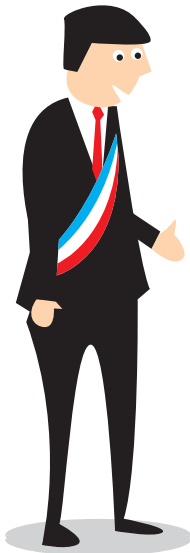


5

Marchés publics & ESS

Actualisation suite à la réforme de la commande publique du 1er avril 2016

> Points de RepèrESS



La commande publique constitue un enjeu essentiel de mieux en mieux reconnu pour le développement d'une économie plus solidaire. Le Plan National pour l'Achat Public Durable 2015-2020 affiche des objectifs ambitieux : atteindre, en 2020, 25% de marchés comprenant au moins une disposition sociale et 30% de marchés dotés d'au moins une mesure environnementale¹.

Le paysage juridique est aujourd'hui favorable, avec l'entrée en vigueur de la réforme de la commande publique le 1er avril 2016. Elle a pour objectifs de simplifier et de sécuriser le droit de la commande publique, d'ouvrir davantage la commande publique aux PME et de favoriser ses bénéficiaires sociaux et environnementaux. Les textes de référence s'appliquant désormais aux marchés publics, aux délégations de service public, aux concessions et aux partenariats public-privé sont :

- l'ordonnance n°2015-899 du 23 juillet 2015.
- le décret n°2016-360 publié le 27 mars 2016.

Qui transposent les directives 2014/24/UE et 2014/25/UE relatives aux marchés publics.

La Direction des Affaires Juridiques assure le suivi de cette réglementation notamment sous forme de fiches conseils à destination des acheteurs publics auxquelles on pourra utilement se référer.

Ce Points de RepèrESS synthétise pour les collectivités locales les principaux apports de ce nouveau cadre juridique pour les marchés publics. Il complète le Points de Repères n°4 consacré aux différents modes de contractualisation entre collectivités et acteurs de l'ESS.

¹ En 2016, seuls 13,4 % des marchés d'un montant supérieur à 90 000 € HT comportaient une clause environnementale et 8,6 % une clause sociale ([recensement des achats publics de l'OECP](#) publié en mars 2018).

Ce Point de RepèrESS est appelé à être révisé de manière régulière et sera complété par des exemples pratiques.



Réseau des collectivités Territoriales pour une Économie Solidaire

Avec le soutien de l'Observatoire
des Achats responsables
(ObsAR)



Août 2018

Synthèse des principales dispositions pour des marchés responsables et accessibles aux entreprises de l'ESS :

(dans l'ordonnance du 23 juillet 2015 et le décret du 25 mars 2016)

1 L'intégration d'exigences sociales et environnementales

- ▶ Les conditions d'exécution (art.38 de l'ord.) et les critères d'attribution (art.62 du décret)
- ▶ L'utilisation des labels (art.10 du décret)
- ▶ La notion de « cycle de vie » (art.63 du décret)

2 L'extension des marchés réservés

- ▶ Entreprises qui emploient des travailleurs handicapés ou défavorisés (art.36 de l'ord.)
- ▶ Entreprises de l'ESS (art.37 de l'ord.)

3 La simplification des procédures et l'accès facilité aux TPE / PME

- ▶ Obligation d'allotissement et généralisation de la dématérialisation
- ▶ Exigences réduites
- ▶ Dispense de procédures pour les marchés inférieurs à 25 000 euros

Commande publique :
320 milliards d'euros soit
10% du PIB par an en France



1 L'intégration d'exigences sociales et environnementales

- ▶ Les conditions d'exécution (art.38 de l'ordonnance) et les critères d'attribution (art.62 du décret)

La possibilité de mise en œuvre de clauses sociales ou environnementales dans les marchés publics est peu à peu entrée dans les pratiques des acheteurs publics, même si leur utilisation est encore minoritaire. La directive apporte 2 avancées principales :

- la possibilité d'introduire des considérations sociales dans l'objet même du marché (comme c'était déjà le cas des considérations environnementales depuis la directive 2004). Le décret prévoit **l'adjonction**, à côté des caractéristiques environnementales, des **"caractéristiques sociales"** aux spécifications techniques rédigées en termes de performance ou d'exigences fonctionnelles dans l'objet du marché (art. 6 §2).

