



COMMANDE PUBLIQUE

La place du mieux-disant social dans le Code des marchés publics

L'ESSENTIEL

■ Mieux-disant social

Le droit de la commande publique a évolué à l'occasion de différentes réformes, pour prendre en compte la notion de mieux-disant social. Par exemple, l'article 54 IV du Code des marchés publics permet aux acheteurs de réserver certains marchés ou lots d'un même marché à des ateliers protégés ou à des centres d'aide par le travail.

■ Critères sociaux

Si le jugement des offres peut se faire sur la base, notamment, de critères sociaux, cette possibilité est assortie de conditions. Ces critères d'attribution doivent permettre de composer les offres et de les évaluer de manière objective. Par ailleurs, le juge contrôle strictement le lien existant entre l'objet du marché et les critères de jugement des offres.

■ Respect de l'obligation d'emploi

Le législateur vient de prévoir que le respect de l'obligation d'emploi de salariés handicapés était une condition d'admission des candidatures à un marché public.

UNE ANALYSE DE

Mathieu HEINTZ, responsable du service juridique
au conseil général de l'Isère (*)

Suite à trois récentes réformes, la « lancinante question du mieux-disant social » dans le droit des marchés publics est de nouveau d'actualité (1).

Tout d'abord, le décret n° 2004-1298 du 26 novembre 2004, relatif à diverses dispositions concernant les marchés de l'Etat et des collectivités territoriales est venu ajouter un nouvel article 54-IV au Code des marchés publics (CMP), qui prévoit que les personnes publiques peuvent réserver certains marchés à des ateliers protégés ou à des centres d'aide par le travail – CAT (2). Par la suite, la loi n° 2005-32 du 18 janvier 2005 de programmation pour la cohésion sociale a complété l'article 53-II du code qui dispose, désormais, que, parmi les critères de jugement des offres, les acheteurs publics peuvent retenir un cri-

tère relatif aux performances des candidats en matière d'insertion professionnelle c) publics en difficulté (3).

Enfin, et peu de temps après ce dernier texte, la loi n° 2005-102 du 11 février 2005 pour l'égalité des droits et des chances, la participation et la citoyenneté des personnes handicapées a inséré dans le CMP le respect de l'obligation d'emploi des personnes handicapées comme condition d'accès à la commande publique.

Ces trois réformes sont donc une avancée pour la prise en compte d'une dimension sociale dans la commande publique. Certes, la possibilité de faire des actions d'insertion est une modalité obligatoire d'exécution du marché existe de longue date. Une circulaire du 15 décembre 1995 incitait les marchés d'ouvrage à y recourir (4). Cette faculté est désormais prévue dans le CMP, comme elle l'était dans la version issue du décret du 7 mars 2001. L'article 14 du code dispose que : « la définition des conditions d'exécution d'un marché dans les cahiers des charges peut viser à promouvoir l'emploi de personnes rencontrant des difficultés particulières d'insertion, à lutter contre le chômage... Cependant, la jurisprudence française a condamné jusqu'à présent l'insertion d'un critère social lorsqu'il est utilisé pour le jugement des offres (5); tandis que la Cour de justice des communautés européennes (CJCE) s'est montrée plus en avance sur ce point en admettant la légalité des actions de lutte contre le chômage comme critère d'attribution même du marché (6).

Aussi, les trois récentes modifications du Code des marchés publics vont-elles directement influencer sur ce dernier point. En effet, elles portent précisément sur la phase de sélection des candidatures et des offres.

RÉFÉRENCES

- Loi n° 2005-102 du 11 février 2005.
- Loi n° 2005-32 du 18 janvier 2005.
- Décret n° 2004-1298 du 26 novembre 2004.

prise en compte d'une dimension sociale dans la commande publique n'est donc plus confinée à la seule exécution des marchés. Pour autant, il sera montré que si cette prise en compte constitue un progrès certain, ces réformes restent à parfaire.

