

CLAUSES SOCIALES ET INSERTION DURABLE DANS LES MARCHÉS PUBLICS

Les entreprises de Travaux Publics ont toujours mené de leur propre initiative des politiques actives d'accueil de populations éloignées de l'emploi, en échec scolaire ou en difficultés sociales, notamment :

- actions au sein d'organismes ad hoc mis en place par la Profession (GEIQ par exemple),
- forte implication dans les organismes locaux dédiés à l'insertion par l'activité économique.

Il serait regrettable qu'une entreprise qui développe spontanément des actions de ce type soit obligée d'y renoncer du fait de l'introduction, dans les marchés publics auxquels elle soumissionne, de clauses sociales portant atteinte à l'efficacité de sa politique globale d'insertion.

Ainsi, l'introduction éventuelle de telles clauses doit prendre en compte la spécificité du secteur et ne doit pas porter atteinte à l'objectif des entreprises de Travaux Publics de réussir une intégration durable des personnes qu'elles forment.

I – Clauses sociales et code des marchés publics

Deux articles du code des marchés publics visent l'insertion :

Article 14 : « Les conditions d'exécution d'un marché peuvent comporter des éléments à caractère social ou environnemental qui prennent en compte les objectifs de développement durable en conciliant développement économique, protection et mise en valeur de l'environnement et progrès social.

Ces conditions d'exécution ne peuvent pas avoir d'effet discriminatoire à l'égard des candidats potentiels. Elles sont indiquées dans l'avis d'appel public à la concurrence ou dans les documents de la consultation ».

L'application de cet article dans les marchés de travaux peut être envisagée sous certaines conditions

☞ **position de la FNTP, cf ci-après III**

☞ **exemple de clause acceptable, cf annexe 1**

Article 53 : il propose au maître d'ouvrage une liste non exhaustive de critères de choix des offres parmi lesquels il choisit librement, sous réserve que le critère soit lié à l'objet du marché et non discriminatoire. Sont notamment cités « la valeur technique », « le prix », « les performances en matière d'insertion professionnelle des publics en difficulté ».

Articles 14 et 53 :

Afin de pallier le défaut d'« objet social » d'un marché de travaux, certains maîtres d'ouvrage insèrent dans leurs marchés une modalité d'exécution sociale (article 14) qui confère, selon eux, un caractère social au marché. Ils tentent ainsi de justifier l'introduction d'un critère d'attribution sociale (article 53) dans un marché qui n'a pas un tel objet. Cette pratique est juridiquement contestable.

Dans les marchés de travaux le critère « performances en matière d'insertion professionnelles des publics en difficulté » ne peut être utilisé puisque l'objet du marché porte sur des travaux et non sur de l'insertion.

☞ **exemple de clauses irrégulières, cf annexe 2**

☞ **exemple de lettre pouvant être adressé au maître de l'ouvrage en cas de marché de travaux comportant un critère (ou sous-critère) de choix « social », cf annexe 3**

II – Clauses sociales et Europe

➤ Directive 2004/18/CE du 31 mars 2004 relative à la coordination des procédures de passation des marchés publics de travaux, de fournitures et de services

Article 26 - Conditions d'exécution du marché

(...). « Les conditions dans lesquelles un marché est exécuté peuvent notamment viser des considérations sociales et environnementales ».

Article 53 - Critères d'attribution des marchés

(...) « les critères sur lesquels les pouvoirs adjudicateurs se fondent pour attribuer les marchés publics sont » : (...) « divers critères liés à l'objet du marché public en question » (...)

➤ **Guide sur les appels d'offres publics avec clauses de responsabilité sociale – Acheter Social – Commission Européenne – Octobre 2010 (page 37)**

« 1. Règles générales d'élaboration des critères d'attribution et d'attribution d'un marché

Des critères d'attribution sociaux peuvent être appliqués, pour autant :

- qu'ils soient liés à l'objet du marché;
- qu'ils ne confèrent pas une liberté de choix illimitée au pouvoir adjudicateur;
- qu'ils soient expressément mentionnés dans l'avis de marché et le cahier des charges;
- qu'ils soient conformes aux principes fondamentaux du droit européen ».