L'article 38 §1 de l'ordonnance indique que **la clause sociale d'insertion peut être une condition d'exécution :**

« Les conditions d'exécution d'un marché public peuvent prendre en compte des considérations relatives à l'économie, à l'innovation, à l'environnement, au domaine social ou à l'emploi, à condition qu'elles soient liées à l'objet du marché public ».

- le décret (art. 62) intègre, dans les **critères d'attribution**, "la diversité" et "la garantie de la rémunération équitable des producteurs" dans un paragraphe où on retrouve la plupart des éléments RSE, dont **"les performances en matière d'insertion professionnelle des publics en difficulté..."**.

On peut donc faire une clause d'insertion « qualitative »... (comme on savait le faire en reliant les anciens articles 14 et 53-1 du CMP).

« Peut se fonder sur une pluralité de critères non-discriminatoires et liés à l'objet du marché public ou à ses conditions d'exécution au sens de [l'article 38 de l'ordonnance du 23 juillet 2015 susvisée](#), parmi lesquels figure le critère du prix ou du coût et un ou plusieurs autres critères comprenant des aspects qualitatifs, environnementaux ou sociaux. Il peut s'agir, par exemple, ... des conditions de production et de commercialisation, la garantie de la rémunération équitable des producteurs, le caractère innovant, les performances en matière de protection de l'environnement, de développement des approvisionnements directs de produits de l'agriculture, d'insertion professionnelle des publics en difficulté, la biodiversité, le bien-être animal ».

► L'utilisation des labels (art. 10 du décret)

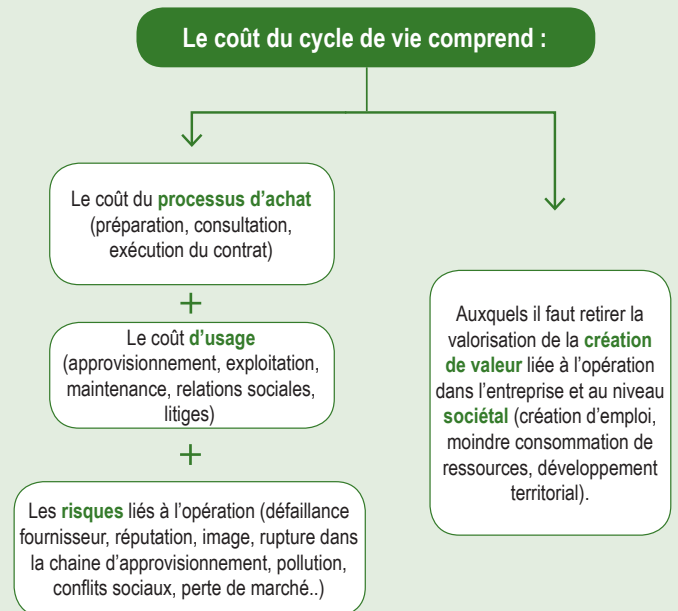
Le **label** peut être exigé par l'acheteur à tous les stades du marché, des spécifications techniques, aux critères d'attribution ou aux conditions d'exécution, en tant que moyen permettant de prouver que la prestation correspond aux caractéristiques requises (article 10 du décret).

Un travail de repérage des labels de l'ESS qui correspondraient aux conditions de l'article 10 du décret est en cours au sein du Conseil supérieur de l'Economie sociale et solidaire. Parmi ces conditions, on retrouve notamment : critères objectivement vérifiables et non-discriminatoires ; label établi par une procédure ouverte et transparente ; label et spécifications détaillées accessibles à toute personne intéressée ; exigences en matière de label fixées par un tiers sur lequel l'opérateur économique qui demande l'obtention du label ne peut exercer d'influence décisive.

