

Contrats Publics

Actualités **MONITEURJURIS**

Dossier

Achats publics socialement responsables : état des lieux

► Préparer un achat socialement responsable

Recours aux facilitateurs

Réaliser un sourcing inclusif : recommandations...

Promouvoir l'égalité femmes-hommes

► Clauses et critères sociaux

Utilisation des critères sociaux : conseils

Clauses d'insertion dans les accords-cadres : quelles spécificités ?

Déroghations à l'obligation de stipuler des conditions d'exécution à finalité sociale

Modalités de contrôle

► Marchés spécifiques

Marchés réservés : apports des lois ASAP et Industrie verte

Mise en œuvre des marchés d'insertion et de qualification professionnelle



Vie des
contrats

PASSATION/EXÉCUTION

Les nouvelles obligations en matière de durabilité et la commande publique

Retrouvez
les textes cités sur
MONITEURJURIS

ÉDITORIAL

3

**L'achat socialement responsable, objectif
« fondamental » de la commande publique ?**

VEILLE

7

■ JURISPRUDENCE NATIONALE 7

**Bail en l'état futur d'achèvement – Marché public
– Clause de paiement différé – Nullité**

CE 3 avril 2024, Société Victor Hugo 21, req. n° 472476

**Pouvoirs adjudicateurs soumis au droit
de la commande publique – Personnes morales
de droit privé gestionnaires d'établissements
sociaux et médico-sociaux**

CE 11 avril 2024, Région Nouvelle-Aquitaine, req.
n° 489440

**Concessions – Indemnisation du candidat
irrégulièrement évincé – Détermination
du préjudice indemnisable**

CE 24 avril 2024, Commune de La Chapelle d'Abondance,
req. n° 472038

**Référé précontractuel et contractuel –
Pourvoi en cassation**

CE 5 avril 2024, Société Volkl GmbH et Co KG, req.
n° 489280

**DGD tacite – Mémoire en réclamation –
Délai de transmission**

CAA Toulouse 30 avril 2024, req. n° 22TL21686

**Résiliation – Motif d'intérêt général –
Indemnisation du cocontractant**

CAA Nancy 30 avril 2024, req. n° 20NC01554

**Marché de travaux publics – Sous-traitant –
Paiement direct – Ordre de juridiction compétent**

Cass. 3^e civ. 25 avril 2024, n° 22-22.912

LE MONITEUR | BOUTIQUE

www.lemoniteurboutique.com

Faites le bon choix et commandez en ligne



La garantie du meilleur prix



Expédition en 48 h des livres
en stock



Feuilleter d'extraits en ligne



Paiement sécurisé



★★★★ Avis des lecteurs



Livraison Colissimo à 1 €
France métropolitaine



Question mark icon
Suggestion de produits
complémentaires



Mandats administratifs acceptés



MAGAZINES



LIBRES



SERVICES EN LIGNE



CONTACTS
+33 (0) 2 93 93 93 93

DOSSIER

11

Achats publics socialement responsables : état des lieux

Les facilitateurs : clef de voûte du déploiement qualitatif de l'achat socialement responsable	14
Pauline Dehani	
« Sourcing inclusif » : en finir avec le cloisonnement social et juridique	19
Walter Salamand	
Réaliser un sourcing inclusif : conseils, recommandations	24
Coralie Chaze	
(Futures) dérogations à l'obligation de stipuler des conditions d'exécution à finalité sociale	28
Pierre-Antoine Aldigier	
L'utilisation de critères sociaux dans l'attribution des marchés publics : conseils et recommandations	34
Mathias Amilhat	
Les clauses d'insertion dans les accords-cadres : quelles spécificités ?	38
Florence David	
Les modalités de contrôle de la mise en œuvre des clauses sociales	43
Pierre Jakob	
Les marchés réservés : apports des lois ASAP et Industrie verte	47
Anne-Margaux Halpern	
Les marchés d'insertion et de qualification professionnelle	51
Christophe Cabanes	
Promouvoir l'égalité femmes-hommes dans la commande publique	56
Vincent Michelin	

VIE DES CONTRATS

61

■ PASSATION/EXÉCUTION

Les nouvelles obligations en matière de durabilité et la commande publique

Benoit Polderman et Léa Marion

Au sommaire du prochain numéro
Modes alternatifs de règlement des différends
et commande publique