III –Position de la FNTF

La spécificité des marchés exécutés par les entreprises de TP imposent aux maîtres d'ouvrage des prérequis indispensables :

- mettre en œuvre en amont du marché, une **concertation** préalable avec la profession et notamment les **Fédérations Régionales des Travaux Publics (FRTF)**,
- utiliser la **clause sociale** comme **modalité d'exécution** et non comme **critère d'attribution des marchés de travaux** (l'objet du marché n'étant pas l'insertion mais les travaux),
- prendre en compte la **spécificité des prestations à réaliser** et les impératifs **de sécurité** dans les marchés de travaux publics qui imposent de recourir à un personnel spécifiquement formé et qualifié,
- **veiller au caractère non discriminatoire dans l'accès** des entreprises à la commande publique : les dispositions ne doivent pas avoir pour effet de dissuader certaines entreprises de répondre aux marchés, les PME notamment,
- prévoir la mise à disposition d'une **structure d'insertion** permettant aux entreprises d'exécuter leurs engagements (cellule d'appui, GEIQ, tout organisme spécialisé dans l'insertion...),
- prévoir des modalités pragmatiques de calcul des **heures d'insertion** à réaliser au titre du marché. Le **taux d'insertion** (2% à 10% maximum) doit être **fonction du nombre d'heures travaillées** sur le chantier (le **montant du marché** ne doit jamais en constituer l'assiette, cf *annexe 5*),
- prendre en compte les **efforts accomplis par les entreprises** en faveur de l'insertion des jeunes ou des demandeurs d'emploi dans le **cadre des marchés précédents**.

IV – Modalités pratiques de recours aux clauses sociales dans les marchés publics

« Commande publique et accès à l'emploi des personnes qui en sont éloignées »

En décembre 2010, l'Observatoire Economique de l'Achat Public (OEAP) a mis à jour un guide destiné à décrypter la réglementation en la matière et à permettre à un acheteur de la mettre en œuvre (les extraits de ce guide reproduits ci-après apparaissent en grisé).

1. Anticiper et se concerter

2.1.3 A quel moment l'acheteur public doit-il se poser la question de l'introduction de clauses sociales dans ses marchés ?

Lors du passage en revue des marchés publics à préparer dans l'année, les acheteurs publics doivent s'interroger sur la possibilité d'introduire des clauses sociales d'insertion sociale dans leurs marchés. Ils doivent ensuite concrétiser leurs intentions lors de la rédaction de l'appel d'offres ou du MAPA, du règlement de la consultation et du cahier des charges.

En tout état de cause, l'introduction de clauses sociales dans un marché implique une certaine anticipation et ce n'est pas au moment de préparer les documents de consultation que cette question doit être posée, mais bien au moment de la détermination du besoin d'achat ou au plus tard lors de la pré-programmation.

(Extrait du guide « Commande publique et accès à l'emploi des personnes qui en sont éloignées »)

Une concertation est indispensable en amont entre les personnes publiques d'une part, et les représentants des entreprises (FRTP) d'autre part. Elle a pour vocation de mieux faire connaître les spécificités du secteur, ses contraintes en matière de sécurité sur les chantiers, ses besoins en personnel....

2. Ne pas opérer de discrimination

2.2.4 Quel est le poids ou la part à attribuer à ces clauses sociales dans l'exécution d'un marché public pour qu'elles ne se révèlent pas discriminatoires ?

Il est difficile de fixer dans l'absolu un seuil limite au-delà duquel le nombre d'heures fixées dans les clauses sociales d'insertion serait a priori discriminatoire. Pour éviter tout effet de ce type, il faut garder à l'esprit que tout opérateur économique, quel que soit son statut juridique, doit être à même de pouvoir remplir cette clause si évidemment il est prêt à s'engager dans une démarche d'insertion.

Extrait du guide « Commande publique et accès à l'emploi des personnes qui en sont éloignées »)

Les clauses sociales ne doivent pas avoir d'effet discriminatoire pour les entreprises.