Le droit de préférence aux ateliers protégés et centres d'aide par le travail

La jurisprudence administrative est réticente sur la possibilité d'insérer dans un marché public un critère de sélection qui reposerait sur la taille des entreprises (7). Si cette limite ne favorise naturellement pas les petites et moyennes entreprises, elle est également un frein à l'accès à la commande publique des entreprises d'insertion.

Le Code des marchés publics de 2004 tente de répondre à cette restriction. Son article 54-I dispose que, lors de la passation d'un marché, un droit de préférence est attribué, à égalité de prix ou à équivalence d'offres, à l'offre présentée par un atelier protégé (8).

L'article 54-II prévoit un autre dispositif par lequel lorsque des marchés portent, en tout ou partie, sur des prestations susceptibles d'être exécutées par des ateliers protégés, l'acheteur public doit, préalablement à la mise en concurrence, définir celles qui, à ce titre, et dans la limite du quart de leur montant, seront attribuées à équivalences d'offres à ces ateliers. Cette dernière disposition est connue sous les termes de «quart réservataire».

Une transposition de la directive communautaire 2004/18/CE

Le décret du 26 novembre 2004, qui modifie diverses dispositions du Code des marchés publics, est venu élargir le champ du droit de préférence (9). Ce texte ajoute ainsi à l'article 54 du code un alinéa IV qui dispose que certains marchés ou certains lots d'un marché peuvent être réservés aux ateliers protégés ou aux centres d'aide par le travail.

Préalablement, et de façon anecdotique, on relèvera que la loi n° 2005-102 du 11 février 2005 pour l'égalité des droits et des chances, la participation et la citoyenneté des personnes handicapées a renommé, par le biais d'un amendement «rédactionnel», les ateliers protégés en entreprise adaptée. Or, si la loi a bien substitué la nouvelle appellation

pour les alinéas I et II de l'article 54, elle a en revanche omis de le faire pour le IV de ce même article.

Le décret du 26 novembre 2004 vient transposer sur ce point les dispositions de la 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 (10), et lève ainsi l'interdiction qui était faite de réserver certains marchés à des entreprises d'insertion (11). En effet, l'article 19 de la directive dispose que: «les Etats membres peuvent réserver la participation aux procédures de passation de marchés publics à des ateliers protégés, ou en réserver l'exécution dans le cadre de programmes d'emplois protégés, lorsque la majorité des travailleurs concernés sont des personnes handicapées qui, en raison de la nature ou de la gravité de leurs déficiences, ne peuvent exercer une activité professionnelle dans des conditions normales».

Les ateliers protégés sont des entreprises employant au moins 80% de travailleurs handicapés (12). Ils s'adressent aux personnes orientées par la Commission technique d'orientation et de reclassement professionnel (Cotorep) dont le handicap nécessite des conditions particulières d'emploi, sous réserve que leur capacité de travail égale un tiers au moins de la capacité d'un salarié valide au même poste. Les ateliers protégés peuvent être créés par des collectivités ou organismes publics ou privés. Ils doivent être agréés par le préfet de région (13).

Les centres d'aide par le travail (CAT) sont des établissements médico-sociaux qui offrent aux personnes handicapées des activités productives en même temps qu'un soutien médico-social (14). La création d'un CAT est subordonnée à l'autorisation du préfet de région (15.)

Un élargissement du champ d'application du droit de préférence

La modification apportée par le décret du 26 novembre 2004 élargit notablement le champ du droit de préférence. En effet, il faut noter que la mise en œuvre du droit de préférence (article 54-I du CMP) ou du quart réservataire (article 54-II du CMP) ne peut s'exercer qu'à la condition que les offres des candidats soient équivalentes. En d'autres termes, le régime préférentiel ne pourra être retenu que si les offres «ne peuvent être distinguées au regard des critères de choix des offres indiquées aux candidats et fixés selon les principes posés à l'article 53 du code» (16). Concrètement, ce n'est que dans l'hypothèse où deux offres sont équivalentes, parmi lesquelles celles d'un bénéficiaire du droit de préférence, que ce dernier a la préférence sur son concurrent et se voit attribuer le marché.