► La notion de coût du « cycle de vie » (art. 63 du décret)

Le prix d'achat n'est plus un critère unique possible pour le choix de la meilleure offre. Il faut désormais utiliser le coût sur l'ensemble du cycle de vie du produit, du service ou des travaux - objet de l'achat, comme introduit comme critère de sélection dans les articles 67 et 68 de la directive européenne 2014/24/UE. Cette exigence du coût de cycle de vie dans les critères d'attribution du marché constitue une étape décisive dans l'objectif d'achat public durable. La méthode utilisée devra reposer sur des critères vérifiables et non discriminatoires.

L'approche cycle de vie (ACV) est une méthode d'identification et de quantification des impacts environnementaux des produits, ouvrages ou services sur l'ensemble des étapes de leur cycle de vie (de l'extraction des matières premières nécessaires à leur fabrication jusqu'à leur élimination en fin de vie, en passant par toutes les étapes intermédiaires). Cette méthode ACV fait l'objet d'une standardisation internationale par les normes ISO14040 et 14044.



2 L'extension des marchés réservés

► Entreprises qui emploient des travailleurs handicapés ou défavorisés (art.36 de l'ord.)

L'article 36 de l'ordonnance prévoit la possibilité de marchés (ou lots) réservés au secteur adapté et protégé employant des **personnes en situation de handicap** (Article 36, paragraphe 1), mais aussi aux **structures d'insertion par l'activité économique** (Article 36, paragraphe 2) sous réserve que ces structures emploient un quota minimum de 50% de travailleurs handicapés ou en difficulté.

Le choix d'une procédure de marchés réservés doit concerner des structures du secteur adapté ou protégé ou des structures de l'insertion par l'activité économique. Ce choix doit être fait en fonction des besoins de l'acheteur public et de l'existence sur son territoire d'une entreprise en capacité d'y répondre. L'une ou l'autre des procédures de marchés réservés sera utilisée.

► Entreprises de l'ESS (art.37 de l'ord.)

Les marchés (ou lots) réservés aux entreprises de l'ESS sont très encadrés dans le cadre de l'article 37 §1 et 2 de l'ordonnance :

- ils sont réservés à certaines activités (services santé, sociaux ou culturels).
- l'entreprise de l'ESS ne doit pas avoir conclu de marché public avec le même pouvoir adjudicateur depuis au moins 3 ans.
- la durée du marché public réservé ne peut être supérieure à 3 ans.

Dans ces conditions, les marchés publics peuvent servir de marchés d'amorçage (lancement structure ou activité) ou d'un outil de changement d'échelle.

3 La simplification des procédures et l'accès facilité aux TPE / PME

► Obligation d'allotissement et généralisation de la dématérialisation

L'ordonnance du 23 juillet 2015 et son décret d'application réaffirment et étendent le principe de l'allotissement à l'ensemble des acheteurs. Tous les marchés publics, sauf exceptions précisées dans l'ordonnance, doivent être passés en lots séparés lorsque leur objet permet l'identification de prestations distinctes.

► Exigences réduites

Aux côtés de l'obligation d'allotir et de généraliser la dématérialisation, les principales avancées portent sur l'exigence de chiffre d'affaires qui ne peut plus dépasser deux fois la valeur estimée du marché ou du lot (art 44) ; les exigences de capacité doivent être proportionnées à l'objet du marché public ; il est, de plus, interdit d'écarter un candidat au seul motif qu'il n'aurait pas de références.

► Dispense de procédures pour les marchés inférieurs à 25 000 euros

Le décret n°2016-360 du 25 mars 2016 relatif aux marchés publics fixe à 25 K€ HT le seuil de dispense de procédure. Pour les achats d'un montant inférieur à 25 K€ HT, les acheteurs peuvent ainsi passer un marché public négocié sans publicité ni mise en concurrence préalables.

