

30 MARS 2010

LA CLAUSE D'INSERTION DANS LES MARCHES PUBLICS

CADRE LEGISLATIF

- Loi du 29/07/1998 de lutte contre les exclusions, modifiée par l'ordonnance n°2000-1249 du 21 décembre 2000 ;
- Loi du 18/01/2005 de programmation pour la cohésion sociale ;
- Loi du 01/03/2005 relative à la Charte de l'Environnement - art.6 :
« Les politiques publiques doivent promouvoir un développement durable et elles concilient la protection et la mise en valeur de l'environnement, le développement économique et le progrès social » ;
- Code des marchés publics - art.5 :
« La nature et l'étendue des besoins à satisfaire sont déterminées avec précision (...) en prenant en compte des objectifs de développement durable ».

TYPES DE MARCHES CONCERNES PAR LA CLAUSE D'INSERTION

La clause d'insertion peut faire peser des contraintes excessives sur les entreprises. Les acheteurs doivent donc sélectionner avec soin les marchés qui comportent une exigence en matière d'insertion de public en difficulté.

Les marchés de la construction et des services se prêtent facilement à la clause d'insertion.

Différents secteurs d'activités sont fréquemment concernés : les travaux publics, les espaces verts, la restauration collective, le bâtiment second œuvre, le nettoyage, le traitement des déchets (fort potentiel en besoin de main-d'œuvre et faible technicité).

Certains donneurs d'ordre ont intégré des clauses d'insertion dans le cadre de marchés de fournitures, mais cela reste exceptionnel.

Opérations ANRU : les clauses sociales sont rendues obligatoires par l'Agence Nationale de Rénovation Urbaine. (*Minimum 5% des heures travaillées, fixé dans une charte locale d'insertion*).

REDACTION DE LA CLAUSE D'INSERTION

La clause doit respecter le principe de liberté contractuelle, lequel impose les règles suivantes :

- offrir à tous la possibilité de satisfaire à la clause ;
- ne pas fixer les modalités obligatoires de réalisation de la clause ;
- ne pas être discriminatoire ;
- ne pas limiter la concurrence.

TYPES DE CLAUSES D'INSERTION

LA CLAUSE D'INSERTION : UNE CONDITION D'EXECUTION DU MARCHÉ (ARTICLE 14 CODE DES MARCHES PUBLICS)

DEFINITION

La clause est une des conditions d'exécution du marché et l'entreprise doit s'engager à la respecter lors du dépôt de son offre.

Une offre qui ne respecte pas l'ensemble des engagements prévus au contrat est réputée irrégulière.

La clause ne peut pas être un critère du choix du titulaire.

L'entreprise candidate doit seulement prendre l'engagement de réserver une part des heures de travail générées par le marché à des publics en parcours d'insertion.

HEURES D'INSERTION

Le volume d'heures d'insertion prévu sera le plus souvent d'un niveau modeste par rapport à l'ensemble du marché, afin de proposer des conditions d'exécution supportables pour l'entreprise retenue.

Tout opérateur économique, quel que soit son statut juridique, doit pouvoir remplir cette clause.

Ainsi, une clause imposant 50% de public en difficulté pour exécuter le marché exclut de facto les opérateurs économiques classiques au profit des seules structures spécialisées.

Les expériences des collectivités locales conduisent à conseiller de rédiger la clause en nombre d'heures d'insertion.

Ce type de rédaction simplifie par ailleurs le suivi de l'exécution du marché.

CALCUL DU NOMBRE D'HEURES D'INSERTION

Le nombre d'heures est à déterminer, au cas par cas, compte tenu de la spécificité de chaque marché.

Il convient de déterminer la part de main-d'œuvre réservée à l'insertion :

- d'une part, en indiquant dans le coût estimé du marché la part de cette dépense qui sera consacrée à l'exécution de la clause ;
- d'autre part, en convertissant cette somme en heures de travail à partir d'une évaluation forfaitaire du coût horaire moyen de l'heure, toutes charges comprises, d'une personne en insertion.

Exemple, pour un marché de 1 million d'euros :

En considérant un taux moyen de 50 % de main-d'œuvre dans un chantier de bâtiment, soit un montant de 500 000 euros.

Si le taux d'insertion est fixé à 10%, l'effort d'insertion est :

$500\ 000 \times 10/100 = 50\ 000\ \text{€}$.

Si le coût horaire moyen est fixé à 30 € de l'heure toutes charges comprises, le nombre d'heures d'insertion est : $50\ 000/30 = 1\ 666$ heures.

JUGEMENT DES OFFRES

Les offres sont appréciées en fonction des seules performances exigées pour le marché.

Les actions qui auraient été faites en matière d'insertion ne peuvent pas être prises en compte en tant que telles.

Exemple - **EXTRAIT D'UN REGLEMENT DE CONSULTATION SUR UN MARCHÉ DE TRAVAUX :**

ARTICLE – DISPOSITIONS RELATIVES A L'INSERTION PROFESSIONNELLE

Conformément à l'article 14 du Code des Marchés Publics, l'annexe à l'acte d'engagement comporte des clauses visant à promouvoir l'emploi de personnes rencontrant des difficultés particulières d'insertion et à lutter contre le chômage.

Le respect de ces clauses est une condition de la conformité de l'offre.

Le nombre d'heures minimum à réserver à l'insertion est de 105 heures qui pourront être réparties de la manière suivante :

Lot concerné: Lot n°2 Gros Œuvre

Nombre d'Heures à réserver : 105 heures

En application de l'article 14 du CMP, l'entreprise choisie, devra, pour l'exécution de son offre, intégrer une action d'insertion professionnelle visant à promouvoir l'emploi de personnes considérées comme prioritaires au regard des politiques publiques de l'emploi (chômeurs de longue durée, jeunes sans qualification, etc...).