20 rue des Aqueducs
94250 Gentilly
Tél. : 01 79 06 73 42

RÉDACTION

Responsable éditorial : Richard Deau
Courriel : richard.deau@infopro-digital.com

Conception graphique : Catherine Lattuca

Maquette : STDI

Illustrations : Alain Bouteville

Ont collaboré à ce numéro* :

Pierre-Antoine Aldigier, Mathias Amilhat, Christophe Cabanes, Coralie Chaze, Florence David, Pauline Dehani, Anne-Margaux Halpern, Pierre Jakob, Léa Marion, Vincent Michelin, Gilles Pellissier, Benoit Polderman, Walter Salamand

* Les opinions ou interprétations exprimées par les auteurs de cette revue n'engagent qu'eux-mêmes et non les organismes auxquels ils appartiennent.

DIRECTION

Directrice des éditions : Claire de Gramont

Directeur éditorial : Thierry Kremer

Service commercial :

Maël Gombert (35 68)

Gestion des abonnements :

Nadia Clément (50 55)

Abonnements : Éditions du Moniteur – case n° 61

20 rue des Aqueducs – 94250 Gentilly

Tél. : 01 79 06 70 70

Internet : www.editionsdumoniteur.com

1 numéro : 45 € (TTC) ; 11 n°s (1 an) :

409 € (TTC) ; 22 n°s (2 ans) : 649 € (TTC)

Fabrication : Karine Landriot

Gestion : Awa Faye

Comité de rédaction

Claudie Boiteau

est professeur de droit public à l'université Paris-Dauphine et coordinatrice de la revue. Elle est l'auteur de l'ouvrage *Les conventions de délégation de service public**.

Mireille Berbari

est avocate à la Cour. Elle est l'auteur de nombreux ouvrages notamment *Les CCAG des marchés publics annotés et commentés**.

Nicolas Charrel

est avocat à la Cour. Il est l'auteur des commentaires du *Code des marchés publics**.

Guy Duguépéroux

est président de section à la Chambre régionale des comptes du Centre, professeur associé à la faculté de droit de Poitiers.

Jean-Pierre Jougelet

est conseiller d'État.

Michaël Karpenschif

est professeur à l'université Lyon III (Jean-Moulin).

Gilles Le Chatelier

est avocat associé.

Pierre Pintat

est avocat associé.

Catherine Ribot

est professeure de droit public à l'université Montpellier I.

Laurent Richer

est professeur de droit à l'université Paris I (Panthéon-Sorbonne) et avocat au barreau de Paris. Il est directeur scientifique de Délégation de service public*.

Patrick Sitbon

est conseiller référendaire à la Cour des comptes, secrétaire général de la Cour de discipline budgétaire et financière.

* Édité(s) par Les Éditions du Moniteur

La mention abrégée de la revue est Contrats publics-Le Moniteur.
La revue peut être citée comme suit : Auteur(s), « Titre de l'article », Contrats publics-Le Moniteur, n°, mois et année, page(s).

Contrats Publics – Actualité MoniteurJuris
est éditée par Groupe Moniteur

Président, Directeur de la publication :

Julien Elmaleh

Société éditrice : GROUPE MONITEUR

SAS au capital de 333 900 euros.

Siège social : 20 rue des Aqueducs

94250 Gentilly

RCS NANTERRE 403 080 823

N° SIRET : 403.080.823.00228

N° TVA intracommunautaire FR 32 403 080 823

Principal associé : Infos Services Holding.

Imprimerie, brochage, routage

Imprimerie Maqprint

43 rue Ettore Bugatti

87280 Limoges

Commission paritaire : 0628T80648

ISSN 1760-2483

ISSN 2971-0847

Mensuel. Dépôt légal à parution.

IMPRIMÉ EN FRANCE



Nous alertons nos lecteurs sur la menace que représente, pour l'avenir de l'écrit, le développement massif du « photocopillage ». Le Code de la propriété intellectuelle interdit expressément la photocopie à usage collectif sans autorisation des ayants droit. Or, cette pratique s'est développée dans de nombreux cabinets, entreprises, administrations, organisations professionnelles et établissements d'enseignement, provoquant une baisse des achats de livres, de revues et de magazines. En tant qu'éditeur, nous vous mettons en garde pour que cessent de telles pratiques.

