

**Rapport préliminaire  
sur la prise en compte  
des exigences et des critères  
sociaux  
dans les marchés publics**

***Rapport au ministre du travail, de l'emploi et de la cohésion sociale  
présenté par :***

***Elisabeth DUFOURCQ  
Inspecteur général des affaires sociales  
Présidente de la commission consultative  
des marchés des organismes de sécurité sociale***

***Rapport n° 2005 065  
Mai 2005***

## SOMMAIRE

|   |           |
|---|-----------|
| <b>INTRODUCTION.....</b>  | <b>3</b>  |
| <b>PREMIERE PARTIE - LES TEXTES : LA DIRECTIVE EUROPEENNE DE MARS 2004, RELATIVE A LA COORDINATION DES PROCEDURES DE PASSATION DES MARCHES DE TRAVAUX, DE FOURNITURES ET DE SERVICES, FACILITE PLUS EXPLICITEMENT LA PRISE EN COMPTE DE CONSIDERATIONS SOCIALES DANS LES MARCHES PUBLICS, QUE LE CODE DES MARCHES PUBLICS FRANÇAIS PUBLIE PAR DECRET DU 7 JANVIER 2004 MODIFIE.....</b> | <b>4</b>  |
| 1.1 PRINCIPALES DISPOSITIONS DE LA DIRECTIVE 2004/18/CE DU PARLEMENT EUROPÉEN ET DU CONSEIL DU 31 MARS 2004 POUVANT FACILITER LA PRISE EN COMPTE DE CONSIDÉRATIONS SOCIALES DANS LES MARCHÉS PUBLICS.....   | 4         |
| 1.2 PRINCIPALES DISPOSITIONS DU CODE DES MARCHÉS PUBLICS PUBLIÉ PAR DÉCRET DU 7 FÉVRIER 2004 ET POUVANT INFLUER SUR LA DÉFINITION ADÉQUATE D'UNE COMMANDE PUBLIQUE SOCIO-RESPONSABLE .....  | 6         |
| 1.3 DÉCRET N° 2004-1298 DU 26 NOVEMBRE 2004, RELATIF À DIVERSES DISPOSITIONS CONCERNANT LES MARCHÉS DE L'ÉTAT ET DES COLLECTIVITÉS TERRITORIALES .....  | 9         |
| 1.4 APPORT DE LA LOI DE PROGRAMMATION ET DE COHÉSION SOCIALE N° 2005-32 DU 18 JANVIER 2005 ....   | 10        |
| 1.5 LA LOI N° 75-1334 DU 31 DÉCEMBRE 1975, RELATIVE À LA SOUS-TRAITANCE, DANS SA VERSION CONSOLIDÉE AU 12 DÉCEMBRE 2001, NE DOIT PAS, ENFIN, ÊTRE MÉCONNUE .....  | 10        |
| 1.6 EXPLICATION DE TEXTES : DANS LES DEUX LÉGISLATIONS, LE STRICT RESPECT DES ÉTAPES DANS LA PROCÉDURE DE PASSATION DES MARCHÉS INFLUE DIRECTEMENT SUR LA LÉGALITÉ DES EXIGENCES ET DES CRITÈRES SOCIAUX.....   | 10        |
| 1.6.1 « Exigences de recevabilité » et « critères de sélection », précisions sémantiques .....  | 10        |
| 1.6.2 La vérification de l'aptitude du candidat et l'appréciation de l'offre constituent deux étapes différentes autonomes et successives.....  | 10        |
| <b>DEUXIEME PARTIE - LES ENJEUX : LES COMMANDES SOUMISES AU CODE DES MARCHES PUBLICS REPRESENTENT UNE PUISSANCE D'ACHAT CONSIDERABLE MAIS TRES INSUFFISAMMENT RECENSEE .....</b>  | <b>12</b> |
| 2.1 LES ACHETEURS SOUMIS AU CODE DES MARCHÉS .....  | 12        |
| 2.2 UNE PUISSANCE D'ACHAT ENCORE INSUFFISAMMENT MESURÉE.....  | 12        |
| 2.3 DES STATISTIQUES FINANCIÈRES PARTIELLES INDIQUENT UNE PRÉDOMINANCE EN MONTANT DES MARCHÉS DES COLLECTIVITÉS LOCALES .....   | 13        |
| 2.3.1 Données issues de la direction générale de la comptabilité publique.....  | 13        |
| 2.3.2 La répartition de la commande publique par branches d'activité professionnelle est très largement inconnue .....  | 15        |
| 2.4 NI LES ACHETEURS DE L'ÉTAT NI CEUX DES ORGANISMES DE SÉCURITÉ SOCIALE N'UTILISENT LES POTENTIALITÉS SOCIALES OFFERTES PAR L'ACHAT PUBLIC, EN PARTICULIER DANS LE CADRE DE L'ARTICLE 14 DU CODE DES MARCHÉS PUBLICS .....  | 15        |
| 2.5 LES ACHETEURS PUBLICS DES COLLECTIVITÉS LOCALES, PLUS UTILISATEURS QUE L'ÉTAT DES CLAUSES SOCIALES ONT ÉTÉ SOUVENT SANCTIONNÉS PAR UNE JURISPRUDENCE RESTRICTIVE.....   | 15        |
| <b>TROISIEME PARTIE - L'UTILISATION D'EXIGENCES ET DE CRITERES SOCIAUX DANS LES MARCHES PUBLICS.....</b>  | <b>17</b> |
| 3.1 HISTOIRE JURIDIQUE DE CLAUSES INAPPLIQUÉES.....   | 17        |
| 3.2 LES QUESTIONS PARLEMENTAIRES TRADUISENT DIFFÉRENTES APPROCHES ENTRE LES FRANÇAIS ET D'AUTRES PAYS EUROPÉENS.....  | 23        |
| <b>QUATRIEME PARTIE - LES LEÇONS D'UNE CONFRONTATION ENTRE ACHETEURS PUBLICS ET REPRESENTANTS D'ENTREPRISES CANDIDATES.....</b>   | <b>26</b> |
| 4.1 LE COMITÉ SOCIAL DU GPEM/DDEN .....   | 26        |
| 4.2 POUR LES REPRÉSENTANTS DES ENTREPRISES CANDIDATES À L'ACHAT PUBLIC, L'ACHETEUR PUBLIC DOIT SURTOUT GARANTIR L'ÉGALITÉ DES CANDIDATS ET DE LEURS SOUS TRAITANTS ÉVENTUELS DEVANT LA CONCURRENCE PAR L'EXIGENCE EXPLICITE D'UN RESPECT RIGOREUX DU DROIT DU TRAVAIL ET DE CELUI DE LA SOUS-TRAITANCE .....  | 27        |
| 4.2.1 Le contexte concurrentiel international oblige à rappeler publiquement, voire à préciser les règles du droit du travail français.....   | 27        |

|         |  |           |
|---------|--|-----------|
| 4.2.2   | <i>Plusieurs branches d'activité professionnelles ont déjà pris l'initiative de prévenir le risque de dumping social dans la compétition à l'achat public</i> .....  | 28        |
| 4.2.2.1 | En rédigeant et diffusant des chartes de sous-traitance.....   | 28        |
| 4.2.2.2 | En signant avec la DILTI des conventions de lutte contre le travail illégal.....   | 28        |
| 4.2.3   | <i>Elles ne voient que des avantages à ce que l'acheteur public s'inspire de ces bonnes pratiques dans la rédaction des cahiers des clauses administratives</i> .....  | 28        |
| 4.2.4   | <i>En revanche, les branches d'activité professionnelles s'interrogent sur la mise en œuvre des dispositions de l'article 14 du code des marchés publics</i> .....   | 29        |
| 4.2.4.1 | Les interrogations des branches d'activité professionnelles visent largement à préserver la bonne exécution technique des marchés.....   | 29        |
| 4.2.4.2 | Ces interrogations méconnaissent l'extension et de la diversification récentes du champ de l'insertion sociale   | 30        |
| 4.3     | POUR LE REPRÉSENTANT DES COLLECTIVITÉS LOCALES, LA JUSTE APPLICATION DE L'ARTICLE 14 EST UNE OBLIGATION CIVIQUE .....  | 30        |
| 4.4     | CES POINTS DE VUE APPAREMMENT DIVERGENTS PEUVENT ÊTRE CONCILIÉS.....   | 31        |
| 4.4.1   | <i>Une expérience réussie : la Régie autonome des transports parisiens (RATP)</i> .....  | 31        |
| 4.4.2   | <i>Les conditions d'une conciliation équitable</i> .....   | 31        |
|         | <b>CINQUIEME PARTIE - PRECONISATIONS</b> .....   | <b>33</b> |
| 5.1     | PRÉCONISATIONS D'ORDRE INSTITUTIONNEL.....   | 33        |
| 5.1.1   | <i>Que le ministère de l'emploi, du travail et de la cohésion sociale soit représenté au sein de l'observatoire de l'achat public qui va être créé</i> .....   | 33        |
| 5.1.2   | <i>Que cet observatoire interministériel définisse une méthode simple et claire, permettant de comptabiliser, si possible par branche, le nombre et le montant des marchés publics passés par l'Etat et par les collectivités locales, afin que la puissance d'achat public soit utilisée comme un levier pertinent des politiques publiques</i> ..... | 33        |
| 5.1.3   | <i>Que le ministère de l'emploi, du travail et de la cohésion sociale soit systématiquement consulté et associé à la rédaction des cahiers des clauses administratives et techniques générales</i> .....   | 33        |
| 5.2     | PRÉCONISATIONS D'ORDRE RELATIONNEL.....  | 33        |
| 5.2.1   | <i>Avec les branches d'activité professionnelles</i> .....   | 33        |
| 5.2.2   | <i>Avec l'Etat et les collectivités territoriales</i> .....  | 33        |
| 5.3     | PRÉCONISATIONS D'ORDRE TECHNIQUE.....  | 34        |
| 5.3.1   | <i>Définir le besoin d'achat de façon socialement plus attentive</i> .....   | 34        |
| 5.3.1.1 | Dès la définition des composantes du besoin d'achat .....  | 34        |
| 5.3.1.2 | Dès le stade de la définition des lots .....   | 34        |
| 5.3.2   | <i>Dès le stade de la rédaction du cahier des charges, fixer les conditions d'exécution du marché à la suite d'interrogations socialement responsables, notamment sur</i> .....  | 34        |
| 5.3.2.1 | ... les délais .....   | 34        |
| 5.3.2.2 | ...les exigences sociales compatibles avec l'objet du marché et sa bonne exécution technique.....  | 34        |
| 5.3.3   | <i>Dès le stade de la rédaction du cahier des charges, prévoir de définir des critères de choix permettant de</i> .....  | 35        |
| 5.3.3.1 | ... d'éviter le « dumping social » en discernant l'offre « économiquement la plus avantageuse », en termes de « coût global » .....  | 35        |
| 5.3.3.2 | encourager une offre d'insertion plus diversifiée.....   | 35        |
| 5.4     | PRÉCONISATIONS D'ORDRE STATUTAIRE, AU SEIN D'UN FUTUR AVANT PROJET DE DÉCRET PORTANT CODE DES MARCHÉS PUBLICS.....   | 36        |
| 5.4.1   | <i>Exiger une plus grande transparence dans la description du statut des personnels employés à l'exécution des marchés</i> .....   | 36        |
| 5.4.2   | <i>Exiger une traduction en français des justificatifs sociaux, requis pour présenter une offre</i> .....  | 36        |
| 5.4.3   | <i>Réexaminer le principe du pays d'origine pour la certification des attestations sociales exigées (article 46 du CMP)</i> .....  | 36        |
|         | <b>CONCLUSION</b> .....  | <b>37</b> |

## ANNEXES

## INTRODUCTION

La loi n° 2005-32 du 18 janvier 2005 de programmation pour la cohésion sociale consacre, dans son article 58, la prise en compte de critères de choix d'ordre social dans les marchés publics. En conséquence, le ministre du travail, de l'emploi et de la cohésion sociale a souhaité disposer, pour juin 2005, d'éléments de réflexion et de propositions permettant une mise en œuvre efficace des dispositions de cette loi qui modifie l'article 53 II du code des marchés publics publié par décret n° 2004-15 du 7 janvier 2004, ainsi que l'ensemble des articles de ce code permettant de prendre en compte des exigences et des critères sociaux dans les marchés publics.

Le décret n° 2004-15 du 7 janvier 2004 portant code des marchés publics prévoit, par ailleurs, dans son article 135, la possibilité de créer par voie d'arrêté des groupes permanents d'étude des marchés, chargés d'élaborer des recommandations propres à certaines catégories de marchés. En conséquence, le groupe permanent d'étude des marchés « développement durable, environnement » ( GPEM/DD) a été créé par arrêté interministériel du 9 janvier 2004.

Madame Elisabeth Dufourcq, inspecteur général des affaires sociales, haut fonctionnaire au développement durable des ministères sociaux et présidente de la commission consultative des marchés des organismes de sécurité sociale, a été nommée représentante du ministère des affaires sociales au sein de cette instance.