Afin de faciliter la démarche pour les entreprises soumissionnaires, des annexes spécifiques aux documents contractuels habituels sont ajoutées :

- Annexe au présent Règlement de Consultation (contexte, principes, modalités, documents à produire)
- Annexe n°... à l'Acte d'Engagement (détermination et engagement de l'entreprise sur les modalités de réalisation de l'Action d'insertion professionnelle).

Les entreprises détailleront leur proposition dans l'annexe n°... à l'acte d'engagement.

L'engagement représentera 105 heures de travail sur la durée totale d'exécution du marché réparties selon les lots.

Lors de la remise de son offre, l'entreprise candidate devra impérativement s'engager dans cette annexe, à réserver le volume d'heures défini à l'insertion professionnelle.

En revanche, les modalités détaillées de recours à du personnel en insertion n'ont pas à être renseignées obligatoirement dès la phase de remise de l'offre, mais devront être déterminées lors de la phase de mise au point du marché (suite à l'attribution du marché, et préalablement à sa signature par le maître d'ouvrage et sa notification).

L'annexe n°... à l'Acte d'Engagement permet à l'entreprise de choisir ses modalités de réalisation de l'Action d'insertion :

- ✓ embauche directe ;
- ✓ sous-traitance ou co-traitance à une entreprise d'insertion ;
- ✓ recours à une Entreprise de Travail Temporaire d'Insertion, ou à une Association Intermédiaire, ou à un Groupement d'Entreprises pour l'insertion et la qualification (GEIQ) ;
- ✓ emploi sur le chantier de personnel salarié, répondant au public ciblé, récemment embauché dans l'entreprise suite à l'attribution d'un chantier antérieur intégrant une clause d'insertion sociale.

En partenariat avec le maître d'ouvrage, les structures se tiennent à la disposition des entreprises pour les informer et les aider dans la mise en œuvre de la clause d'insertion.

LA CLAUSE D'INSERTION : UN CRITERE DE SELECTION DE L'ENTREPRISE (ARTICLE 53-1 DU CODE DES MARCHES PUBLICS)

DEFINITION

A côté des critères classiques de sélection des offres (valeur technique, prix, délai), il existe un critère de performance en matière d'insertion sociale de publics en difficulté. Chacun de ces critères sera affecté d'une pondération adéquate.

JUGEMENT DES OFFRES

La qualité du contenu de l'offre de l'entreprise en matière d'insertion est un élément de choix de l'entreprise attributaire.

LA CLAUSE D'INSERTION : CONDITION D'EXECUTION DU MARCHÉ ET CRITERE DE SELECTION DE L'ENTREPRISE

Le recours à l'article 53-1, couplé à l'article 14, incite les opérateurs économiques à proposer une démarche d'insertion plus élaborée que celle qui serait exigée par la simple conformité à la clause d'insertion figurant dans le cahier des charges.

SUIVI DE L'EXECUTION DE LA CLAUSE D'INSERTION

L'acteur principal du suivi, lorsqu'il existe, est le chargé de mission "clause d'insertion" dit "facilitateur", qui accompagne, conseille et contrôle l'entreprise attributaire du marché dans la réalisation de la clause.

Pour les savoir-faire, il appartient à l'entreprise de mettre en place l'accompagnement adéquat et le cas échéant, la formation nécessaire.

Dans tous les cas, il est important de prévoir des mesures de suivi et d'évaluation régulières des conditions d'exécution de la clause pendant le déroulement du marché sur un plan qualitatif et quantitatif.

SANCTIONS JURIDIQUES

Les clauses d'insertion sont soumises au même régime juridique que toutes les autres stipulations d'un cahier des charges.

Si la clause d'insertion n'est pas réalisée, l'acheteur applique les sanctions prévues au marché (pénalités ou réfaction).

En cas de faute lourde ou avérée du titulaire et après mise en demeure de respecter les clauses du marché, l'acheteur peut recourir à la résiliation dans les conditions prévues aux clauses générales ou particulières du marché.

AUTRES MOYENS JURIDIQUES OFFERTS PAR LE CODE DES MARCHES PUBLICS

LES MARCHES RESERVES (ARTICLE 15 CMP)

Plusieurs lots d'un marché, ou son intégralité, peuvent être réservés à des structures qui emploient majoritairement des personnes handicapées en vue de leur insertion :
Entreprise Adaptée (EA) ; Etablissement et Service d'Aide par le Travail (ESAT)...

Toutefois, le terme « réservé » signifie que le marché ou le lot considéré sera attribué à une certaine catégorie d'entreprise et non à une entreprise choisie librement par la personne publique.

Ainsi, il y aura bien mise en concurrence entre les différentes structures qui sont répertoriées dans l'article 15 du CMP.

LES MARCHES PUBLICS DE SERVICES D'INSERTION PROFESSIONNELLE ET/OU DE QUALIFICATION (ARTICLE 30 CMP)

L'objet même du marché de service est une action d'insertion sur laquelle se greffe la réalisation de travaux ou la prestation de services à titre de support.

La rédaction de l'objet du marché doit être réalisée avec une grande prudence.

Le contenu en insertion doit être suffisamment important pour éviter une requalification par le juge.

Si l'acheteur souhaite donner une dimension uniquement sociale à un marché de travaux ou de service, il doit recourir à l'article 14 du Code des Marchés Publics.

Le jugement des offres se fera sur la qualité de l'insertion et sur le coût du dispositif d'insertion.

L'utilisation de l'article 30 nécessite une mise en concurrence.

Tous les prestataires offrant le type de service demandé peuvent présenter leur candidature sans distinction de statut juridique.