Origine du papier : Allemagne

Ce papier provient de forêts durablement gérées et ne contient pas de fibres recyclées.

Certification PEFC. Impact sur l'eau (P tot) : 0,02 kg/tonne

Aux termes du Code de la propriété intellectuelle, toute reproduction ou représentation, intégrale ou partielle, de la présente publication, faite par quelque procédé que ce soit (reprographie, micro-filmage, scannérisation, numérisation...) sans le consentement de l'auteur ou de ses ayants droit ou ayants cause est illicite et constitue une contrefaçon sanctionnée par les articles L. 335-2 et suivants du Code de la propriété intellectuelle. Toutefois, l'autorisation d'effectuer des reproductions par reprographie peut être obtenue auprès du Centre français d'exploitation du droit de copie (CFC), 20, rue des Grands-Augustins, 75006 Paris, tél. : 01 44 07 47 70, fax : 01 46 34 67 19.

Réaliser un sourcing inclusif : conseils, recommandations

Afin de réaliser des achats socialement responsables, les acheteurs publics sont incités à réaliser un sourcing dit « inclusif ». Comment se caractérise ce type de sourcing ? Qui sont les acteurs de l'insertion professionnelle ? Comment réaliser un sourcing inclusif et quels sont ses avantages ?

Le sourcing inclusif est une étape nécessaire pour les acheteurs et directeurs achats souhaitant réaliser des achats socialement responsables. Ces achats sont également appelés « achats inclusifs ».

Avant de commencer à vous présenter concrètement ce qu'est un sourcing inclusif, il est important de redéfinir ce que sont les achats inclusifs.

Les achats inclusifs sont des achats effectués auprès d'organisations favorisant le retour à l'emploi de personnes qui en sont éloignées. Ces personnes peuvent être des jeunes de moins de 26 ans en difficulté, des travailleurs handicapés, des chômeurs de longue durée, des personnes bénéficiaires des minima sociaux, etc.

Ces organisations sont nombreuses et ont un objectif commun : soutenir le retour à l'emploi.

Cependant, que signifie sourcing inclusif ? Qui sont les acteurs de l'insertion professionnelle ? Comment réaliser un sourcing inclusif et quels sont ses avantages ?

Le sourcing inclusif

De manière générale, le sourcing est la seconde étape du processus achats, elle intervient juste après l'expression du besoin.

Après avoir étudié le besoin d'achat, l'acheteur doit rechercher des fournisseurs pour répondre à celui-ci. C'est ce qu'on appelle le sourcing (ou sourçage en français). Cette étape comprend la recherche et l'analyse des fournisseurs, puis la sélection de potentiels fournisseurs en mesure de répondre au besoin d'achat. L'objectif est de sélectionner un fournisseur aligné sur la stratégie d'achat préalablement définie.

Auteur

Coralie Chaze
Consultante achats responsables et fondatrice d'Achats&Co

Cette étape doit être réalisée bien en amont de la consultation, afin de communiquer le même niveau d'informations à toutes les entreprises intéressées.

Lorsque nous parlons d'achats responsables ou de RSE (Responsabilité Sociétale des Entreprises), nous entendons parler depuis peu de sourcing inclusif. Cependant à quoi correspond-il ?

Le sourcing inclusif, dans les achats, a pour objet d'intégrer dans la recherche de fournisseurs non seulement des entreprises dites « classiques », mais également des structures de l'insertion. Le but est de mettre chaque entreprise sur un même pied d'égalité. Pour les acheteurs, c'est aussi l'opportunité de participer à l'équité sociale, tout en découvrant de nouvelles propositions commerciales.

Sachant que dans le domaine de l'inclusion, de nombreuses structures sont présentes sur différents secteurs d'activités. À ce jour, le marché de l'inclusion, qui est une plateforme de sourcing inclusif, référence plus de 6 500 structures de l'insertion professionnelle présentes dans 150 secteurs d'activité. Ce qui laisse un large choix aux acheteurs publics et privés, pour réaliser des achats inclusifs.

