

Marchés publics & ESS

Actualisation suite à la réforme de la commande publique du 1er avril 2019

> Points de RepèreESS

La commande publique constitue un enjeu essentiel de mieux en mieux reconnu pour le développement d'une économie plus solidaire. Le Plan national pour des achats durables (PNAD) 2022-2025, affiche des objectifs ambitieux : atteindre, d'ici 2025, 100% des contrats de la commande publique notifiés avec au moins une considération environnementale et 30% avec une considération sociale¹.

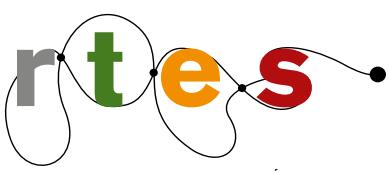


Le paysage juridique est aujourd’hui favorable, avec la réforme de la commande publique engagée en avril 2016 et arrivée à son terme avec l’entrée en vigueur du code de la commande publique le 1er avril 2019.

Cette réforme visait notamment la transposition des directives européennes 2014/24/UE et 2014/25/UE - transposées dans un premier temps via l'ordonnance de 2015 et le décret de 2016 - qui ont 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 bénéfices sociaux et environnementaux.

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



Avec le soutien de



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 *Points de Repère* est appelé à être révisé de manière régulière et sera complété par des exemples pratiques.

Synthèse des principales dispositions pour des marchés responsables et accessibles aux entreprises de l'ESS : (dans le code de la commande publique d'avril 2019)

1 L'intégration d'exigences sociales et environnementales

- Les conditions d'exécution (art. L2112-2) et les critères d'attribution (art. R2152-6 à R2152-8)
- L'utilisation des labels (art. R2111-12 à R2111-17)
- La notion de « cycle de vie » (art. R2152-9 à R2152-10)

2 Les marchés réservés

- Réservation de marchés aux opérateurs économiques qui emploient des travailleurs handicapés ou défavorisés (art. L2113-12 à L2113-14)
- Réservation de marchés aux Entreprises de l'ESS (art. L2113-15 à L2113-16).

3 Les achats innovants

- Le partenariat d'innovation (art. L2172-3)
- Les achats innovants (art. R. 2122-9-1)

4 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 dont la valeur estimée est inférieure à 40 000 euros

1 L'intégration d'exigences sociales et environnementales

- Les conditions d'exécution (art. L2112-2) et les critères d'attribution (art. R2152-6 à R2152-8)

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 réforme 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 code 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. R2111- 10).

Les articles L2112 2 et L2112 2-1 (modifications apportées par la loi Climat et Résilience) indiquent que les **conditions d'exécution doivent prendre en compte des considérations environnementales et sociales** :

« *Les conditions d'exécution prennent en compte des considérations relatives à l'environnement. Elles peuvent également prendre en compte des considérations relatives à l'économie, à l'innovation, au domaine social, à l'emploi ou à la lutte contre les discriminations.* »

« *L'acheteur prévoit des conditions d'exécution prenant en compte des considérations relatives au domaine social ou à l'emploi, notamment en faveur des personnes défavorisées, dans ses marchés dont la valeur estimée est égale ou supérieure aux seuils européens.* »

- Les articles R2152- 6 à R2152- 8 intègrent 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).

« *l'acheteur se fonde* :

1° Soit sur un critère unique qui peut être :

a) *Le prix [...]*,

b) *Le coût, déterminé selon une approche globale qui peut être fondée sur le coût du cycle de vie défini à l'article R. 2152-9 ;*

2° Soit sur une pluralité de critères non-discriminatoires et liés à l'objet du marché ou à ses conditions d'exécution, 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 des critères suivants :
a) *La qualité, y compris la valeur technique et les caractéristiques esthétiques ou fonctionnelles, l'accessibilité, l'apprentissage, la diversité, les 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* »

Au moins un de ces critères prend en compte les caractéristiques environnementales de l'offre.

