion dans les marchés de prestations intellectuelles – 3 mai 2012 : ce document pose les principes, mais manque de portée concrète, notamment s'agissant des marchés de prestations intellectuelles. En fait, il semble que les véritables cibles soient davantage des domaines connexes aux prestations intellectuelles comme la communication, les médias ou des fonctions supports (accueil, secrétariat, interprétariat, comptabilité, etc...).

- Le document de retour d'expérience de la clause d'insertion du 23 avril 2012 : ce document décrit la montée en puissance des marchés à clauses d'insertion et fixe les conditions à remplir pour qu'un futur marché soit considéré comme susceptible d'accueillir de telles clauses,

- La procédure de mise en place des clauses d'insertion dans les marchés SNCF de septembre 2012 : ce document est politique au sens où exprime bien que la démarche d'insertion est portée par l'entreprise (la Direction de la SNCF, la Direction déléguée des achats durables et solidaires (DDAD), la Direction des achats et en régions des Coordinateurs achats durables et solidaires (CADES)). Il est également pratique puisqu'il fournit des éléments précis à la personne chargée de préparer un marché à clause d'insertion : personnes-ressources, facilitateurs, documents à utiliser, description du processus d'accompagnement de l'entreprise attributaire tout au long de la vie d'un marché.

RATP

- Fiche pratique - La clause sociale d'insertion par l'activité économique, dans les marchés : ce document d'ordre pratique guide la personne chargée de préparer un marché à clause d'insertion : personnes-ressources, facilitateurs, documents à utiliser, description du processus d'accompagnement de l'entreprise attributaire tout au long de la vie d'un marché. Il est particulièrement utile pour guider un cadre qui est amené à préparer ou gérer de manière assez récente des marchés à clause d'insertion.

- La plaquette CAE – Contrat d'accompagnement dans l'emploi (CAE) – : il s'agit de la présentation d'une d'offre d'un emploi de façon simple et imagée comme assistante de régulation.

- L'insertion par l'activité économique – Département VAL – 5 octobre 2012 : cette fiche établit une synthèse de cette activité au sein de la RATP.

ANRU

- Mise en œuvre des démarches d'insertion dans les programmes de rénovation urbaine – Rapport d'étude et de capitalisation de bonnes pratiques – décembre 2011 : L'Agence, souhaitant encourager la généralisation des clauses d'insertion, pour améliorer la qualité et la diversité des parcours d'insertion des habitants des Zones urbaines sensibles (ZUS), a réalisé, pour aider les porteurs de projet, une étude relative aux démarches locales d'insertion développées dans les projets. Cette étude vise à affiner la connaissance des effets des clauses d'insertion auprès des habitants qui en sont bénéficiaires, mieux comprendre les conditions de consolidation des partenariats nécessaires à la bonne mise en œuvre des clauses d'insertion et capitaliser les pratiques intéressantes développées pour répondre aux enjeux locaux. Ce document vise d'abord à convaincre les acteurs de la pertinence de la démarche : dans un contexte d'achèvement des premiers PRU et de réflexions relatives à la poursuite de la rénovation urbaine, il a pour objectif d'enrichir les réflexions aussi bien locales que nationales sur la pérennisation et la qualité des démarches d'insertion,

- Charte nationale d'insertion – Éléments pour la mise en œuvre - juillet 2010 : L'objectif de ce document vise à permettre l'accès aux emplois générés par les PRU aux habitants des ZUS. Sa finalité est opérationnelle. Il offre en effet aux correspondants locaux de l'ANRU une série de recommandations pratiques, de présentations d'organismes et d'exemples.

- Insertion – les chiffres au 30 juin 2011 : Ce document constitue un tableau de bord de la démarche des clauses d'insertion à partir d'une enquête annuelle auprès des délégués territoriaux de l'agence.

En 2011, les résultats de cette enquête concernaient 352 projets de rénovation urbaine dont 337 au 30 juin 2011 et 15 au titre des années antérieures. La très grande majorité des PRU et des départements concernés par le Programme national de rénovation urbaine (PNRU) sont ainsi représentés dans cette enquête dont les principaux résultats sont les suivants :

- 31 000 personnes ont réalisé plus de 12 millions d'heures d'insertion
- 41 % des bénéficiaires sont des jeunes sans qualification et/ou sans expérience, 26 % des demandeurs d'emploi de longue durée, et que 89 % ont un niveau de qualification inférieur ou égal au certificat d'aptitude.
- 84% de ces projets bénéficient d'un réel effet de levier en faveur des politiques locales d'insertion

Ce document est un document intéressant en ce qu'il démontre très clairement que la méthode prônée par l'ANRU en matière de clauses d'insertion est effectivement opérante et aboutit en général aux résultats escomptés.

- Les clauses d'insertion : un levier pour l'emploi – synthèse : L'ANRU a confié à un consultant extérieur une étude sur la mise en œuvre de la charte nationale d'insertion pour montrer en particulier comment s'organisent les acteurs locaux pour répondre aux enjeux relatifs à la mise en œuvre des clauses d'insertion en fonction du contexte local . Les conclusions de cette étude ont été présentées lors d'un colloque destiné à partager les expériences. Ce travail met en évidence l'intérêt de l'existence d'un réseau et affirme le potentiel de réussite des démarches d'insertion.

4.5. Des enseignements communs tirés de l'expérience des trois établissements publics

A l'issue de l'examen des actions entreprises par chacun de ces trois établissements publics, se dégagent de nombreux points communs dans leurs processus. Les services des ministères gagneraient à s'inspirer de ces éléments. L'exemple de l'ANRU semble à cet égard le plus exploitable du fait que les directions départementales des territoires (DDT), en qualité de correspondants de l'agence, bénéficient d'une formation spécifique dispensée par celle-ci.

5. Les recommandations aux services

L'examen comparé de l'utilisation des clauses sociales dans les marchés passés, d'une part, par les services du MEDDE et du METL et, d'autre part, par la SNCF, la RATP et l'ANRU révèle de forts contrastes. On ne peut expliquer l'avance relative dans les trois établissements par les seules spécificités de leurs commandes publiques.

La mission considère donc qu'il n'y aurait que des avantages à ce que les services ministériels s'inspirent des bonnes pratiques dégagées par ces derniers et formule en conséquence les recommandations suivantes :

Recommandation n°1 : Réaffirmer pour les deux ministères une stratégie unique de conception et de mise en œuvre des clauses d'insertion, en adéquation avec les moyens dont disposent les services. On s'attachera à faire connaître et partager par l'ensemble des personnes concernées cette stratégie qui prendra la forme d'un document constituant un nouvel acte fondateur de la politique ministérielle. Ce document devra satisfaire aux exigences des principes du développement durable et contribuer à la défense de l'emploi des publics fragiles.

Les directions et services n'ont pas été vivement incités à considérer le recours aux clauses d'insertion comme un élément décisif des politiques publiques qu'ils sont chargés de conduire, malgré les nombreuses instructions.

Cet acte fondateur pourrait revêtir la forme d'un document comparable à la charte nationale d'insertion de l'ANRU. Il devrait faire l'objet d'une campagne de sensibilisation dans les services centraux et déconcentrés.

Recommandation n°2 : Mettre en place un réseau de référents dans les services déconcentrés de manière à favoriser la diffusion d'un bon niveau de connaissances et des bonnes pratiques sur les plans technique et juridique. Assurer dans ce cadre une formation solide des services concernés par les clauses d'insertion.

Il conviendrait de mettre en réseau les équipes de conception et de mise en œuvre dans chaque service et direction concernés de manière à consolider l'expérience acquise dans l'ensemble de ces derniers. Cet exercice pourrait notamment revêtir la forme de réunions régulières dans chaque région sous l'organisation des DREAL. Un réseau intranet avec foire aux questions et présentation d'un certain nombre de dossiers pratiques pourrait être créé. L'ensemble de ce dispositif permettrait tout à la fois d'identifier les besoins de formation et de diffuser celle-ci.

Recommandation n°2-1 : Désigner le chef du département des politiques ministérielles de fonctionnement et d'achat durables du service des politiques support et des systèmes d'information (SPSSI) du secrétariat général comme tête du réseau précité. Il devra diffuser l'information tant stratégique que pratique au bénéfice des cadres de terrain. Il recevra une lettre de mission largement diffusée, insistant sur l'importance de la politique publique de recours aux clauses d'insertion dans les marchés et faisant référence au document stratégique, objet de la recommandation n°1.

La politique nouvellement affirmée de recours aux clauses d'insertion devrait faire l'objet d'un pilotage dans la durée.

Recommandation n°2-2 : Créer sur le réseau Intranet des deux ministères un site commun qui sera géré sous la responsabilité du cadre chargé de la promotion du recours aux clauses d'insertion. Ce site collectera l'information juridique relative aux clauses d'insertion ainsi que les bonnes pratiques relevant des autres administrations et opérateurs publics. L'existence de ce site fera l'objet d'une large information au sein des deux ministères.

Cette recommandation correspond au fait qu'en règle générale, l'information fournie jusqu'à présent aux services semble être restée très factuelle, et qu'elle n'est pas toujours ajustée aux questions qui se posent (à titre d'exemple, « *Comment rédiger les clauses ? Comment les mettre en œuvre ? Sur qui s'appuyer dans cette démarche nouvelle ?* »). La mission estime que fournir de tels éléments d'information sera de nature à supprimer d'éventuelles inhibitions chez les personnes en charge de projets de contrat avec clause et à favoriser un exercice pratique de qualité.

Recommandation n°3 : S'assurer que les ministères disposent au niveau approprié d'une capacité d'expertise juridique et technique dans ce domaine.