Compte tenu du fait que

- la notion de développement durable suppose l'équilibre de trois piliers, social, économique et environnemental,
- les articles 14, 45, 53, et 115 des marchés publics permettent l'inclusion d'exigences sociales dans les marchés publics,

un comité social a été individualisé au sein du GPEM/DDEN, au même titre que le comité environnemental, afin d'élaborer un « guide pratique de l'achat public socio-responsable » à l'usage des personnes responsables des marchés et de leurs services

Ce comité, présidé par madame Dufourcq est composé de représentants des trois ministères concernés (direction juridique du ministère de l'économie et des finances, service du développement durable, IGAS), de représentants de branches d'activité professionnelles, d'acheteurs publics et de collectivités locales (voir composition jointe en annexe).

Sachant que l'achèvement du « Guide pratique de l'achat socio-responsable » est prévu pour la fin de l'année 2005, le présent rapport préliminaire a pour objectif de présenter au ministre du travail, de l'emploi et de la cohésion sociale la problématique et les premières propositions sur ce thème.

**PREMIERE PARTIE - LES TEXTES : LA DIRECTIVE  
EUROPEENNE DE MARS 2004, RELATIVE A LA COORDINATION  
DES PROCEDURES DE PASSATION DES MARCHES DE  
TRAVAUX, DE FOURNITURES ET DE SERVICES, FACILITE  
PLUS EXPLICITEMENT LA PRISE EN COMPTE DE  
CONSIDERATIONS SOCIALES DANS LES MARCHES PUBLICS,  
QUE LE CODE DES MARCHES PUBLICS FRANÇAIS PUBLIE PAR  
DECRET DU 7 JANVIER 2004 MODIFIE**

La lecture, préalable des principales dispositions, présentes dans les deux textes et pouvant faciliter la prise en compte des considérations sociales dans les marchés publics, est un exercice indispensable. Elle démontre, à elle seule, que le droit européen qui prévaut sur le droit national en la matière, est, contrairement à ce qui est souvent affirmé, en avance sur le droit français et qu'il récuse explicitement les interprétations restrictives.

**1.1 Principales dispositions de la directive 2004/18/CE du Parlement européen et du conseil du 31 mars 2004 pouvant faciliter la prise en compte de considérations sociales dans les marchés publics**

*Considéphants :*

*(1) 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 pouvoirs adjudicateurs, de répondre aux besoins de la collectivité publique concernée, y compris dans le domaine social, pour autant que ces critères*

- *soient liés à l'objet du marché,*
- *ne confèrent pas une liberté de choix illimitée au pouvoir adjudicateur,*
- *soient expressément mentionnés,*
- *respectent les principes fondamentaux.*

*(2) La passation des marchés conclus dans les Etats membres pour le compte de l'Etat, des collectivités territoriales et d'autres organismes de droit public doit respecter les principes du traité, notamment la libre circulation des marchandises*

- *la liberté d'établissement*
  - *la liberté prestation de services*
- ainsi que les principes qui en découlent, comme*
- *l'égalité de traitement*
  - *la non discrimination*
  - *la reconnaissance mutuelle*
  - *la proportionnalité*
  - *la transparence.*

*(28) L'emploi et le travail constituent des éléments essentiels pour garantir l'égalité des chances pour tous et contribuer à l'insertion dans la société. Dans ce cadre, les ateliers protégés et les programmes d'emplois protégés contribuent de manière efficace à la promotion de l'insertion dans la société ou de la réinsertion des personnes handicapées dans*

le marché du travail. Toutefois, de tels ateliers pourraient ne pas être en mesure de remporter des marchés dans des conditions de concurrence normales. Dès lors, il convient de prévoir que les Etats membres puissent réserver le droit de participer aux procédures de passation de marchés publics à de tels ateliers ou en réserver l'exécution dans le cadre d'emplois protégés.

(33) 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.

A 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....

(34) Les lois, réglementations et conventions collectives, tant nationales que communautaires, en vigueur en matière de conditions de travail et de sécurité du travail, s'appliquent pendant l'exécution d'un marché public, pourvu que de telles règles, ainsi que leur application, soient conformes au droit communautaire.

Dans les situations transfrontalières où des travailleurs d'un Etat membre fournissent des services dans un autre Etat membre, pour la réalisation d'un marché public, la directive 96/71/CE du Parlement européen et du conseil du 16 décembre 1996 concernant le détachement de travailleurs effectué dans le cadre d'une prestation de services, énonce les conditions minimales qui doivent être respectées dans le pays d'accueil, vis à vis de ces travailleurs détachés.

Si le droit national contient des dispositions à cet effet, le non respect de ces obligations peut être considéré comme une faute grave ou comme un délit affectant la moralité professionnelle de l'opérateur économique pouvant entraîner l'exclusion de cet opérateur économique de la procédure de passation d'un marché public.

(39) La vérification de l'aptitude des soumissionnaires, dans les procédures ouvertes, et des candidats, dans les procédures restreintes et négociées avec publication d'un avis de marché, ainsi que dans le dialogue compétitif, et leur sélection devrait être effectuée dans des conditions de transparence.

A cet effet, il convient d'indiquer des critères non discriminatoires que les pouvoirs adjudicateurs peuvent utiliser pour sélectionner les concurrents et les moyens que les opérateurs économiques peuvent utiliser pour prouver qu'ils satisfont à ces critères.

Dans cette perspective de transparence, le pouvoir adjudicateur devrait être tenu d'indiquer, dès la mise en concurrence d'un marché, les critères de sélection qu'il utilisera pour la sélection, ainsi que le niveau de capacités spécifiques qu'il exige éventuellement de la part des opérateurs économiques pour les admettre à la procédure de passation des marchés.

(45) La présente directive prévoit la possibilité, pour les Etats membres,

- d'instaurer des listes officielles d'entrepreneurs, de fournisseurs ou de prestataires de service,
- ou une certification par des organismes publics ou privés, ainsi que les effets d'une telle inscription ou d'un tel certificat dans le cadre d'une procédure de passation de marchés publics dans un autre Etat membre.

*Article 24*

*Lorsque le critère d'attribution est celui de l'offre économiquement la plus avantageuse, les pouvoirs adjudicateurs peuvent autoriser les soumissionnaires à présenter des variantes. Les pouvoirs adjudicateurs indiquent, dans l'avis de marché s'ils autorisent ou non les variantes ; à défaut d'indication, les variantes ne sont pas autorisées. Les pouvoirs adjudicateurs qui autorisent les variantes mentionnent, dans le cahier des charges, les exigences minimales que les variantes doivent respecter, ainsi que les modalités de leur soumission.*

*Article 26*

*Les pouvoirs adjudicateurs peuvent exiger des conditions particulières concernant l'exécution du marché, pour autant qu'elles sont 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...*

## **1.2 Principales dispositions du code des marchés publics publié par décret du 7 février 2004 et pouvant influencer sur la définition adéquate d'une commande publique socio-responsable**

*Article 1.*

*« Les marchés publics sont des contrats conclus à titre onéreux avec des personnes publiques ou privées, par des personnes morales de droit public... pour répondre à leurs besoins, en matière de travaux, de fournitures ou de services.*

*« Quel que soit leur montant, les marchés publics respectent les principes de*

- liberté d'accès à la commande publique,*
- d'égalité de traitement des candidats,*
- de transparence des procédures.*

*Ces principes permettent d'assurer l'efficacité de la commande publique et la bonne gestion des deniers publics*

*Ils exigent*

- une définition préalable des besoins de l'acheteur public,*
- le respect des obligations de publicité et de mise en concurrence,*
- le choix de l'offre économiquement la plus avantageuse.*

*Article 5*

*La nature et l'étendue des besoins à satisfaire sont déterminées avec précision par la personne publique avant tout appel à la concurrence ou toute négociation non précédée d'un appel à concurrence.*

*Le marché conclu par la personne publique doit avoir pour objet exclusif de répondre à ces besoins.*

### **Article 13**

*Les cahiers des charges déterminent les conditions dans lesquelles les marchés sont exécutés. Ils comprennent des documents généraux et des documents particuliers*

*Les documents généraux sont :*

*1° les cahiers des clauses administratives générales qui fixent les dispositions administratives applicables à une catégorie de marchés.*

*2° les cahiers des clauses techniques générales qui fixent les dispositions techniques applicables à toutes les prestations d'une même nature.*

*Ces documents sont approuvés par un arrêté du ministre chargé de l'économie et les ministres intéressés.*

*Les documents particuliers sont :*

*1° Les cahiers des clauses administratives particulières qui fixent les dispositions administratives propres à chaque marché ;*

*2° Les cahiers des clauses techniques particulières, qui fixent les dispositions techniques nécessaires à l'exécution des prestations de chaque marché aux documents généraux, les documents particuliers comportent, le cas échéant, l'indication des articles des documents généraux auxquels ils dérogent.*

*Si la personne responsable du marché décide de faire référence aux documents généraux.*

*Les documents particuliers comportent, le cas échéant, l'indication des articles des documents généraux auxquels ils dérogent.*

**N.B.** Dans le respect des exigences du droit communautaire et du droit français

- le ministre du travail, de l'emploi et de la cohésion sociale étant intéressé par la traduction des dispositions de la directive de mars 2004 dans les cahiers des clauses administratives et techniques générales, au même titre que les clauses environnementales, il doit pouvoir soumettre son approbation à la prise en compte des items sociaux
- l'acheteur public peut, au stade de la rédaction des clauses administratives ou techniques particulières,
  - fixer ses propres exigences sociales.
  - décider de faire référence aux documents généraux, mais aussi déroger à quelques uns de leurs articles, dans le respect du droit, et à condition d'indiquer les articles auxquels ils dérogent.

### **Article 14**

*La définition des conditions d'exécution d'un marché dans le cahier des charges peut viser à promouvoir l'emploi de personnes rencontrant des difficultés particulières d'insertion, à lutter contre le chômage...*

*Ces conditions ne doivent pas avoir d'effet discriminatoire à l'égard des candidats potentiels ».*



**Article 43**

*Ne sont pas admises à concourir aux marchés publics les personnes qui, au 31 décembre de l'année précédent celle au cours de laquelle a eu lieu le lancement de la consultation, n'ont pas souscrit les déclarations leur incombant en matière... sociale ou n'ont pas effectué le paiement des impôts et cotisations leur incombant à cette date.*

*La liste des ... cotisations mentionnés ci-dessus est fixée par arrêté du ... ministre chargé de l'emploi.*

**Article 45**

*A l'appui des candidatures, il ne peut être exigé que*

*1° Des renseignements permettant d'évaluer les capacités professionnelles, techniques et financières du candidat... Au titre des capacités professionnelles peuvent figurer des renseignements sur le savoir faire des candidats en matière de protection de l'environnement<sup>1</sup>.*

*Pour justifier de ses capacités professionnelles, techniques et financières, le candidat peut demander que soient également prises en compte les capacités professionnelles, techniques et financières d'un ou de plusieurs sous traitants. Dans ce cas, il doit justifier des capacités de ce ou ces sous traitants et du fait qu'il en dispose pour l'exécution du marché.*

**Article 46**

*I. Le candidat auquel il est envisagé d'attribuer le marché, produit, en outre*

- a) les pièces mentionnées à l'article R 324-4 du code du travail*
- b) Les attestations et certificats délivrés par les administrations et organismes compétents, prouvant qu'il a satisfait à ses obligations... sociales. Un arrêté des ministres intéressés fixe la liste des ... cotisations sociales pouvant donner lieu à délivrance du certificat.*

*II. Afin de satisfaire aux obligations fixées par le b du I du présent article, le candidat établi dans un Etat autre que la France doit produire un **certificat établi par les administrations et organismes du pays d'origine**.*

*Lorsqu'un tel certificat n'est pas délivré par le pays concerné, il peut être remplacé par une déclaration sous serment, ou, dans les Etats où tel serment n'existe pas, par une déclaration solennelle, faite par l'intéressé devant l'autorité judiciaire ou administrative compétente, un notaire ou un organisme professionnel du pays.*

Compte tenu de la nouvelle version au 26 avril 2005, de la directive du Parlement et du Conseil sur les services dans le marché intérieur, le principe du pays d'origine, méritera d'être rediscuté dans cet article.

<sup>1</sup> On notera que les dispositions préconisations faites dans le cadre de la stratégie de développement durable adoptée le 3 juin 2003 et indiquant la prise en compte dans les marchés publics des préoccupations « sociales et environnementales », n'ont pas été ici, prises en compte de façon équilibrée.