Les différentes structures inclusives

Quatre types de structures existent pour l'insertion sociale et professionnelle des personnes les plus éloignées de l'emploi.

Les structures d'insertion par l'activité économique (SIAE)

Ces structures permettent aux personnes éloignées de l'emploi de bénéficier d'un accompagnement social et professionnel, pour leur permettre de s'insérer dans la société.

Les différentes organisations appartenant à l'Insertion par l'Activité Économique sont :

- les ateliers et chantiers d'insertion (ACI) ;
- les associations intermédiaires (AI) ;
- les entreprises de travail temporaire d'insertion (ETTI) ;
- les entreprises d'insertion (EI) ;
- les régies de quartier (RQ).

Ces organisations sont présentes sur différents secteurs d'activité : le bâtiment, la communication, les espaces verts, le transport, la restauration, le textile, le gardiennage, etc.

Les structures du handicap

Le secteur du travail protégé et adapté (STPA) désigne un ensemble d'organismes proposant des activités adaptées aux personnes en situation de handicap.

Les différents organismes sont les suivants :

- les entreprises adaptées (EA) ;
- les entreprises adaptées de travail temporaire (EATT) ;

- les établissements et services d'aide par le travail (ESAT) ;
- les travailleurs indépendants handicapés (TIH).

Ces structures se positionnent sur diverses activités : courrier, espaces verts, nettoyage, restauration, blanchisserie, textile, impression, artisanat, etc.

Les entreprises de l'économie sociale et solidaire (EES)

Le concept d'économie sociale et solidaire (ESS) désigne un ensemble d'entreprises organisées sous forme de coopératives, mutuelles, associations, ou fondations, dont le fonctionnement interne et les activités sont fondés sur un principe de solidarité et d'utilité sociale.

Ces entreprises adoptent des modes de gestion démocratiques et participatifs. Elles encadrent strictement l'utilisation des bénéfices qu'elles réalisent : le profit individuel est proscrit et les résultats sont réinvestis. Leurs ressources financières sont généralement en partie publiques.

En 2023, le nombre des entreprises de l'ESS s'élevait à 1 113 095. Elles sont présentes sur différents secteurs d'activité : action sociale, activité financière et d'assurance, enseignement, santé humaine, agriculture, commerce, hébergement, industrie.

Les opérateurs économiques implantés en milieu pénitentiaire

Plusieurs études internationales, européennes et françaises montrent que les personnes ayant travaillé en prison récidivent moins.

En recourant au travail en prison, l'entreprise contribue à lutter contre la récidive et s'engage en faveur d'une société plus sereine.

Les personnes détenues travaillent dans les ateliers pénitentiaires, pour un donneur d'ordre. Ce dernier peut être :

- une entreprise concessionnaire ;
- une entreprise délégataire (titulaire d'un marché de gestion déléguée) ;
- l'Agence du travail d'intérêt général et de l'insertion professionnelle des personnes placées sous main de justice (ATIGIP) ;
- une structure d'insertion par l'activité économique (SIAE) ;
- une entreprise adaptée.

Les secteurs d'activité des ateliers pénitentiaires sont les suivants : agriculture, façonnage, menuiserie, confection, imprimerie, métallerie, mécanique générale, informatique, traitement du son et de l'image, services aux entreprises, dessin assisté par ordinateur, centres d'appels téléphoniques.

Ces quatre types de structures permettent le développement de nombreuses organisations d'insertion, dans de nombreux secteurs d'activité. Chaque structure a son fonctionnement, mais toutes les entreprises de

L'insertion ont un objectif commun : permettre le retour à l'emploi des personnes qui sont éloignées.

Cependant, comment trouver des fournisseurs inclusifs pouvant répondre à notre besoin d'achat ?

Réaliser un sourcing inclusif

Avant de réaliser un sourcing inclusif, il est important lors de la définition du besoin de valider avec le prescripteur, la possibilité ou non d'intégrer des structures de l'insertion dans la phase de sourcing.

Après avoir obtenu l'accord du prescripteur, le sourcing inclusif peut être lancé. Pour cela, deux types de sourcing sont possibles : le sourcing classique et/ou le sourcing inversé.

Le sourcing classique est constitué de cinq étapes.