Recommandation n°3-1 : Introduire dans les divers stages « marchés », en particulier les stages « marchés – prise de poste », un module à caractère opérationnel sur les clauses d'insertion.

Lors d'un entretien dans un service, il a été fait observer que les stages « marchés – prise de poste » ne comportent pas jusqu'à présent un module à caractère opérationnel sur les clauses d'insertion. Prévoir ces stages contribuerait à rendre systématique la question de l'opportunité d'une telle clause dans le futur marché et accroîtrait la nécessaire expertise technique dans la bonne gestion de la clause.

Recommandation n°3-2 : Engager de manière incitative chaque service pouvoir adjudicateur du MEDDE et du METL à engager une relation suivie avec les Maisons de l'emploi territorialement compétentes et à favoriser un fonctionnement opérationnel en réseau des personnels exerçant des responsabilités en matière de marchés avec les facilitateurs.

L'objectif pour chaque direction ou service de bien connaître le dispositif passe à l'évidence par un véritablement rapprochement avec les Maisons de l'Emploi de son secteur d'activité, à la fois pour

favoriser l'émergence d'une connaissance juridique et pratique, et pour faciliter pour chaque nouveau marché avec clause d'insertion, un démarrage rapide et assuré de la démarche pratique.

Recommandation n°4 : Choisir un chef de projet pour chaque dossier individuel de marché avec clauses d'insertion, qui s'assure de la mise en œuvre de celles-ci. Bien préciser des objectifs quantifiés pour la mise en œuvre des clauses (nombre d'heures sur un temps donné) et passer par des facilitateurs (maisons de l'Emploi).

Cette recommandation issue des échanges avec les trois établissements publics rencontrés par la mission a pour objectif de satisfaire une condition essentielle de bonne gestion des clauses d'insertion. Le chef de projet devra s'efforcer de développer une relation suivie avec le facilitateur dont l'expérience est précieuse.

Recommandation n°5 : Bien préciser pour chaque marché à venir avec clauses d'insertion les objectifs de mise en œuvre de celles-ci (nombre d'heures sur un temps donné).

Il s'agit d'une observation unanime des interlocuteurs de la mission.

Recommandation n°6 : Établir un tableau de bord pour les deux ministères sous la responsabilité du chef du département des politiques ministérielles de fonctionnement et d'achat durables du service des politiques support et des systèmes d'information (SPSSI), tête du réseau objet de la recommandation n°2. Cet instrument de pilotage qui sera régulièrement actualisé, permettra, suivant les cas, d'encourager ou de relancer les services.

La réussite d'une politique publique nouvelle passe par la mise en place d'un système de pilotage et d'évaluation régulière. Cette évolution permettrait d'apprécier si le rythme de développement est ou non satisfaisant et quelles sont les éventuelles inflexions à engager. Cela implique une pérennité des indicateurs.

Recommandation n°7 : Engager un processus de concertation périodique avec les établissements publics placés sous la tutelle du METL ou du MEDDE et en pointe en matière d'usage des clauses d'insertion, afin d'échanger les « bonnes pratiques » nouvelles des uns et des autres. Diffuser ces « bonnes pratiques » par l'intermédiaire du réseau Intranet, objet de la recommandation n°2.2.

La mission a pu constater que les établissements publics rencontrés continuent à approfondir leur démarche. Il serait pertinent de s'engager dans un processus périodique de concertation avec ces derniers afin de connaître leurs nouvelles « bonnes pratiques » pour la réinsertion des personnes éloignées de l'emploi.

Recommandation n°8 : Engager un processus d'échange des bonnes pratiques européennes dans un dialogue régulier avec les administrations des autres États de l'Union . Cette démarche sera utilement conduite en liaison avec la direction des affaires juridiques du ministère de l'économie et des finances, organisme référent en matière de commande publique au plan national.

Recommandation n°9 : Dans un délai de 12 à 18 mois après la diffusion du présent rapport, prévoir une nouvelle mission du CGEDD qui aura pour objet d'évaluer les avancées réalisées en matière de recours aux clauses insertion dans les marchés passés par le MEDDE et le MELT.

Conclusion

La mission a dû constater que la prise en compte de préoccupations d'ordre social au sein des marchés du MEDDE et METL n'était pas à la hauteur de l'objectif fixé par la circulaire de 2008. Sans en réduire la portée, ce constat est partagé par l'ensemble de l'administration de l'État. Cependant ce modeste résultat ne doit pas faire oublier les efforts accomplis, puisque des marchés sont passés et que les clauses sociales sont bien établies sur le plan juridique. Il doit inciter à la persévérance dans une démarche pragmatique.

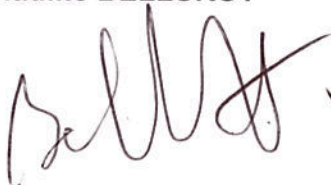
Les recommandations de la mission sont d'ailleurs d'ordre pratique, pour la plupart tirées de l'expérience des trois établissements publics étudiés (SNCF, RATP et ANRU) : impulsion donnée au niveau le plus élevé, sensibilisation à la prise en compte des clauses sociales et à la réinsertion des personnes éloignées de l'emploi, consolidation des expériences acquises. Il ressort de cet examen qu'un des facteurs de réussite de la démarche est étroitement lié à son caractère opérationnel. Les recommandations de la mission s'inscrivent dans cette logique, sans méconnaître la charge administrative que l'introduction de ces clauses implique. Toujours dans un souci de réalisme, la mission souligne que, sans une volonté politique forte d'intégration de clauses sociales dans les marchés de commande publique, le résultat risque de demeurer modeste.

François RENVOISÉ



Ingénieur général
des ponts, des eaux et des
forêts

Nadine BELLUROT



Inspectrice générale de
l'administration du
développement durable

Alexandra SUBREMON

Signé

Membre permanent

Annexes

1. Lettre de mission du 22 mai 2012



MINISTÈRE DE L'ÉCOLOGIE, DU DÉVELOPPEMENT DURABLE ET DE L'ÉNERGIE

Conseil général de l'Environnement
et du Développement durable

Le Vice-Président

Référence CGEDD n° 008346-01

24 MAI 2012

La Défense, le 22 MAI 2012

Note

pour

Madame la Ministre de l'Écologie,
du Développement durable
et de l'Énergie

A l'attention de
Monsieur le Directeur du Cabinet

Le programme de travail 2012 du Conseil général de l'environnement et du développement durable (CGEDD) prévoit une **mission d'audit sur les clauses sociales dans la commande publique**. Vous trouverez en annexe la note de commande.

Je vous informe que j'ai désigné **M. François RENVOISÉ**, ingénieur général des ponts, des eaux et des forêts, pour assurer la coordination de cette mission. Elle sera constituée de **Mmes Nadine BELLUROT**, inspectrice générale de l'administration du développement durable et **Alexandra SUBREMON**, membre permanent.


Christian LEYRIT

Copies : M. le Secrétaire général (SG)
Mme la Chef du Service des affaires financières (SG/SAF)

Présent
pour
l'avenir

www.cgedd-sg@developpement-durable.gouv.fr

Tour Pascal B - 92055 La Défense cedex - Tél. : 33 (0)1 40 81 21 22 - Fax : 33 (0)1 40 81 23 24

Programme d'activité 2012 du CGEDD
CLAUSES SOCIALES DANS LA COMMANDE PUBLIQUE

Note de commande

Une mission d'audit thématique national de mise en œuvre des politiques publiques relative à la prise en compte des clauses sociales du Code des marchés publics dans les achats du Ministère de l'Écologie, du Développement durable, des Transports et du Logement figure dans le programme d'activité 2012 du Conseil général de l'Environnement et du Développement durable.

Le contexte de la mission :

Depuis la publication du code des marchés publics de 2006¹, l'acheteur public doit examiner, dès l'expression des besoins, la possibilité de prendre en compte des objectifs du développement durable dans un marché, dont l'insertion des personnes éloignées de l'emploi au titre de l'équité sociale. Les travaux du Grenelle de l'Insertion achevés en mai 2008, ont également mis en évidence les enjeux sociaux attachés à la promotion de l'insertion des personnes éloignées de l'emploi dans une perspective de promotion du développement durable.

La circulaire du Premier ministre du 3 décembre 2008 relative à l'exemplarité de l'État au regard du développement durable dans le fonctionnement de ses services et de ses établissements publics, qui a affirmé la responsabilité sociale de l'État tant en sa qualité d'opérateur économique que d'employeur, assigne à ces services des objectifs chiffrés de recours aux entreprises d'insertion dans le cadre de leurs achats publics et fixe les modalités concrètes qu'ils doivent mettre en œuvre pour 2012.

Parallèlement, l'Observatoire économique de l'Achat public (OEAP)² a élaboré dès 2007, dans le cadre d'une large concertation, un guide intitulé - "Commande publique et accès à l'emploi des personnes qui en sont éloignées », enrichi en décembre 2010.

Cette politique qui participe de la démarche d'"État exemplaire" fait l'objet d'une attention soutenue du Gouvernement. c'est ainsi que la circulaire initiale du Premier ministre a été complétée à trois reprises et la dernière fois le 5 avril 2011, pour préciser les modalités de fonctionnement du dispositif financier de bonus-malus mis en place et identifier les catégories d'achats prioritaires du déploiement des clauses sociales.

Les objectifs de la mission :

Il convient d'apprécier l'état de réalisation par les services du MEDDTL de ces objectifs.

Il s'agira aussi de constater si, de manière générale, le niveau de réalisation atteint aujourd'hui correspond à un palier ou s'inscrit dans une perspective dynamique d'amélioration progressive, et d'apprécier l'impact effectif de cette politique sur l'insertion durable des personnes concernées.

