

FICHE C2

Combiner critère "performances en matière d'insertion professionnelle des publics en difficulté" et clause sociale d'insertion

I. Pourquoi mobiliser un critère d'attribution relatif aux performances en insertion, en complément d'une clause sociale d'insertion ?



Cette technique vise avant tout à **qualifier l'offre d'insertion des entreprises soumissionnaires**, dans le cadre de leur engagement portant sur la réalisation de la clause sociale d'insertion.

En mobilisant un critère d'attribution relatif à la performance en matière d'insertion, l'acheteur incite les opérateurs économiques à proposer une démarche d'insertion professionnelle plus élaborée, voir plus innovante, que celle qui serait exigée par la simple conformité à la clause sociale d'insertion figurant dans le cahier des charges, puisque les opérateurs économiques peuvent ainsi **espérer une note supérieure**.

Il peut être intéressant d'utiliser ce levier pour des **opérations d'une envergure particulière**, notamment pour les contrats de concessions, ou les marchés publics d'une durée importante. La démarche, qui se veut qualitative, peut s'avérer chronophage, ce pourquoi elle est mobilisée selon l'importance des enjeux identifiés sur le projet d'achat.

II. Le contexte juridique

Le critère de la performance des offres en matière d'insertion peut être utilisé dans le cadre d'un marché public (article R. 2152-7 CCP), ou d'un contrat de concession (article R. 3124-4 du CCP) :

- Soit **en combinaison d'une condition d'exécution (clause sociale d'insertion), ou d'un dispositif de réservation (marché réservé ou contrat de concession réservé)**.
- Soit seul, dans le cadre d'un marché dont l'objet est l'insertion professionnelle, notamment les achats de services d'insertion et de qualification professionnelle.

Point de vigilance : en droit de la commande publique, un critère de notation doit toujours être lié à l'objet du marché, ou bien à ses conditions d'exécution. Si l'objet du marché n'est pas spécifiquement social, alors le critère doit pouvoir être lié à l'une de ses conditions d'exécution : la clause sociale d'insertion (ou un plan de progrès, ou toute autre condition d'exécution sociale). A défaut, le critère pourrait être considéré comme irrégulier, faute de lien caractérisé et direct avec le marché.

Art R.2152-7 du CCP :

« Pour attribuer le marché au soumissionnaire ou, le cas échéant, aux soumissionnaires qui ont présenté l'offre économiquement la plus avantageuse, l'acheteur se fonde :

1° Soit sur un critère unique [...];

2° Soit sur une pluralité de critères non-discriminatoires et liés à l'objet du marché ou à ses conditions d'exécution, parmi lesquels figure le **critère du prix ou du coût et un ou plusieurs autres critères comprenant des aspects qualitatifs, environnementaux ou sociaux**. Il peut s'agir des critères suivants :

a) La qualité, y compris la valeur technique et les caractéristiques esthétiques ou fonctionnelles, l'accessibilité, l'apprentissage, la diversité, les conditions de production et de commercialisation, la garantie de la rémunération équitable des producteurs, le caractère innovant, **les performances en matière** de protection de l'environnement, de développement des approvisionnements directs de produits de l'agriculture, **d'insertion professionnelle des publics en difficulté**, la biodiversité, le bien-être animal ; [...].

D'autres critères peuvent être pris en compte s'ils sont justifiés par l'objet du marché public ou ses conditions d'exécution. »

Les principes à respecter :

- Les critères d'attribution doivent être **liés au marché public ou à ses conditions d'exécution** : de ce fait, la prise en compte de la politique générale de l'entreprise est illégale.
- Les critères utilisés (et les sous-critères éventuels) doivent être **objectifs, précis et liés au contrat**.
- **La pondération** doit à la fois être proportionnée à l'objet du contrat et significative.