La situation est différente avec le dispositif prévu par le nouvel article 54-IV du code. Celui-ci permet en effet aux acheteurs de réserver certains marchés ou certains lots d'un même marché à des ateliers protégés ou des CAT. Autrement dit, les entreprises qui ne relèvent pas de l'une de ces deux catégories ne peuvent concourir à ces marchés. Cependant, l'avis de publicité doit impérativement mentionner cette possibilité.

La circulaire d'application du Code des marchés publics précise, en outre, que «cette disposition ne dispense pas les acheteurs d'organiser, entre ces seuls organismes, une procédure de passation des marchés, qui sera fonction des seuils fixés à l'article 28 et respectera les modalités de publicité prévues à l'article 40». La reconnaissance d'un droit de préférence aux ateliers protégés a son corollaire dans l'affirmation de l'obligation d'emploi des salariés handicapés comme condition d'accès à la commande publique.

(*) Les opinions et interprétations exprimées par l'auteur n'engagent que lui-même, et non la collectivité à laquelle il appartient.

(1) «Du bon usage du mieux-disant social»,

«Contrats et marchés publics», janvier 2001, p. 28.

(2) JO du 30 novembre 2004, p. 20310.

(3) JO du 19 janvier 2005, p. 864.

(4) Circulaire du 15 décembre 1995, n° 95-94, relative à la prise en compte d'actions en matière d'insertion et d'emploi dans les marchés publics de travaux, «MTP» 22 décembre 1995, p. 202.

(5) CE, 10 mai 1996, «FNTP et autres», Rec. Lebon, p. 164; TA Strasbourg, 30 novembre 1999, «Préfet du Bas-Rhin c/CUS», req. n° 99-1028.

(6) CJCE, 26 septembre 2000, «Commission c/République française», aff. C 225/98.

(7) CE, 13 mai 1987, «Sté Warner Isofil Isolation», RDP 1988, p. 1420.

(8) Article 54-I du CMP: le droit de préférence concerne

également l'offre présentée par une société coopérative ouvrière, un groupement de producteurs agricoles, un artisan, une société coopérative d'artisans, une société d'artistes.

(9) Pour un commentaire des principales dispositions de ce décret, lire J.-D. Dreyfus, «Marchés de moins de 4000 euros: le cadeau empoisonné fait aux acheteurs publics», «AJDA», 10 janvier 2005, p. 30.

(10) JOUE du 30 avril 2004.

(11) CAA Bordeaux, 4 mars 2003, «Département des Deux-Sèvres», note J.-D. Dreyfus, «AJDA», 5 mai 2003, p. 895.

(12) Articles L.323-30 et suivants, R.323-60 et suivants du Code du travail.

(13) Article L.323-31 du Code du travail.

(14) Articles L.344-2 à L.344-6 du Code de l'action sociale et des familles.

(15) Article L.313-3 du Code de l'action sociale et des familles.

(16) «Revue de l'achat public» n° 4, 2001.

L'obligation d'emploi des travailleurs handicapés comme condition d'accès à la commande publique

Le Code des marchés publics prévoit un certain nombre de conditions qui, si elles ne sont pas remplies par le candidat, empêchent celui-ci de concourir à un marché public (17). Ainsi, conformément à l'article 43 du code, toute entreprise candidate à un marché public doit être à jour de ses obligations fiscales et sociales. En outre, ne sont pas admises à concourir les personnes physiques ou morales en état de liquidation judiciaire et les personnes physiques dont la faillite a été prononcée (18).