Vous vous attacherez à identifier les éléments susceptibles de faire obstacle à l'utilisation des clauses sociales et à une approche sociale de la commande publique au sein du MEDDTL, en distinguant les éléments communs à d'autres administrations et ceux qui seraient spécifiques à l'activité ou à l'organisation du ministère.

¹ Décret n°2006-975 du 1^{er} août 2006 portant code des marchés publics

² Arrêté de création du 10 novembre 2005

Vous prendrez en compte dans votre analyse, en tant que de besoin, l'état des réflexions que l'OEAP est susceptible de développer sur le même champ.

Vous élaborerez toutes propositions à même de favoriser le développement de ces clauses dans les marchés du MEDDTL.

L'organisation de la mission :

Une note de cadrage de la mission sera établie dans un délai de deux mois à compter de la présente lettre et le rapport final sera remis dans un délai de six mois.

Vous pourrez vous appuyer sur les Missions d'inspection générale territoriale (MIGT) pour réaliser cet audit qui sera supervisé par la Présidente de la section « Droit, logement et société ».

Le Vice-Président
du Conseil général de l'Environnement,
et du Développement durable

signé

Christian LEYRIT

2. Circulaire du 3 décembre 2008

Circulaire du 3 décembre 2008 relative à l'exemplarité de l'État au regard du développement durable dans le fonctionnement de ses services et de ses établissements publics

NOR: PRMX0900026C

Paris, le 3 décembre 2008.

*Le Premier ministre à Monsieur le ministre d'État, Mesdames et Messieurs les ministres,
Mesdames et Messieurs les secrétaires d'État, Monsieur le haut-commissaire*

Lors de la restitution des conclusions du Grenelle de l'environnement, le 25 octobre 2007, le Président de la République a insisté sur le rôle exemplaire que l'État doit jouer pour assurer le développement durable de notre économie.

Les travaux et manifestations du Grenelle de l'insertion ont, quant à eux, permis de mettre en évidence la dimension sociale de cette politique de développement durable. La promotion de l'insertion des personnes éloignées de l'emploi est un élément essentiel de cette politique et, dans ce domaine comme dans les autres, l'État se doit d'être exemplaire.

Ces préoccupations doivent être prises en compte dans tous les volets de l'action de l'État. Il se doit, en particulier, d'utiliser ses propres moyens de fonctionnement pour renforcer et favoriser l'émergence de modes de production et de consommation plus durables.

Les dépenses que l'État consacre annuellement à son fonctionnement courant dépassent les quinze milliards d'euros dont dix milliards d'euros pour les achats courants et cinq milliards d'euros pour les achats dits métiers. Ces dépenses doivent être désormais faites dans une approche de développement durable.

Les dépenses de fonctionnement des administrations peuvent, en effet, apporter une contribution significative face aux défis environnementaux et sociaux que nous devons relever. L'utilisation de ce levier permettra d'assurer une plus grande efficacité des politiques sectorielles en faveur du développement durable. Il s'agit aussi d'une question de responsabilité et de crédibilité. L'État ne peut ignorer dans sa gestion quotidienne les objectifs de développement durable qu'il souhaite voir prendre en compte par les entreprises et les consommateurs. En outre, cette orientation des dépenses de fonctionnement doit contribuer au soutien des écoproduits et des écotechnologies qui constituent un facteur important pour promouvoir une économie hautement compétitive et innovante.

La révision prochaine de la stratégie nationale de développement durable sera l'occasion, pour chaque département ministériel, de préciser et d'actualiser sa contribution au développement durable dans le champ des politiques publiques dont il a la charge. Toutefois, sans attendre cette révision, je vous demande d'établir, dans un plan administration exemplaire, les dispositions assurant la prise en compte des objectifs d'un développement durable dans le fonctionnement des services et des établissements publics placés sous votre responsabilité.

Afin de garantir une cohérence et une efficacité maximales de l'action de l'État dans son ensemble, chaque plan ministériel devra privilégier des actions communes à tous les départements ministériels et mobiliser l'ensemble des personnels impliqués dans la gestion courante de l'administration. Les actions relevant d'un fonctionnement et de métiers spécifiques à votre département ministériel ne seront traitées qu'indirectement par ce plan. Il conviendra néanmoins de leur appliquer les objectifs et les moyens des actions communes chaque fois que cela pourra l'être.

Les actions communes que je vous demande d'inscrire dans votre plan ministériel concernent :

1. Les achats courants.

Définis par opposition aux achats dits métiers, ils correspondent à la partie des achats publics commune au fonctionnement de toute administration. A ce titre, je vous rappelle que les orientations de la France sont définies par le Plan national d'action pour des achats publics durables (1) (PNAAPD). Ce plan, adopté en mars 2007, a pour objectif de faire de notre pays l'un des pays de l'Union européenne les plus engagés dans la mise en œuvre du développement durable en matière de commande publique. Il couvre une période de trois ans (2007-2009) et fera l'objet d'une révision au terme de cette période. Les fiches relatives aux achats généraux de produits et de services annexées à la présente circulaire reprennent, pour l'essentiel, les orientations définies aux paragraphes 93 à 108 du PNAAPD.

La mise en œuvre opérationnelle de ces objectifs s'inscrit dans la politique globale d'achat de l'État que le Gouvernement a décidé d'unifier lors du conseil de modernisation des politiques publiques du 12 décembre 2007. Elle relève donc de la responsabilité de la future structure responsable des achats de l'État qui devra définir la stratégie d'achat par catégories de produits pour l'ensemble des acheteurs, en tenant compte des objectifs du PNAAPD et des orientations contenues dans les fiches jointes à la présente circulaire.

2. Les mesures d'écoresponsabilité qui peuvent être mises en œuvre dans toute administration indépendamment ou en accompagnement des commandes publiques, notamment pour en diminuer le volume ou en améliorer la qualité.

Il s'agit de promouvoir des comportements écoresponsables des agents, une gestion énergétique économe des bâtiments publics ainsi que des politiques raisonnées de déplacements professionnels ou de gestion des déchets.

3. La responsabilité sociale de l'État, tant en sa qualité d'opérateur économique qu'en sa qualité d'employeur.

L'État doit se fixer des objectifs élevés en ce qui concerne le respect des droits fondamentaux de la personne au travail, l'intégration des personnes handicapées, l'insertion des personnes éloignées de l'emploi et la parité professionnelle. A cet égard, je vous rappelle qu'il a été décidé, lors du conseil des ministres du 9 avril 2008, que les achats publics socialement responsables doivent représenter au minimum 10 % des achats courants de l'État et de ses établissements publics d'ici à 2012 dans les secteurs comportant au moins 50 % de main-d'œuvre.

Les modalités concrètes de ces actions sont précisées dans les vingt fiches annexées à la présente circulaire. Celles-ci fixent les objectifs et les échéances communs et détaillent les stratégies et les moyens d'actions à mettre en œuvre. Vous trouverez une liste de ressources utiles pour la réalisation de démarches responsables et d'achats publics durables sur le site internet consacré à l'administration écoresponsable (2).

Un effort de formation est en tout état de cause nécessaire pour faire naître et diffuser, chez l'ensemble des agents de la fonction publique, une culture partagée du développement durable.

Je vous demande de préparer votre plan administration exemplaire sur la base de ces fiches et de mettre en œuvre, sans tarder, les actions qui y sont décrites dans l'ensemble des services de votre département ministériel. Vous vous attacherez à ce que les établissements publics placés sous votre autorité élaborent leur propre plan d'action.

Vous veillerez à renseigner les indicateurs figurant dans treize de ces fiches, sachant que la batterie des indicateurs sera progressivement complétée. Pour ce faire, vous vous appuyerez sur les outils de compte rendu développés dans le cadre de la professionnalisation du métier d'acheteur public par la mission interministérielle France Achats (MIFA) et, ultérieurement, par la future structure responsable des achats de l'État ainsi que sur l'outil de suivi des démarches d'écoresponsabilité par site développé par l'Agence de l'environnement et de la maîtrise de l'énergie (ADEME).

Vous adresserez à la déléguée interministérielle au développement durable, qui en assurera la synthèse, votre plan d'ici à la fin du premier trimestre 2009 et un rapport annuel de suivi à compter de 2009. Je demande à la déléguée interministérielle d'animer un groupe de travail chargé d'assurer, dans un esprit de partage d'expertise, d'expériences et de moyens, le suivi global des résultats de l'action de l'État exemplaire au regard du développement durable.

Un dispositif financier accompagnera la mise en œuvre de ces plans à compter de 2010. Il reposera sur le respect de différents indicateurs pertinents.

Je compte sur votre engagement pour que les exigences du développement durable se traduisent de manière effective dans le fonctionnement quotidien des services relevant de votre autorité et des établissements publics qui vous sont rattachés.

François Fillon

(1)

<http://www.ecologie.gouv.fr/pnaapd.html>.

(2) <http://www.ecoresponsabilite.environnement.gouv.fr>.

3. Articles 5, 14, 15, 30 et 53 du Code des marchés publics

TITRE II

DISPOSITIONS GÉNÉRALES

(.....)

Chapitre Ier

Détermination des besoins à satisfaire

Article 5

I. - 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. Le ou les marchés ou accords-cadres conclus par le pouvoir adjudicateur ont pour objet exclusif de répondre à ces besoins.

II. - Le pouvoir adjudicateur détermine le niveau auquel les besoins sont évalués. Ce choix ne doit pas avoir pour effet de soustraire des marchés aux règles qui leur sont normalement applicables en vertu du présent code.

(.....)

Chapitre VI

Clauses sociales et environnementales

Article 14

Les conditions d'exécution d'un marché ou d'un accord-cadre peuvent comporter des éléments à caractère social ou environnemental qui prennent en compte les objectifs de développement durable en conciliant développement économique, protection et mise en valeur de l'environnement et progrès social.