**Article 52**

*La personne responsable du marché indique, dans l'avis d'appel public à la concurrence, ou, s'il s'agit d'une procédure dispensée de l'envoi d'un tel avis<sup>2</sup>, dans le règlement de consultation, ceux de ces critères qu'elle privilégiera, compte tenu de l'objet du marché*

**Article 53**

*I. Les offres non conformes à l'objet du marché sont éliminées*

*II Pour attribuer le marché au candidat qui a présenté l'offre économiquement la plus avantageuse, la personne publique se fonde sur divers critères variables, selon l'objet du marché, notamment....*

*D'autres critères peuvent être pris en compte, s'ils sont justifiés par l'objet du marché.*

**Article 55**

*Si une offre paraît anormalement basse à la personne responsable du marché, pour l'Etat, pour les établissements publics de santé et les établissements publics sociaux et médico-sociaux ou à la commission d'appel d'offres pour les collectivités territoriales, elle peut la rejeter par décision motivée, après avoir demandé par écrit les précisions qu'elle juge opportunes et vérifié les justifications fournies.*

**Article 115**

*Lorsque le montant du contrat de sous-traitance est égal ou supérieur à 600 euros TTC, le sous traitant qui a été accepté... par la personne responsable du marché est payé directement pour la partie du marché dont il assure l'exécution.*

### **1.3 Décret n° 2004-1298 du 26 novembre 2004, relatif à diverses dispositions concernant les marchés de l'Etat et des collectivités territoriales**

**Article 1<sup>er</sup> IV.**

*A l'article 54, il est ajouté un IV ainsi rédigé :*

*IV. Certains marchés et certains lots d'un marché peuvent être réservés aux ateliers protégés mentionnés à l'article L. 323-31 du code du travail<sup>3</sup> ou aux centres d'aide par le travail mentionnés à l'article L. 344-2 du code de l'action sociales et des familles<sup>4</sup>.*

<sup>2</sup> NB. Art. 40 III Pour les marchés d'un montant inférieur à 90.000 euros HT, la personne publique choisit librement les modalités de publicité adaptées au montant et à la nature des travaux, des fournitures ou de services. Quel que soit le montant, la rédaction d'un règlement de consultation écrit est impératif.

<sup>3</sup> Article L 323-31 (Loi n° 75-534 du 30 juin 1975) *Les ateliers protégés et les centres de distribution de travail à domicile peuvent être créés par les collectivités ou organismes publics et privés et notamment, par les entreprises.*

<sup>4</sup> Code de l'action sociale et des familles Article L 344-2. « *Les Centres d'aide par le travail, comportant ou non un foyer d'hébergement, accueillent les adolescents et adultes handicapés qui ne peuvent momentanément ou durablement, travailler, ni dans les entreprises ordinaires, ni dans un atelier protégé ou pour le compte d'un centre de distribution de travail à domicile, ni exercer une activité professionnelle indépendante.* »

*Dans ce cas, l'exécution de ces marchés ou de ces lots est réalisée majoritairement par 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 de publicité fait mention de la présente disposition.*

#### **1.4 Apport de la loi de programmation et de cohésion sociale n° 2005-32 du 18 janvier 2005**

*Article 59. Dans le premier alinéa du II de l'article 53 du code des marchés publics, après les mots « en matière de protection de l'environnement », sont insérés les mots : « ses performances en matière d'insertion professionnelle des publics en difficulté ».*

L'article, ainsi libellé met fin définitivement à une interprétation restrictive qui rendait très difficile l'insertion de *critères de choix* sociaux dans les marchés publics.

#### **1.5 La loi n° 75-1334 du 31 décembre 1975, relative à la sous-traitance, dans sa version consolidée au 12 décembre 2001, ne doit pas, enfin, être méconnue**

*Article 3... L'entrepreneur principal est tenu de communiquer le ou les contrats de sous-traitance au maître de l'ouvrage lorsque celui-ci en fait la demande.*

#### **1.6 Explication de textes : Dans les deux législations, le strict respect des étapes dans la procédure de passation des marchés influe directement sur la légalité des exigences et des critères sociaux**

##### ***1.6.1 « Exigences de recevabilité » et « critères de sélection », précisions sémantiques***

Dans le cahier des charges, il est prudent de distinguer le plus clairement possible :

- les « exigences sociales » d'ordre général qui commandent, en amont, la *recevabilité de l'offre* et qui doivent évidemment être « compatibles » avec l'objet du marché,
- les critères sociaux éventuels, qui commandent la *sélection des offres* et qui doivent être directement liés à l'objet du marché.

##### ***1.6.2 La vérification de l'aptitude du candidat et l'appréciation de l'offre constituent deux étapes différentes autonomes et successives***

La règle d'or a été rappelée dans la directive européenne 71/305 du Conseil du 26 juillet 1971, puis dans l'arrêt de la Cour de Justice européenne (CJCE n° 31/87 du 10 septembre 1988), dit « arrêt Gebroeders Beentjes » : « *La vérification de l'aptitude de l'entrepreneur et l'appréciation de l'offre constituent deux opérations différentes, autonomes et successives* ».

Les *exigences* fixées par la personne publique à toutes les entreprises candidates pour la présentation des *conditions d'exécution* de leurs offres doivent être inscrites *préalablement*

dans l'avis de publicité ou dans le cahier des charges. Le respect de ces exigences est vérifiée au stade de la vérification de conformité de l'offre.

Une fois cette vérification faite, la compétition entre des offres conformes peut être organisée en tenant compte d'un *critère social* à condition que ce critère

- ait été également annoncé *préalablement* dès le stade du cahier des charges,
- qu'il soit directement lié à l'objet du marché.

Autrement dit, la distinction entre exigences de recevabilité et critères de choix doit être faite dès le stade du cahier des charges.

**DEUXIEME PARTIE - LES ENJEUX : LES COMMANDES  
SOUMISES AU CODE DES MARCHES PUBLICS REPRESENTENT  
UNE PUISSANCE D'ACHAT CONSIDERABLE MAIS TRES  
INSUFFISAMMENT RECENSEE**

## **2.1 Les acheteurs soumis au code des marchés**

Les dispositions du code des marchés paru au Journal officiel du 7 janvier 2004 s'appliquent, en vertu de l'article 2 de ce code, à tous les marchés passés par

- l'Etat et ses établissements publics<sup>5</sup>
- les collectivités territoriales et leurs établissements publics.

De surcroît, en vertu de l'arrêté du 31 janvier 2002 portant règlement des marchés des organismes de sécurité sociale, les dispositions essentielles du code des marchés publics s'appliquent à ces établissements.

## **2.2 Une puissance d'achat encore insuffisamment mesurée...**

Que représente cette puissance d'achat en nombre de marchés passés, en montants des engagements financiers et en nombre d'emplois utilisés à les exécuter ?

Paradoxalement, aucun de ces paramètres n'est, en 2005, à l'heure de l'informatique, encore mesuré de façon exhaustive.

Pour établir ses statistiques, la direction générale de la comptabilité publique du Ministère de l'économie et des finances, chargée du recensement de la commande publique doit encore s'appuyer sur des informations *déclaratives* fournies, à sa demande, mais sans obligation hiérarchique de réponse, par les ministères, les collectivités locales et leurs établissements publics.

Ces efforts de recensement visent à comptabiliser le nombre et le montant annuel des marchés de l'Etat et des collectivités locales en termes de nouveaux marchés, de renouvellements et d'avenants passés du 1<sup>er</sup> janvier au 31 décembre, mais pas de marchés en cours d'exécution.

---

<sup>5</sup> Autres que ceux ayant un caractère industriel et commercial.

## 2.3 Des statistiques financières partielles indiquent une prédominance en montant des marchés des collectivités locales

### 2.3.1 Données issues de la direction générale de la comptabilité publique

La direction générale de la comptabilité publique (DGCP) souligne que le montant des achats publics (APU), tel qu'il est consolidé par l'INSEE dans le rapport sur les comptes de la Nation 2003 (137 Milliards d'euros, soit 8,7 % du produit intérieur brut français<sup>6</sup>, hors marchés de travaux) ne correspond pas au périmètre des marchés publics, puisqu'il inclut, notamment, les achats immobiliers de l'Etat.

Sa présentation des marchés publics diffère donc très sensiblement de celle de l'INSEE

| Source (année 2003)              | Recensement DGCP            | Données Comptabilité nationale (INSEE) |
|----------------------------------|-----------------------------|--|
| <b>Champ</b>                     | APU + opérateurs de réseaux | APU                                    |
| <b>Montants</b> (en Mds d'euros) | 37,7                        | 137 <sup>7</sup>                       |

Les **37,7 milliards d'euros** sont des données de comptabilité publique issues du recensement réalisé par la DGCP. Ces données sont particulièrement lacunaires en ce qui concerne les marchés des administrations publiques en deçà de 90 000 euros (marchés non formalisés) ainsi que sur l'ensemble des marchés passés par les entreprises publiques (notamment ceux qui correspondent aux opérateurs de réseaux).

A titre d'exemple, le nombre et le montant des marchés des universités et celui des organismes de santé, commencent à pouvoir faire l'objet d'une consolidation indicative. Mais les marchés passés par les aéroports n'est pas encore recensé.

Compte tenu de ces éléments, et en attendant la création de l'Observatoire de l'achat public qui devrait intervenir en 2005, le groupe de travail présidé par les trois directeurs généraux et directeurs du Trésor (DGTPE) de la comptabilité publique et de la direction juridique du Ministère des finances, a comptabilisé pour 2003 un montant d'achats de 37 milliards d'euros, ce chiffre étant certainement sous estimé, dont 8,348 milliards dans le secteur hospitalier, le moins mal connu.

Les **137 milliards d'euros** sont estimés à partir des données de comptabilité nationale produites par l'Insee. Le concept d'achat public n'existant pas en comptabilité nationale, on considère que le total des consommations intermédiaires (CI)<sup>8</sup> et des investissements publics

<sup>6</sup> Pour l'Union européenne, cette proportion atteindrait, marchés de travaux compris, 14 % du produit intérieur brut de l'ensemble de l'Union.

<sup>7</sup> Avec le concept APU de la Commission européenne (issu du calcul de son indicateur 1), le montant est de 230,5 milliards d'euros.

<sup>8</sup> Les consommations intermédiaires regroupent l'ensemble des biens et services consommés, à l'exclusion des actifs fixes qui correspondent à de l'investissement. Sont notamment concernés les fournitures, les travaux courants d'entretien et de réparation, les loyers sur actifs produits (location de logements et de machines, mais pas de terrains), l'achat de services juridiques ou financiers, ainsi que – par convention comptable – toutes les armes de guerre utilisées par les unités militaires.

(FBCF)<sup>9</sup> des administrations publiques<sup>10</sup> correspond, en première approximation, au total des « achats ».

Au total, la DGCP est en mesure de communiquer actuellement les données partielles suivantes pour 2003.

| <b>Recensement économique des marchés publics</b>   |                |                        |
|---|----------------|------------------------|
| Marchés notifiés en 2003  |                |                        |
| <i>Données globales : marchés notifiés en 2003 pour l'Etat (à l'exception du secteur de la Défense)</i> |                |                        |
|   | Nombre         | Montant (000) en euros |
| Travaux   | 8 028          | 1 948 802              |
| Fournitures   | 3 422          | 998 811                |
| Services  | 4 118          | 1 976 160              |
| <b>TOTAL</b>  | <b>15 568</b>  | <b>4 923 773</b>       |
| <i>Données globales : marchés notifiés en 2003 pour le secteur de la Défense</i>                        |                |                        |
|   | Nombre         | Montant (000) en euros |
| Travaux   | 1 549          | 606 495                |
| Fournitures   | 3 011          | 1 949 589              |
| Services  | 1 275          | 642 838                |
| <b>TOTAL</b>  | <b>5 835</b>   | <b>3 198 922</b>       |
| <i>Données globales : marchés notifiés en 2003 pour le secteur des collectivités locales</i>            |                |                        |
|   | Nombre         | Montant (000) en euros |
| Travaux   | 86 836         | 12 636 391             |
| Fournitures   | 63 850         | 9 567 653              |
| Services  | 24 176         | 5 095 687              |
|   | <b>174 862</b> | <b>27 299 731</b>      |
| <b>TOTAL :</b>  | Nombre         | Montant (000) en euros |
| Travaux   | 96 413         | 15 191 688             |
| Fournitures   | 70 283         | 12 516 053             |
| Services  | 29 569         | 7 714 685              |
|   | <b>196 265</b> | <b>35 422 426</b>      |

Source : DGCP avril 2005.

Le site internet de l'Union des groupements d'achats publics (UGAP) centrale d'achat public, ayant pour mission d'acheter des produits et des services pour le compte des personnes publiques indique enfin que les montants des achats passés par cette a représenté, en 2003, un montant de 461 millions d'euros.

A titre indicatif, encore, dans un secteur contrôlé a priori et systématiquement et par l'IGAS, le montant de 58 marchés<sup>11</sup> des organismes de sécurité sociale du seul régime général, retenus pour le contrôle de la CCMOSS, a représenté un montant de 190 547 974 € HT en 2004, chiffre inférieur à la réalité des montants de l'ensemble des marchés passés

<sup>9</sup> La FBCF comprend notamment tous les actifs issus d'un processus de production (véhicules, logements, matériels informatiques et logiciels...) ainsi que les réparations qui dépassent le cadre de travaux courants d'entretien ou de réparation.

<sup>10</sup> Les administrations publiques comprennent l'Etat et les organismes rattachés (ODAC = organismes divers d'administration centrale), les collectivités locales et établissements locaux rattachés, les administrations de sécurité sociale.

<sup>11</sup> NB En vertu de la capacité offerte à la présidente par l'arrêté de 2002, de sélectionner les dossiers, sur une centaine de marchés présentés au contrôle, chaque année, une soixantaine ont été retenus par tirage au sort aléatoire. Les marchés de travaux présentés au contrôle totalisant souvent plus de 25 lots, les lots contrôlés ont été également tirés au sort, à raison de quatre par marché. Le montant total indiqué est donc sensiblement inférieur au montant des marchés passés.