A noter également que l'article 58 de la loi AGEC prévoit, à compter du 1er janvier 2021, que les biens acquis annuellement par les services de l'Etat ainsi que par les collectivités territoriales et leurs groupements sont issus du réemploi ou de la réutilisation ou intègrent des matières recyclées dans des proportions de 20 % à 100 % selon le type de produit.

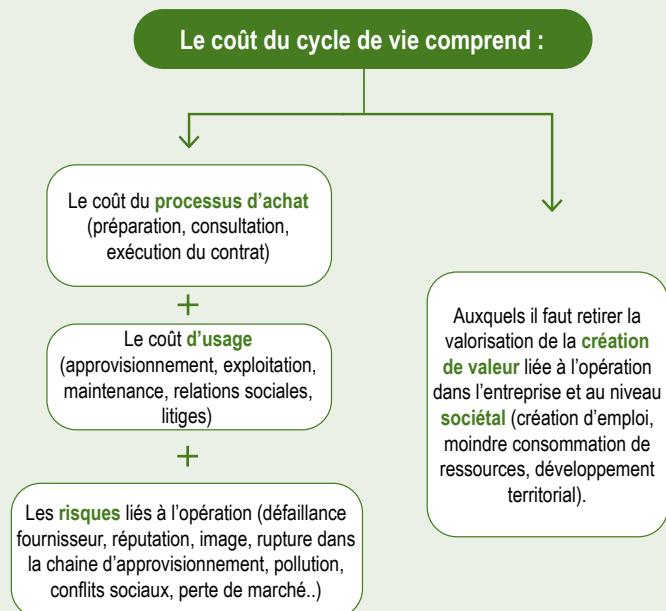
► L'utilisation des labels (art. R2111-12 à R2111-17)

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. Un travail de repérage des labels de l'ESS est en cours. Parmi ces conditions, on retrouve notamment : critères objectivement vérifiables et non discriminatoires ; label établi par une procédure ouverte et transparente ; 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. R2152- 9 à R2152- 10)

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 AVC fait l'objet d'une standardisation internationale par les normes ISO14040 et 14044.



2 Les marchés réservés

► Réservation de marchés aux opérateurs économiques qui emploient des travailleurs handicapés ou défavorisés (art. L2113-12 à L.2113-14)

L'article L2113- 12 prévoit la possibilité de marchés (ou lots) réservés au secteur adapté et protégé employant des personnes en situation de handicap : ESAT, entreprises adaptées, travailleurs handicapés indépendants ainsi qu'à des structures équivalentes lorsqu'ils emploient un minimum de 50% de personnes en situation de handicap. L'article L2113- 13 prévoit la réservation de marchés aux structures d'insertion par l'activité économique et à des structures équivalentes sous réserve que ces structures emploient un quota minimum de 50% de travailleurs défavorisés.

La procédure de marchés réservés peut soit s'adresser aux structures du secteur adapté ou protégé, soit aux structures de l'insertion par l'activité économique, soit aux deux. 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.

Objet des marchés réservés aux opérateurs économiques qui emploient des travailleurs handicapés ou défavorisés :

Des marchés publics ou des lots d'un marché public peuvent être réservés pour tout objet, exception faite de la défense et de la sécurité. Ils n'ont pas pour objet l'insertion, contrairement aux marchés d'insertion, dont l'objet est la qualification et l'insertion

professionnelle de personnes en difficulté et pour lesquelles la réalisation de travaux ou de services est un support à l'action d'insertion – disposition prévue à l'article R2131-14.

Les points d'attention

- **La mise en concurrence des structures** : la directive européenne 2014/24/UE a prévu la possibilité de procédures de marchés réservés aux structures qui « pourraient ne pas être en mesure de remporter des marchés dans des conditions de concurrence normales ».

Cette procédure ne dispense pas pour autant d'une mise en concurrence entre elles. La collectivité a toutefois la possibilité de **favoriser les réponses collectives**, au travers par exemple de groupements temporaires d'entreprises, facilitées par un travail en amont avec les réseaux d'acteurs.