Ces conditions d'exécution ne peuvent pas avoir d'effet discriminatoire à l'égard des candidats potentiels. Elles sont indiquées dans l'avis d'appel public à la concurrence ou dans les documents de la consultation..

Chapitre VII

Marchés réservés

Article 15

Certains marchés ou certains lots d'un marché peuvent être réservés à des entreprises adaptées ou à des établissements et services d'aide par le travail mentionnés aux articles L. 323-31 du code du travail et L. 344-2 du code de l'action sociale et des familles, ou à des structures équivalentes, lorsque la majorité des travailleurs concernés sont des personnes handicapées qui, en raison de la nature ou de la gravité de leurs déficiences, ne peuvent exercer une activité professionnelle dans des conditions normales.

L'avis d'appel public à la concurrence fait mention de la présente disposition.

TITRE III - PASSATION DES MARCHÉS

Chapitre II

Définition des seuils et présentation des procédures de passation

(.....)

Section 4

Procédure applicable aux marchés de services

(.....)

Article 30

I. - Les marchés et les accords-cadres ayant pour objet des prestations de services qui ne sont pas mentionnées à l'article 29 peuvent être passés, quel que soit leur montant, selon une procédure adaptée, dans les conditions prévues par l'article 28.

II. - Toutefois :

1° Les dispositions des III et IV de l'article 40 ne sont pas applicables ;

2° Lorsque le montant estimé des prestations demandées est égal ou supérieur à 210 000 EUR HT, elles sont définies conformément aux dispositions de l'article 6 et le marché fait l'objet d'un avis d'attribution dans les conditions fixées à l'article 85 ;

3° Les marchés d'un montant égal ou supérieur à 210 000 EUR HT sont attribués par la commission d'appel d'offres pour les collectivités territoriales et après avis de la commission d'appel d'offres pour l'État, les établissements publics de santé et les établissements publics sociaux ou médico-sociaux ;

4° Le pouvoir adjudicateur veille au respect des principes déontologiques et des réglementations applicables, le cas échéant, aux professions concernées ;

5° Les marchés de services juridiques ne sont pas soumis aux dispositions du titre IV de la présente partie. En outre, ceux de ces marchés qui ont pour objet la représentation d'une collectivité territoriale en vue du règlement d'un litige ne sont pas transmis au représentant de l'État.

III. - Lorsqu'un marché ou un accord-cadre a pour objet à la fois des prestations de services mentionnées à l'article 29 et des prestations de services qui n'y sont pas mentionnées, il est passé conformément aux règles qui s'appliquent à celle de ces deux catégories de prestations de services dont le montant estimé est le plus élevé.

Chapitre III

Règles générales de passation

(.....)

Section 9

Examen des candidatures et des offres

(.....)

Sous-section 2, Attribution des marchés

Article 53

I. - Pour attribuer le marché au candidat qui a présenté l'offre économiquement la plus avantageuse, le pouvoir adjudicateur se fonde :

1° Soit sur une pluralité de critères non discriminatoires et liés à l'objet du marché, notamment la qualité, le prix, la valeur technique, le caractère esthétique et fonctionnel, les performances en matière de protection de l'environnement, les performances en matière d'insertion professionnelle des publics en difficulté, le coût global d'utilisation, la rentabilité, le caractère innovant, le service après-vente et l'assistance technique, la date de livraison, le délai de livraison ou d'exécution. D'autres critères peuvent être pris en compte s'ils sont justifiés par l'objet du marché ;

2° Soit, compte tenu de l'objet du marché, sur un seul critère, qui est celui du prix.

II. - Pour les marchés passés selon une procédure formalisée et lorsque plusieurs critères sont prévus, le pouvoir adjudicateur précise leur pondération.

Le poids de chaque critère peut être exprimé par une fourchette dont l'écart maximal est approprié.

Le pouvoir adjudicateur qui estime pouvoir démontrer que la pondération n'est pas possible notamment du fait de la complexité du marché, indique les critères par ordre décroissant d'importance.

Les critères ainsi que leur pondération ou leur hiérarchisation sont indiqués dans l'avis d'appel public à la concurrence ou dans les documents de la consultation.

III. - Les offres inappropriées, irrégulières et inacceptables sont éliminées. Les autres offres sont classées par ordre décroissant. L'offre la mieux classée est retenue.

IV. - 1° Lors de la passation d'un marché, un droit de préférence est attribué, 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.

2° Lorsque les marchés portent, en tout ou partie, sur des prestations susceptibles d'être exécutées par des artisans ou des sociétés d'artisans ou des sociétés coopératives d'artisans ou des sociétés coopératives ouvrières de production ou des entreprises adaptées, 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 tous autres candidats, aux artisans ou aux sociétés coopératives d'artisans ou aux sociétés coopératives ouvrières de production ou à des entreprises adaptées.

3° 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 au 2°, 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.

4. Note de cadrage

Vdef, le 16 octobre 2012,

AUDIT THÉMATIQUE NATIONAL SUR LES CLAUSES SOCIALES DU CODE DES MARCHÉS PUBLICS DANS LA COMMANDE PUBLIQUE DU MINISTÈRE DE L'ÉCOLOGIE, DU DÉVELOPPEMENT DURABLE ET DE L'ÉNERGIE ET DU MINISTÈRE DE L'ÉGALITÉ DES TERRITOIRES ET DU LOGEMENT

François RENVOISÉ, IGPEF
Nadine BELLUROT, IGADD
Alexandra SUBREMON, membre permanent

Note de cadrage de la mission

Une mission d'audit thématique national de mise en œuvre des politiques publiques relative à la prise en compte des clauses sociales du Code des marchés publics dans la commande publique du Ministère de l'Écologie, du Développement durable et de l'Énergie (MEDDE) et du Ministère de l'Égalité des Territoires et du Logement (METL) figure dans le programme d'activité 2012 du Conseil général de l'Environnement et du Développement durable.

Cette mission a été enregistrée sous le n°008346-01 dans le système de gestion des affaires du CGEDD.

Le contexte de la mission :

L'introduction de clauses sociales dans le code des marchés publics constitue l'engagement d'une démarche très novatrice, dont la genèse sera développée dans le futur rapport de mission pour bien situer la problématique de l'audit et montrer qu'il s'agit d'un premier état de réalisation d'un processus complexe inscrit dans la durée. Le 25 octobre 2007, lors de la restitution des conclusions du Grenelle de l'environnement, le nécessaire rôle exemplaire de l'État pour assurer le développement durable de notre économie avait été souligné. Les travaux du Grenelle de l'insertion avaient, quant à eux, mis en évidence la dimension sociale de cette politique avec, au premier chef, la promotion de l'insertion des personnes éloignées de l'emploi,

Une circulaire du Premier ministre du 3 décembre 2008 traitant de l'État exemplaire au regard du développement durable, a formalisé ces principes et a assigné aux services de l'État des objectifs élevés en ce qui concerne l'insertion des personnes éloignées de l'emploi. Cette circulaire a ainsi confirmé, en particulier, la décision du Conseil des ministres du 9 avril 2008 visant à ce que les achats publics « socialement responsables »¹⁹ représentent au minimum 10 % des achats courants de l'État et de ses établissements publics d'ici à 2012 dans les secteurs comportant au moins 50 % de main-d'œuvre ;

¹⁹ Dans l'ensemble de la présente note l'expression « socialement responsable » fait référence à la circulaire du 3 décembre 2008, « La responsabilité sociale de l'État, tant en sa qualité d'opérateur économique qu'en sa qualité d'employeur : L'État doit se fixer des objectifs élevés en ce qui concerne le respect des droits fondamentaux de la personne au travail, l'intégration des personnes handicapées, l'insertion des personnes éloignées de l'emploi et la parité professionnelle. »

Depuis la fin de l'année 2008 cette politique publique a fait l'objet d'une attention soutenue du Gouvernement ; c'est ainsi que la circulaire initiale a été complétée par trois circulaires entre 2010 et 2011.

En regard des ambitions affichées par ce dispositif, les premiers travaux engagés par la mission d'audit, et les difficultés qu'elle a rencontrées pour identifier les interlocuteurs compétents dans les services administratifs centraux, semblent devoir attester que les résultats demeureront éloignés des objectifs assignés par le Gouvernement à l'échéance de 2012. Ce constat - général pour l'administration de l'État - se vérifierait pour le MEDDE et le METL selon l'examen qui a été conduit

L'examen du « Bilan des plans pour une administration exemplaire – Exercice 2010 » des services du Premier ministre et du « Rapport de performance du MEDDTL sur les indicateurs retenus par le fonds État exemplaire au titre des résultats 2011 » tend même à montrer que le poids relatif des marchés du MEDDTL avec clause sociale est un peu inférieur à sa valeur moyenne pour l'ensemble des ministères.

Ce développement encore insuffisant de l'utilisation des clauses sociales vient d'ailleurs de se traduire par la récente annonce du redémarrage de l'atelier de réflexion « aspects sociaux de la commande publique » de l'Observatoire économique de l'achat public (OEAP).

Les objectifs de la mission :

La mission produira tout d'abord une description de la réglementation de l'Union européenne existant en matière de clauses sociales dans la commande publique ; elle fournira autant que possible une synthèse de sa mise en œuvre dans les divers pays de l'Union. Elle fera, de plus, le point sur les éventuels travaux menés à ce jour dans le cadre communautaire en termes d'évolution future et sur les adaptations qui pourraient, par voie de conséquence, s'imposer à moyen terme à la réglementation française.