3. Définir le taux d'insertion

Le montant du marché ne doit pas en constituer l'assiette. Si tel était le cas les chantiers à faible taux de main d'œuvre devraient être réalisés avec 100% de personnel en insertion.

2.2.7 Comment rédiger la clause : en pourcentage d'heures d'insertion ? en nombre d'heures d'insertion ?

Plusieurs modalités sont possibles. Les expériences des collectivités locales conduisent à vivement recommander de rédiger la clause en nombre d'heures d'insertion, nombre qui est à déterminer au cas par cas, compte tenu de la spécificité de chaque marché. Ce type de rédaction simplifie le suivi de l'exécution du marché.

Pour fixer le nombre d'heures à réaliser, il convient de prendre en compte la différence d'intensité de la main d'œuvre selon le domaine d'activités.

(Extrait du guide « Commande publique et accès à l'emploi des personnes qui en sont éloignées »)

2.2.9 Comment calculer le nombre d'heures d'insertion pour un marché public incluant une clause d'exécution ?

(...)

Dans la plupart des marchés de travaux publics et certains marchés de bâtiment (hors peinture, par exemple, où le pourcentage de main d'œuvre est plus élevé...), le taux moyen de 30% de main d'œuvre peut être retenu, soit, pour un marché de 10 M€ Ht, un montant de 3 000 000 €.

- Si le taux d'insertion est fixé par le maître d'ouvrage à 10%, l'effort d'insertion est évalué à $3\,000\,000 \times 10/100 = 300\,000$ euros.

Selon les métiers concernés, le taux horaire salarial toutes charges comprises peut varier. Avec l'hypothèse d'un coût moyen de 35 € l'heure charges comprises, le nombre d'heures d'insertion susceptible d'être demandé à l'entreprise, par le calcul suivant : $300\,000/35 = 8\,570$ heures.

- Si le taux d'insertion est fixé par le maître d'ouvrage à 5 %, l'effort d'insertion est évalué à 150 000 €, soit un nombre d'heures d'insertion équivalentes à 4 280 heures.

(Extrait du guide « Commande publique et accès à l'emploi des personnes qui en sont éloignées »)

Le taux d'insertion doit être calculé en fonction du nombre d'heures travaillées sur le chantier et jamais en fonction du montant du marché, cf annexes 4 et 5.

4. Définir le public concerné

1.2 Quels publics éloignés de l'emploi, l'acheteur public peut-il promouvoir dans le cadre d'un marché public ?

(...)

Concrètement, peuvent **notamment** être concernées les personnes relevant des catégories administratives suivantes :

- les Demandeurs d'Emploi de Longue Durée (plus de 12 mois d'inscription au chômage) ;
- les allocataires du R.S.A. (en recherche d'emploi) ou leurs ayants droits ;
- les publics reconnus travailleurs handicapés, au sens de l'article L 5212-13 du code du travail, fixant la liste des bénéficiaires de l'obligation d'emploi ;
- les bénéficiaires de l'Allocation Spécifique de Solidarité (ASS), de l'Allocation d'Insertion (AI), de l'Allocation Parent Isolé (API), de l'Allocation Adulte Handicapé (AAH), de l'Allocation d'Invalidité ;
- les jeunes de Niveau infra 5, c'est-à-dire de niveau inférieur au CAP/BEP ;
- les personnes prises en charge dans le dispositif IAE (Insertion par l'Activité Économique), c'est-à-dire les personnes mises à disposition par une Association Intermédiaire (AI) ou par une Entreprise de Travail Temporaire d'Insertion (ETTI), ainsi que des salariés d'une Entreprise d'Insertion (EI), d'un Atelier et Chantier d'Insertion (ACI), ou encore des Régies de quartier agréées ainsi que les personnes prises en charge dans des dispositifs particuliers, par exemple « Défense 2ème chance » ;
- les personnes employées dans les GEIQ (Groupements d'Employeurs pour l'Insertion et la Qualification) et dans les associations poursuivant le même objet.