Au préalable, il est important de vérifier si dans la base de données de l'entreprise, des fournisseurs inclusifs sont présents. Cette étape permettra de trier et de mettre à jour la base de données fournisseurs.

Cependant, si le panel de fournisseurs inclusifs est insuffisant, alors une recherche de nouveaux fournisseurs doit être effectuée.

L'objectif : trouver des fournisseurs inclusifs pouvant répondre au besoin d'achat de l'entreprise.

Il existe plusieurs réseaux reconnus qui se chargent de donner de la visibilité aux structures existantes d'insertion professionnelle dites aussi « inclusives » :

- le marché de l'inclusion (SIAE, EA et ESAT) ;
- Réseau Coorace (SIAE) ;
- Fédération des Entreprises d'Insertion (ET, ETTI et EITI) ;
- Le Mouvement des Régies (Régies) ;
- Réseau Gesat (ESAT) ;
- Handeco (EA et ESAT) ;
- UNEA - Union Nationale des Entreprises Adaptées (EA et EATT) ;
- Linklusion (TIH, EA et ESAT).

Il est également conseillé de prendre contact avec des facilitateurs de clauses sociales, présents dans l'ensemble des départements. Ils sont formés pour accompagner les acheteurs sur l'ensemble du processus achat, de l'expression du besoin jusqu'à l'exécution du contrat. Ils peuvent donc aider l'acheteur à trouver des structures inclusives sur leur territoire pour répondre à leur besoin achat.

Une fois les recherches effectuées et la liste de fournisseurs inclusifs potentiels établie, il est nécessaire de leur transmettre une RFI.

La RFI, signifie Request For Information. Ce document permet de :

- mesurer l'intérêt du fournisseur ;
- évaluer le fournisseur sur sa situation financière, sa capacité technique, sa clientèle et ses certifications ;
- faciliter le choix entre les différents fournisseurs.

Après le retour des RFI, vient le moment d'analyser les réponses remises par les structures inclusives.

À l'aide des éléments apportés grâce à la RFI, une liste courte des fournisseurs inclusifs retenus pourra être établie.

Pour terminer, l'appel d'offres (ou Request For Quotation en anglais) sera envoyé à cette liste de courte de fournisseurs inclusifs.

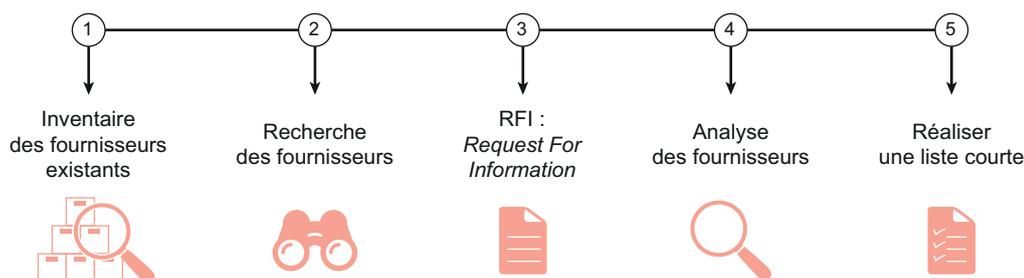
Cependant, certaines étapes peuvent prendre du temps aux acheteurs. Notamment, les recherches sur Internet, la vérification des données légales et la prise de contact avec les potentiels fournisseurs inclusifs.

C'est pour cette raison, que le Groupement d'Intérêt Public : La Plateforme de l'inclusion a développé une plateforme de sourcing inclusif « Le marché de l'inclusion ». Le marché de l'inclusion propose un outil gratuit de sourcing inversé, afin de permettre aux acheteurs privés et publics de gagner du temps pour trouver des fournisseurs inclusifs.

En effet, le sourcing inversé apporte de nombreux avantages aux acheteurs :

- éviter les multiples recherches sur Internet (Google, Europages, Kompass, etc.) ;
- l'accès aux données légales de chaque structure inclusive ;
- la publication rapide d'un besoin d'achat (temps estimé : 5 à 10 minutes) ;
- la prise de contact réalisé directement par les fournisseurs inclusifs intéressés par le besoin d'achat ;
- présenter une seule fois le projet d'achat ;
- bénéficier d'une importante base de données de structures inclusives (plus de 6 500 structures inclusives labellisées par l'État sont référencées).