La mission s'attachera ensuite à établir un point d'étape de l'utilisation actuelle des clauses sociales et, plus généralement, d'une approche sociale de la commande publique dans les services du MEDDE et du METL, tant dans les services déconcentrés, qu'au sein de l'administration centrale. Elle appréciera notamment le niveau de réalisation de commandes socialement responsables au regard des objectifs quantitatifs prévus par la circulaire du Premier ministre du 3 décembre 2008.

Il sera utile à cet égard d'établir un descriptif critique du système mis en place au sein des deux ministères pour promouvoir concrètement, piloter, conseiller et contrôler l'utilisation des clauses sociales. Il s'agira en particulier de déterminer comment ont été mises en œuvre après presque quatre ans les modalités concrètes de méthode et les moyens humains à mobiliser prévus par la circulaire précitée.

Dans ce cadre, il y aura lieu de faire le point sur l'ensemble des démarches de sensibilisation qui ont pu être menées au sein des deux ministères vis à vis des agents habilités à conclure des marchés publics et, de repérer les éventuelles bonnes pratiques susceptibles d'être proposées à une large diffusion.

Il conviendra d'apprécier dans quelle mesure, le niveau atteint aujourd'hui correspond à un palier ou s'inscrit au contraire dans une perspective plus dynamique d'amélioration progressive, et quel impact effectif, dans la durée, revêtent les dispositions prises sur l'employabilité et l'insertion dans la société des personnes éloignées de l'emploi qui en sont bénéficiaires .

Il conviendra de mettre en évidence l'ensemble des éléments qui limitent actuellement l'utilisation des clauses sociales dans la commande publique, que ces éléments aient un caractère général commun à l'ensemble de l'administration de l'État ou qu'ils soient propres à l'activité ou à l'organisation du MEDDE et du METL. La mission s'attachera, notamment, à dégager l'impact de

l'introduction des clauses sociales sur le coût des prestations dont les marchés prévoient la réalisation.

La mission élargira son champ d'analyse à quelques établissements publics qui relèvent de la tutelle des deux ministères, notamment l'ANRU, la SNCF, la RATP, ou encore certains prestataires de service dans le domaine de l'Aviation civile.

La mission se conclura enfin par un ensemble de propositions à même de favoriser le développement de ces clauses dans les marchés du MEDDE et du METL et de dégager les moyens destinés à renforcer l'efficacité de la mise en œuvre de la politique publique en cause.

L'organisation de la mission :

Les premières démarches entreprises ont permis d'identifier un certain nombre de responsables qui ont déjà fait ou vont faire l'objet de demandes d'entretiens ; ces derniers sont par eux-mêmes susceptibles de conduire à la perception d'un réseau plus large d'interlocuteurs.

Sont d'ores et déjà identifiés :

- Mme Loredana PUIU , Commission européenne, Direction générale du Marché intérieur et des Services - C3:Formulation and enforcement of public procurement law II²⁰,
- M. Bertrand JEHANNO, Secrétariat général aux affaires européennes, chef du secteur MICA - Marché intérieur, consommateurs, concurrence, aides d'État et armement - (réglementation communautaire en matière de marchés publics)²,
- Mme Sarah TESSÉ, Chef du bureau des régulations économiques, (CGDD/ Service de l'économie, de l'évaluation et de l'intégration du développement durable/ Sous-direction de l'intégration des démarches de développement durable par les acteurs économiques),
- M. Bruno HÉBERT, chef du département des politiques ministérielles de fonctionnement et d'achat durable, (SG/ Service des politiques support et des systèmes d'information)²,
- M. Rémy RISSER, Chef du bureau de la politique ministérielle d'achats durables (SG/ Service des politiques support et des systèmes d'information/ département des politiques ministérielles de fonctionnement et d'achat durable)²,
- M. Alain GILANOWSKI, chef du bureau de l'intégration du développement durable dans les politiques de soutien (SG/ Service des politiques support et des systèmes d'information/ département des politiques ministérielles de fonctionnement et d'achat durable)²,
- M. Edmond GRASZK, Sous-directeur des carrières et de l'encadrement (SG/ Direction des ressources humaines),
- Mme Béatrice LECOMTE, chef du service des affaires financières (SG),
- M. Olivier Petit, Sous-directeur des marchés et de la comptabilité (SG/ Service des Affaires financières)²,
- M. Pascal JOLY, chef du bureau des marchés (SG/ Service des affaires financières/ Sous-direction des marchés et de la comptabilité)³,
- M. Pierre PELOUZET, Directeur des Achats de la SNCF,
- M. Rémi FEREDJ, Directeur des Achats de la RATP,
- M. Philippe ALIOTTI, Union des Aéroports français (UAF) (pour se rapprocher du groupement professionnel des sociétés d'assistance en escale sur les plate-formes d'ADP),
- Mme Catherine DELORT, Sous-directrice de la commande publique (Direction des Affaires juridiques – Ministère de l'Économie et des Finances).

De même, en ce qui concerne les services déconcentrés des deux ministères, il sera possible à la mission d'audit de se rapprocher, au titre d'une sorte d'échantillonnage, de quelques missions d'inspection générale territoriale – vraisemblablement 2 ou 3 MIGT - pour faire remonter un certain nombre de constats et de renseignements sur la base d'une feuille de route commune à l'ensemble de ces MIGT.

²⁰ Entretien réalisé à la date du 8 octobre 2012.

Enfin, l'équipe d'audit se rapprochera utilement de l'Observatoire économique de l'achat public et tiendra compte, dans le cadre de ses recommandations, des orientations susceptibles d'être dégagées par l'atelier de réflexion portant sur les aspects sociaux de la commande publique, en fonction du rythme d'avancement de ses travaux.

Le rapport final de la mission sera remis dans un délai de quatre mois après l'adoption de la présente note de cadrage.

Post-scriptum à la date du 18 février 2013 :

Un certain nombre de difficultés matérielles sont apparues durant la mission qui ont conduit à adapter son déroulement par rapport à ce qui avait été prévu lors de la préparation de la présente note de cadrage ; de nombreuses difficultés pour organiser les entretiens prévus, un certain manque de disponibilité de plusieurs membres de la mission, notamment. De plus le constat vite établi d'un faible recours aux clauses d'insertion dans les marchés des services du MEDDE et du METL a conduit les membres de la mission à revoir assez profondément le sens général de la mission : plutôt que de procéder d'abord à un bilan précis de la situation actuelle, et de proposer un certain nombre de recommandations issues de ce bilan et correspondant à un certain niveau de diversité des situations des différents services des deux ministères, il est en effet apparu préférable de procéder d'abord à une analyse assez fine des expériences , sur la voie de la réussite semble-t-il, de plusieurs établissements publics dont l'objet correspond à des domaines de compétence des deux ministères, puis d'en tirer un certain nombre d'enseignements que l'on peut traduire en autant de recommandations à l'usage d'une administration d'État qui, dans les faits, en est encore au tout début d'une pratique des clauses d'insertion. C'est ainsi que la mission a choisi de ne pas réaliser un certain nombre d'entretiens prévus au niveaux central et déconcentré, de ne pas prendre l'appui des MIGT, et enfin de ne pas retenir le secteur de l'Aviation civile parmi les secteurs à auditionner.

5. Liste des principaux documents consultés

Circulaire du 29 décembre 1993 relative à la prise en compte de critères additionnels relatifs à l'emploi dans l'attribution des marchés publics ;

Circulaire du 14 décembre 1995 du ministère de l'équipement, du logement, des transports et du tourisme relative à la prise en compte d'actions en matière d'insertion et d'emploi dans les marchés publics de travaux ;

Circulaire du 3 décembre 2008 relative à l'exemplarité de l'État au regard du développement durable dans le fonctionnement de ses services et de ses établissements publics ;

Note du 15 octobre 2009 du directeur du Service des Achats de l'État (SAE) et adressée aux responsables ministériels achat, relative à la bonne utilisation de la clause sociale par un acheteur ;

Circulaire du 11 mars 2010 relative au dispositif financier accompagnant la mise en œuvre des Plans Administration Exemple (PAE) ;

Circulaire du 30 septembre 2010 relative aux indicateurs du dispositif financier de l'année 2010 ;

« Bilan des plans pour une administration exemplaire – Exercice 2010 » des services du Premier ministre ;

Convention entre le Service des Achats de l'État (SAE) et Alliance Villes Emploi du 12 février 2010, visant à développer les clauses sociales dans les marchés publics ;

« Rapport de performance du MEDDTL sur les indicateurs retenus par le fonds État exemplaire au titre des résultats 2011 » ;

Convention du 22 février 2011 entre la Maison de l'Emploi de Paris (MEP) et le Ministère de l'Écologie, du Développement Durable, des Transports et du Logement (MEDDTL) tendant à favoriser le développement de la mise en œuvre des achats socio-responsables passés par l'administration centrale ;

Convention du 8 juillet 2011 entre le ministère de l'Écologie, du Développement Durable, des Transports et du Logement (MEDDTL) et Alliance Villes Emploi (AVE) dans le cadre du plan national de mobilisation des filières et des territoires pour les métiers de l'économie verte ;

Guides de l'Observatoire Économique de l'Achat Public (OEAP) de 2007 et 2010.