### **2.3.2 *La répartition de la commande publique par branches d'activité professionnelle est très largement inconnue***

Les anciennes commissions de contrôle des marchés de l'Etat n'ayant fait porter leur contrôle a priori que sur un nombre restreint de marchés, aucun recensement exhaustif n'a été organisé au niveau de leurs secrétariats permanents.

Aucune des grandes branches d'activité professionnelle auditionnées dans le comité social du cadre du Groupe permanent d'étude des marchés n'a été en mesure de fournir une idée précise de la proportion de l'achat public dans les commandes enregistrées par les entreprises.

Toutes, néanmoins, en particulier la Fédération Française du bâtiment (FFB) et le syndicat s'accordent pour considérer la part de cette commande comme considérable.

## **2.4 Ni les acheteurs de l'Etat ni ceux des organismes de sécurité sociale n'utilisent les potentialités sociales offertes par l'achat public, en particulier dans le cadre de l'article 14 du code des marchés publics**

La tentative de recensement des recours par l'acheteur public aux dispositions de l'article 14, initiée en 2005 par monsieur Jean Baptiste de Foucauld, inspecteur général des finances, auprès des secrétariats des anciennes CCM s'est révélée infructueuse, aucun de ces recours n'ayant été mentionné.

De même, le recensement exhaustif des marchés des organismes de sécurité sociale soumis à la Commission consultative des marchés des organismes de sécurité sociale de l'année 2000 à l'année 2005, a montré que la possibilité offerte à la personne responsable du marché de « *promouvoir l'emploi des personnes rencontrant des difficultés particulières d'insertion ou de lutter contre le chômage* », n'avait été utilisée dans aucun des 231 marchés passés pour 626 331 146 euros hors taxe.

Au total, on constate une distorsion paradoxale entre l'effort de contrôle a priori et l'effort de recensement.

## **2.5 Les acheteurs publics des collectivités locales, plus utilisateurs que l'Etat des clauses sociales ont été souvent sanctionnés par une jurisprudence restrictive**

Sans qu'il soit possible de donner à cette affirmation une traduction chiffrée, il apparaît que les collectivités locales sont plus utilisatrices que l'Etat et les organismes de sécurité sociale, des possibilités de définir des exigences ou des critères sociaux, offertes par le code des marchés publics.

Une logique financière peut naturellement conduire l'acheteur des collectivités locales à utiliser des clauses sociales dans les marchés publics.

Comme l'indique le témoignage d'un représentant des collectivités locales reproduit au point 3 (problématique), la possibilité offerte à l'acheteur public d'exiger des la part des entreprises candidates, un souci particulier d'emploi de personnes éloignées de l'emploi peut permettre d'espérer impacter à la baisse le budget social de la collectivité dont il a la charge.



Il est cependant paradoxal qu'un des indices de preuve de cette affirmation soit le fait que les contentieux exhaustifs, recensés dans le cadre de ce rapport ont *tous* trait aux achats des collectivités locales.

Par simple hypothèse, il est plausible d'attribuer la rigueur des juges à un contexte marqué par plusieurs affaires de corruption qui n'avaient rien à voir avec l'utilisation de clauses sociales, mais ont marqué la presse et l'opinion publique dans un sens défavorable.

La crainte de voir des marchés attribués à des associations d'insertion sélectionnées pour des causes de voisinage, voire d'électoralisme aurait-elle joué ? L'auteur de ce rapport ne dispose d'aucun élément pour répondre à cette question qui mérite cependant d'être posée.

## TROISIEME PARTIE - L'UTILISATION D'EXIGENCES ET DE CRITERES SOCIAUX DANS LES MARCHES PUBLICS

Depuis de très nombreuses années, la capacité offerte à l'acheteur public, de fixer des exigences ou des critères d'attribution d'ordre social a été largement battue en brèche par la jurisprudence.

Il est cependant notable, que les directives européennes, les communications interprétatives et les jugements de la Cour de Justice européenne souvent invoquées à l'appui de la sévérité du juge français, ont constamment démenti le bien fondé des interprétations restrictives.

### 3.1 Histoire juridique de clauses inappliquées

La présentation par le tableau ci-joint vise à mieux suivre les étapes chronologiques de l'histoire juridique franco-européenne, relative à la possibilité de choix de clauses d'ordre social dans les marchés publics.

| Droit et jurisprudence français   | Droit et jurisprudence communautaire  |
|---|---|
| 10 août <b>1899</b> le décret du Président Millerand impose d'insérer dans les marchés publics des clauses sociales relatives aux conditions de travail, notamment en termes de repos hebdomadaire et de durée du travail ...<br>.....<br>..... |   |
| <b>1938</b> Décret-loi du 12 novembre 1938 portant extension de la réglementation en vigueur pour les marchés de l'Etat, aux marchés des collectivités locales et leurs établissements publics  |   |
|   | <b>1971.</b> Directive 71/305 du Conseil du 26 juillet 1971 visant la libre prestation de services dans le domaine des marchés publics de travaux conclus par les Etats membres pour le compte de l'Etat, des collectivités territoriales et d'autres personnes de droit public.<br>Article 20.   |
| <b>1975</b> Loi n° 75-1334 du 31 décembre 1975 relative à la sous-traitance.  |   |
|   | <b>1988.</b> Arrêt de la Cour de Justice européenne (CJCE n° 31/87 du 10 septembre 1988), dit « arrêt Gebroeders Beentjes ».<br><br>En vertu de l'article 20 de la directive de 71 : « <i>la vérification de l'aptitude de l'entrepreneur et l'appréciation de l'offre constituent deux opérations différentes, autonomes et successives</i> ».<br><br>L'utilisation d'un critère social subsidiaire, en l'occurrence, l'emploi de chômeurs de longue durée, au stade de l'appréciation de l'offre en tant que <i>critère d'attribution</i> du marché est expressément exclu.<br><br>L'utilisation de ce critère subsidiaire pour départager des offres équivalentes aurait pour conséquence de violer le principe de non discrimination des candidats, |

|   |   |
|---|---|
|   | <p>puisqu'en définitive, à l'heure du choix des offres, ce critère serait le <i>seul</i> critère déterminant de <i>l'attribution</i> du marché.</p> <p>Le principe de non discrimination n'aurait pas été violé si la prise en compte d'actions liées à l'insertion de chômeurs avait été inscrite comme <i>exigence sociale dès la définition des conditions d'exécution des marchés, inscrite dans les cahiers des charges.</i></p>   |
| <b>1985</b> Loi n° 85-703 du 12 juillet 1985, relative à certaines activités d'économie sociale.  |   |
| <b>1991</b> Loi n° 91-3 du 3 janvier 1991, relative à la transparence et à la régularité des procédures de marchés et soumettant la passation de certains contrats à des règles de publicité et de mise en concurrence. Dernière modification par décret n° 91-472 du 14 mai 1991, JO du 17 mai 1991 des CCAG travaux, fournitures courantes, marchés industriels, prestations intellectuelles...   |   |
|   | <b>1992</b> Affaire C-243/89 <i>Storebaelt</i> . Un pouvoir adjudicateur est tenu de rejeter les offres qui ne sont pas conformes aux prescriptions du cahier des charges sous peine de violer le principe d'égalité de traitement des soumissionnaires qui sont à la base de la directive des marchés publics<br>Directive 92/50/CEE du 18 juin 1992 portant coordination des procédures de passation des marchés publics de <b>services</b> .   |
| <b>1993</b><br>Les circulaires ministérielles du 29 décembre 1993 et du 14 décembre 1995 relatives à la clause dite du « mieux disant social » ont pour objet la promotion d'actions en matière d'insertion et d'emploi par le biais de la commande publique, de chômeurs de longue durée, de bénéficiaires du RMI et de jeunes sans qualification.<br>Ces circulaires rappellent que la validité de ces exigences est subordonnée au respect des principes fondamentaux des marchés publics<br>- liberté d'accès à la commande publique<br>- égalité de traitement des candidats<br>- transparence des procédures<br>- principe de non discrimination découlant du droit communautaire.<br>La circulaire du 29 juillet 1993 indique de surcroît : « <i>La qualité de l'offre relative au critère additionnel d'emploi et de formation de demandeurs d'emploi ne peut, en elle-même, compenser des garanties techniques ou financières non satisfaisantes, une offre insuffisamment adaptée aux besoins exprimés par la collectivité publique ou un prix supérieur à celui d'un concurrent.</i> »<br><br>NB. Ces circulaires n'ont rien de contradictoire avec l'arrêt Beentjes, si l'acheteur public veille à ne pas confondre<br>- « <i>la vérification de l'aptitude de l'entrepreneur</i> » | <b>1993</b><br>Directive européenne 93/37/CEE du conseil, du 14 juin 1993 portant coordination des procédures de passation des marchés publics de <b>travaux</b> .<br><br>Directive 93/36/CEE du 18 juin 1992 portant coordination des procédures de passation des marchés publics de <b>fournitures</b> .<br><br>1993 Directive 93/38/CEE du 18 juin 1992 portant coordination des procédures de passation des marchés publics dans les secteurs de l'eau, l'énergie, des transports et des télécommunications ( <b>secteurs spéciaux</b> )<br><br>NB. A l'occasion des travaux préparatoires à la rédaction de la directive, les Etats membres se manifestent expressément <i>contre l'introduction de critères à caractère non strictement économiques</i> pour <i>l'attribution</i> des marchés.<br>Cette « manifestation » n'a aucunement la valeur juridique d'une recommandation, encore moins d'une directive. Elle n'est intervenue qu'à l'occasion d'une négociation sur les seuls marchés de travaux.<br>Elle a néanmoins été rappelée le 12 mai 2000 par M. Bolkestein au nom de la commission, en réponse aux questions posées le 21 mars 2000 aux questions posées par trois parlementaires européens (voir infra). |

|   |  |
|---|--|
| <p>par les conditions préalables posées pour l'exécution des marchés</p> <ul style="list-style-type: none"> <li>- <i>et l'appréciation du dossier d'offre</i> » par des critères de choix additionnels risquant d'écartier, sans affichage initial, une entreprise du secteur commercial au bénéfice d'une entreprise du tiers secteur.</li> </ul> <p>Il est possible d'afficher <i>dès le stade du cahier des charges, et comme exigence de conformité des offres</i> que les entreprises candidates doivent s'engager à faire des efforts d'insertion.</p> <p>L'introduction de critères additionnels pouvant départager les candidats au stade ultérieur du choix des offres est également possible (art. 297) mais elle doit</p> <ul style="list-style-type: none"> <li>- <i>être strictement liée à l'objet du marché et ses conditions d'exécution</i></li> <li>- ne pas cibler, par des exigences spécifiques, une entreprise du tiers secteur, plutôt qu'une entreprise du secteur commercial.</li> </ul> |  |
| <p><b>1994.</b> Décret du 27 avril 1994, modifiant le code des marchés publics.</p>   |  |
| <p><b>1996</b><br/>Saisi par la Fédération Nationale des travaux publics et la Fédération nationale du bâtiment, l'arrêt du conseil d'Etat 10 mai 1996 rejette la demande en annulation de la circulaire du 29 juillet 1993, au motif que cette circulaire <i>« est dépourvue de toute valeur réglementaire et ne fait pas grief... »</i></p>   |  |
|   | <p><b>1998.</b><br/>Le point 4 de la communication de la Commission sur les marchés publics du 11 mars 1998, admet qu'il est possible de<br/>« poser comme <i>condition d'exécution des marchés publics</i>, le respect d'obligations à caractère social, visant, par exemple, à promouvoir l'emploi des femmes ou à favoriser la promotion de certaines catégories désavantagées.<br/>« bien entendu, seules sont autorisées les conditions d'exécution qui n'ont pas d'incidence discriminatoire, directe ou indirecte, à l'égard de soumissionnaires provenant d'Etats membres.<br/>« En outre, <i>une transparence adéquate doit être assurée par la mention de ces conditions dans les avis de marchés ou dans les cahiers des charges.</i> »</p> |
| <p><b>30 novembre 1999.</b><br/>Jugement du tribunal administratif de Strasbourg : annulation du marché conclu entre la Communauté urbaine de Strasbourg et la société Au Port'Unes, le 26 octobre 1998.<br/>Dès le stade du règlement de consultation, la communauté urbaine de Strasbourg, se référant aux</p>  |  |

