

Sélection des candidats et critères sociaux

Mathieu Heintz,
chef du service juridique,
conseil général de l'Isère.

La Commission européenne, dans une communication interprétative de 2001 sur l'intégration des aspects sociaux dans les marchés publics, considère 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 »⁽¹²⁴⁾. Si cette assertion demeure en partie vraie, on peut relever que le droit des marchés publics offre un éventail de possibilités pour intégrer des aspects sociaux aux différents stades du processus de la commande publique.

Ainsi, la Cour de justice des Communautés européennes a reconnu que le mieux-disant social n'est pas seulement légal en tant que condition d'exécution du marché, mais également comme véritable critère de jugement des offres⁽¹²⁵⁾. Aussi l'article 53-II du code des marchés publics prévoit-il la possibilité d'insérer au titre des critères de sélection des offres un élément d'analyse relatif aux « performances [des candidats] en matière d'insertion professionnelle des publics en difficulté ». En amont des phases précédentes, l'étape relative à la sélection des candidatures permet également de prendre en compte des aspects sociaux. Dans sa communication interprétative de 2001, la Commission européenne relève, d'une part, qu'il est possible d'exclure un candidat pour non-respect d'une législation sociale et, d'autre part, que, si un marché nécessite un savoir faire particulier en matière « sociale », le

pouvoir adjudicateur peut exiger une expérience particulière comme critère de capacité et de connaissances techniques destiné à prouver l'aptitude des candidats.

Dans cet esprit, le législateur français a récemment manifesté son intention de faire de l'obligation d'emploi des travailleurs handicapés une condition de recevabilité des candidatures. Dans ce sens, 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⁽¹²⁶⁾ a complété plusieurs dispositions du code des marchés publics et a modifié notamment l'intitulé de la section 3 du chapitre III du titre III du code 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 ».

En matière de sélection des candidatures, le code des marchés publics distingue schématiquement deux étapes. La première porte sur la recevabilité de la candidature au regard d'un certain nombre d'obligations d'ordre juridique, administratif, fiscal et social, dont le non-respect entraîne l'exclusion du soumissionnaire (I). La seconde, concerne la vérification de l'aptitude des soumissionnaires à participer au marché au regard des critères fondés sur leur capacité économique, financière ou technique (II). À chacune de ces deux étapes, il est possible de tenir compte d'aspects sociaux.

I. L'exclusion des candidats pour non-respect d'une législation sociale

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⁽¹²⁷⁾. Parmi celles-ci, l'obligation d'emploi des travailleurs handicapés a été récemment ajoutée.

A) La recevabilité des candidatures

Le code des marchés publics énonce un certain nombre « d'irrecevabilités objectives »⁽¹²⁸⁾, dont le non-respect entraîne automatiquement le rejet de la candidature. 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⁽¹²⁹⁾.

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 cet 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 qu'il n'a pas fait l'objet d'une condamnation inscrite au bulletin n° 2 du casier judiciaire pour les infractions visées aux articles L. 324-9, L. 324-10, L. 341-6, L. 125-1 et L. 125-3 du code du travail.

(124) Communication interprétative de la Commission sur le droit communautaire applicable aux marchés publics et les possibilités d'intégrer des aspects sociaux dans lesdits marchés (JOCE du 28 novembre 2001, p. 27).

(125) CJCE 26 septembre 2000, Commission c/République française, aff. C-225/98 : Rec. 2000, p. I-7445.

(126) JO du 12 février 2005

(127) Code des marchés publics, titre III, chap. III, sect. 3.

(128) J. Michon, La nouvelle réglementation des marchés publics, Éditions du Moniteur, p. 231.

(129) Art. 44 CMP.

Des considérations sociales peuvent donc être prises en compte à ce stade. En effet les infractions visées aux articles L. 324-9 et L. 324-10 du code du travail concernent le travail dissimulé, et l'article L. 341-6 le travail clandestin dont sont victimes au premier chef les étrangers et les personnes en situation de privation d'emploi ou de précarité.

Outre ces conditions, le législateur a fait du respect de l'obligation d'emploi des travailleurs handicapés une condition supplémentaire d'accès à la commande publique.