D'autre part, les marchés réservés aux opérateurs qui emploient des travailleurs handicapés ou défavorisés concernent l'ensemble des SIAE. Compte tenu des modèles économiques très différents des SIAE, il est préférable d'utiliser la procédure adaptée de l'article R2131-14 pour faire des marchés d'insertion si l'on souhaite travailler avec les ACI.

• Le parcours d'insertion des personnes : Si les marchés réservés apparaissent comme un levier pour favoriser l'accès des structures de l'IAE et du travail adapté et protégé à la commande publique, attention à l'effet cloisonnant qu'ils peuvent avoir pour les personnes. La mise en place des marchés réservés a fait débat au sein des réseaux d'acteurs de l'IAE qui craignaient la mise en place d'un marché du travail parallèle. La crainte est que les marchés réservés ne se substituent aux marchés publics à clause sociale art. L2112-2 qui permettent le lien avec d'autres entreprises et favorisent le parcours d'insertion des personnes.

Exemples de bonnes pratiques pour favoriser le développement des marchés réservés

Au-delà de la volonté politique, qui peut notamment se traduire en engagements et objectifs à atteindre dans le Schéma de promotion des achats socialement et écologiquement responsables et fixer des orientations fortes pour les services acheteurs, les collectivités disposent d'un certain nombre de leviers pour faciliter le développement des marchés réservés : sourçage, rôle de facilitateur, accompagnement des réseaux d'acteurs pour faciliter leur professionnalisation, diversification des activités, sensibilisation des différents services, informations aux structures, information détaillée des causes de rejet, etc.

Les à priori et réticences vis-à-vis des structures qui emploient des travailleurs défavorisés ou en situation de handicap peuvent encore être forts au sein des services, un travail de sensibilisation des différents services peut s'avérer utile. De même, les certifications qualité spécifiques à la mission insertion : AFAQ Entreprise d'insertion, CEDRE ISO 9001, etc., travaillées par les réseaux d'acteurs, sont un bon moyen pour rassurer les acheteurs sur la qualité et le sérieux des structures.

Grenoble Alpes Métropole joue le rôle de facilitateur sur l'ensemble du territoire

La métropole, à travers ses chargé.e.s de mission Insertion, anime un réseau de donneurs d'ordre sur le territoire, organise des réunions de sensibilisation auprès des communes de la métropole et analyse les marchés susceptibles de faire l'objet d'un marché réservé pour tous les donneurs d'ordre. La Métropole travaille au développement de l'accès des structures de l'IAE à la commande publique à travers l'allotissement et la réservation de lots, la diversification des secteurs d'activité sur lesquels portent les marchés réservés et la systématisation de la demande de devis auprès des SIAE en marchés à procédure adaptée, afin d'agir sur la perception, malheureusement négative, que les différents services ont des SIAE.

La démarche volontariste de la Région Grand Est

Le Conseil Régional Grand-Est est engagé dans une démarche volontariste de développement des marchés réservés. Cette démarche s'inscrit plus largement dans une politique de commande publique responsable qui s'appuie notamment sur une dynamique partenariale avec les facilitateurs, en place dès 2008 sur la région Lorraine.

Ayant identifié des problématiques d'ingénierie technique du côté des structures, la Région a développé un ensemble d'outils pour permettre à ces marchés réservés d'être fructueux :

- sourçage avec repérage d'acteurs locaux en capacité de répondre aux besoins techniques,
- travail avec les réseaux d'acteurs et développement de formations locales dans le cadre du réseau Acheter responsable Grand Est à destination des SIAE pour lever les inquiétudes internes et accompagner les SIAE dans une logique de professionnalisation,
- information aux structures.