<sup>12</sup> « En effet », ajoute très concrètement Mme Tasca, « lorsqu'on impose des obligations à caractère social cela entraîne une surcharge de travail et une augmentation de l'encadrement des équipes pour toutes les entreprises, quel que soit le secteur. Par ce biais, on introduit une égalité des chances de remporter le marché pour toutes les entreprises. »

|  |  |
|--|--|
| <p>articles 297 et 297 bis du code des marchés publics, annonçait la prise en compte de <i>critères</i> pour le jugement des offres.</p> <p>Mais, indirectement, et par souci vraisemblable de précision, elle « ciblait » trop précisément les entreprises « ayant déjà participé à des démarches d'insertion », leur demandant de « fournir tous justificatifs et références en la matière. »</p> <p>Termes du jugement :</p> <p>- « l'introduction de critères additionnels est prohibée lorsqu'ils ne sont pas justifiés par l'objet du marché ou ses conditions d'exécution ; en l'espèce, le marché de nettoyage et de balayage... contesté n'impliquait, en lui-même, ni par son objet, ni par ses conditions d'exécution, que le critère additionnel soit <i>imposé</i>. »</p> <p>- « alors même que la Communauté urbaine de Strasbourg, comme elle le soutient, n'aurait pas, fait usage du critère additionnel d'insertion pour départager les candidats, la seule exigence de <i>critère</i>, en l'espèce illégal, comme condition de <i>présentation</i> des offres, est de nature à entacher d'irrégularité le marché litigieux. »</p> <p><b>En bref, les services de l'acheteur public devaient justifier d'un lien étroit du critère additionnel avec l'objet du marché s'ils souhaitaient recourir aux articles 297 ou 297 bis du code de 1991 modifié. S'ils souhaitaient se borner à définir les conditions de présentation des conditions d'exécution du marché, ils devaient, d'un simple point de vue sémantique, écarter le terme de « critère ».</b></p> <p><b>22 décembre 1999.</b> Réponse de la Secrétaire d'Etat aux petites et moyennes entreprises, au commerce et à l'artisanat à la question parlementaire de M. Armand Jung, parlementaire, le.</p> <p>« Le jugement du tribunal administratif de Strasbourg fait une application rigoureuse de la règle selon laquelle les critères d'attribution des marchés publics ne doivent pas être étrangers à l'objet du marché. Cette règle est affirmée dans le code des marchés publics, mais elle est également contenue dans les directives communautaires... »</p> <p><b>La clé de la réussite est aussi simple que formelle : « Le fait d'écrire ces obligations à caractère social dans le cahier des charges du marché et de ne pas les retenir comme critère de choix d'une entreprise, remet les entreprises à égalité de concurrence... »<sup>12</sup></b></p> |  |
|  | <p><b>12 mai 2000.</b> Se fondant sur les termes de la communication du 11 mars 1998 précitée, M Bolkestein répond, au nom de la Commission « Les conditions d'exécution ne peuvent pas viser l'exclusion préalable de certaines entreprises, mais un engagement des soumissionnaires de prendre certaines mesures si le marché leur est attribué. »</p> |
|  | <p><b>Arrêt CJCE, C-225/98 du 26 septembre 2000)</b> Commission c/France. La Cour de Justice européenne</p>  |

|  |  |
|--|--|
|  | <p>rappelle le principe de non discrimination mais admet, contrairement à l'avis de son avocat général, que le « mieux disant social » pouvait constituer un critère licite <i>d'attribution</i> du marché, dans la mesure où la directive travaux n'interdisait pas son utilisation. Elle contre résolument l'interprétation erronée et restrictive que la Commission avait faite de sa jurisprudence Beentjes.</p> |
| <p><b>7 mars 2001.</b> Le code des marchés publics publié par décret se place <i>en retrait</i> par rapport à l'arrêt CJCE du 26 septembre 2000</p> <p>- « La définition des <i>conditions d'exécution</i> d'un marché dans le cahier des charges peut viser à promouvoir l'emploi de personnes rencontrant des difficultés particulières d'insertion, à lutter contre le chômage le recours à des critères additionnels de choix des offres » à condition « qu'elles n'aient pas d'effet discriminatoire à l'égard des candidats potentiels » (article 14).</p> <p><b>Ordonnance du 17 janvier 2001</b>, le vice-président délégué par le président du tribunal administratif de Lille annule les actes de procédure afférents à la passation du marché négocié, enjoint la commune de Gravelines de retirer du règlement de la consultation le critère relatif aux «propositions concrètes faites par les soumissionnaires en matière de création d'emplois, d'insertion et de formation » et de ne retenir que les offres conformes au règlement de la consultation.</p> <p><b>Arrêt du 25 juillet 2001, le Conseil d'Etat</b> rejette la requête présentée par la commune de Gravelines en annulation de l'ordonnance du 17 janvier 2001, au motif que le critère additionnel de sélection précité est sans rapport avec le marché ou avec ses conditions d'exécution.</p> <p><i>« Le déblaiement d'une douve et le tri des déchets qui sont des travaux de main d'œuvre, se prêtent peut-être assez bien à des objectifs d'embauche de chômeurs ou de réinsertion professionnelle, mais ils ne les visent pas et ne les impliquent pas nécessairement dans leur exécution. Par conséquent, la clause litigieuse se révèle extérieure, tant à l'objet proprement dit du marché, qu'à celui des de la réglementation des marchés publics. Par conséquent, elle est illégale... Si vous nous suivez », poursuit le rapporteur, « vous vous montrerez, il est vrai plus sévère, sur le fondement du code des marchés publics français que ne l'est la Cour de Justice européenne. »</i></p> |  |

|   |   |
|---|---|
| <p><b>L'instruction du 28 août 2001 publiée au journal officiel du 8 septembre 2001 pour l'application du code des marchés publics pris par décret n° 210-2001 du 7 mars 2001</b> précise les possibilités offertes par le code des marchés publics.</p> <p>L'acheteur public peut imposer, dans le cadre de ses achats, des conditions d'exécutions des marchés prenant en compte des préoccupations sociales, sous réserve qu'elles ne revêtent pas de caractère discriminatoire.</p> <p>En termes de régularité de la procédure, la garantie du principe de non discrimination doit être assurée par une publication des exigences sociales, dès le stade de l'appel public à la concurrence ou de la rédaction du cahier des charges fixant les règles du jeu de cette concurrence.</p> <p>En application du I de l'article 53 du code, des exigences sociales, fixées dans le cahier des charges peuvent servir à éliminer des offres non conformes au cahier des charges.</p> <p>Si elles n'ont pas été exigées dès le stade de la rédaction du cahier des charges, les conditions sociales d'exécution des marchés ne peuvent être invoquées à l'heure du choix des offres après ouverture des plis.</p> |   |
|   | <p><b>15 octobre 2001</b><br/> <b>Communication interprétative de la Commission des Communautés européennes</b><sup>13</sup>.(JOCE C 333 ; 28 nov 2001).</p> <p>La commission rappelle</p> <ul style="list-style-type: none"> <li>- que le progrès économique, la cohésion sociale et la protection de l'environnement sont des piliers complémentaires du développement durable.</li> <li>- que le traité d'Amsterdam pose comme l'une des priorités de l'Union européenne l'élimination des inégalités et combat tout type de discrimination.</li> </ul> <p>Le cadre juridique existant offre à l'acheteur public un éventail de possibilités lui permettant de prendre en compte des aspects sociaux à <i>chaque stade</i> de la procédure de passation.</p> <ol style="list-style-type: none"> <li>1) définition de l'objet du marché. A l'évidence, l'acheteur public peut passer un marché dont l'objet répond à ses besoins sociaux</li> <li>2) « <i>c'est avant tout au stade de l'exécution ... qu'un marché public peut constituer un moyen pour les pouvoirs adjudicateurs d'encourager la poursuite d'objectifs sociaux.</i> » Quel que soit l'objet du marché, l'acheteur public peut exiger des conditions sociales dans ses modes d'exécution, à condition       <ol style="list-style-type: none"> <li>a) que celles- soient <i>justifiées</i> par l'objet du marché</li> <li>b) respectent les principes d'égalité de traitement des candidats et de non discrimination</li> <li>c) soient annoncées dans l'avis de marché ou dans le</li> </ol> </li> </ol> |

<sup>13</sup> Analyse proposée par la direction des affaires juridiques du Ministère de l'Economie et des Finances (Bureau de la prospective et des affaires techniques).

|  |   |
|--|---|
|  | <p>cahier des charges du marché</p> <p>L'acheteur public peut également rappeler dans le cahier des charges du marché les réglementations et dispositions applicables en matière sociale (droit du travail national, sous-traitance responsable, obligation de formation du personnel, textes législatifs communautaires applicables en matière de sécurité et santé au travail et sur les chantiers par exemple, principes et droits fondamentaux sur le lien de travail définis par l'OIT.</p> <p>En application des principes d'égalité et de transparence, l'acheteur public doit veiller à informer précisément les candidats sur les obligations sociales qu'il fixe.</p> |
| Consolidation au 12 décembre 2001 de la loi n° 75-1334 du 31 décembre 1975, relative à la sous-traitance (voir 1 <sup>ère</sup> partie).   |   |
| <p><b>Décret du 7 janvier 2004 portant code des marchés publics français</b> (voir articles 1, 13, 14, 45, 46, 53, 115 en 1<sup>ère</sup> partie).</p> <p><b>Décret n° 2004-1298 du 26 novembre 2004</b>, relatif à diverses dispositions concernant les marchés de l'Etat et des collectivités territoriales (Voir article 1, IV, mentionné en 1<sup>ère</sup> partie et permettant de « réserver certains marchés ou certains lots à des ateliers protégés ... ou aux centres d'aides par le travail »).</p> | 2004 Directives 2004/17/CE et 2004/18/CE (voir 1 <sup>ère</sup> partie)   |
| <p><b>Loi de programmation et de cohésion sociale n° 2005-32 du 18 janvier 2005.</b></p> <p>Modifiant l'article 53 du code des marchés publics, « après les mots en matière de protection de l'environnement », sont insérés les mots : « ses performances en matière d'insertion professionnelle des publics en difficulté ».</p>   |   |

### 3.2 Les questions parlementaires traduisent différentes approches entre les Français et d'autres pays européens.

Ici encore, une présentation par tableau comparatif peut être éclairante.

|  |  |
|--|--|
| <p><b>22 décembre 1999</b></p> <p>Question posée par M. Armand Jung au Ministre de l'économie, des finances et de l'industrie, « sur la portée du jugement rendu par le tribunal administratif de Strasbourg du 30 novembre 1999 qui remet en question ce qu'on appelle le critère du « mieux disant social, dans le cadre de la procédure d'appel d'offres lors de la passation de marchés publics ».</p> |  |
|  | <p><b>21 mars 2000.</b> Question posée par Jean Naranjo Escobar (PPE-DE) Carlos Carnero Gonzalvez (PSE) et Salvador Jové.</p> <p>« Il semblerait que la commission, se fondant sur les conclusions de l'arrêt Bentjes, considère que, du moment que les exigences données en matière de publicité sont remplies et que la non discrimination est garantie, il est possible d'inclure des conditions contractuelles d'exécution à caractère social.</p> |



|   |   |
|---|---|
|   | <p>« La Commission n'estime-t-elle pas que le fait d'incorporer ces exigences dans les conditions contractuelles d'exécution et non dans les critères d'attribution renforce les chances de certains soumissionnaires européens et constitue par conséquent un obstacle majeur au marché intérieur ? Ainsi, une entreprise qui n'emploie pas un nombre donné de salariés permanents ne pourra jamais participer à un appel d'offres si les conditions d'exécution comportent ce critère restrictif, alors qu'elle pourrait le faire si l'un des critères d'attribution était la création d'emplois stables.»</p> <p>Réponse de M. Bolkestein :</p> <p>« A la différence de ce que les Honorables Parlementaires suggèrent, les conditions d'exécution ne peuvent pas viser l'exclusion préalable de certaines entreprises (les directives prévoient à cet effet des critères de sélection), mais un engagement des soumissionnaires à prendre certaines mesures si le marché leur est attribué. »</p> |
| <p><b>10 avril 2000.</b> Question posée par M. Georges Lemoine à l'attention de M. le ministre de l'économie, des finances et de l'industrie : « dans l'état actuel de la législation, la spécificité de l'action des régies et le rôle essentiel qui est le leur dans la réinsertion des personnes en difficulté ne sont pas pris en compte ni reconnus officiellement. Une décision du tribunal administratif de Strasbourg en date du 30 novembre a même déclaré illégale une clause dite du « mieux disant social ».</p>                                |   |
| <p><b>21 août 2000.</b> Question posée par madame Martine David à monsieur le ministre de l'Economie, des finances et de l'industrie.</p> <p>« ...L'introduction de cette clause du « mieux disant social » est d'une utilisation délicate pour les collectivités locales et l'incertitude juridique qui entoure cette pratique ne favorise pas son développement. Pourtant, de l'avis de tous, l'introduction d'un tel critère permettrait d'utiliser la commande publique comme un levier des politiques d'emploi et d'insertion professionnelle... »</p> |   |
| <p><b>10 février 2004.</b> M. Christian Estrosi « ... demande si, dans le cadre d'un appel d'offres en lot unique, il est possible, à l'occasion du dossier de consultation des entreprises, d'utiliser l'article 14 du code des marchés publics pour imposer à l'adjudicataire comme mode obligatoire d'exécution de son marché, la sous-traitance à une entreprise d'insertion agréées par l'Etat. »</p>  |   |

Au total, il apparaît que les questions posées par les parlementaires français ont visé

- à la candidature d'entreprises d'insertion.
- au respect des droits universels.

En revanche, la question des parlementaires espagnols, groupés, tous partis politiques confondus, a eu pour objectif, certes, dans une question datant déjà de cinq ans, de défendre la capacité à soumissionner d'entreprises émergentes et de veiller à ce que les clauses sociales

ne jouent pas comme des obstacles à leur entrée dans le jeu de la concurrence sur le marché intérieur.

Cette différence d'approche mérite d'être méditée.

On peut se demander si elle témoignerait d'un état d'esprit

- se référant à un Etat providence, chez les parlementaires français

- économiquement offensif, chez les parlementaires espagnols.