Ces deux types de sourcing permettent aux acheteurs privés ou publics de trouver des fournisseurs inclusifs. Cependant, l'utilisation de l'un ou de l'autre va dépendre



Les étapes d'un sourcing classique

Promouvoir l'égalité femmes-hommes dans la commande publique

Si la commande publique peut contribuer à favoriser l'égalité entre les femmes et les hommes, cela implique des acheteurs publics qu'ils repensent leur stratégie globale d'achat et utilisent à bon escient les outils juridiques à leur disposition et dont le maniement peut parfois s'avérer délicat

Essentielle au développement durable et inclusif, l'égalité des sexes fait partie des 17 Objectifs de développement durable des Nations Unies (l'ODD 5) : « L'égalité des sexes n'est pas seulement un droit fondamental à la personne, elle est aussi un fondement nécessaire pour l'instauration d'un monde pacifique, prospère et durable »⁽¹⁾.

La France s'est dotée en 2014 d'une première loi cadre pour l'égalité professionnelle entre les femmes et les hommes⁽²⁾.

Puis en 2017 la lutte contre les discriminations a fait son entrée dans le droit interne de la commande publique sous l'impulsion de la loi du 27 janvier 2017 relative à l'égalité et à la citoyenneté⁽³⁾.

Depuis, la commande publique est devenue un levier privilégié des politiques publiques en faveur d'un développement durable et inclusif.

Le changement est si profond et rapide que l'actuel Président de la République, n'hésite pas à y voir une « politique publique à part entière »⁽⁴⁾.

Consacrée « grand cause du quinquennat » en 2017, l'égalité entre les hommes et les femmes reste encore

(1) Objectifs de Développement Durable 5, « Objectif 5 : Parvenir à l'égalité des sexes et autonomiser toutes les femmes et les filles, site de l'ONU, <https://www.un.org/sustainabledevelopment/fr/gender-equality>

(2) Loi n° 2014-873 du 4 août 2014 pour l'égalité réelle entre les femmes et les hommes.

(3) Loi n° 2017-86 du 27 janvier 2017 relative à l'égalité et à la citoyenneté, NOR : LHAL1528110L, JORF n° 0024 du 28 janvier 2017.

(4) « Emmanuel Macron met la réforme de la commande publique au service de l'investissement public », in *le Moniteur réglementaire*, 18 avril 2016.

Auteur

Vincent Michelin
Avocat associé
SELARL Cabanes Avocats

largement théorique sur le plan professionnel, en dépit d'une multiplication des textes en la matière^[5].

Les écarts de rémunération perdurent à poste équivalent et compétences égales, la parité est rarement respectée dans les instances de gouvernance, et des stéréotypes de genre relavant d'une forme de « sexisme ordinaire au travail » subsistent dans la sphère professionnelle.

L'ambition « Pas d'argent public, sans égalité ! » portée par le Haut Conseil à l'égalité entre les femmes et les hommes (HCE) semble pour l'instant relever de la gageure^[6].

Si la commande publique, par son effet d'entraînement, peut contribuer à favoriser une égalité professionnelle réelle entre les femmes et les hommes, la prise en compte dans leur acte d'achat de la lutte contre les discriminations devra conduire les acheteurs publics sinon à repenser leur stratégie globale d'achat, à tout le moins à mobiliser au mieux les nombreux outils juridiques à leur disposition et dont le maniement peut parfois se révéler complexe.

Une réflexion globale sur la question de l'égalité des sexes à mener au moment de l'élaboration de la stratégie d'achat

Prise en compte de l'égalité femmes / hommes : obligation ou opportunité ?

La question peut surprendre mais mérite bel et bien d'être posée, compte-tenu de la rédaction actuelle des dispositions de l'article L. 2111-1 du Code de la commande publique qui précise que « la nature et l'étendue des besoins à satisfaire sont déterminées avec précision avant le lancement de la consultation en prenant en compte des objectifs de développement durable dans leurs dimensions économique, sociale et environnementale ».

Or, l'égalité entre les femmes et les hommes est considérée comme le « cinquième objectif de développement durable » par l'Organisation des Nations Unies.