Directive 2004/17/CE du Parlement européen et du Conseil du 31 mars 2004 portant coordination des procédures de passation des marchés dans les secteurs de l'eau, de l'énergie, des transports et des services postaux ;

Directive 2004/18/CE du Parlement européen et du Conseil du 31 mars 2004 relative à la coordination des procédures de passation des marchés publics de travaux, de fournitures et de services ;

Achats responsables SNCF – Journée EDF du 22 novembre 2012, Achats auprès du secteur protégé et adapté ;

Achats SNCF : Performance et responsabilité ;

La clause d'insertion dans les marchés de prestations intellectuelles (de la SNCF) – 3 mai 2012 ;

Document de retour d'expérience de la clause d'insertion (SNCF) du 23 avril 2012 ;

Procédure de mise en place des clauses d'insertion dans les marchés SNCF de septembre 2012 ;

Fiche pratique - La clause sociale d'insertion par l'activité économique, dans les marchés(de la RATP) ;

Arrêté 2011-357-0003 du 23 décembre 2012 du Préfet de la Région d'Île-de-France (Direction régionale des entreprises, de la concurrence, de la consommation, du travail et de l'emploi) fixant le montant des aides de l'État pour le contrat unique d'insertion CAER et CIE – janvier 2012 ;

Plaquette CAE – Contrat d'accompagnement dans l'emploi – assistante de régulation (RATP) ;

L'insertion par l'activité économique – Département VAL – 5 octobre 2012 (RATP) ;

Charte nationale d'insertion – Éléments pour la mise en œuvre - juillet 2010, (ANRU) ;

Mise en œuvre des démarches d'insertion dans les projets de rénovation urbaine – Rapport d'étude et de capitalisation de bonnes pratiques – décembre 2011(ANRU) ;

Insertion – les chiffres au 30 juin 2011 (ANRU) ;

Les clauses d'insertion : un levier pour l'emploi – synthèse (ANRU) ;

6. Liste des personnes rencontrées ou auditées par téléphone

<i>Nom</i>	<i>Organisme</i>	<i>Fonction</i>
Mme Loredana PUIU	Commission européenne, Direction générale du Marché intérieur et des Services	Membre du bureau C3: Formulation and enforcement of public procurement law II, secteur dimension sociale
Mme Anne BAEYENS	Commission européenne, Direction générale du Marché intérieur et des Services	Membre du bureau C3: Formulation and enforcement of public procurement law II, secteur qualification professionnelle, normes
M. Bertrand JEHANNO	Secrétariat général aux affaires européennes	Chef du secteur MICA - Marché intérieur, consommateurs, concurrence, aides d'État et armement
Mme Catherine DELORT	Direction des Affaires juridiques – Ministère de l'Économie et des Finances	Sous-directrice de la commande publique
Mme Marie COUROUBLE	ANRU, Direction de la stratégie et du développement des programmes, ANRU,	Chargée de mission politiques sociales et sorties de conventions
M. Rémi FEREDJ	RATP - Direction de la Valorisation immobilière, de l'Achat et de la Logistique	Directeur de la Valorisation immobilière, de l'Achat et de la Logistique
Mme Pascale TRAMONI	RATP - Direction de la Valorisation immobilière, de l'Achat et de la Logistique	Chargée de mission Achats Responsables
M. Claude BORDIER	RATP - Direction de la Valorisation immobilière, de l'Achat et de la Logistique	Chargé de mission des Achats
M. Olivier MENUET	SNCF - Direction des achats de la SNCF	Directeur Délégué Achats responsables - Développement Durable, Achats Solidaires, Politique PME
Mme Martine TUKACOVIC	Direction des achats de la SNCF, Direction Déléguée des Achats Durables & Solidaires	Chef de Pôle Achats Solidaires & Équitables
M. Yves LALIN	Direction Régionale et Interdépartementale de l'Équipement et de l'Aménagement d'Ile-de-France)	Directeur-adjoint de la Stratégie, du Pilotage et de l'Animation
M. Eric DEBARLE	Direction Régionale et Interdépartementale de l'Équipement et de l'Aménagement d'Ile-de-France)	Adjoint au directeur des routes, chef du Service de la Modernisation du Réseau
M. Olivier PETIT	Service des affaires financières – Secrétariat général du MEDDE	Sous-directeur des marchés et de la comptabilité
M. Pascal JOLY	Service des affaires financières – Secrétariat général du MEDDE	Chef du bureau des marchés (MC1) – sous-direction des marchés et de la comptabilité
Mme Christine BENTO	Service des affaires financières – Secrétariat général du MEDDE	Adjoint au chef du bureau des marchés (MC1) – sous-direction des marchés et de la comptabilité

M. Bruno HÉBERT	Service des politiques support et des systèmes d'information - Secrétariat général du MEDDE	chef du département des politiques ministérielles de fonctionnement et d'achat durable
M. Rémy RISSER	Service des politiques support et des systèmes d'information - Département des politiques ministérielles de fonctionnement et d'achat durable – Secrétariat général du MEDDE	Chef du bureau de la politique ministérielle d'achats durables – département des politiques ministérielles de fonctionnement et d'achat durable
M. Alain GILANOWSKI	Service des politiques support et des systèmes d'information - Département des politiques ministérielles de fonctionnement et d'achat durable – Secrétariat général du MEDDE	Chef du bureau de l'intégration du développement durable dans les politiques de soutien – département des politiques ministérielles de fonctionnement et d'achat durable
M. Edmond GRASZK,	Direction des ressources humaines – Secrétariat général du MEDDE	Sous-directeur des carrières et de l'encadrement
Mme Sarah TESSÉ	Commissariat général au développement durable - Service de l'économie, de l'évaluation et de l'intégration du développement durable	Chef du bureau des régulations économiques, Sous-direction de l'intégration des démarches de développement durable par les acteurs économiques

7. Glossaire des sigles et acronymes

<i>Acronyme</i>	<i>Signification</i>
AMOI	Assistant à maîtrise d'ouvrage d'insertion
ANRU	Agence nationale pour la rénovation urbaine
AVE	Alliance Ville Emploi
CADES	Coordinateur achats durables et solidaires
CAE	Contrats d'accompagnement dans l'emploi
CCAP	Cahier des clauses administratives particulières
CCTP	Cahier des clauses techniques particulières
CDI	Contrat à durée indéterminée
CJUE	Cour de Justice de l'Union européenne
CMP	Code des marchés publics
CUI	Contrat unique d'insertion
DDT	Direction départementale des territoires
DIR	Direction interdépartementale des Routes
DPMFAD	Département des politiques ministérielles de fonctionnement et d'achats durables
DREAL	Direction régionale de l'Environnement, de l'Aménagement et du Logement
DRIEA-IF	Direction régionale et interdépartementale de l'équipement et de l'aménagement d'Île-de-France
EI	Entreprise d'insertion
ETP	Équivalent temps plein
GUP	Gestion urbaine de proximité
MEDDE	Ministère de l'Écologie, du Développement durable et de l'Énergie
MEDDTL	Ministère de l'Écologie, du Développement durable, des Transports et du Logement
MEP	Maison de l'Emploi de Paris
METL	Ministère de l'Égalité des Territoires et du Logement
OEAP	Observatoire économique de l'Achat public

Acronyme	Signification
PAE	Plan Administration exemplaire
PLACI	Plan local d'application de la charte nationale d'insertion
PLIE	Plan Local pour l'Insertion et l'Emploi
PNAADD	Plan national d'Action pour des Achats publics durables
PNRU	Programme national de rénovation urbaine
PRU	Projet de rénovation urbaine
RATP	Régie autonome des Transports parisiens
SAE	Service des achats de l'État
SGAE - MICA	Secrétariat général aux Affaires européennes - Marché intérieur, consommateurs, concurrence, aides d'État et armement
SNCF	Société nationale des chemins de fer
SNDD	Stratégie nationale de Développement durable
TUE	Traité sur l'Union européenne
ZUS	Zone urbaine sensible

8. Extrait relatif aux clauses sociales de la Lettre de l'Observatoire économique de l'achat public (OEAP) n° 27 de février 2013

- Des clauses spécifiques toujours modestes mais aussi toujours en progrès

Les clauses spécifiques continuent de progresser globalement dans les marchés publics, mais restent pour la plupart en deçà du seuil de 10 % (tableau 7).

Tableau 7 L'évolution des clauses spécifiques dans les marchés publics (*).

MARCHES DE 90 000 € ET PLUS	2009		2010		2011	
	Nombre	en %	Nombre	en %	Nombre	en %
Marchés avec sous traitants	937	1,3%	937	1,5%	1 994	2,6%
Marchés avec co-traitants	3 094	4,2%	3 187	5,2%	3 194	4,1%
Marchés avec clauses sociales	1 409	1,9%	1 552	2,5%	3 194	4,1%
Marchés avec clauses environnementales	1 859	2,6%	3 125	5,1%	4 132	5,3%
Marchés à prix révisibles	34 243	47,0%	30 786	50,1%	38 179	49,2%
Au moins une proposition dématérialisée (sans correction)	3 292	4,5%	5 169	8,4%	8 707	11,2%
Au moins une proposition dématérialisée (après correction)	1 545	2,1%	3 074	5,0%	5 321	6,9%
Total des marchés supérieurs à 90 000 €	72 823		61 470		77 595	

Source : Recensement de l'OEAP 2011.

(*) **Note de lecture :** L'importance de l'indicateur « nombre de propositions dématérialisées » et l'inadaptation de la fiche de recensement pour le suivre conduisent à redresser cet indicateur brut car dans les marchés à lots cet indicateur n'est pas distingué par lot mais globalement pour l'ensemble des lots, et répétés à l'identique sur chacune des fiches correspondant à un lot dudit marché. Il est donc nécessaire de le dé-doublonner.

- Le rôle des collectivités territoriales dans la promotion des clauses sociales

Les clauses sociales, quoiqu'en hausse, sont assez peu répandues dans l'exécution des marchés publics, elles avoisinent 4 % des marchés publics supérieurs ou égaux à 90 000 € pour 4,5 % de leur montant. Les montants moyens des marchés sans clause sociale (respectivement 1,1 mns € pour les marchés ≥ 90 000 euros) et ceux avec clause sociale (respectivement 1,2 mns €) sont très proches. En-dessous du seuil de 90 000 € les marchés avec clause sont relativement aussi nombreux que ceux sans clause (tableau 8).

tableau 8 Répartition des marchés avec clause sociale autour du seuil obligatoire de recensement

Indicateur	présence clause sociale	seuil		Tout
		Inf.90 mls.€	Sup.90 mls.€	
% Nombre	non	42,6	57,4	100
	oui	39,2	60,9	100
% Montant	non	1,6	98,5	100
	oui	1,1	98,9	100

Source : Recensement de l'OEAP 2011.