L'obligation d'emploi des travailleurs handicapés

A ces conditions, la loi n° 2005-102 du 11 février 2005 pour l'égalité des droits et des chances, la participation et la citoyenneté des personnes handicapées est venue en ajouter de nouvelles (19). Suite à un amendement parlementaire, la loi a modifié l'intitulé de la section III du chapitre III du titre III du Code des marchés publics qui porte désormais sur les « Conditions d'accès à la commande publique relatives à la situation fiscale et sociale des candidats, ou au respect de l'obligation d'emploi des travailleurs handicapés [formule ajoutée par la loi] ou aux difficultés des entreprises ».

Ainsi, cette section est complétée par un article 44-1 qui prévoit que : « ne sont pas admises à concourir aux marchés publics les personnes assujetties à l'obligation définie à l'article L. 323-1 du Code du travail qui, au cours de l'année précédant celle au cours de laquelle a eu lieu le lancement de la consultation, n'ont pas souscrit la déclaration visée à l'article L.323-8-5 du même code ou n'ont pas, si elles en sont redevables, versé la contribution visée à l'article L. 323-8-2 de ce code » (20).

On relèvera que les personnes publiques sont assujetties aux mêmes obligations d'emploi des personnes handicapées que les person-

nes morales de droit privé (21). Une collectivité, qui soumissionnerait à un marché public, pourrait donc voir sa candidature non admise pour non-respect de l'une de ces obligations.

Pour comprendre le contenu de ces obligations, il faut se reporter au Code du travail. Tout d'abord, l'article L.323-1 de ce code prévoit que tout employeur occupant au moins vingt salariés est tenu d'employer des salariés handicapés dans la proportion de 6% de l'effectif total de ses employés. L'article L.323-8-5 complète cette disposition par l'obligation faite aux employeurs de fournir à la direction départementale du travail une déclaration annuelle relative aux emplois occupés par ces salariés. Enfin, l'article L.323-8-2 prévoit que les entreprises peuvent s'acquitter de l'obligation d'emploi énoncée à l'article L.323-1, en versant au Fonds de développement pour l'insertion professionnelle des handicapés une contribution annuelle.

Le législateur a fait de l'obligation d'emploi des salariés handicapés une condition d'admission des candidatures à un marché public. Dans une consultation, la phase de sélection des candidatures se décompose en deux étapes. La première permet d'apprécier la recevabilité de la candidature au regard de sa situation administrative, juridique, fiscale et sociale. Il s'agit, en l'espèce, d'un contrôle objectif de la situation de l'entreprise. Le non-respect de l'une de ces conditions entraîne le rejet automatique de la candidature. La seconde permet de juger des capacités professionnelles, techniques et financières du candidat au regard de l'objet de la consultation.

L'intention du législateur a, semble-t-il, été de faire du respect des obligations en matière d'emploi des travailleurs handicapés une condition de la première étape qui porte sur la recevabilité des candidatures. En effet, à cette fin, il a complété l'article 52 du CMP en prévoyant que cette obligation relève de la recevabilité des candidatures, à l'instar de la vérification de la situation juridique, fiscale et sociale de l'entreprise, et non de l'appréciation des garanties techniques et financières de celles-ci.

Pendant, il semble que la mise en œuvre de la vérification par la personne publique du respect de l'obligation d'emploi des personnes handicapées soit juridiquement impossible.

Des interrogations sur la mise en œuvre du contrôle de l'obligation d'emploi

Les articles 45 (2° et 3°) du Code des marchés publics, relatifs à la présentation des candidatures, transcrivent les obligations précédemment énoncées sur les conditions d'accès à la commande publique, et permettent à l'acheteur de contrôler le respect par les entreprises de ces conditions et, ainsi, de juger de la recevabilité des candidatures. L'article 45 (2°) prévoit que si le candidat est en redressement judiciaire, il doit joindre à sa candidature la copie du jugement prononcé à ce effet. Quant à l'article 45 (3°), il dispose que le candidat doit justifier, par une déclaration sur l'honneur, qu'il a satisfait aux obligations fiscales et sociales, qu'il n'a pas fait l'objet d'une interdiction de concourir, et enfin, qu'il n'a pas fait l'objet d'une condamnation pour un certain nombre d'infractions relatives au travail illégal.