En outre, d'autres personnes rencontrant **des** difficultés particulières peuvent, sur avis motivé de Pôle Emploi, des Maisons de l'Emploi, **des** Plans Locaux pour l'Insertion et l'Emploi (PLIE), des Missions Locales, **ou** des maisons départementales des personnes handicapées (MDPH), être considérées comme relevant des publics les plus éloignés de l'emploi.

(...)

2.2.5 Quelles sont les différentes formes d'emploi des personnes affectées à l'exécution de la clause sociale d'insertion ?

(16) En l'occurrence, *l'apprentissage* peut, dans certains cas, être une réponse appropriée pour une durée à définir, **car** ce n'est pas la modalité d'exécution qui **est en cause**, mais le public bénéficiaire : ici un jeune sans emploi (cf. 1.2).

(Extrait du guide « Commande publique et accès à l'emploi des personnes qui en sont éloignées »)

Cette liste n'est pas exhaustive, cf annexe 1.

Il est indispensable de tenir compte de la réalité du marché de l'emploi.

Il est également indispensable de maintenir une certaine cohérence dans le parcours d'un salarié en insertion.

5. Ne pas imposer les modalités de mise en œuvre de l'insertion

2.2.6 Le marché public peut-il imposer les modalités particulières de réalisation de la clause sociale d'insertion ?

Non, un acheteur public **ne doit pas imposer les modalités de réalisation de la clause d'exécution**. Il ne peut **pas** exiger de l'entreprise d'utiliser, par exemple, une SIAE ou une embauche par CDI.

Il doit laisser la liberté de choix à l'entreprise **afin que, parmi les solutions d'insertion, l'entreprise candidate choisisse la solution d'insertion la mieux adaptée à sa spécificité et ses besoins**.

(Extrait du guide « Commande publique et accès à l'emploi des personnes qui en sont éloignées »)

Le maître d'ouvrage doit donner aux entreprises les moyens de répondre à l'obligation d'insertion. Généralement, on **retrouve** les trois formes de solutions d'insertion suivantes :

- l'embauche directe par le biais des plateformes pour l'emploi, des passerelles **selon une** logique de mutualisation du salarié en insertion sur une durée de 24 mois,
- l'embauche indirecte par le biais du recours à la sous-traitance à des entreprises d'insertion,
- **la** mutualisation des heures d'insertion par le biais des structures d'insertion telles que les **associations intermédiaires**, les entreprises de travail temporaire d'insertion, les GEIQ...

Le maître d'ouvrage doit laisser aux entreprises toute liberté de choix pour organiser les modalités de l'insertion.

6. Ne pas imposer une zone géographique en matière d'insertion

2.1.6 Est-ce qu'un marché public peut faire référence à la zone d'habitation des publics concernés par une clause sociale d'insertion ?

Non, un marché public ne peut **pas** faire référence à une zone d'habitation déterminée pour l'emploi du public concerné par une clause sociale d'insertion, à l'exception de deux cas particuliers :

- l'application de l'article 30 du code des marchés pour lesquels il s'agit d'insérer les publics concernés ;
- l'Agence nationale pour la rénovation urbaine (ANRU)....

(Extrait du guide « Commande publique et accès à l'emploi des personnes qui en sont éloignées »)

En effet, imposer d'insérer des personnes d'une zone géographique particulière risque de limiter l'accès de certaines entreprises à la commande publique constituant en cela une véritable discrimination. L'effort global d'insertion de l'entreprise doit être privilégié quel que soit la localisation du chantier, la qualité du maître d'ouvrage ou le lieu de résidence du public cible. **L'aire d'activité d'une entreprise de travaux publics dépasse largement les limites administratives territoriales.**

Le maître d'ouvrage ne doit pas exiger des entreprises que les salariés en insertion soient issus d'une zone géographique particulière.

7. Ne pas appliquer de sanctions sans vérifications préalables

2.7.3 Si les conditions d'exécution de la clause sociale d'insertion ne sont pas respectées, quelles sanctions l'acheteur public doit-il appliquer ?

(...)