Ou/et si, comme le montrent des études universitaires récentes<sup>14</sup>, le modèle français de l'entreprise d'insertion n'a pas exactement sa transposition en droit espagnol ni dans d'autres droits européens.

---

<sup>14</sup> Etudes réalisées en 2001, 2002, 2003, 2004, par les étudiants de l'Institut Régional Universitaire Polytechnique de Saint Etienne, dans le cadre du DESS de Gestion des entreprises d'Insertion, de l'Université de Marne la Vallée. Voir également les travaux du Conseil National d'Insertion par l'activité économique (CNIAE).

## QUATRIEME PARTIE - LES LEÇONS D'UNE CONFRONTATION ENTRE ACHETEURS PUBLICS ET REPRESENTANTS D'ENTREPRISES CANDIDATES

### 4.1 Le comité social du GPEM/DDEN

De janvier à mai 2005, les points de vue d'acheteurs publics, de candidats à l'achat public et de membres de l'administration ont été confrontés à l'IGAS, dans le cadre du comité social créé au sein du Groupe permanent d'étude des marchés/développement durable (GPEM/DD).

Il s'agissait de consulter ces différents acteurs sur l'élaboration d'un guide pratique visant à faire prendre conscience à l'acheteur public des possibilités que lui offre le code pour la prise en compte d'exigences et de critères sociaux dans les marchés publics, notamment au stade de la définition « *des conditions d'exécution d'un marché dans les cahiers des charges* », permettant « *de promouvoir l'emploi de personnes rencontrant des difficultés particulières d'insertion et à lutter contre le chômage* » (article 14 du CMP).

D'autres avis ont été sollicités dans le cadre plus général des consultations demandées par lettre de mission du ministre délégué aux relations du travail, à propos du rapport IGAS n° 2004 176 de décembre 2004 qui lui a été remis par madame Dufourcq sur « La responsabilité sociale des entreprises, à l'heure du recours aux externalisations, à la sous-traitance et à l'emploi de personnel intérimaire. »

A titre illustratif, sont présentées ici les attentes relatives à la prise en compte de points de vue

- de candidats à l'achat public, représentés par la Fédération française du bâtiment, par la chambre syndicale des sociétés de service et d'ingénierie informatique (SYNTEC/informatique), par l'union des industries métallurgiques et minières (UIMM), par le syndicat des entreprises de travail temporaire (SETT).
- d'acheteurs publics représentés par l'association des départements de France (ADF) la régie autonome des transports parisiens (RATP)
- de responsables du contrôle des marchés, issus de l'Inspection générale des affaires sociales, spécialisée dans le contrôle des marchés des établissements de santé et des organismes de sécurité sociale
- de membres de l'administration des affaires sociales et de la direction juridique du ministère de l'économie et des finances.

Ces quatre types d'acteurs ayant eu, à l'origine, des approches sensiblement divergentes, il est éclairant de comprendre la logique de leurs points de vue initiaux.

## **4.2 Pour les représentants des entreprises candidates à l'achat public, l'acheteur public doit surtout garantir l'égalité des candidats et de leurs sous traitants éventuels devant la concurrence par l'exigence explicite d'un respect rigoureux du droit du travail et de celui de la sous-traitance**

### ***4.2.1 Le contexte concurrentiel international oblige à rappeler publiquement, voire à préciser les règles du droit du travail français***

Confrontés à une concurrence européenne et étrangère offensive, les représentants des branches d'activité françaises attendent de l'acheteur public qu'il prenne toutes les dispositions nécessaires pour lutter efficacement contre toutes les formes de « dumping social ».

Celles-ci risquent, selon eux, non seulement de fausser la concurrence à leur détriment, mais de nuire à la qualité du service rendu et donc, à l'efficacité finale de l'achat public.

Dans cet esprit, et malgré leur discours renouvelé sur l'hypothétique inflation de contraintes administratives, les représentants des branches d'activité professionnelles consultées ne sont pas opposés, au contraire, à ce que, dans un souci de transparence des procédures, inscrit dans l'article 1 du code des marchés publics, l'acheteur public affiche, dès le stade de la rédaction du cahier des charges, des exigences explicites sur :

- l'application stricte du droit du travail français, et ceci, dès le stade de la rédaction du cahier des clauses administratives particulières. Cette exigence, rendue plus nécessaire encore depuis l'élargissement de l'Europe et la banalisation de l'emploi de personnels détachés étrangers pourrait être explicitement rappelée dans les cahiers des clauses administratives générales approuvées par arrêté conjoint du ministre de l'économie et des finances et comporter un rappel synthétique de la législation en vigueur. Le caractère implicite de l'exigence de respect du droit est devenue insuffisante, notamment sur les points, tels celui de l'emploi de personnels détachés où la superposition du droit du travail international, européen et français risque d'engendrer des confusions ou même des tentations.
- les conditions dans lesquelles le candidat à la maîtrise d'œuvre dans le domaine de la construction ou à la conception, dans celui de l'informatique (architecture/travaux ou architecture informatique) doit exercer sa responsabilité sociale de donneur d'ordre
- les modalités dans lesquelles seront déclinées ces exigences dans la rédaction des contrats passés entre le titulaire principal, les titulaires de chacun des lots, entre ces titulaires et leurs sous traitants éventuels, quel que soit leur rang dans la chaîne de sous-traitance. Ces exigences pourraient être rappelées dès l'avis d'appel à concurrence pour les lots constituant une même opération (gros œuvre, terrassement, courants faibles, courants forts, plomberie, peinture... dans le domaine de la construction ; achat de matériel et de logiciels, formation des personnels à l'utilisation des nouvelles configurations, contrats de maintenance... dans celui de l'informatique). Leur respect pourrait être garanti par l'exigence, affichée dès le stade du cahier des charges, de port de badges de tous les intervenants sur les chantiers. (voir fiche sous-traitance jointe en annexe).

#### **4.2.2 Plusieurs branches d'activité professionnelles ont déjà pris l'initiative de prévenir le risque de dumping social dans la compétition à l'achat public**

##### *4.2.2.1 En rédigeant et diffusant des chartes de sous-traitance*

Les candidats à l'achat public savent que le principe du « *choix de l'offre économiquement la plus avantageuse* » peut être biaisé par la compétition d'entreprises « phares », sous traitant en réalité à d'autres entreprises intervenant dans des conditions sociales parfois opaques.

Pour lutter contre ces formes de dumping social pouvant entraîner de véritables « délocalisations sur place », le contrat type de sous-traitance, joint en annexe a été rédigé et publié en 2005, conjointement par la Fédération française du bâtiment (FFB), la fédération nationale des travaux publics (FNTP), la confédération de l'artisanat et des petites entreprises (CAPEB), le conseil national de la sous-traitance du bâtiment (CNSTB), les entreprises générales de France (EGF BTP) le syndicat national du second œuvre (SNSO), la fédération nationale des SCOP du BTP (FNSCOP).

L'utilisation de ce document est explicitement recommandée par le ministère de l'équipement, des transports, de l'aménagement du territoire, du tourisme et de la mer, ainsi que par le ministère des petites et moyennes entreprises du commerce et de l'artisanat, des professions libérales et de la consommation.

Dans le même esprit, la chambre syndicale des sociétés de services et d'ingénierie informatique- SSII (Syntec) de même, a produit un contrat type de sous-traitance précisant des éléments de responsabilité sociale du donneur d'ordre applicables dans sa branche d'activités professionnelle.

Elle y recommande une vigilance rigoureuse dans l'identification des entreprises principales et des sous traitants. Dans le domaine informatique, la difficulté à mobiliser des équipes nombreuses, réactives et multidisciplinaires en raison de la complexité croissante des applications informatiques, peut avoir de fortes répercussions en termes sociaux, notamment si elle oblige à faire appel, dans l'urgence, à des personnels détachés.

Dans d'autres branches d'activité professionnelles (nettoyage, gardiennage, assemblage industriel...) cette transparence organisant des relations équilibrées et loyales entre les contractants, est encore inégalement recommandée, dans les contrats types de sous-traitance ou dans des chartes de bonnes pratiques.

##### *4.2.2.2 En signant avec la DILTI des conventions de lutte contre le travail illégal*

En 2004 et 2005 la délégation à la lutte contre le travail illégal (DILTI) a et signé des conventions de lutte contre le travail illégal avec la fédération française du BTP et avec le syndicat des entreprises du travail temporaire (SETT).

#### **4.2.3 Elles ne voient que des avantages à ce que l'acheteur public s'inspire de ces bonnes pratiques dans la rédaction des cahiers des clauses administratives**

Un certain nombre de bonnes pratiques, communes à toutes les branches d'activité professionnelles pourraient être intégrées par l'acheteur public dans les cahiers des clauses

administratives particulières (article 13 du CMP), voire, par la direction juridique du Ministère des finances, pour la rédaction des clauses administratives générales dont l'acheteur public peut s'inspirer (article 13 du CMP).

#### **4.2.4 En revanche, les branches d'activité professionnelles s'interrogent sur la mise en œuvre des dispositions de l'article 14 du code des marchés publics**

##### *4.2.4.1 Les interrogations des branches d'activité professionnelles visent largement à préserver la bonne exécution technique des marchés*

L'emploi de personnes « présentant des difficultés particulières d'insertion » est-il compatible avec le niveau des compétences requises pour la bonne exécution d'un marché ?

Selon les branches d'activité professionnelles consultées, la responsabilité de l'entrepreneur principal candidat à un marché public, est de d'éviter tout risque de dégradation des conditions techniques d'exécution de ce marché et, partant de l'efficacité de l'achat public.

S'il envisage de faire appel à un sous-traitant, il doit « *procéder préalablement à un examen attentif des compétences techniques des entreprises candidates* »<sup>15</sup> et partant, des capacités professionnelles de leurs salariés.

Or, la proportion des personnes non qualifiées ou attachés à une qualification technologiquement dépassée, est plus importante parmi les personnes « rencontrant des difficultés particulières d'insertion ».

En conséquence, il peut être incompatible avec la bonne exécution du marché, voire à la simple déontologie d'employer des personnes non qualifiées ou de qualification inadéquate, pour l'exécution de travaux demandant une main d'œuvre qualifiée.

Les entreprises du travail temporaire, en particulier, font valoir, par expérience validée par leur connaissance des métiers, qu'il peut être non seulement inefficace, mais dangereux en termes de sécurité au travail, de remplacer une personne qualifiée par une autre qui serait insuffisamment ou trop anciennement ou encore trop hâtivement formée. Un chaudronnier ne peut devenir du jour au lendemain serrurier ; un ouvrier d'atelier ne peut devenir du jour au lendemain un ouvrier de chantier ouvert (voir bande dessinée jointe en annexe). A fortiori et à titre d'exemple concret, « il serait absurde d'exiger, dans le cahier des charges définissant les conditions d'exécution d'un marché de faux plafonds d'équipes comportant une certaine proportion de personnes éloignées de l'emploi... ».

L'Union des industries métallurgiques et minières, pour sa part, fait valoir que, dans un contexte de concurrence internationale offensive, la compétition entre, d'une part des personnels très qualifiés, détachés temporairement de pays à bas coûts salariaux et d'autre part, des personnes non qualifiées en difficulté d'insertion, joue nécessairement au détriment des seconds. Lutter contre cette tendance serait, non seulement entraver le libre jeu de la concurrence, acculer l'entreprise à une perte de productivité et de compétitivité meurtrières à terme, mais aussi risquer de nuire à la qualité du service rendu. A terme, la généralisation d'une démarche socio-protectrice pourrait aboutir à un effet inverse. Favoriser indirectement

<sup>15</sup> Voir contrat de sous-traitance dans le bâtiment, joint en annexe.

la disparition ou le départ à l'étranger d'entreprises ne serait certes pas la meilleure façon de lutter contre le chômage.

Ce raisonnement prévaut également dans les branches d'activité où dominent les entreprises candidates à des marchés de prestation de services spécialisés (informatique).

Dans l'état actuel du marché de l'emploi et du droit du travail français, la compétition ne peut guère jouer entre

- d'une part des personnes jeunes, parfois étudiantes ou originaires de pays émergents, performantes dans leurs tests de qualification et pouvant légalement bénéficier d'un stage ou d'un détachement de plusieurs mois,
- d'autre part des personnes ayant « décroché » du marché du travail, et « *rencontrant des difficultés particulières d'insertion* ». L'emploi de ces personnes par une entreprise candidate à un marché public nécessitant la fourniture d'une prestation de qualité indiscutable ne peut être raisonnablement envisagé qu'en CDD « tests » c'est-à-dire des CDD courts et encadrés, donc coûteux.

Dans le contexte économique, technologique et social actuel, la meilleure façon de lutter durablement contre le chômage, est d'assurer, très en amont, une liaison adéquate de la formation et de l'employabilité. Les réalisations de l'Association nationale pour la formation professionnelle des adultes (AFPA) et les initiatives des entreprises du travail temporaire sont actuellement considérées par les branches d'activité professionnelles comme les plus performantes à cet égard.

Baisser le niveau des exigences techniques dans les conditions d'exécution d'un marché ne reviendrait-il pas à recréer d'inutiles « ateliers nationaux » ?

