

Marchés réservés : "Il ne faut pas mettre en concurrence les personnes handicapées et les personnes défavorisées !"

Par Patrick Loquet, maître de conférences en droit et consultant clauses sociales | le 09/09/2021 | [Asap](#), [Achat public responsable](#), [Passation de marché](#), [France](#)

La loi Asap du 7 décembre 2020 a modifié un article du Code de la commande publique relatif aux marchés réservés. Désormais, l'attribution d'un marché peut être réservée à la fois à des structures de travail protégé et adapté (STPA) qui emploient des travailleurs handicapés et à des structures d'insertion par l'activité économique (SIAE) qui emploient des travailleurs défavorisés. Patrick Loquet, maître de conférences en droit et consultant en achats socialement responsables, analyse les effets concrets de cette évolution.

Jusqu'à la publication de la loi Asap, l'article L. 2113-14 du Code de la commande publique interdisait expressément qu'une même procédure soit réservée à la fois aux STPA (entreprises adaptées et établissements et services d'aide par le travail) et aux SIAE (structures d'insertion par l'activité économique).

La loi Asap a inversé la règle et désormais l'article L. 2113-14 énonce : « Un acheteur peut réserver un même marché ou un même lot d'un marché à la fois aux opérateurs économiques qui répondent aux conditions de l'article L. 2113-12 et à ceux qui répondent aux conditions de l'article L. 2113-13 ».

Cette modification du code produit aujourd'hui des effets qui sont à l'opposé de ceux qui étaient recherchés.

Une initiative parlementaire

La modification de l'article L. 2213-14 résulte d'un amendement déposé par les députés du groupe La République en Marche. Défendu à l'Assemblée nationale par Vincent Thiébaut (LREM - Bas-Rhin), l'amendement a été adopté avec l'avis favorable du rapporteur de la commission et du gouvernement. Il n'est pas fait état de prises de position des réseaux de l'insertion ou du handicap sur le sujet et il ne semble pas qu'ils aient été demandeurs de ce changement.

En résumé, il s'agit, selon Monsieur Thiébaut, de « **simplifier la commande publique [...] et de proposer une surface d'achat public plus importante et mieux coordonnée pour créer davantage de parcours d'insertion [...]** ». L'argumentation est surprenante. Elle pourrait laisser penser que l'interdiction faite de réserver un marché aux deux catégories d'opérateurs serait un élément de complexité pour les acheteurs et un obstacle au développement des marchés réservés. Il suffit de se rappeler qu'**entre 2005 et 2016, période durant laquelle la législation n'était pas complexe puisque seules les structures du travail protégé étaient concernées, la procédure n'était déjà que très peu utilisée.**

Des intentions louables

L'exposé sommaire des motifs de l'amendement est plus convaincant. Il révèle des intentions louables. Mais comme cela arrive parfois, **l'enfer est pavé de bonnes intentions**.

Certes, **on retrouve le faux argument de la complexité**, « la suppression du caractère exclusif des deux types de réservation permettra d'alléger les contraintes des acheteurs dans la mise en œuvre de leur politique d'insertion par la commande publique ». Encore une fois, la timidité des acheteurs en la matière **semble relever davantage d'un manque de volonté d'apprendre à appréhender les dispositifs prévus par le CCP, voire de les expérimenter**. On sait aussi que parfois les acheteurs ont adopté un règlement interne de passation des marchés qui limite l'usage de ces dispositifs.

Néanmoins, l'exposé des motifs est plus explicite en ce qu'il énonce que « cette interdiction est de nature à freiner les synergies et les collaborations sur les territoires entre les différents acteurs de l'insertion et du handicap. La suppression du caractère exclusif des deux types de réservation [...] encouragera la constitution de groupements d'entreprises par les acteurs des différents secteurs pour répondre ensemble aux appels d'offres ».

Ainsi, **l'objectif serait de permettre aux deux secteurs de travailler ensemble et de répondre en commun à des offres de prestations à réaliser**. C'est la solidarité en marche de structures qui sur nos territoires, s'adressent aux publics les plus vulnérables et les plus éloignés de l'emploi. Donc **l'idée semble bonne et les intentions louables**.

Une rédaction maladroite et des effets négatifs

Dès la publication de la loi, j'avais émis des doutes sur la rédaction du nouvel article L. 2213-14 qui pouvait conduire à l'inverse des résultats escomptés, dans la mesure où les acheteurs pouvaient l'interpréter comme donnant la possibilité de mettre en concurrence les deux types de structures pour trouver l'offre économiquement la plus avantageuse.

A peine une année après l'adoption de la loi, c'est ce qui se passe. J'ai trouvé une première application de ce scénario. Je ne la désignerai pas pour plusieurs raisons. D'une part, elle n'est peut-être pas unique. D'autre part, je pense que le service qui a fait cette lecture, **ne l'a pas fait avec l'intention de nuire à la cause de la lutte contre les exclusions**. Enfin, parce que cette découverte me donne l'occasion d'appeler à la vigilance, à la réflexion et pourquoi pas à une nouvelle rédaction de l'article.