Dès lors, et pour établir le pendant à l'obligation d'emploi des salariés handicapés énoncée par le nouvel article 44-

du CMP, le législateur aurait pu être amené à ajouter à la liste des pièces énumérées à l'article 45 (2° et 3°) la production d'une déclaration ou d'une attestation sur l'honneur

par laquelle le candidat justifie qu'il a bien rempli les obligations prévues par le Code du travail. Or, tel n'est pas le cas.

Le législateur a modifié l'article 45 (1°), qui porte sur les capacités professionnelles, techniques et financières du candidat. Cet article modifié énonce désormais qu'au titre de capacités professionnelles, l'entreprise peut être amenée à faire figurer dans sa candidature des renseignements relatifs au respect de l'obligation d'emploi des travailleurs handicapés prévue à l'article L.323-1 du Code du travail.

L'on peut s'interroger sur l'application de cette disposition. En effet, le dernier alinéa de l'article 45 (1°) du CMP prévoit que la liste des renseignements et documents qui peuvent être demandés pour évaluer les capacités techniques, professionnelles et financières du candidat est fixée par arrêté du ministre chargé de l'Economie. A ce jour, cet arrêté

A NOTER
Le respect de l'obligation d'emploi des salariés handicapés est une condition d'admission des candidatures à un marché public.

(17) Code des marchés publics, titre III, chapitre III, section III.

(18) Code des marchés publics, article 44.

(19) Article 29 de la loi n° 2005-102 du 11 février 2005.

(20) L'obligation d'emploi des travailleurs handicapés est également étendue aux délégations de service public; l'article 30 de la loi du 11 février 2005 complète ainsi l'article L.1411-1 du CGCT.

(21) Article L.323-2 du Code du travail.

daté du 26 février 2004 ne contient naturellement l'énoncé d'aucuns renseignements ou documents qui permettraient de contrôler le respect par le candidat de l'obligation d'emploi mentionnée à l'article L.323-1 du Code du travail (22).

En outre, la liste des renseignements énumérée à l'arrêté du 26 février 2004 présente un caractère exhaustif. En d'autres termes, un acheteur public ne pourrait exiger pour apprécier la capacité professionnelle des candidats d'autres documents que ceux prévus par ce texte.

Ceci a été confirmé par la jurisprudence. Ainsi, le Conseil d'Etat a annulé une procédure d'appel d'offres dont le règlement de la consultation exigeait des candidats qu'ils produisent l'attestation par laquelle, en application des articles L.341-6, L.341-6-4 et R.341-36 du Code du travail, le cocontractant indique s'il a ou non l'intention de faire appel pour l'exécution du contrat à des salariés de nationalité étrangère, au motif que ces pièces ne sont nullement mentionnées par l'article 45 du Code des marchés publics (23).

Il peut donc y avoir une certaine confusion pour les acheteurs publics. L'intention du législateur laisse en effet penser que l'obligation d'emploi des personnes handicapées doit être contrôlée au titre de la recevabilité des candidatures. Mais la mise en œuvre de ce principe s'est concrétisée dans la seconde étape de sélection des candidatures qui porte sur les capacités professionnelles, techniques et financières. Dès lors, les collectivités publiques sont dans une situation juridique incertaine. Faut-il, dans un appel d'offres, demander aux candidats des pièces relatives à l'obligation d'emploi alors que ces pièces ne sont ni mentionnées dans le CMP ni dans l'arrêté du 26 janvier 2004, au risque de voir une procédure annulée pour ce motif. Inversement, quelle serait la position du juge si une entreprise qui remplirait cette obligation faisait grief à une collectivité de ne pas l'avoir contrôlée lors d'une consultation pour l'ensemble des candidats? Des précisions sont attendues par les acheteurs.