En bref, la définition d'exigences favorisant l'emploi de personnes rencontrant des difficultés particulières d'insertion, ne serait réaliste que dans le cas d'opérations ne nécessitant pas de main d'œuvre qualifiée.

#### 4.2.4.2 *Ces interrogations méconnaissent l'extension et de la diversification récentes du champ de l'insertion sociale*

- Compte tenu de l'évolution de la structure de la population privée d'emploi depuis cinq ans, la part des personnes très qualifiées parmi les « *personnes présentant des difficultés particulières d'insertion* » n'a cessé d'augmenter. Cette tendance s'est traduite par une multiplication des entreprises visant notamment à l'insertion des étudiants ou des seniors, voire à la reconversion de compétences pointues, qui ne doivent pas être négligées.
- Par ailleurs, les entreprises dites du « tiers secteur », visant l'insertion sociale de personnes peu qualifiées ont elles-mêmes diversifié de façon sélective leur offre de travail. Cet effort peut être pris en compte par l'acheteur public lors de la définition de son besoin et de l'allotissement de son marché.

### **4.3 Pour le représentant des collectivités locales, la juste application de l'article 14 est une obligation civique**

Dans les budgets départementaux, la part considérable, consacrée à l'aide sociale de personnes éloignées de l'emploi, devrait justifier, à elle seule, l'effort de promotion de l'emploi par le biais des marchés publics.

Le représentant de l'association des départements de France (ADF), estime que l'inscription de préoccupations sociales dans la commande publique devrait être considéré comme un devoir civique de l'acheteur public.

« Qui mesure concrètement la part en temps et en budget de la gestion des dossiers des personnes éloignées de l'emploi au sein des départements et des régions, ne peut que vouloir privilégier l'emploi de ces personnes dans les commandes publiques. »

La part des marchés dont l'exécution ne présente pas d'impératif de qualification est suffisante pour qu'un effort déterminé apporte des réponses à la hauteur des enjeux.

Il faut aussi diversifier l'offre d'insertion en faveur des personnes déjà qualifiées. Il n'est pas envisageable, en effet, que des personnes qualifiées, voire très qualifiées, mais en chômage de longue durée acceptent des propositions trop éloignées de leurs compétences.

Bien entendu, cet effort suppose un travail préalable dans la définition fonctionnelle des lots de chaque opération.

Il est dommage qu'un effort pédagogique n'ait pas été entrepris pour faciliter ce travail aux acheteurs publics, alors que la jurisprudence sanctionnait les collectivités locales qui avaient maladroitement peut-être, mais dans un souci louable, fait l'effort de tenter de donner leurs chances à des structures d'insertion à statut d'association ou d'entreprise.

## **4.4 Ces points de vue apparemment divergents peuvent être conciliés**

### ***4.4.1 Une expérience réussie : la Régie autonome des transports parisiens (RATP)***

Dans cette entreprise publique, passant de très nombreux marchés de nettoyage, de gardiennage et de transports de fonds, l'insertion soigneuse d'exigences sociales, dès le stade de la rédaction du cahier des charges et non pas au stade ultérieur du choix des offres, ce qui serait discriminatoire, a permis l'insertion réussies de personnes éloignées de l'emploi.

La législation européenne, comme la législation française exigeant que les exigences sociales soient liées à l'objet du marché, c'est sur ce point capital que doit porter, dès le départ, l'effort de rédaction des cahiers des charges.

De plus des opérations soigneusement et non artificiellement alloties peuvent permettre de mettre en concurrence des entreprises sur des tâches ne présentant pas d'obligation majeure de technicité et laisser ainsi des chances réelles à des entreprises du tiers secteur.

### ***4.4.2 Les conditions d'une conciliation équitable***

Pour préserver l'égalité devant la concurrence, les exigences générales et des critères particuliers doivent être distinguées et annoncées dès le stade du cahier des charges.

A ce stade, la réflexion doit porter sur les degrés de liaison des exigences et des critères avec l'objet du marché proprement dit.



Comme on l'a vu en première partie (1.4), les exigences de recevabilité peuvent être d'ordre plus général ; les critères doivent être plus étroitement liés à l'objet du marché.

Ni les unes ni les autres ne doivent porter préjudice au libre jeu de la concurrence, ni en faveur des entreprises du secteur commercial ordinaire, ni en faveur des entreprises dites « du tiers secteur ».

La recherche de sous-traitances responsables doit être menée, sans pénaliser les entreprises du tiers secteur ni entraver le jeu de la concurrence européenne

Si aucune restriction ne doit être apportée au droit européen et au droit français de la sous-traitance, une plus grande transparence dans la connaissance des entreprises sous traitantes auxquelles les entreprises candidates ont l'intention de recourir ne peut qu'être encouragée.

La compatibilité entre les délais fixés et le nombre des niveaux prévisible sur la chaîne de sous-traitance, doit être étudiée avec vigilance.

Une pédagogie de l'allotissement doit être développée, sans modifier les règles de procédure

Il va de soi que la tentation de biaiser la concurrence en ayant recours à ce qu'on appelle vulgairement le « saucissonnage » des marchés, ne peut être que sanctionné.

Il est également rappelé que les marchés d'un montant situé en dessous du seuil qui peut les dispenser de formalité préalables, voire de publicité, doivent, tout autant que les autres, respecter les principes fondamentaux des marchés publics européens et français, à savoir, notamment, le libre jeu de la concurrence.

En revanche,

- veiller à la composition des lots en fonction des degrés de qualification des personnels ayant à les exécuter, afin de « laisser leur chance » à des entreprises du « tiers secteur », quel que soit leur niveau de spécialisation,
- ne pas privilégier systématiquement des entreprises en position dominante, au nom de la recherche de « offre économiquement la plus avantageuse »,

est désormais indispensable pour faire de l'achat public responsable une outil de cohésion sociale.

## CINQUIEME PARTIE - PRECONISATIONS

### 5.1 Préconisations d'ordre institutionnel

*5.1.1 Que le ministère de l'emploi, du travail et de la cohésion sociale soit représenté au sein de l'observatoire de l'achat public qui va être créé*

*5.1.2 Que cet observatoire interministériel définisse une méthode simple et claire, permettant de comptabiliser, si possible par branche, le nombre et le montant des marchés publics passés par l'Etat et par les collectivités locales, afin que la puissance d'achat public soit utilisée comme un levier pertinent des politiques publiques*

*5.1.3 Que le ministère de l'emploi, du travail et de la cohésion sociale soit systématiquement consulté et associé à la rédaction des cahiers des clauses administratives et techniques générales*

### 5.2 Préconisations d'ordre relationnel

#### *5.2.1 Avec les branches d'activité professionnelles*

Que le ministre développe systématiquement ses contacts amorcés avec les branches d'activité professionnelles et que ses représentants, recommandent largement l'utilisation des documents de bonnes pratiques, après examen et validation.

Que les branches d'activité professionnelles qui ne l'ont pas encore fait soient incitées à la rédaction de bonnes pratiques.

#### *5.2.2 Avec l'Etat et les collectivités territoriales*

Qu'une circulaire ministérielle encourage la diffusion, auprès des collectivités locales, via les directions régionales et départementales de l'emploi, du travail et de la formation professionnelle, de la directive 2004/18/CE du parlement européen et du conseil du 31 mars 2004 et de ses considérants, du décret du n° 2004 du 26 novembre 2004 et de l'article 59 de la loi de cohésion sociale du 18 janvier 2005, en soulignant leur caractère favorable à la prise en compte des exigences et des critères sociaux dans les marchés publics.

## 5.3 Préconisations d'ordre technique

Il est d'ores et déjà prévu que le Guide de l'achat socio-responsable, actuellement en cours d'élaboration au sein du GPEM/DD incitera la personne publique à...

### 5.3.1 Définir le besoin d'achat de façon socialement plus attentive

#### 5.3.1.1 Dès la définition des composantes du besoin d'achat

Même si l'objet du marché doit être exclusif, l'acheteur public peut, dès le stade de la définition de son besoin, peut se demander si des considérations d'ordre sanitaire ou social ne méritent pas être prises en compte (ouverture de portes permettant l'accès des bureaux aux personnes handicapées...).

#### 5.3.1.2 Dès le stade de la définition des lots

Dès le stade de la préparation du cahier des charges, la prévision d'un allotissement adéquat peut faciliter la réinsertion de personnes éloignées de l'emploi, quel que soit leur degré de qualification.

### 5.3.2 Dès le stade de la rédaction du cahier des charges, fixer les conditions d'exécution du marché à la suite d'interrogations socialement responsables, notamment sur

#### 5.3.2.1 ... les délais

- Un délai très court ne va-t-il pas servir de prétexte à des appels à une main d'œuvre soit sur-qualifiée et plus coûteuse, dans un espoir de performance accrue, soit, à l'inverse, à des personnels recrutés massivement et de façon particulièrement précaires ?
- la rapidité d'exécution d'une opération est-elle un besoin impérieux ?
- dans quels cas, le souci de l'emploi de personnes présentant des difficultés d'insertion et supposant, éventuellement la reprise, coûteuse en temps, de travaux maladroitement accomplis, peut-il primer sur celui de la rapidité d'exécution ?
- le délai d'exécution du marché est-il compatible avec les conditions d'exécution techniques ou l'état du marché de l'emploi, obligeant à choisir dans des conditions hâtives des sous traitants en cascade ?

#### 5.3.2.2 ...les exigences sociales compatibles avec l'objet du marché et sa bonne exécution technique

Ce point peut être très lié à la définition des lots (distinction des tâches de nettoyage, de logistique, d'emballage, de maintenance corrective ou applicative...)

### 5.3.3 *Dès le stade de la rédaction du cahier des charges, prévoir de définir des critères de choix permettant de...*

#### 5.3.3.1 *... d'éviter le « dumping social » en discernant l'offre « économiquement la plus avantageuse », en termes de « coût global »*

La notion d'offre économiquement la plus avantageuse ne doit pas risquer de devenir synonyme de « moins disant social ». L'évaluation du « coût global », peut être préconisée dans le domaine social. Une fragilité sociale, en termes de recrutement hâtif, peut fort bien coûter très cher, non seulement à l'entreprise titulaire du marché, mais à la personne responsable. (risques accidents du travail, faillites d'entreprises sous traitantes, travaux réalisés à la hâte par des personnes insuffisamment qualifiées, contentieux, grèves...) Tous ces points méritent d'être pris en considération dans le jugement équitable des offres. Un coût anormalement bas peut être un indice de recours à des formes diverses de travail illégal ou sous qualifié.

#### 5.3.3.2 *encourager une offre d'insertion plus diversifiée*

Comme on l'a indiqué en quatrième partie, la définition de critère de choix par la personne publique peut viser à faire appel à des « *personnes présentant des difficultés particulières d'insertion* ».

Cette expression peut viser des personnes handicapées ou non qualifiées mais aussi des chômeurs de longue durée très qualifiés dans un domaine resserré ou en mutation technologique récent.

Le décret du 26 novembre 2004, qui permet de « *réserver certains marchés ou certains lots à des ateliers protégés... ou aux centres d'aides par le travail* », vise explicitement la solidarité due à des personnes peu qualifiées.

Dans un monde en mutation technologique rapide, « *difficulté d'insertion* » et « *faible qualification* » ne doivent pas, pour autant être considérés comme synonymes.

A l'évidence, les difficultés d'insertion peuvent actuellement aussi tenir à d'autres facteurs que la sous-qualification ou le handicap.

A titre d'exemple, est-il impensable

- que l'objet d'un marché public puisse être compatible avec la chance donnée à l'insertion de femmes travaillant à horaire déterminé parce qu'elles élèvent seules, un ou plusieurs enfants ?
- que des sociétés coopératives de services intellectuels, fondées et employant des cadres seniors très qualifiés ou des anciens étudiants, juste sortis de l'université, très qualifiés mais sans expérience professionnelles puissent être aussi considérées, à leur manière comme des entreprises aidant les personnes présentant actuellement des « *difficultés particulières d'insertion...* » ?

Dans une perspective anticipatrice, l'offre d'insertion ne doit-elle pas être offensive à tous les niveaux de qualification ?

## **5.4 Préconisations d'ordre statutaire, au sein d'un futur avant projet de décret portant code des marchés publics**

Dans le cadre du code défini par le décret 2004-15 du 7 janvier 2004, la liste des renseignements exigés à l'appui des candidatures est strictement limitative. La raison en est le souci d'éviter des demandes excessives, voire fantaisistes. Néanmoins, compte tenu de l'augmentation du travail illégal en France, il devrait être demandé, dans le cadre du futur avant projet de décret actuellement en préparation, de lever ce caractère limitatif par un « *notamment* » afin de pouvoir, le cas échéant

### **5.4.1 Exiger une plus grande transparence dans la description du statut des personnels employés à l'exécution des marchés**

Demander à l'entreprise candidate de tenter d'afficher la proportion prévisible et à tous les stades de sous-traitance, d'emploi, non seulement de personnels intérimaires, mais aussi de personnels employés sur CDD, d'étudiants stagiaires (notamment dans les prestations de services bancaires, ou de services d'assurance) de personnels détachés européens ou étrangers. prévoir la traduction en français des justificatifs exigés par les entreprises d'origine étrangère.