Pour autant, il y a des différences significatives entre la structure des marchés à clause sociale et celle des marchés sans clause sociale²¹. Les marchés à clause sociale sont davantage concentrés dans les travaux (57,9 %), avec 20,9 points de plus que dans les marchés hors clause sociale. Et du côté des acheteurs (tableau 9), les collectivités territoriales passent d'avantage de marchés à clause sociale que l'État (+ 24,8 points).

²¹ Cette conclusion est étayée par le test du Khi 2 qui montre une différence significative au seuil de 1 ‰ entre la distribution théorique des marchés sans clause sociale et celle des marchés avec clause sociale que ce soit à partir des effectifs initiaux ou en normalisant ces derniers, par ailleurs le V de Cramer atteint la valeur de 0,92.

Tableau 9 La structure des marchés à clauses sociales et ses écarts avec les marchés sans clause sociale (*).

	Coll.Terr.	Etat	Ensemble
Fournitures ($F_{cl.soc}$)	8,9%	4,5%	13,3%
<i>écart $F_{cl.soc} - F_{sans}$</i>	<i>-8,6 pts</i>	<i>-7,2 pts</i>	<i>-15,8 pts</i>
Services ($S_{cl.soc}$)	18,8%	10,0%	28,8%
<i>écart $S_{cl.soc} - S_{sans}$</i>	<i>5,1 pts</i>	<i>-10,2 pts</i>	<i>-5,1 pts</i>
Travaux ($T_{cl.soc}$)	54,0%	3,8%	57,9%
<i>écart $T_{cl.soc} - T_{sans}$</i>	<i>28,3 pts</i>	<i>-7,4 pts</i>	<i>20,9 pts</i>
Ensemble	81,7%	18,3%	100,0%
<i>écart $cl.soc - sans$</i>	<i>24,8 pts</i>	<i>-24,8 pts</i>	

Source : Recensement de l'OEAP 2011.

(*) Note de lecture : $F_{cl.soc}$ est la proportion de marchés parmi ceux à clause sociale qui sont consacrés à l'achat de Fournitures. Ainsi, 13,3% des marchés supportant une clause sociale portent sur des achats de fournitures, en particulier 8,9 % de ces marchés sont passés par des collectivités territoriales ou assimilées. En comparaison, la part des achats de fournitures dans les marchés sans clauses sociales est 15,8 points supérieure à ce qu'on observe pour les marchés à clause sociale.

Ces différences conduisent à des proportions de marchés à clause sociale très différentes entre collectivités territoriales et État respectivement : 5,5 % et 1,7 %, soit des écarts sensibles par rapport à la moyenne de 3,9 %, respectivement + 1,6 point et – 2,2 points (tableau 10).

Tableau 10 Le poids des marchés à clause sociale dans l'ensemble des marchés.

	Coll. Terr.	Etat	Ensemble
Fournitures	2,0%	1,5%	1,8%
Services	5,3%	2,0%	3,3%
Travaux	7,8%	1,4%	6,0%
Ensemble	5,5%	1,7%	3,9%

Source : Recensement de l'OEAP 2011.

L'écart au bénéfice des collectivités territoriales s'explique peu par leur structure d'achat qui est plus orientée vers les travaux que celle de l'État. En effet, s'ils avaient la même structure d'achat, alors l'écart entre les deux types d'acheteur pour le recours aux clauses se réduirait à peine²². Le principal facteur explicatif quant aux différences de recours entre les deux acheteurs repose sur la plus grande propension²³ des collectivités territoriales, quel que soit l'achat, à mettre en œuvre des clauses sociales²⁴.

➤ Des clauses sociales présentes dans les différentes catégories d'acheteurs

Le nombre d'acheteurs distincts activant des clauses sociales en 2011 dans le recensement s'élève à 642, sur environ 5 560 ayant déclaré avoir un marché en 2011. Ce qui signifie que les clauses sociales sont plus diffuses parmi les acheteurs que parmi les marchés. Ce sont donc des outils connus, et leur utilisation n'est pas cantonnée à [quelques acheteurs singuliers \(tableau 11\)](#).

²² Celui des collectivités passerait à + 1,4 point et celui de l'État à – 2,3 points.

²³ Sans ces différences, alors même avec une structure d'achat très différente, les écarts par rapport à la moyenne se réduiraient à + 0,2 point pour les collectivités territoriales et à – 0,3 % point pour l'État.

²⁴ La présence de gros opérateurs dans le giron de l'État « ne déclarant aucune clause » explique une petite partie de la plus faible propension de l'État à recourir aux clauses sociales ; sans eux, le taux de marché à clause sociale de l'État passerait de 1,7 % à 2,5 %.

Tableau 11 Le poids des marchés à clause sociale dans l'ensemble des marchés.

Entités	Catégories	Nombre d'acheteurs	Nombre marchés	Montant des marchés (€ HT)	Montant moyen des marchés	Achat moyen d'un acheteur
Collectivités territoriales et assimilées	1-Exécutifs pol.	176	1 028	834 388 313	811 662	4 740 843
	2-SEM-HLM-GIP	105	1 354	807 017 764	596 025	7 685 883
	3-Hopitaux-Méd-Sécu.soc	215	1 600	380 564 433	237 853	1 770 067
	4-Divers	17	306	174 246 335	569 432	10 249 784
	sous-total	513	4 288	2 196 216 845	512 177	4 281 124
Etat et assimilés	1-Adm. centrale et Serv.-déconc.	72	596	1 207 522 153	2 026 044	16 771 141
	2-Etab. Pub. et autorité indép.	46	329	546 438 962	1 660 909	11 879 108
	3-Divers	11	36	13 960 795	387 800	1 269 163
	sous-total	129	961	1 767 921 910	1 839 669	13 704 821
ENSEMBLE		642	5 249	3 964 138 755	755 218	6 174 671

Source : Recensement de l'OEAP 2011.

Alors qu'en nombre de marchés, ce sont clairement ceux des collectivités territoriales qui portent les clauses sociales, en nombre d'acheteurs, les entités relevant de l'État sont aussi représentées que celles des collectivités territoriales ; 129 / 513 entités dans les marchés à clause versus 1 028 / 4 288 pour l'ensemble des marchés. Ainsi, si les entités assimilées à l'État développent moins les clauses sociales dans l'ensemble de leurs contrats que les collectivités territoriales, il n'y a toutefois (relativement) pas moins d'entités distinctes côté État que côté collectivités territoriales, à en imposer. Cependant, en termes de montant, l'avantage est toujours à la faveur des collectivités territoriales, à la différence du montant général des marchés.

➤ Les fournisseurs qui supportent des clauses sociales

S'agissant du profil des fournisseurs supportant la mise en œuvre de clauses sociales, il n'y a pour ainsi dire pas de différence avec ceux n'en supportant pas. Ceci est vrai en termes de taille d'entreprises, où les écarts entre les répartitions de marchés avec ou sans clause par taille de fournisseur sont modestes (entre 1 à 5 points), voire peu significatif eu égard aux petits effectifs (tableau 12).

Tableau 12 Répartition des contrats selon la taille économique du fournisseur²⁵

	Répartition des contrats: Nombre et Montant (*)					
	Nombre		Nombre (%)		Montant (%)	
	clause sociale		clause sociale		clause sociale	
	non	oui	non	oui	non	oui
Grandes entreprises	29 276	1 151	23,0	22,1	44,8	45,9
Entreprises de taille intermédiaire	22 908	773	18,0	14,9	21,3	25,4
PME	54 922	2 504	43,1	48,1	25,0	25,4
Micro-entreprise (**)	20 378	775	16,0	14,9	8,8	3,3
Tout	127 484	5 203	100,0	100,0	100,0	100,0

Source : Recensement de l'OEAP 2011.

(*): Hors contrat où le titulaire est localisé dans le Reste du Monde.

(**): Au sens de la Direction des statistiques d'entreprises de l'Insee et non au sens fiscal (par exemple : micro-Bic), ni au sens juridique de l'auto-entrepreneur.

²⁵ Les catégories d'entreprises utilisées ici sont issues du référentiel élaboré par l'Insee. Ce référentiel est celui des années 2009 et 2010, la DAJ n'ayant pas pu disposer d'une version 2011, ni l'élaborer elle-même son bureau « Économie, Statistique et Techniques de l'Achat Public » étant hors du périmètre des Services Statistiques Ministériels (SSM), il n'a pas accès aux statistiques d'entreprises élaborées par la direction de l'Insee du Ministère de l'Économie. Pour les fournisseurs non connus en 2009 et 2010, l'OEAP a heureusement pu recourir aux données commerciales Diane, et mis en œuvre les mêmes critères Insee. Pour la partie résiduelle des entités inconnues de Diane (entreprises non constituées en société ou n'ayant volontairement pas déposé leurs comptes auprès du greffe du tribunal du commerce), l'OEAP les a affectées de manière aléatoire à l'une des catégories en fonction du poids observé de ces dernières.

De la même façon, il n'y a pas de concentration des contrats à clause sociale autour de quelques titulaires « spécialisés » : parmi les contrats avec clauses sociales, on compte 3,3 contrats par titulaire comme pour les contrats sans clause sociale. Les titulaires étrangers supportent des clauses sociales dans une proportion plus faible que celle des titulaires résidents (2,1 % contre 3,9 %). Cependant, il faut tenir compte de la faiblesse des effectifs et donc de la faible significativité de l'écart, mais surtout de la spécificité des marchés de travaux, plus enclins aux clauses sociales et où, pour des raisons techniques liées à la nature de la prestation, les titulaires étrangers sont moins présents.