III. La préparation de la procédure

La mobilisation d'un critère de performance sociale en matière d'insertion, conjointement à une clause sociale d'insertion, se prête davantage **aux opérations d'une envergure particulière où est attendu une performance sociale des candidats**. L'exercice d'analyse des mémoires sociales des entreprises est relativement chronophage, ce qui explique que l'outil n'a pas vocation à être généralisé sur tous les marchés.

1. Le choix des critères

Il est essentiel de permettre à l'entreprise de bien comprendre ce qui est attendu d'elle en matière de performances d'insertion professionnelle des publics en difficulté. D'où la nécessité de choisir des **critères pertinents et évaluables**, pour fonder une analyse objective des offres.

L'acheteur peut s'appuyer sur **un critère d'insertion ou plusieurs sous-critères**. S'il décide de faire usage de sous-critères, l'acheteur devra porter à la connaissance des candidats la pondération ou la hiérarchisation de ces sous-critères, dès lors que, eu égard à leur nature et à l'importance de cette pondération ou hiérarchisation, ils sont susceptibles d'exercer une influence sur la présentation des offres ainsi que sur leur sélection. De tels sous-critères doivent en effet, être regardés comme de véritables critères.

Ces sous-critères d'attribution se rapportant à la clause sociale d'insertion peuvent être **de nature qualitative ou quantitative**.

A titre d'exemple, voici **différents sous-critères** sur la base desquels il peut être demandé aux soumissionnaires de s'engager sur :

- Des heures d'insertion supplémentaires (encadré par un maximum pour éviter la surenchère)
- Des heures de formation dans le cadre de la réalisation de la clause (même remarque)
- Identification du parcours de formation proposé (interne ou externe à l'entreprise : formation qualifiante, certifiante, diplômante)
- Identification du système de tutorat mis en place (qualification du tuteur, fréquence du suivi)
- La prise en compte de l'alternance (taux de recours à l'alternance pour les salariés en insertion¹)
- La prise en compte de la promotion de l'égalité femmes hommes (taux de féminisation des publics en insertion, à encadrer par un maximum tenant compte des capacités réelles de mobilisation de candidates²).

Il est recommandé d'établir **un cadre de réponse à destination des entreprises**, relatif au critère de performances en matière d'insertion, qui peut être joint au dossier de consultation des entreprises. Ce document doit être renseigné par toutes les entreprises soumissionnaires pour fonder une analyse objective des offres.

Le cadre de réponse est proposé par le facilitateur à l'acheteur, il est élaboré en considération des sous-critères retenus. Dès cette étape, il importe d'anticiper le contrôle des engagements des soumissionnaires, en prévoyant la nature des justificatifs qui pourront être sollicités lors du suivi d'exécution.

L'entreprise précise dans le cadre de réponse ses engagements sur les différents sous-critères retenus par l'acheteur, et s'engage à transmettre les justificatifs correspondants (par exemple la fréquence des entretiens avec le tuteur, le nombre d'heures de formation auquel elle s'engage, la nature des formations qu'elle proposera, etc.). Ces engagements sont contrôlables et **donnent à l'acheteur et au facilitateur la base d'un suivi** pour la réalisation effective des engagements pris dans le cadre du marché.

Attention : seuls les éléments en relation directe avec l'exécution de la clause sociale d'insertion ou l'objet même du marché, sont susceptibles d'être notés et contrôlés : la prise en compte de la politique générale de l'entreprise reste illégale, et marque la limite de l'intervention du facilitateur, lequel n'a pas vocation à s'immiscer dans la politique générale de GRH de l'entreprise.

2. La pondération du critère de performance en matière d'insertion

Pour les contrats dont l'objet n'est pas social, la jurisprudence³ a admis un **critère d'attribution social à hauteur de 15 % de la note globale**, il s'agissait d'un marché de travaux. Il n'est pas interdit de porter ce pourcentage à un taux plus élevé (par exemple, pour un achat de services d'insertion ou de qualification professionnelle), sous réserve de préserver la bonne corrélation entre l'insertion professionnelle et l'objet du marché ou ses conditions d'exécution : la pondération doit être proportionnée. En pratique, en dehors du cas des marchés dont l'objet est strictement social, il est **déconseillé d'aller au-delà d'une pondération à 15% du critère de performance sociale**.