La prise en compte d'une démarche d'insertion n'est pour autant pas limitée à la sélection des candidatures. En effet, la loi du 18 janvier 2005 insère cette dimension dans la phase suivante d'une consultation, celle du jugement des offres.

Les performances en matière d'insertion comme critère de sélection des offres

La loi n° 2005-32 du 18 janvier 2005 de programmation pour la cohésion sociale, dite «loi Borloo», est venue compléter la liste des critères sur la base desquels un acheteur public peut sélectionner l'offre économiquement la plus avantageuse.

En effet, l'article 58 de cette loi, issu d'un amendement parlementaire, insère dans la liste des critères de sélection des offres énoncés à l'article 53-II, un nouvel élément d'analyse possible relatif aux «performances [des candidats] en matière d'insertion professionnelle des publics en difficulté». Par cet ajout, est donc reconnue explicitement la faculté pour les acheteurs de juger les offres sur la base d'un critère social.

Pour autant, il est permis de s'interroger sur la nécessité de cette précision.

En effet, l'article 53-II du Code des marchés publics dispose que: «pour attribuer le marché au candidat qui a présenté l'offre économiquement la plus avantageuse, la personne publique se fonde sur divers critères variables selon l'objet du marché, notamment [...]».

Ce dernier adjectif laisse à penser que la liste qui suit n'est pas exhaustive, et donc que la personne publique peut prévoir d'autres critères que ceux répertoriés à cet article. Le manuel d'application du code confirme d'ailleurs cette position, puisqu'il rappelle «que des critères autres que ceux énumérés à l'article 53 peuvent être pris en compte par la personne responsable du marché, s'ils sont justifiés par l'objet du marché ou ses conditions d'exécution» (24).

L'instruction ajoute cependant que: «les critères doivent être objectifs, opérationnels et non discriminatoires». Or, précisément, la jurisprudence française a été jusqu'à présenter restrictive sur l'utilisation d'un critère social.

Les conceptions française et communautaire sur le critère du mieux-disant social

Une circulaire interministérielle du 29 décembre 1993, relative à la prise en compte des critères additionnels relatifs à l'emploi dans l'attribution des marchés publics, avait incité les acheteurs publics à tenir compte des actions proposées par les candidats en faveur de l'emploi, comme la création d'emplois, les actions de réinsertion ou l'organisation d'actions de formation professionnelle, par exemple (25). Suite à un recours présenté par la Fédération nationale du bâtiment et des travaux publics, le Conseil d'Etat releva que cette circulaire n'avait pas de valeur réglementaire, dans la mesure où il ne s'agissait que d'une déclaration d'intention, que l'administration pouvait intégrer cette volonté pour l'exécution de ses marchés sans pour autant en faire un critère de sélection des offres (26).

Par la suite, le tribunal administratif de Strasbourg eu à connaître d'un marché public de prestations de nettoyage et de balaya-

ge dans lequel les offres des soumissionnaires étaient appréciées notamment au regard de leur démarche en

matière d'insertion (27). Or, le juge administratif annula ce marché au motif que l'insertion d'un tel critère n'était, en l'espèce, justifiée ni par l'objet du marché ni par ses conditions d'exécution. Le juge fermait ainsi la possibilité laissée aux acheteurs publics d'insérer dans leurs marchés, au titre des critères additionnels, un critère portant sur le mieux-disant social.

La position du droit communautaire est plus avancée sur ce point. Par deux décisions, la Cour de justice des communautés européennes (CJCE) a reconnu que le mieux-disant social n'est pas seulement légal en tant que condition d'exécution du marché, mais égale- >

A NOTER
Les acheteurs publics ont la possibilité de juger les offres sur la base d'un critère social.

(22) Arrêté du 26 février 2004 pris en application de l'article 45, alinéa premier du Code des marchés publics et fixant la liste des renseignements et/ou documents pouvant être demandés aux candidats aux marchés publics, JO n° 60 du 11 mars 2004, p. 4785.