3) L'obligation d'emploi des travailleurs handicapés

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 modifié l'intitulé de la section 3 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 »⁽¹³⁰⁾.

L'on relèvera que les personnes publiques sont assujetties aux mêmes obligations d'emploi des personnes handicapées que les personnes morales de droit privé⁽¹³¹⁾. 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 précité L. 323-1 en versant au fonds de développement pour l'insertion professionnelle des handicapés une contribution annuelle.

L'intention du législateur a semble-t-il été de faire du respect des obligations en matière d'emploi des travailleurs handicapés une condition d'admission des candidatures à un marché public. À cette fin, il a complété l'article 52 du code des marchés publics en prévoyant que cette obligation relève de la recevabilité des candidatures à l'instar de la vérification de la situation juridique, fiscale et sociale des entreprises, et non de l'appréciation des garanties techniques et financières de celles-ci.

En outre, dans la dernière mise à jour du formulaire DC5 relatif à la déclaration du candidat, la direction des affaires juridiques du ministère des finances a complété la déclaration sur l'honneur du candidat en la fondant notamment sur l'article 44-1 relatif au respect de l'obligation d'emploi des travailleurs handicapés⁽¹³²⁾.

Malgré cela, il semble que la mise en œuvre de la vérification par la personne publique du respect de cette obligation soit juridiquement impossible. En effet, et pour établir le pendant avec l'obligation d'emploi des salariés handicapés énoncée par le nouvel article 44-1 du code des marchés publics, le législateur aurait pu être amené à ajouter à la liste des pièces énumérées aux articles 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. Tel n'est pas le cas.

Or, un pouvoir adjudicateur ne peut exiger d'un candidat des pièces qui ne sont pas prévues par le code des marchés publics. Ainsi, le Conseil d'État 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 candidat 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⁽¹³³⁾.

Au regard de ce qui précède, il semble donc que les acheteurs ne sauraient demander aux soumissionnaires, sous peine d'irrecevabilité, la production d'une attestation sur l'honneur quant au respect de l'obligation d'emploi des travailleurs handicapés.

En réalité le législateur a modifié l'article 45-1° qui porte sur les capacités professionnelles, techniques et financières du candidat. Cela signifie que le contrôle de l'obligation d'emploi relève non de la recevabilité des candidatures, mais de l'appréciation de la capacité des soumissionnaires. Or, l'application de cette disposition pose problème en droit.

II. Les aspects sociaux lors de la vérification de la capacité des candidats

Le législateur a fait de l'obligation d'emploi des travailleurs handicapés une condition permettant d'apprécier la capacité du candidat à exécuter le marché en cause. Cependant la mise en œuvre de cette disposition expose les acheteurs à un risque juridique. Il est possible en revanche de se référer à d'autres éléments d'ordre social pour apprécier la capacité des soumissionnaires.

(130) 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 CGCT.

(131) Art. L. 323-2 C. trav.

(132) <http://www.minefi.gouv.fr/minefi/publique/publique4/index.htm>

(133) CE 13 novembre 2002, OPHLM de la Cité urbaine du Mans, req. n° 245303 : AJDA, 13 novembre 2003, note J.-D. Dreyfus, p. 33.

Du bon usage des aspects sociaux

A) Capacité des candidats et emploi des travailleurs handicapés

L'article 45-1° du code des marchés publics énonce que la vérification de l'aptitude des soumissionnaires ou des candidats à participer à un marché doit se faire sur la base de critères fondés sur la capacité professionnelle, financière ou technique. Cet article est complété par un arrêté du 26 février 2004 qui énumère de façon exhaustive la liste des renseignements et documents qui peuvent être demandés pour évaluer cette capacité⁽¹³⁴⁾.

Or, le législateur a complété l'article 45-1° qui énonce désormais qu'au titre des 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. À ce jour, l'arrêté du 26 février 2004 ne contient 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⁽¹³⁵⁾.