Zoom sur les Marchés à Procédure Adaptée (MAPA)

Le recours aux **Marchés à Procédure Adaptée (MAPA)** est possible dans 2 cas :

- Les MAPA **en raison de leur montant** : Les marchés publics dont les montants sont inférieurs aux seuils européens (209 K€ HT pour les marchés publics de fournitures ou de services des collectivités, 5225 K€ HT pour les marchés publics de travaux).

Les «petits lots» d'un marché formalisé : Peuvent être passés selon la procédure adaptée, les lots inférieurs à 80 K€ HT pour les marchés publics de fournitures ou de services et à 1 million d'€ HT dans le cas des marchés publics de travaux, à la condition que le montant cumulé des lots n'excède pas 20 % de la valeur de la totalité des lots (article 22).

- Les MAPA **en raison de leur objet** : les marchés de services sociaux (art 28 du décret). L'avis JORF n° 0074 du 27 mars 2016 définit les services sociaux et autres services spécifiques qui relèvent de ce MAPA.

Les 3 avantages du MAPA :

- une lettre de commande est suffisante pour des MAPA dont la valeur estimée est égale ou inférieure à 25 K€ HT. La rédaction d'un cahier des charges est facultative mais recommandée.
- la publicité pour les marchés dont la valeur est estimée à moins de 25 K€ n'est pas requise ; entre 25 K€ et le seuil européen applicable aux marchés publics, les modalités de publicité sont adaptées ; il est, par exemple, inutile de publier un avis d'appel à concurrence. Les acheteurs publics disposent ainsi de larges marges de manœuvre pour assurer la mise en concurrence. Entre 25 K€ et 90 K€, les modalités de publicité dépendent du montant, des caractéristiques et du secteur économique concerné.
- la procédure adaptée permet une mise en œuvre plus souple des critères de sélection des offres. L'acheteur n'est pas, par exemple, tenu de rendre publique sa méthode de notation. La pondération des critères de choix obligatoire en procédure formalisée ne l'est pas en procédure adaptée.

Autres leviers pour des marchés responsables :

► Le rôle des réseaux d'acteurs de l'IAE, du handicap et de l'ESS

Animation de plate-forme d'achats responsables permettant d'identifier des fournisseurs, accompagnement de structures pour leur permettre de répondre aux marchés publics, par exemple au sein de groupement momentané d'entreprise (GME), organisation de salons professionnels ou de salons inversés, le rôle des réseaux est important pour permettre aux acteurs de l'ESS d'accéder à la commande publique et aux acheteurs de mieux connaître les structures de leur territoire.

► Le sourcing

En amont de la passation d'un marché public, l'acheteur peut réaliser des consultations, solliciter des avis, faire réaliser des études de marché ou informer les opérateurs économiques du projet de marché (article 4 du décret n°2016-360 du 25 mars 2016).

Parmi les procédures formalisées de principe, figure à présent la procédure concurrentielle avec négociation. Elle permet sous conditions (ex : quand le besoin consiste en une solution innovante qui n'existe pas sur le marché), au pouvoir adjudicateur de négocier les conditions du marché.

► Le schéma de promotion des achats publics socialement et écologiquement responsables

Ce schéma est obligatoire depuis la loi sur l'ESS de 2014, pour les collectivités locales dont le montant des achats publics est supérieur à 100 millions d'euros HT par an (environ 200 collectivités concernées). Pour les adhérents au RTES, retrouvez quelques exemples de schémas adoptés sur l'espace adhérent du site internet www.rtes.fr.

► Le rôle des facilitateurs

443 facilitateurs apportent leur contribution pour :

- aider au bon calibrage de la clause d'insertion,
- mettre en relation les entreprises et les structures d'insertion par l'activité économique,
- repérer et proposer des personnes en parcours d'insertion,
- suivre sur le terrain la bonne exécution de la clause,
- en évaluer l'impact.

En 2017, 13 millions d'heures d'insertion ont ainsi pu être réalisées par les 180 structures qui ont participé au travail de recensement de l'Alliance Villes emploi (AVE).