(23) CE, 13 novembre 2002, «OPHLM de la communauté urbaine de Mans», req. n° 245303, «AJDA», 13 novembre 2003, note J.-D. Dreyfus, p. 33.

(24) Circulaire NOR: ECO20300024C du 7 janvier 2004 (JO du 8 janvier 2004), modifiée par la circulaire du 16 décembre 2004 (JO du 1^{er} janvier 2005).

(25) «Le Moniteur des travaux publics», 14 janvier 1994, supplément «Textes officiels», p. 235.

(26) CE, 10 mai 1996, «Fédération nationale des travaux publics, Fédération nationale du bâtiment», req. n° 159979; comm. S. Maljean-Dubois, «AJDA» 20 février 1997, p. 196.

(27) TA Strasbourg, 30 novembre 1999, «Préfet du Bas-Rhin c/communauté urbaine de Strasbourg, Société au Port'Unes», req. n° 99-1028; BJCP 9/2000, p. 104, concl. P. Devillers.

(28) CJCE, 20 septembre 1988, «Benntjes», aff. C-31/87, Rec. CJCE, p. 4635; CJCE, 26 septembre 2000, «Commission CE c/République française», aff. C-225/98, concl. S. Alber, note F. Llorens, «Contrats et marchés publics», décembre 2000, p. 14.

ment comme véritable critère de jugement des offres et d'attribution du marché (28). Ainsi, le juge communautaire admet qu'un critère d'attribution relatif à la lutte contre le chômage est légal dès lors qu'il respecte les principes du droit communautaire et, notamment, le principe de non-discrimination.

Pour sa part, la Commission européenne a adopté, le 15 octobre 2001, une communication interprétative sur les possibilités d'intégrer des aspects sociaux dans les marchés publics (29). Cette communication rappelle, tout d'abord, que c'est avant tout au stade de l'exécution, c'est-à-dire une fois le marché attribué, qu'un marché public peut constituer un moyen pour les pouvoirs adjudicateurs d'encourager la poursuite d'objectifs sociaux. Elle ajoute cependant que différentes possibilités permettent de tenir compte, lors d'une procédure de passation de marché, d'aspects sociaux qui ont un rapport avec les produits ou prestations demandées, en particulier lors de la définition des critères de sélection.

A NOTER
Les critères d'attribution, même sociaux, doivent permettre de comparer les offres et de les évaluer de manière objective.

La position communautaire est donc moins stricte que la jurisprudence française. Dans ce sens, les nouvelles directives communautaires adoptées en 2004 reconnaissent la possibilité aux pouvoirs adjudicateurs d'utiliser des critères de sélection des offres visant à la satisfaction d'exigences sociales (30).

La loi du 18 janvier 2005, en modifiant le Code des marchés publics, prend acte en quelque sorte de cette évolution. Pour autant, l'acheteur dispose d'une marge réduite quant à la faculté d'insérer un critère social comme moyen de sélection des offres.

La difficile insertion d'un critère social pour le jugement des offres

Si les directives communautaires admettent que le jugement des offres puisse se faire sur la base notamment de critères sociaux, cette

possibilité est néanmoins assortie de conditions. Tout d'abord, les critères d'attribution doivent permettre de comparer les offres et de les évaluer de manière objective (31).

En d'autres termes, les critères ne doivent pas avoir un caractère discriminatoire qui ferait que l'égalité de traitement des candidats ne serait plus assurée. Par la suite, les critères visant à la satisfaction d'exigences sociales doivent notamment répondre « aux besoins propres à des catégories de population particulièrement défavorisées auxquelles appartiennent les bénéficiaires/utilisateurs des travaux, fournitures, services faisant l'objet du marché » (32).

Il faut comprendre cette formulation quelque peu sibylline comme le rappel qu'un critère social ne peut être légal que s'il est justifié par l'objet du marché ou par ses conditions d'exécution.