► Les marchés réservés aux entreprises de l'ESS (art. L2113-15 à L2113-16)

Les marchés (ou lots) réservés aux **entreprises de l'ESS** sont très encadrés dans le cadre des articles L2113- 15 et L2113- 16 du code de la commande publique :

- ils sont réservés à certaines activités (services santé, sociaux ou culturels).
- l'entreprise de l'ESS attributaire ne peut bénéficier d'une attribution au même titre au cours des trois années suivantes.
- la durée du marché public réservé ne peut être supérieure à 3 ans.

Les structures concernées sont les structures de l'ESS telles que définies dans l'article 1 de la loi ESS de 2014. Le CNCRESS tient à jour une liste, notamment sur base INSEE. En cas de doute sur les structures, il est conseillé de se rapprocher des CRESS.

Pourquoi si peu de marchés réservés aux entreprises de l'ESS ?

Parmi les rares exemples identifiés par le RTES, le Conseil départemental d'Ille-et-Vilaine a lancé un marché réservé ESS pour l'organisation de spectacles pour les enfants du personnel lors de l'Arbre de Noël départemental, ce marché a été attribué à une Coopérative d'Activités et d'Emplois Culturels.

Pourquoi si peu de marchés réservés aux entreprises de l'ESS ?

- **Du point de vue des collectivités territoriales**, il est difficile de développer des marchés réservés aux entreprises de l'ESS car leur cadre est très contraint. Ces marchés sont réservés à certaines activités de services dont la liste est précisée au [JO n°0074 du 27 mars 2017](#) : services sanitaires, sociaux et connexes ; services administratifs, sociaux, éducatifs et culturels et soins de santé (dont services de formation du personnel, d'enseignement, d'aide pédagogique, services sportifs) ; services prestés par les associations de jeunes.
- **Du point de vue des entreprises** : l'entreprise de l'ESS ne doit pas avoir conclu de marché public avec le même pouvoir adjudicateur, sur le même service, depuis au moins 3 ans.

Ainsi, au terme du premier marché, d'une durée maximale de 3 ans, le pouvoir adjudicateur peut : soit faire à nouveau un marché réservé mais la structure attributaire du premier marché ne pourra pas y répondre ; soit sortir de la procédure de marchés réservés en intégrant par exemple des exigences sociales et environnementales à un marché public classique.

Dans ces conditions, les marchés réservés peuvent servir de marchés d'amorçage (lancement structure ou activité) ou d'outil de changement d'échelle. Il est cependant important de prendre en considération les conséquences pour la structure et le service concernés.



Ne pas oublier les marchés négociés !

Les marchés négociés, dont la valeur estimée est inférieure à 40 000 euros, sont sans publicité ni mise en concurrence. Ils peuvent être signés avec des structures de l'ESS ou de l'IAE. Ils répondent aux demandes d'allègement administratif de ces structures et permettent à la collectivité de travailler au plus près des territoires, avec les acteurs locaux, ce que ne permet pas la commande publique classique.

Si les marchés réservés apparaissent comme un outil intéressant pour favoriser l'accès de certaines structures à la commande publique, il est cependant indispensable d'évaluer l'opportunité de passer un marché réservé au regard de :

- la capacité des structures du territoire à y répondre,
- les conséquences en matière d'insertion des personnes,
- les conséquences pour le développement des structures, compte tenu par exemple de la limitation à 3 ans d'un marché réservé aux entreprises de l'ESS (sur un même service pour une même structure).



Pour aller plus loin : www.rtes.fr et notamment la [visionconférence organisée le 5 juin 2018](#).

3 Les achats innovants

► Le partenariat d'innovation (art.L2172-3)

Le partenariat d'innovation, prévu à l'article L2172-3 du code de la commande publique, a pour objectif de faciliter la passation de marchés publics à visée innovante et d'aider les acheteurs publics à faire une meilleure utilisation stratégique de leurs marchés pour stimuler l'innovation.