Il y a tout lieu de penser que les acheteurs concernés n'ont pas connaissance de l'exposé des motifs que j'ai rappelé. Ils lisent l'article et en concluent, sans aucune malveillance, qu'ils peuvent choisir ou l'insertion ou le handicap ou en troisième option les mettre en concurrence pour identifier la meilleure offre. Dans leur esprit, il n'y a rien d'anormal dans cette mise en concurrence. Ils agissent avec les opérateurs du handicap et de l'insertion, pourtant bénéficiaires d'une procédure de discrimination positive, comme ils le feraient pour des opérateurs du secteur privé.

La nécessité du sourçage

Les STPA et les SIAE ont pourtant des spécificités dont il faut tenir compte. Outre leur ancrage territorial, il faut relever le fait que leur capacité à soumissionner aux marchés publics est fortement liée au nombre d'emplois qui leur sont accordés chaque année, par les services de l'Etat avec lesquels elles ont signé des conventions.

Certains acheteurs n'ont pas mesuré que la mise en œuvre des marchés réservés **nécessite l'utilisation du sourçage** (article R. 2111-1 du CCP). « Afin de préparer la passation d'un marché, l'acheteur peut effectuer des consultations ou réaliser des études de marché, solliciter des avis ou informer les opérateurs économiques de son projet et de ses exigences ». **L'anticipation, les consultations, les études, tout ce qu'il faut faire si l'on veut travailler soit avec les SIAE, soit avec les STPA est encore plus vrai si l'acheteur souhaite les voir travailler ensemble.**

Sans le recours au sourçage, aux contacts préalables, le recours à l'article L. 2113-14 **peut se traduire de facto par une mise en concurrence brutale voire inique entre les deux secteurs, entre personnes handicapées et personnes défavorisées.** La procédure peut aussi se terminer par un constat d'infructuosité au même titre qu'un marché dédié au secteur de l'insertion ou à celui du handicap, si l'acheteur ne prend pas le temps du sourçage.

On pourrait objecter qu'il appartient aux structures de se débrouiller et de s'entendre pour prendre l'initiative d'une réponse commune. Autrement dit, je définis mon besoin, j'écris mon marché, je diffuse mon avis de publicité, j'attends les offres et le reste ne me regarde pas ! Est-ce imaginable ? Peut-être de la part d'un Hibernatus gestionnaire de marchés publics qui réapparaît après de longues années de sommeil et qui n'aurait pas entendu parler du métier d'acheteur, de développement durable et d'achats socialement responsables.

Faire de la pédagogie ou modifier la rédaction

La pratique des marchés réservés, dont la marge de progrès est importante, passe avant tout par **une prise de conscience des acheteurs que ces marchés font partie d'une politique d'achats socialement responsables qu'ils doivent promouvoir.** Il faut que les élus s'engagent et que les services se mobilisent sous l'impulsion de la direction générale. Il faut **aussi une stratégie d'achats fondée sur la programmation, l'anticipation, la prise en compte des spécificités des secteurs du handicap et de l'insertion et enfin sur le sourçage.**

En fonction des territoires et des marchés, on peut continuer à travailler avec l'une ou l'autre famille de structures en faisant des choix équilibrés. On peut aussi dans une même opération travailler avec l'insertion et le handicap en réservant un lot à chacun des deux secteurs. Les inciter à des réponses communes et leur donner la possibilité de travailler ensemble, pourquoi pas.

Quand on répond ensemble par le biais de co-traitance, on est à égalité dans une stratégie de coopération dans l'intérêt des personnes qui travaillent dans les STPA et les SIAE.

Il faut que les circonstances s'y prêtent et **il faut surtout que l'acheteur s'implique dans la démarche, qu'il l'encourage, qu'il la favorise voire qu'il l'accompagne.**

Un acheteur peut faire cela tout en respectant l'alinéa 2 de l'article R. 2111-1 du CCP : « Les résultats des études et échanges préalables peuvent être utilisés par l'acheteur, à condition que leur utilisation n'ait pas pour effet de fausser la concurrence ou de méconnaître les principes mentionnés à l'article L. 3 [transparence des procédures, égalité d'accès et égalité de traitement]».

Ne pas le faire, se contenter d'une mise en concurrence mécanique, **c'est délibérément mettre en concurrence personnes défavorisées et personnes handicapées pour trouver l'offre économiquement la plus avantageuse.** La rédaction antérieure à la loi Asap évitait cet écueil. Avoir fait naître cette possibilité est sans doute une maladresse. Persister dans l'erreur serait une faute.

Il faut ou bien **faire de pédagogie auprès des acheteurs** mais cela peut prendre du temps, **ou bien modifier le contenu de l'article L. 2113-14** et l'écrire par exemple comme suit : « Un acheteur peut réserver un même marché ou un même lot d'un marché à des groupements d'opérateurs économiques qui répondent aux conditions de l'article L. 2113-12 et à ceux qui répondent aux conditions de l'article L. 2113-13 ». Plus conforme aux intentions des députés promoteurs du changement, cette rédaction, modeste proposition qui doit sans doute elle aussi être travaillée, permettrait de garantir le respect des valeurs de solidarité et de lutte contre l'exclusion défendues par les structures du handicap et l'insertion.