### **5.4.2. Exiger une traduction en français des justificatifs sociaux, requis pour présenter une offre**

Trop souvent, des justificatifs présentés dans une langue ou même une écriture étrangère et incompréhensible par les services de l'acheteur public, conduisent à accepter ces justificatifs sans contrôle effectif, alors que ceux des entreprises françaises sont minutieusement visés.

### **5.4.3. Réexaminer le principe du pays d'origine pour la certification des attestations sociales exigées (article 46 du CMP)**

Compte tenu des discussions actuelles sur le principe du pays d'origine, et du projet de directive services, dans sa version du 26 avril 2005, il semble nécessaire d'engager une discussion avec le ministère de l'économie, des finances et de l'industrie, pour que soit modifié l'article 46 II<sup>16</sup> du code des marchés publics, notamment pour ce qui concerne l'emploi par d'éventuels sous traitants, de personnels détachés.

<sup>16</sup> Article 46 . *Le candidat auquel il est envisagé d'attribuer le marché produit, en outre,*

a) *les pièces mentionnées à l'article R 324-4 du code du travail*

b) *Les attestations et certificats délivrés par les administrations et organismes compétents, prouvant qu'il a satisfait à ses obligations... sociales. Un arrêté des ministres intéressés fixe la liste des ... cotisations sociales pouvant donner lieu à délivrance du certificat.*

*II. Afin de satisfaire aux obligations fixées par le b du I du présent article, le candidat établi dans un Etat autre que la France doit produire un **certificat établi par les administrations et organismes du pays d'origine.***

## CONCLUSION

La prise en compte d'exigences et de critères sociaux dans les marchés passés par les acheteurs publics, au premier rang desquels se trouvent actuellement les collectivités locales ne risque plus d'être entravée par une jurisprudence restrictive.

La législation européenne ne s'y oppose nullement, au contraire.

Si le ministre souhaite initier sur ce sujet la démarche de communication qui semble non seulement opportune à court terme mais indispensable à moyen terme, il évitera aux acheteurs publics toute déception d'ordre juridique en rappelant la **règle d'or de la transparence** : les *exigences et ses critères de choix* d'ordre social doivent être inscrits dès le cahier des charges qui est la véritable « enseigne du marché ».

Cette démarche de communication serait d'autant mieux ressentie par les branches d'activité professionnelles qu'elle viserait, de surcroît

- à tous niveaux de qualification, à
  - diversifier l'offre d'insertion
  - revaloriser la notion même de « *personne présentant des difficultés particulières d'insertion.* »
- à tous les niveaux de la sous-traitance, à
  - lutter, contre le travail illégal, en conditionnant la signature des contrats à la transparence des justificatifs demandés
  - garantir la sécurité juridique et la qualité du travail accompli, en liant les exigences et les critères sociaux à l'objet du marché.

Elisabeth Dufourcq

---

*Lorsqu'un tel certificat n'est pas délivré par le pays concerné, il peut être remplacé par une déclaration sous serment, ou, dans les Etats où tel serment n'existe pas, par une déclaration solennelle, faite par l'intéressé devant l'autorité judiciaire ou administrative compétente, un notaire ou un organisme professionnel du pays.*

**Annexe 1**  
**Composition du Comité social du GPEM/DD (avril 2005)**

**Présidente** : Elisabeth Dufourcq ; Inspecteur général des affaires sociales

**Ministère de l'emploi, du travail et de la cohésion sociale :**

- Michel Radenac : secrétaire général de la mission interministérielle d'étude des marchés
- Hélène Garner : chargée de mission à la DARES
- Marie Claude Rémond

**Ministère de l'Economie, des finances et de l'Industrie, direction des affaires juridiques**

- Maryvonne Lhotel

**Ministère de l'Ecologie et du développement durable**

- Rémy Risser

**RATP**

- Jacques Decourrière

**Association des départements de France**

- Claude Chaussoy Directeur général adjoint des équipements et de l'environnement du conseil général de l'Essonne

**Fédération française du bâtiment**

- Jacques Gerent . Président du Conseil National de la sous-traitance dans le bâtiment
- S. Abattuci.

**Fédération Nationale des travaux publics**

- Clotilde Terrible

**SYNTEC informatique**

- Sandra Oget : Déléguée juridique
- Anne Vaisbroit : Déléguée aux affaires sociales

## Annexe 2

### **Projet de fiche sous-traitance, pour le guide de l'achat socio-responsable élaboré par le comité social du GPEM**

Le code des marchés publics laisse à toutes les entreprises candidates à l'attribution d'un marché, la possibilité de recourir à la sous-traitance, française ou étrangère, à condition que ce recours s'effectue dans des conditions conformes à la lettre et à l'esprit du droit du travail français et du droit de la sous-traitance ( loi n° 75 1334 du 31 décembre 1975).

*Dans un souci d'égalité de traitement des candidats et de transparence des procédures ( art 1<sup>er</sup>, 1 du CMP), il est recommandé à la personne responsable du marché de vérifier que la ou les entreprises sous traitantes du candidat à l'attribution du marché sont bien des entreprises inscrites dans le domaine de compétence lié à l'objet du marché*

La personne responsable du marché ( PRM) doit s'assurer que la ou les entreprises candidates à l'attribution du marché sont en mesure de vérifier que chacun de leurs sous traitants éventuels, à quelque niveau de sous-traitance soient-ils situés, sont des entreprises inscrites au registre du commerce et des sociétés, dans le domaine de compétence correspondant à la bonne exécution du marché.

Autrement dit, l'entreprise candidate à l'attribution du marché doit pouvoir fournir la preuve qu'elle s'est assurée que son sous sous-traitant éventuel de rang 1 est en mesure de garantir non seulement sa propre inscription au registre du commerce et des sociétés, mais aussi celle de son propre sous traitant éventuel de rang 2.

En cas de sous-traitance dite en « en cascade », l'entreprise de rang n doit s'assurer que l'entreprise sous traitante de rang n+1 soit bien inscrite, dans ce même domaine de compétence, au registre du commerce et des sociétés.

Cette obligation vaut, quelle que soit la procédure retenue ( appel d'offres ouvert, appel d'offres restreint, marché sans formalité préalable), quel que soit le domaine de compétence nécessaire à la bonne exécution du marché et quelles que soient les raisons de recours à la sous-traitance.

- a) en cas de sous-traitance dite de capacité, parfois nécessaire dans le cas de marchés fractionnés à bons de commandes ( article 71 du CMP ) ou à tranches conditionnelles ( article 72), l'entreprise candidate à l'attribution du marché ou déjà attributaire du marché doit vérifier que l'entreprise ou les entreprises avec laquelle elle a signé ou pourra signer ultérieurement un contrat de sous-traitance et qui recrutent ou recruteront elles-mêmes la main d'œuvre proportionnée au volume atteint par la commande, sont bien inscrites au registre du commerce et des sociétés ( loi n° 90-613 du 12 juillet 1990).



- b) en cas de sous-traitance dite de compétence, fréquente dans les marchés de fournitures ou de services où un nombre restreint de sociétés est spécialisé sur des « créneaux » très spécifiques ( informatique, maintenance ... ), la personne responsable du marché doit s'assurer que plusieurs candidats à l'attribution d'un marché passé par appel d'offres ouvert, ne sous traitent pas, en réalité, la prestation demandée à un seul sous-traitant, inscrit, sous le même nom au registre du commerce et des sociétés.

Dans ce cas, en effet, la concurrence entre les candidats de rang 1 serait fictive. Par ailleurs, l'entreprise sous traitante dominante pourrait abuser de cette situation dominante en organisant une forte volatilité des prix, des coûts de main d'œuvre ou même des produits, obligeant à un recours abusif aux dispositions de l'article 71.IV.a et b.

Le cas peut être similaire dans les configurations de sous-traitance croisées (marchés associés de téléphonie et de consultation internet) ou de contrats d'exclusivité passés entre une entreprise principale et une entreprise sous traitante.

N.B. Extrait du contrat de sous-traitance proposé par Syntec.

- Exclusivité : Sous réserve des dispositions législatives et réglementaires , tant nationales que communautaires, l'entrepreneur et le sous traitant peuvent convenir de se consentir une exclusivité... et par conséquent, de ne pas émettre une offre séparée ou avec des tiers. Le contrat peut également prévoir que, dans le cas où le client final ( ici la personne responsable du marché) procéderait à une nouvelle consultation sur le même objet après un appel d'offres déclaré infructueux, l'entrepreneur principal s'obligera à consulter en priorité le sous traitant au présent accord. En contrepartie, le sous traitant s'interdira de contacter un tiers sur cette affaire.

Pour faciliter le contrôle a posteriori de ces points, il est recommandé à la personne publique, responsable du marché, de garantir la traçabilité de leur respect, *en exigeant, dès la rédaction du cahier des clauses techniques particulières*, le port d'un badge par tous les intervenants présents sur le chantier d'exécution du marché.

Il est recommandé que ce badge indique

- le nom de l'intervenant
- la dénomination, l'adresse, la forme juridique, le sigle éventuel, l'immatriculation au registre du Commerce et des sociétés, de l'entrepreneur principal et de l'entreprise sous traitante à laquelle il est directement subordonné.

*Dans le même souci d'égalité de traitement des candidats et de transparence des procédures ( art 1<sup>er</sup>, 1 du CMP), il est recommandé à la PRM de rappeler les exigences de responsabilités en cas de défaillance de l'entrepreneur principal ou de l'entreprise sous traitante*

NB On sait que l'entrepreneur titulaire du marché est responsable de la bonne fin des travaux vis à vis de la personne publique et que le sous traitant est responsable vis à vis de l'entrepreneur principal de la réalisation de sa prestation.

Il est souhaitable que l'entrepreneur principal s'engage à solliciter du ou des sous traitant une police en responsabilité civile en cas de défaillance pouvant entraîner des conséquences d'ordre social.

*Dans un souci d'égalité de traitement des candidats, et de transparence des procédures, la PRM doit veiller à ce que son souci légitime de bonne utilisation des deniers publics ne*

*conduise, ni chez le candidat à l'attribution du marché, ni chez ses sous traitants, à des pratiques illégales ou abusives de « dumping social ».*

Il semblerait utile que ce point soit inscrit dès le stade du cahier des clauses administratives générales, approuvé par un arrêté du ministre chargé de l'économie et des ministres intéressés.

Il est recommandé à la PRM d'exiger, *dès le cahier des clauses administratives particulières*, une rigoureuse décomposition des coûts, de telle sorte que des coûts de main d'œuvre anormalement bas ne laissent pas suspecter une concurrence faussée.

- Dans le cas de marchés dont l'exécution se situe sur le territoire national ( bâtiment, travaux publics, transports urbains, nettoyage, gardiennage, espaces verts, transports de fonds...), il est recommandé à la PRM de rappeler, dès le stade des clauses administratives particulières, que des modalités d'emploi, même légales et souvent utiles ( recours à l'emploi de personnels détachés -voir fiche spécifique-, de personnels intérimaires, de stagiaires étudiants, de personnels en contrats d'alternance ou contrats aidés) ne doivent pas être abusivement utilisées à des fins de « dumping social ».
- Dans le cas d'achat de services externalisables par voie électronique (téléphonie, informatique, banque, comptabilité, service de paye...), le juste discernement devient beaucoup plus délicat. Il va de soi que les coûts de main d'œuvre ne dépendent plus, alors, de la législation française. A compétence, donc efficacité de l'achat égale, des salariés basés dans des pays où les coûts salariaux sont être, de loin inférieurs à ceux de stagiaires étudiants français, peuvent entrer en lice.

N.B. Conformément à la législation du travail français, une entreprise candidate à un marché de services bancaires, par exemple, ne peut employer une proportion jugée excessive de stagiaires étudiants, ni utiliser des personnels intérimaires de façon pérenne. Mais elle peut, de même que son ou ses sous traitants éventuels, de droit français ou non français, externaliser totalement ce service dans un pays à très faible coût salarial. Ce n'est pas là un des moindres paradoxes du jeu contradictoire de la législation française et du progrès technologique.

Il serait logique d'éviter que les dispositions de l'article 18/ 3<sup>e</sup> et 4<sup>e</sup> du code des marchés publics ( conclusion de marchés négociés à prix provisoires externalisation d'un service e « dumping social »

*Dans un souci d'efficacité de la commande publique, il est recommandé à la PRM de vérifier si les délais d'exécution du marché qu'elle a fixés dans le cahier des charges sont compatibles avec les conditions de recours à la sous-traitance affichées par les candidats*

Pour garantir l'efficacité de sa commande ( article 1 du CMP), la PRM doit rester vigilante à ce que les délais d'exécution du marché soient compatibles avec le nombre de niveaux de sous-traitance prévisible en fonction des capacités techniques de chacun des sous traitants, quel que soit leur rang de sous-traitance.

A contrario, il n'est pas conforme au principe d'efficacité de la commande publique d'admettre *a priori* que le délai véritable de l'exécution d'un marché soit, de facto, réduit par une « cascade » de recours à la sous-traitance dépourvue de justification technique.

**Dans un souci d'exemplarité de l'Etat, rappelé par la stratégie nationale de développement durable adoptée le 3 juin 2003, il est rappelé à la personne responsable du marché que le sous traitant agréé doit être payé directement par le client en vertu de la loi n°75 1334 du 31 décembre 1975.**