Ces réserves sont évidemment les mêmes pour les critères de sélection des offres prévus par le Code des marchés publics. Le manuel d'application du code énonce, à propos de l'utilisation d'un critère environnemental, que celui-ci doit « être lié à l'objet du marché ou aux conditions d'exécution, [...] » (33). Ce principe trouve naturellement à s'appliquer pour le critère en matière d'insertion professionnelle. Or, il a déjà été dit que le juge français contrôle strictement le lien existant entre l'objet du marché et les critères de jugement des offres. Le tribunal administratif de Strasbourg avait considéré que les travaux de balayage et de nettoyage, objet du marché, quand bien même font-ils appel à une main-d'œuvre peu qualifiée, n'impliquent pas que ces personnels soient embauchés dans un cadre d'insertion (34).

Inversement, la Cour de justice des communautés européennes semble considérer que l'insertion de critères de sélection des offres relatifs à la lutte contre le chômage n'est pas incompatible avec des marchés de travaux portant sur la construction de collèges.

Aussi, se pose la question de savoir si la jurisprudence française prendra en compte l'évo-

lution favorable du droit communautaire pour ce type de critère. Nonobstant la reconnaissance, désormais explicite par le Code des marchés publics, de la possibilité de sélectionner les offres sur la base d'un critère social, la jurisprudence à venir est incertaine.

A travers ces trois réformes, le Code des marchés publics, d'inspiration libérale, redorson blason social. Cependant, leur mise en

A NOTER
Deux des modifications apportées au CMP sont des transpositions de la nouvelle directive communautaire sur les marchés publics.

œuvre devra être précisée pour ce qui est du contrôle de l'obligation d'emploi des personnes handicapées, voire confirmée par le juge en ce qui concerne l'acceptation d'un critère social pour le jugement des offres.

De façon plus générale, quelques remarques peuvent être faites sur la forme même de modifications apportées au Code des marchés publics. L'on relèvera, tout d'abord, que deux de ces évolutions sont des transpositions de la nouvelle directive communautaire sur les marchés publics (35).

Or, bien que les Etats membres soient libres quant au mode de transposition des directives, on soulignera que la disposition portant sur les ateliers protégés a été insérée dans le code par décret, tandis que la reconnaissance du critère de performance en matière d'insertion l'a été par voie législative. L'on notera d'autre part, que le législateur est intervenu par deux fois pour modifier le Code des marchés publics pour lequel, faut-il le rappeler, le Conseil d'Etat a reconnu le caractère réglementaire (36).

Enfin, la multiplication de ces formes d'amendements au Code des marchés renforce l'insécurité juridique des acheteurs. Malgré les avancées indéniables que représentent les trois réformes présentées plus avant, ces modifications répétées posent un problème de lisibilité du Code des marchés publics, voire de connaissance lorsqu'elles sont adoptées en catimini dans des textes dont l'objet est, à première vue, étranger à la commande publique.

Ces évolutions successives du Code des marchés publics renforcent l'impérieuse nécessité de voir aboutir le code de la commande publique annoncé par la loi n° 2004-13 du 9 décembre 2004 de simplification du droit (37). ■

(29) Communication interprétative sur l'intégration des aspects sociaux dans les marchés publics, 15 octobre 2001, « Le Moniteur des travaux publics », 26 octobre-2 novembre 2001, p. 458.

(30) Notamment, 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, « JOUE », 30 avril 2004.

(31) Directive 2004/18/CE du 31 mars 2004 précitée, considérant 46.

(32) Idem.

(33) Circulaire NOR: ECO20300024C du 7 janvier 2004, précitée.

(34) TA Strasbourg, 30 novembre 1999, req. n° 99-1028, précitée.

(35) Précitée.

(36) CE, 5 mars 2003, « Ordre des avocats à la cour d'appel de Paris », « MTP » du 7 mars 2003, p. 410.

(37) « Journal officiel » n° 287 du 10 décembre 2004, p. 20857.