En outre, la liste des renseignements énumérée dans l'arrêté 26 février 2004 présente un caractère exhaustif. En d'autres termes, un acheteur public ne peut exiger, pour apprécier la capacité professionnelle des candidats, d'autres documents que ceux prévus par ce texte. Cela a été confirmé par la jurisprudence⁽¹³⁶⁾.

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 mentionnées ni dans le code des marchés publics, 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.

« Au titre des capacités professionnelles, l'entreprise peut faire figurer dans sa candidature des renseignements relatifs à l'obligation d'emploi des travailleurs handicapés. »

Cependant, d'autres références à caractère social peuvent être demandées pour apprécier la capacité des candidats.

B) Les autres références sociales possibles

La Commission européenne, dans sa communication interprétative de 2001⁽¹³⁷⁾, rappelle à juste titre que l'objectif de la phase de sélection est de choisir les soumissionnaires que le pouvoir adjudicateur juge capables d'exécuter le marché en question. Dès lors, les différentes exigences posées au titre de l'appréciation de la capacité des soumissionnaires doi-

vent avoir un lien direct avec l'objet du marché. Sur ce dernier fondement, la Cour de justice des Communautés européennes, dans un arrêt du 20 septembre 1988 *Beentjes*, a considéré qu'une condition relative à l'emploi de chômeurs de longue durée n'avait pas trait à la vérification de l'aptitude des soumissionnaires sur la base de leur capacité économique, financière et technique⁽¹³⁸⁾. La Commission européenne a précisé que « les références qui peuvent être demandées pour apprécier la capacité économique et financière des soumissionnaires ne présentent pas de possibilité de se référer à des éléments d'ordre social ». Cependant, en ce qui concerne la preuve de la capacité technique (professionnelle), il est possible, dans une certaine mesure, de tenir compte d'aspects sociaux.

En effet, la Commission relève que « si le marché nécessite un savoir-faire particulier en matière "sociale" on peut légitimement exiger une expérience particulière comme critère de capacité et de connaissances techniques destiné à prouver l'aptitude des candidats (expérience spécifique en matière de gestion d'une crèche par exemple, ou de services de formation pour chômeurs de longue durée) ».

Cependant la Commission précise que « les références autorisées par les directives marchés publics ne permettent de tenir compte de la "capacité sociale" de l'entreprise qu'à la condition que celle-ci atteste de l'aptitude technique de l'entreprise à exécuter le marché ». Dans cet esprit, et pour apprécier la capacité professionnelle des candidats à exécuter un marché qui nécessite un savoir-faire en matière sociale, les acheteurs pourront s'appuyer sur certains des renseignements et documents énoncés dans l'arrêté du 26 février 2004⁽¹³⁹⁾. Il s'agit notamment de la présentation d'une liste des principales fournitures ou des principaux services fournis au cours des trois dernières années ou présentation d'une liste des travaux en cours d'exécution ou exécutés au cours des cinq dernières années ; de l'indication des titres d'études et/ou de l'expérience professionnelle du ou des responsables et des exécutants de la prestation de service envisagée ; ou encore de la déclaration indiquant l'outillage, le matériel et l'équipement technique dont le prestataire ou l'entrepreneur dispose pour l'exécution des services ou de

(134) 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 du 11 mars 2004).

(135) Idem.

(136) Arrêt préc.

(137) Préc.

(138) CJCE 20 septembre 1988, *Gebroeders Beentjes BV c/État des Pays-Bas*, aff. 31/87 : Rec. 1988, p. 4635.

(139) Arrêt préc.

l'ouvrage et déclaration mentionnant les techniciens ou les organismes techniques dont l'entrepreneur disposera pour l'exécution de l'ouvrage.