Que signifie alors concrètement « prendre en compte » ?

S'agit-il d'une simple incitation ou au contraire d'une obligation pour les acheteurs publics d'intégrer dans leurs achats publics des objectifs en matière d'égalité entre les femmes et les hommes.

[5] Voir notamment : loi du 5 septembre 2018 pour la liberté de choisir son avenir professionnel ; loi du 6 août 2019 de transformation de la fonction publique ; loi du 24 décembre 2021 visant à accélérer l'égalité économique et professionnelle, dite « loi Rixain » ; loi du 19 juillet 2023 visant à renforcer l'accès des femmes aux responsabilités dans la fonction publique.

[6] « Pas d'argent public sans égalité ! Plaidoyer pour un financement public au service de l'égalité », Haut Conseil à l'égalité entre les hommes et les femmes, 7 juin 2022.

Saisi de ce sujet, le Conseil d'État a apporté une réponse partielle en jugeant par une décision en date du 23 novembre 2011^[7] que la prise en compte des objectifs de développement durable n'imposait pas aux acheteurs publics d'intégrer un critère relatif au progrès social : « que le pouvoir adjudicateur doit, en application des dispositions précitées de l'article 5 du code des marchés publics, concilier, pour la détermination de la nature et de l'étendue des besoins à satisfaire, des objectifs de protection et de mise en valeur de l'environnement, de développement économique et de progrès social ; que si les dispositions du I de l'article 53 lui permettent de se fonder notamment, pour attribuer le marché, sur les performances en matière de protection de l'environnement, elles lui imposent seulement de retenir les critères permettant d'attribuer l'offre économiquement la plus avantageuse ».

Cette solution, si elle est logique, n'apporte toutefois pas l'éclairage espéré car elle n'envisage finalement le sujet que sous l'angle des modalités de choix des critères de sélection des offres, sans trancher le débat sur le terrain de la bonne définition de son besoin par l'acheteur public.

La question posée demeure donc, nous semble-t-il, toujours d'actualité, et elle a son importance si l'on considère que rien n'interdit *a priori* qu'il puisse être reproché à un acheteur public de ne pas avoir pris en compte un objectif d'égalité qui serait intrinsèque à la commande.

La préparation d'un achat public promouvant l'égalité femmes-hommes

La préparation d'un acte d'achat promouvant l'égalité femmes-hommes suppose que l'acheteur public intègre à sa réflexion de nombreuses considérations afin de déterminer de manière précise et proportionnée les objectifs susceptibles d'être fixés dans le cahier des charges de la consultation.

Ces objectifs dépendront, en premier lieu, du secteur d'activité concerné.

Car si tous les secteurs de la vie économique paraissent concernés, il demeure que les exigences de l'acheteur devront être adaptées à la nature de sa commande et à l'objet même du marché.

Ainsi, par exemple, dans un marché public de communication, la promotion par l'acheteur de l'égalité femmes-hommes pourra passer par la définition de règles encadrant une présentation non sexiste des femmes et des hommes dans des spots publicitaires, vidéos ou encore des sites officiels.

Dans le même sens, lorsque le marché a une portée pédagogique, ludique, ou éducative, l'acheteur pourra exiger que les prestations réalisées ne concourent pas à véhiculer des stéréotypes genrés discriminants.

[7] CE 23 novembre 2011, Communauté urbaine de Nice Côte d'Azur, req. n° 351570.

Dans d'autres secteurs d'activités ou les femmes sont sous-représentées, comme le secteur du bâtiment, la filière numérique ou encore les métiers de l'industrie, l'acte d'achat pourra valoriser la mise en œuvre d'actions de sensibilisation à destination de demandeurs d'emploi féminin.

En matière de travaux publics, l'acheteur public pourra assigner à son futur titulaire le respect de règles favorisant l'accueil du public féminin, comme par exemple, la mise en place de base vie comprenant des blocs sanitaires et vestiaires dédiés aux travailleurs de sexe féminin.

Et cela en prévoyant le cas échéant des sanctions contractuelles en cas de manquement à cette obligation.

Ensuite, la préparation d'un acte d'achat promouvant l'égalité femmes-hommes dépendra également de l'existence d'un « schéma de promotion des achats publics socialement et écologiquement responsables » (SPASER).

