

# 5

## Marchés publics & ESS

Principaux points d'actualisation au 1er janvier 2017

### > Points de RepèrESS

La commande publique constitue un enjeu essentiel de mieux en mieux reconnu pour le développement d'une économie plus solidaire. Le Plan National pour l'Achat Public Durable 2015-2020 affiche des objectifs ambitieux : atteindre, en 2020, 25% de marchés comprenant au moins une disposition sociale et 30% de marchés dotés d'au moins une mesure environnementale<sup>1</sup>.

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

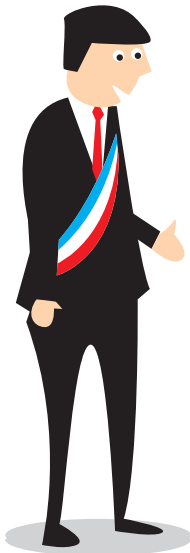
- le décret n°2016-360 publié le 27 mars 2016.
- l'ordonnance n°2015-899 du 23 juillet 2015.

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

Ce Point de RepèrESS synthétise pour les collectivités locales les principaux apports de ce nouveau cadre juridique pour les marchés publics. Il complète le Point de Repères n°4 consacré aux différents modes de contractualisation entre collectivités et acteurs de l'ESS. Il s'appuie notamment sur les propos de Gérard Brunaud, secrétaire général de l'ObsAR, tenus lors de la conférence en ligne RTES «Marchés réservés et clauses d'insertion» du 9 septembre 2016.

<sup>1</sup> En 2013, seuls 6,7 % des marchés d'un montant supérieur à 90 000 € HT comportaient une clause environnementale et 6,1 % une clause sociale ([recensement des achats publics de l'OEAP](#) publié en novembre 2014).

Ce Points de RepèrESS est appelé à être révisé de manière régulière et sera complété par des exemples pratiques. La [Direction des Affaires Juridiques](#) assure le suivi de cette réglementation notamment sous forme de fiches conseils à destination des acheteurs publics auxquelles on pourra utilement se référer.



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

L'Observatoire  
des  
Achats  
Responsables



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

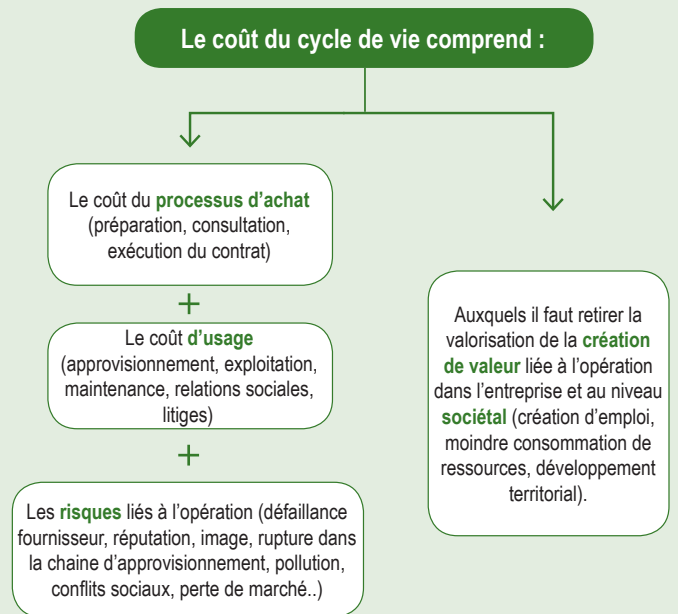
Le **label** peut être exigé par l'acheteur à tous les stades du marché, des spécifications techniques, aux critères d'attribution ou aux conditions d'exécution, en tant que moyen permettant de prouver que la prestation correspond aux caractéristiques requises (article 10 du décret).

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

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

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

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



## 2 L'extension des marchés réservés

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

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

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

Les structures sont mises en concurrence mais la collectivité peut favoriser des réponses collectives au travers par exemple de groupements temporaires d'entreprises.

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

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

- ils sont réservés à certaines activités (services santé, sociaux ou culturels).

- l'entreprise de l'ESS ne doit pas avoir conclu de marché public avec le même pouvoir adjudicateur depuis au moins 3 ans.

Dans ces conditions, les marchés publics peuvent servir de marchés d'amorçage avec durée de 3 ans (lancement structure ou activité) ou d'un outil de changement d'échelle.

Selon Gérard Brunaud<sup>1</sup> : « les marchés réservés concernent l'ensemble des structures IAE dont les ACI. Il vaut mieux utiliser la procédure adaptée de l'article 28<sup>2</sup> pour les ACI pour faire des marchés d'insertion. Car, si l'on choisit le marché réservé, il est impossible de réserver pour une catégorie de structures. Par ailleurs, le marché réservé n'a pas de lien avec les seuils MAPA ».

1 Propos recueillis lors de la [conférence en ligne RTES](#) «Marchés réservés et clauses d'insertion» du 9 septembre 2016).

2 Voir page suivante concernant l'article 28.

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

### ► Obligation d'allotissement et généralisation de la dématérialisation

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

### ► Exigences réduites

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

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

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

## Zoom sur les Marchés à Procédure Adaptée (MAPA)

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

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

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

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

### Les 3 avantages du MAPA :

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

## Autres leviers pour des marchés responsables :

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

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

### ► Le sourçage

En amont de la passation d'un marché public, l'acheteur peut réaliser des consultations, solliciter des avis, faire réaliser des études de marché ou informer les opérateurs économiques du projet de marché (article 4 du décret n°2016-360 du 25 mars 2016). Parmi les procédures formalisées de principe, figure à présent la procédure concurrentielle avec négociation. Elle permet sous conditions (ex : quand le besoin consiste en une solution innovante qui n'existe pas sur le marché), au pouvoir adjudicateur de négocier les conditions du marché.

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

Ce schéma est obligatoire depuis la loi sur l'ESS de 2014, pour les collectivités locales dont le montant des achats publics est supérieur à 100 millions d'euros HT par an (environ 200 collectivités concernées).

### ► Le rôle des facilitateurs

330 facilitateurs apportent leur contribution pour :

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

En 2015, 10 millions d'heures d'insertion ont ainsi pu être réalisées par les 162 structures qui ont participé au travail de recensement de l'Alliance Villes emploi (AVE).