Le partenariat d'innovation entre la Ville de Lille et Gecco pour l'alimentation de véhicules publics en biodiesel issus d'huiles de friture usagées

Celui-ci s'est structuré en 3 phases : une première phase de test sur 3 véhicules (autocar, laveuse, aspiratrice) pour valider la faisabilité et le fonctionnement technique. La deuxième phase d'extension a porté sur une série de véhicules plus large (utilitaires et camions) puis une troisième phase s'élargissant à une autre typologie de véhicules avec moteurs plus récents. Ce partenariat d'innovation a permis de valider le carburant, valider la capacité de Gecco à fournir du B30 de manière régulière et qualitative et d'obtenir les autorisations pour commercialiser le carburant. La ville de Lille finance des analyses sur les lubrifiants moteurs, l'entretien et achète le carburant.

► Les achats innovants (art. R. 2122-9-1)

Afin de favoriser l'innovation dans la commande publique, le décret du 24 décembre 2018 a créé une expérimentation de trois ans permettant aux acheteurs de passer des marchés négociés sans publicité ni mise en concurrence préalable pour leurs achats innovants d'un montant inférieur à 100 000 €.

Le décret n° 2021-1634 du 13 décembre 2021 a pérennisé et élargit cette expérimentation : « Art. R. 2122-9-1. - L'acheteur peut passer un marché public sans publicité ni mise en concurrence préalables portant sur des travaux, fournitures ou services innovants au sens du second alinéa de l'article L. 2172-3 et répondant à un besoin dont la valeur estimée est inférieure à 100 000 euros hors taxes. »

« Ces dispositions sont également applicables aux lots dont le montant est inférieur à 80 000 euros hors taxes pour des fournitures ou des services innovants ou à 100 000 euros hors taxes pour des travaux innovants » à condition que la valeur de l'ensemble des lots concernés n'excède pas 20 % du montant total du marché.

La définition de l'achat innovant figure au 2° de l'article R. 2124-3 du code de la commande publique, qui permet de recourir à la procédure négociée ou au dialogue compétitif lorsque le besoin consiste en une solution innovante : sont innovants les « travaux, fournitures ou services nouveaux ou sensiblement améliorés ». Il est précisé que « le caractère innovant peut consister dans la mise en oeuvre de nouveaux procédés de production ou de construction, d'une nouvelle méthode de commercialisation ou d'une nouvelle méthode organisationnelle dans les pratiques, l'organisation du lieu de travail ou les relations extérieures de l'entreprise ».

Contrairement à ce que prévoit l'article L. 2172-3 du code de la commande publique pour recourir au partenariat d'innovation, le dispositif n'est pas subordonné à la condition que le besoin ne puisse être satisfait par l'acquisition de produits, services ou travaux déjà disponibles sur le marché.

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

► Obligation d'allotissement et généralisation de la dématérialisation

Tous les marchés publics, sauf exceptions précisées dans les articles L2113- 10 et L2113 -11, 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 porte sur l'exigence de chiffre d'affaires qui ne peut plus dépasser deux fois la valeur estimée du marché ou du lot (art. R2142- 7) ; les exigences de capacité doivent être proportionnées à l'objet du marché public ; il est, de plus, interdit d'écartier un candidat au seul motif qu'il n'aurait pas de références.

► Dispense de procédures pour les marchés dont la valeur estimée est inférieure à 40 000 euros

L'article R2122- 8 fixe à 40 K€ HT le seuil de dispense de procédure. Pour les achats d'un montant inférieur à 40 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 (art. R2123-1) :

- Les MAPA **en raison de leur montant** : Les marchés publics dont les montants sont inférieurs aux seuils européens (139 K€ HT pour les marchés publics de fournitures ou de services des collectivités, 5350 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.

- Les MAPA **en raison de leur objet** : les marchés de services sociaux (annexe n°3 du code) et certains services juridiques.

Les 3 avantages du MAPA :

- une lettre de commande est suffisante pour des MAPA dont la valeur estimée est égale ou inférieure à 40 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 40 K€ n'est pas requise ; entre 40 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.
- 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 sourçage

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 R2111- 1).

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, art. L2111- 3 (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

Plus de 400 facilitateurs ont été recensés par Alliance Villes emploi (AVE). Ils 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.