Depuis 2014 et 2015, certains acheteurs ont en effet l'obligation de publier un plan d'action sur les achats responsables lorsque leur volume d'achat est supérieur à un seuil réglementaire⁽⁸⁾.

Dans cette optique, il sera envisageable d'y intégrer des objectifs relatifs à la promotion de l'égalité femmes-hommes dans la commande publique.

On le voit, les questions ainsi posées traduisent une « mutation de la fonction d'acheteur public »⁽⁹⁾ qui doit désormais intégrer à sa stratégie d'achat des considérations nouvelles en matière d'égalité, ce qui représente sans aucun doute une charge de travail non négligeable et un élément de complexité supplémentaire dans l'élaboration d'une procédure de mise en concurrence.

Le récent guide sur l'achat public durable⁽¹⁰⁾ fait d'ailleurs de « la participation des acheteurs à des salons professionnels, la collecte de documents techniques, de catalogues, de revues spécialisées, les rencontres sur le terrain... » un des leviers de la réussite d'un achat public durable et inclusif.

Des outils spécifiques à mobiliser pour favoriser l'égalité femmes/hommes

De l'incitation...

Les acheteurs publics disposent d'un outil juridique désormais éprouvé pour inciter les opérateurs

économiques à intégrer dans leur offre des propositions qu'ils souhaiteraient ambitieuses en matière d'égalité femmes/hommes.

En matière de critères de sélection des offres, le législateur a ainsi grandement contribué depuis le Code des marchés publics de 2006 à faire évoluer la liste de critères réglementaires pour permettre une prise en compte accrue des problématiques sociales et sociétales.

Désormais, presque la moitié des critères réglementaires de l'article L. 2152-7 du Code de la commande publique sont en lien avec la satisfaction d'objectifs directement ou indirectement liés avec des considérations sociales et sociétales.

La liste des critères réglementaires de l'article L. 2152-7 du Code de la commande publique est désormais suffisamment complète pour que les acheteurs publics puissent y trouver les moyens pertinents, objectifs, et non discriminatoires d'un choix valorisant les actions en matière d'égalité femmes/hommes.

Toutefois, le Conseil d'État rappelle que la prise en compte d'objectifs sociaux ou sociétaux doit se faire dans le respect des principes de la commande publique.

L'analyse d'un critère portant sur l'égalité entre les femmes et les hommes ne pourra ainsi porter sur la politique générale d'une entreprise⁽¹¹⁾.

D'une manière générale, les acheteurs devront s'assurer qu'un critère incluant des considérations en matière d'égalité femmes/hommes :

- n'est pas dépourvu de lien avec l'objet du contrat⁽¹²⁾, ce qui pourrait être le cas en matière de marchés de fournitures excluant la mobilisation de personnels affectés au marché ;
- ne confère pas au pouvoir adjudicateur une liberté inconditionnée de choix.

En la matière, l'une des interrogations persistantes concerne la pondération retenue.

Peut-on en effet concevoir que pour un achat public, un critère sociétal représente 40, 50 voire 60 % de la note finale ?

La réponse devrait être négative car la pondération doit rester en adéquation avec l'objet du marché.

Le Conseil d'État a récemment rappelé que si le « pouvoir adjudicateur détermine librement la pondération des critères de choix des offres (...) ; il ne peut légalement retenir une pondération (...) qui ne permettrait manifestement pas, eu égard aux caractéristiques du marché, de retenir l'offre économiquement la plus avantageuse »⁽¹³⁾.

(8) CCP, art. L. 2111-3 et D. 2111-3.

(9) François Wilinski, « De l'intégration du développement durable dans les contrats de commande publique », *Contrats et Marchés publics* n° 12, décembre 2011, étude 11.

(10) Association des acheteurs publics, *Guide pratique de l'AAP*, 7 janv. 2015, prec.

(11) CE 15 février 2013, Société Derichebourg polyurbaine, req. n° 363921 ; CE 25 mai 2018, Nantes Métropole, req. n° 417580.

(12) CE 20 décembre 2019, Société EDEIS, req. n° 428290.

(13) CE 10 juin 2020, Ministre des armées c/ Sociétés Erics et Altaris, req. n° 431194.