L'engagement pris doit être respecté sous peine de sanctions. Toute exonération de l'obligation de mise en œuvre de la clause sociale d'insertion est assimilable à une remise en cause des conditions de la concurrence.

Il convient donc, au moment de la rédaction du marché, de s'assurer que la clause sociale d'insertion envisagée est effectivement applicable et réalisable. L'acheteur public peut toutefois modifier à la marge le contenu de la clause sociale d'insertion **avant** l'attribution du marché, au titre de la « mise au point » avec le candidat retenu.

Une fois le marché notifié, s'il apparaît que la clause sociale d'insertion n'est pas réalisée, l'acheteur public appliquer les sanctions spécifiques prévues au marché (par exemple : pénalités ou réfaction).

(Extrait du guide « Commande publique et accès à l'emploi des personnes qui en sont éloignées »)

Au cas où la clause ne serait pas respectée du seul fait de l'entreprise, ce n'est qu'après vérification de son applicabilité que le maître d'ouvrage pourra appliquer les sanctions éventuellement prévues au marché en veillant à ce qu'elles ne soient pas disproportionnées .

V – Conjuguer insertion et emploi durable dans les Travaux Publics

Constats :

- l'existence de **clauses d'insertion** risque d'**entraîner** le licenciement du **personnel** de l'entreprise ou tout du moins de retarder le **recrutement** de CDI,
- l'existence de telles clauses, différentes selon les marchés, peut parfois **conduire** les entreprises à privilégier l'externalisation et des **embauches** précaires limitées au chantier concerné,
- les entreprises sont parfois **contraintes de se « débarrasser »** des intérimaires et de renoncer à leurs apprentis **pour** pouvoir engager **des** personnes répondant aux conditions posées par les clauses d'insertion alors que **ces** personnes **ne** pourront pas, à terme, intégrer l'effectif stable de l'établissement (contraintes techniques, géographiques, sociales...),
- les chantiers de faible montant génèrent un **faible nombre d'heures d'insertion** ne permettant **pas** à l'entreprise de pratiquer une véritable politique d'insertion,
- de même, les marchés de courte durée ne **permettent pas** une **insertion durable des personnes en difficulté** (*la durée d'exécution des travaux prévus aux marchés ne devra pas être inférieure à 6 mois*).

Propositions :

Une gestion efficace des clauses sociales doit prendre en considération l'ensemble des actions d'insertion des entreprises :

- *valoriser les embauches dans le cadre de CDI, de contrats de professionnalisation ou d'apprentissage (par exemple, par le biais de bonus accordés au niveau du décompte des heures d'insertion),*
- *faire en sorte que les heures de formation soient comprises dans les heures d'insertion,*
- *reconnaître et valoriser les engagements et les prestations connexes des entreprises en faveur de l'insertion,*
- *prendre en compte les efforts accomplis par les entreprises en faveur de l'insertion des jeunes ou des demandeurs d'emploi dans le cadre des marchés précédents.*

ANNEXE 1

Article 14 du Code des marchés publics

Exemple de clause susceptible d'être insérée dans un CCAP

Exemple :

Extrait du CCAP

« Clauses sociales »

Le pouvoir adjudicateur a décidé de **mettre en œuvre une** action de promotion de l'emploi et de l'insertion sur cette opération. Cette clause, mise en œuvre dans le cadre de l'article 14 du code des marchés publics, vise à favoriser le retour à l'emploi de publics prioritaires, et notamment, sans que l'énumération soit limitative :

- les chômeurs de longue durée (+ de 12 mois) inscrits à Pôle Emploi,
- les jeunes de faible niveau de formation, ou inscrits dans les missions locales,
- les bénéficiaires du RSA,
- les travailleurs handicapés,
- les bénéficiaires du PLIE,
- les personnes en contrat d'apprentissage,
- les personnes en contrat de professionnalisation.

Il leur sera obligatoirement réservé, à l'occasion de l'exécution du marché, 5% d'heures travaillées¹.

A NOTER : les maîtres d'ouvrage peuvent également faire référence à l'insertion dans d'autres documents du marché tels que le règlement de la consultation ou l'acte d'engagement.