En procédure formalisée comme en procédure adaptée, l'acheteur doit, dès l'engagement de la procédure, **dans l'avis de marché et dans le règlement de consultation**, donner aux candidats une information appropriée sur les critères d'attribution du marché ainsi que sur les conditions de leur mise en œuvre, c'est-à-dire soit la pondération, soit la hiérarchisation.

L'absence d'information portée à la connaissance des candidats à propos de l'existence de sous-critères dotés d'une pondération significative peut entacher la régularité de la procédure d'attribution du marché.

¹ Voir fiche dédiée : Fiche C4 : Les clauses sociales et la formation professionnelle

² Voir fiche dédiée : Fiche C6 : Clause égalité femmes-hommes

³ CE, 25 mars 2013, Département de l'Isère, n° 364950

Par ailleurs, l'acheteur doit également préciser dans les documents de la consultation, les informations qui devront être fournies en vue de l'évaluation des offres pour chacun des critères.

Pour pouvoir faire une offre répondant aux attentes de l'acheteur, les candidats doivent donc pouvoir avoir connaissance :

- Des critères d'analyse des offres, qui sont énoncés sous forme de critères et sous-critères,
- Du poids de ces critères et sous-critères,
- Des informations à transmettre pour chacun des critères et sous-critères, ou du cadre de réponse à renseigner

3. L'inscription dans les documents du marché

Avis d'appel public à la concurrence / Avis de concession : indiquer que l'acheteur se fonde sur une pluralité de critères, dans la rubrique « critère d'attribution ». Eventuellement, énoncer lesquels ou renvoyer au règlement de consultation.

Règlement de consultation : préciser les critères et sous-critères utilisés et leur pondération

CCAP : préciser les modalités de contrôle et les sanctions liées au non-respect des engagements pris par les candidats dans le cadre du critère relatif à l'insertion.

Voir en **Annexes**, des exemples de pièces marché : Critère d'attribution relatif à la performance en matière d'insertion.

IV. L'appréciation objective des offres remises par les soumissionnaires

En phase d'analyse des offres remises par les soumissionnaires, le facilitateur est susceptible d'être mobilisé par l'acheteur pour l'accompagner sur **l'appréciation des offres des candidats sur le volet insertion**. Du fait de son expertise et du calibrage rigoureux des sous critères en phase de préparation, le facilitateur est en mesure de **proposer une notation des candidats à l'acheteur**, à partir des cadres de réponses remis, et selon une grille d'analyse des réponses qu'il construit pour le marché, permettant d'objectiver le processus de notation. L'acheteur reste seul responsable de la notation définitive retenue.

V. Le contrôle des engagements pris

Les engagements pris par les soumissionnaires en phase de consultation, dans le cadre de leur offre sur le volet social, **deviennent des conditions d'exécution qui s'imposent au titulaire**, dès l'attribution du marché.

L'introduction des sous-critères, préalablement identifiés et communiqués aux entreprises pour décider de l'attribution du marché, impose donc le contrôle de l'exécution des engagements pris, voire la mise en application des pénalités s'ils ne sont pas tenus.

A cet égard, l'acheteur exige la production de justificatifs lui permettant de vérifier l'exactitude des informations données par les candidats. Le **contrôle de l'exécution**, piloté par le facilitateur pour le compte de l'acheteur, s'exerce sur pièces et/ou sur place.

Les modalités de contrôle sur pièces peuvent être les suivantes : feuilles d'émargement, attestations produites par des tiers, certificat du tuteur, en tout état de cause, les modalités de contrôle ont été clairement précisées dans les pièces du marché.