Conclusion

Pour l'avenir, le projet de nouveau code des marchés publics devrait clarifier la question du contrôle de l'obligation d'emploi des travailleurs handicapés⁽¹⁴⁰⁾. Le projet maintient, certes, la possibilité de faire figurer au titre des capacités professionnelles des renseignements sur le respect de l'obligation d'emploi mentionnée à l'article L. 323-1 du code du travail⁽¹⁴¹⁾. Pouvaient-il cependant en aller autrement dans la mesure où cet ajout résulte d'une disposition législative et non d'un décret ? En revanche, il est prévu que le candidat doit produire à l'appui de sa candidature une

déclaration sur l'honneur pour justifier notamment qu'il respecte les dispositions des articles L. 323-1, L. 323-8-2 et L. 323-8-5 du code du travail, s'il y est soumis⁽¹⁴²⁾. Par ailleurs, la prise en compte d'aspects sociaux lors du jugement des candidatures pourrait également se développer dans le futur par la reconnaissance de labels sociaux. Ces derniers auraient vocation à attester de la prise en compte par les soumissionnaires d'aspects sociaux, éthiques dans leur politique d'entreprise et d'investissement. À titre d'exemple, le législateur belge a adopté une loi du 27 février

2002 visant à promouvoir une production socialement responsable⁽¹⁴³⁾. Ce texte créé un label que les entreprises peuvent utiliser dans la promotion des produits et qui est octroyé selon des critères qui comprennent le respect des normes définies dans les conventions de base de l'Organisation internationale du travail. Y figurent en particulier l'interdiction du travail forcé, l'interdiction de toute discrimination en matière de travail et de rémunération, l'âge minimum fixé pour le travail des enfants ainsi que l'interdiction des pires formes du travail des enfants. ■

(140) <http://www.minefi.gouv.fr/minefi/publique/publique4/index.htm>

(141) Art. 57-I-1° du projet de code des marchés publics.

(142) Art. 57-II-2°-d du projet de code des marchés publics.

(143) http://mineco.fgov.be/protection_consument/social_label/social_label_fr_002.htm

LEXIQUE DES STRUCTURES D'INSERTION

Entreprise adaptée (ou atelier protégé) : entreprise employant au moins 80 % de travailleurs handicapés. Elle s'adresse 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. Un atelier protégé peut être créé par des collectivités ou organismes publics ou privés. Il doit être agréé par le préfet de région. (art. L. 323-30 et s. et R. 323-60 et s. du code du travail).

Centre d'aide par le travail : établissement médico-social qui offre aux personnes handicapées des activités productives en même temps qu'un soutien médico-social. La création d'un CAT est subordonnée à l'autorisation du préfet de région (art. L. 344-1 et s. du code de l'action sociale et des familles).

Atelier et chantier d'insertion : dispositif porté par une commune, un établissement public de coopération intercommunale disposant de la compétence action sociale d'intérêt communautaire, par un centre communal ou intercommunal d'action sociale ou par un organisme de droit privé à but non lucratif ayant pour objet l'embauche de personnes en difficulté afin de faciliter leur insertion sociale et professionnelle, en développant des activités ayant principalement un caractère d'utilité sociale, et qui a conclu avec l'État une convention.

Les ateliers et chantiers d'insertion assurent l'accueil, l'embauche et la mise au travail sur des actions collectives de personnes en difficulté et organisent le suivi, l'accompagnement, l'encadrement technique et la formation de leurs salariés en vue de faciliter leur insertion et de rechercher les conditions d'une insertion professionnelle durable (art. L. 322-4-16-8 du code du travail).

Association intermédiaire : association ayant pour objet l'embauche de demandeurs d'emploi rencontrant des difficultés sociales et professionnelles particulières afin de faciliter leur insertion professionnelle en les mettant à titre onéreux à disposition d'utilisateurs (entreprises, associations, particuliers, etc.) et qui a conclu une convention avec l'État (art. L. 322-4-16-3 du code du travail).

Entreprise d'insertion : entreprise qui a pour objectif de faciliter l'insertion sociale par l'exercice d'une activité professionnelle de personnes sans emploi rencontrant des difficultés particulières d'insertion (art. L. 322-4-16 et L. 322-4-16-1 du code du travail).

Entreprise d'intérim d'insertion : entreprise de travail temporaire qui a conclu une convention avec l'État et dont l'activité exclusive consiste à faciliter l'insertion professionnelle des personnes sans emploi ou rencontrant des difficultés sociales et professionnelles particulières, au moyen de contrat de travail temporaire (art. L. 322-4-16-2 du code du travail).