¹ cf annexe 5 sur le calcul des heures d'insertion

ANNEXE 2

Articles 14 et 53 du code des marchés publics

Exemples de clauses irrégulières qui ne peuvent être intégrées dans un marché de travaux

Exemple n° 1 :

Extrait du RC

Critères de jugement des offres

(...)

Chaque critère se verra attribuer un coefficient de pondération. Ces coefficients seront les suivants :

Critères	Sous-critères	Nombre de points	TOTAL
Note financière	Prix	35	50
	Cohérence du prix	15	
Note technique			35
	Clause d'insertion		10
	Délai		5
TOTAL			100

Exemple n°2 :

Extrait du RC

Critères de jugement des offres

NOTE CLAUSE D'INSERTION (10 points)			
Le respect de la clause d'insertion indiquée au CCAP	Entreprise respectant la clause d'insertion	5	10
	Entreprise proposant des actions supérieures à la clause d'insertion	10	

ANNEXE 3

Marché de travaux comportant un critère (ou sous-critère) de choix « social »

Exemple de courrier pouvant être adressé au maître d'ouvrage

Marché de :....

Monsieur le (*Président, Maire etc. ...*)

L'avis d'appel public à la concurrence (ou) le règlement de consultation du marché de ... comporte un critère de choix des offres (ou sous-critère) « *performances en matière d'insertion des publics en difficulté* » au titre de l'article 53 du code des marchés publics.

Je tiens à attirer votre attention sur le fait qu'un tel critère (ou sous-critère) ne peut être utilisé dans le cadre d'un marché de travaux car l'objet du marché porte sur des travaux et non sur de l'insertion. En effet, le code des marchés publics prévoit qu'un critère doit toujours être lié à l'objet du marché.

Le respect des grands principes de la commande publique impose donc une modification de l'avis d'appel public à la concurrence, du règlement de la consultation et des pièces du marché concernées.

Restant à votre disposition pour toute précision que vous pourriez souhaiter à ce propos et vous remerciant par avance pour l'action que vous pourrez mener en ce sens, je vous prie
....

ANNEXE 4

Part de main d'œuvre prévue dans les Index TP

Index TP	Nature des travaux	Part de main d'œuvre en %
TP 01	Index général tous travaux	44
TP 02	Ouvrages d'art en site terrestre , fluvial ou maritime et fondations spéciales	55
TP 03	Terrassements généraux	40
TP 04	Sondages et forages	46
TP 05a	Travaux en souterrains traditionnels	53
TP 05b	Travaux en souterrains au tunnelier	33
TP 06	Travaux de dragages maritimes et fluviaux	45
TP 08	Routes et aéroports avec fournitures (sauf fournitures et répandage d'enrobés)	35
TP 08 bis	Routes et aéroports sans fournitures	49
TP 09	Travaux d'enrobés (fabrication et mise en œuvre avec fournitures de bitume et granulats)	24
TP 09 bis	Travaux d'enrobés (fabrication et mise en œuvre sans fournitures)	43
TP 09 ter	Travaux d'entretien de voiries et aéroports	65
TP 10a	Canalisations, égouts, assainissement et adduction d'eau avec fournitures de tuyaux	41
TP 10 bis	Canalisations, égouts, assainissement et adduction d'eau sans fournitures	51
TP 11	Canalisations grandes distances et irrigation avec fournitures de tuyaux	22
TP 12	Réseaux d'électrification avec fournitures	51
TP 13	Charpentes et ouvrages d'art métalliques	45
TP 14	Travaux immergés par scaphandriers	50

Pourcentage des heures d'insertion : 5%

Les candidats s'engagent à réserver lors de l'exécution du marché **5 % des heures travaillées sur l'ensemble du chantier** pour assurer la mise en œuvre de l'action d'insertion.

Le nombre d'heures d'insertion sera fonction du :

- **secteur d'activité** concerné et de la **nature des travaux** ²,
- **volume des heures travaillées**,
- **nombre d'heures estimées**.

² cf annexe 4 sur la part de main d'œuvre prévue dans les Index TP