S'agissant du classement selon l'activité économique des fournisseurs, les marchés à clause sociale ne se répartissent pas inégalement entre les différents secteurs d'activité ; tout au plus observe-t-on logiquement une proportion plus grande au bénéfice des entreprises du secteur de la construction (55 % contre 38 %), et de celles des services administratifs et de soutien (12,8 % contre 5,5 %) ; elles sont moins représentées chez les entreprises manufacturières ou du commerce, ou encore très logiquement dans les domaines scientifiques et techniques.

Au terme de ces comparaisons, les marchés portant des clauses sociales n'apparaissent pas spécialement singuliers ou différents des marchés sans clause sociale. En ce sens, les clauses sociales ne semblent pas devoir être confinées à une certaine catégorie de marchés, et l'on devrait continuer à assister à leur diffusion, même lente.

➤ L'utilisation de clauses sociales favorise-t-elle les fournisseurs locaux ?

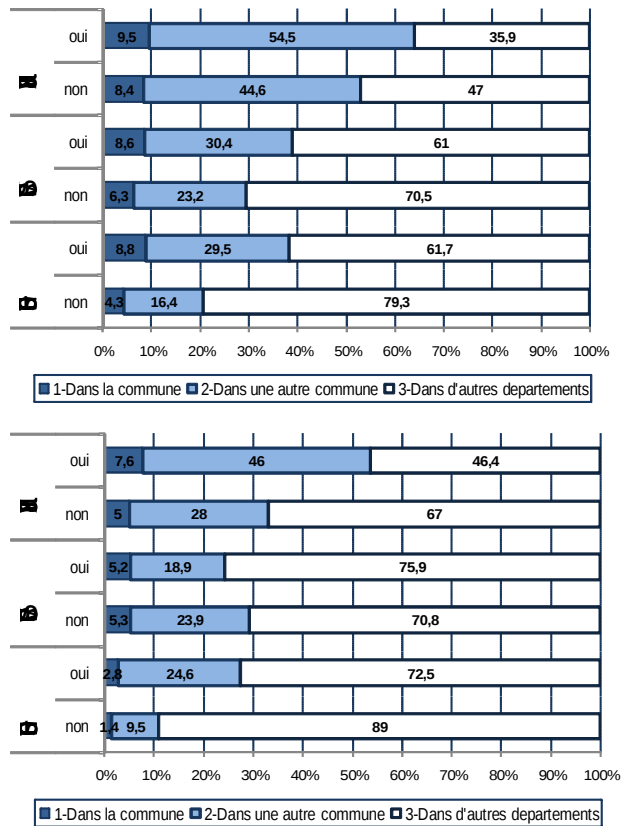
Parmi les rares situations où la jurisprudence européenne²⁶ admet la possibilité de favoriser une entreprise locale, figure la mise en œuvre de clause sociale sous certaines conditions. En conséquence, les marchés à clause sociale sont-ils plus locaux, à objet et acheteur donnés, que les autres marchés publics ?

Sans doute, la distinction ici de l'objet en trois catégories (fournitures, services, travaux) est insuffisante pour neutraliser les effets de la proximité entièrement imputables à l'objet de l'achat plutôt qu'à une préférence locale. Cependant avec un zonage administratif, il semble, à première vue, que les marchés à clause sociale sont davantage locaux en termes de contrats ou de montants (figure 1), principalement pour les fournitures et les travaux.

Seuls les services occupent une position ambivalente, selon que l'on considère les contrats ou les montants. Cette position des services est en fait le résultat des achats de services de l'État, où ce sont les achats auprès de fournisseurs « lointains » qui sont davantage marqués par les clauses sociales (en montants).

²⁶ Jurisprudence dite « Beentjes » de la Cour de justice des Communautés européennes, validant le principe de critères locaux dans la formulation d'objectifs sociaux du marché.

Figure 1 Structure de l'achat public selon la localisation sur le territoire domestique (*) du fournisseur.



Source : Recensement de l'OEAP 2011.

(*) : La faiblesse des effectifs concernant des titulaires étrangers ne permet pas des les inclure dans l'analyse.

Cependant, comme souvent en matière de géographie économique, un zonage administratif peut ne rendre compte que très incomplètement des effets de la proximité²⁷, et la mesure de ceux-ci en termes de distance (ici kilométrique) entre l'acheteur et le fournisseur peut se révéler plus appropriée. Les conclusions précédentes doivent alors être nuancées (tableau 13).

Tableau 13 Distance (*) entre acheteur et fournisseur sur le territoire domestique.

Distance entre l'acheteur et le fournisseur selon l'objet du marché		Distance orthodromique (*) en Kilomètres							
		1 ^{er} quartile		médiane		3 ^{ème} quartile		moyenne	
		clause sociale		clause sociale		clause sociale		clause sociale	
		non	oui	non	oui	non	oui	non	oui
Coll. Territoriales	Fournitures	28	8	173	50	386	283	228	156
	Services	8	6	42	29	201	157	140	121
	Travaux	7	6	22	19	54	54	60	57
	Ensemble	10	6	38	22	185	70	130	82
Etat	Fournitures	16	19	144	42	381	313	206	181
	Services	6	6	20	27	322	341	163	174
	Travaux	15	6	99	26	345	94	189	111
	Ensemble	8	7	59	28	345	282	181	158

²⁷ L'échelle même du département peut être trop petite pour apprécier une préférence locale, et celle de la commune sans pertinence pour apprécier le tissu économique local. Du reste l'une comme l'autre sont sujettes aux effets de bord ou aux configurations spécifiquement multipolaires de chaque département etc.

Source : Recensement de l'OEAP 2011.

(*) : Distance à vol d'oiseau calculée à partir des coordonnées géographiques des communes d'implantation respectives de l'établissement acheteur et de l'établissement du fournisseur déclarés dans la fiche de recensement²⁸. La commune d'implantation est connue grâce au SIRET déclaré dans la fiche de recensement pour l'acheteur et pour le titulaire principal.

La prégnance des clauses sociales dans les marchés où fournisseur et acheteur sont proches géographiquement s'observe bien pour les fournitures des collectivités territoriales, pour au moins trois quarts de ces contrats (cf. jusqu'au 3^{ème} quartile du tableau 13). Pour les services, l'écart semble plus ténu ; pour leurs travaux, l'impératif de proximité « s'impose » aux collectivités territoriales, clause sociale ou non. Autrement dit, dans le domaine privilégié, pour les collectivités territoriales, des travaux, les clauses sociales sont sans effet sur la proximité acheteur/fournisseur.

Pour l'État, on observe aussi pour les fournitures, une plus grande proximité dans les marchés à clause sociale que dans les marchés sans clause. Mais, la situation des services confirme l'indétermination observée sur la relation clause sociale/proximité ; ici ce sont les marchés à prestataire lointain qui portent davantage les clauses. Quant aux travaux de l'État, ceux à clause sociale sont clairement plus locaux.

La recherche infructueuse de relations statistiques significatives entre clause sociale et distance acheteur/fournisseur corrobore les indéterminations du tableau précédent, à savoir une relation assez claire s'agissant des fournitures pour l'État et les collectivités territoriales, mais l'absence de relation claire pour tous les autres²⁹.

Aujourd'hui, les petits effectifs des marchés à clauses ne permettent pas de désagréger plus finement l'objet du marché afin de mieux isoler l'effet « caractéristiques techniques du marché » de l'effet « proximité ». La poursuite des améliorations dans la collecte du recensement permettra d'affiner et de consolider ces résultats.

²⁸ L'établissement acheteur ou fournisseur n'est pas toujours connu avec précision, soit par le déclarant, soit par l'agent de l'OEAP complétant une déclaration imprécise. C'est alors la localisation du siège de l'unité légale qui est retenue, dans une écrasante majorité des cas, il s'agit d'une approximation de la donnée qui aurait été déclarée car la plupart des entreprises sont mono-établissements d'une part, et aussi parce que c'est l'unité siège personne morale pour les sociétés qui peut être désignée par le déclarant plutôt que l'établissement secondaire prestataire lorsqu'il existe distinctement.

²⁹ L'outil statistique privilégié pour mesurer l'influence d'une variable nominale (ici clause sociale oui/non) sur une variable numérique (ici la distance acheteur/fournisseur) est l'analyse de la variance (anova). Malheureusement, les conditions théoriques (normalité et homogénéité des variances) pour l'utiliser ne sont pas réunies ici, en raison d'une forte hétérogénéité des données (aplatissement, données extrêmes nombreuses) et d'un déséquilibre important de la répartition du nombre des contrats avec versus sans clause ; aucun remède habituel n'est parvenu à corriger ces limites pour utiliser cette méthode. Par conséquent, des techniques non paramétriques ont été mobilisées avec des rééchantillonnages naïfs de sous-populations ainsi que les méthodes de régression logistique ordonnée dans une démarche surtout exploratoire car les unes comme les autres se sont révélées infructueuses pour établir un lien significatif entre clause sociale et distance. Plus exactement, lorsqu'on trouve dans certaines configurations un lien, c'est dans des modèles très peu explicatifs globalement, qui doivent alors inciter au « conservatisme » dans la prise de décision statistique.

**Ministère de l'Écologie,
du Développement durable
et de l'Énergie**

**Conseil général de
l'Environnement
et du Développement durable**

7^e section – secrétariat général

bureau Rapports et
Documentation

Tour Pascal B - 92055 La
Défense cedex
Tél. (33) 01 40 81 68 73

