



HAL
open science

Ordre concurrentiel et logiques sociale et environnementale dans la passation des marchés publics

Patrice Reis

► **To cite this version:**

Patrice Reis. Ordre concurrentiel et logiques sociale et environnementale dans la passation des marchés publics. FRISON ROCHE. L'ordre concurrentiel Mélanges en l'honneur d'Antoine Pirovano, FRISON ROCHE, p. 145 à 166, 2004. halshs-00730876

HAL Id: halshs-00730876

<https://shs.hal.science/halshs-00730876>

Submitted on 28 Nov 2012

HAL is a multi-disciplinary open access archive for the deposit and dissemination of scientific research documents, whether they are published or not. The documents may come from teaching and research institutions in France or abroad, or from public or private research centers.

L'archive ouverte pluridisciplinaire **HAL**, est destinée au dépôt et à la diffusion de documents scientifiques de niveau recherche, publiés ou non, émanant des établissements d'enseignement et de recherche français ou étrangers, des laboratoires publics ou privés.

**Marchés publics et ordre concurrentiel :
ordre concurrentiel et logiques sociale et environnementale
dans la passation des marchés publics.**

Patrice Reis

Maître de conférences

Université de Nice Sophia Antipolis

CREDECO UMR 6043 CNRS/INRA

"Le droit de la concurrence prend en charge un certain nombre d'exigences sociales au moment même où se délite sous la poussée de l'ordre concurrentiel un ordre public social"¹. Ce constat dressé par Antoine Pirovano est tout à fait d'actualité dans le secteur des marchés publics.

En effet, l'importance économique des marchés publics² contraste avec un fonctionnement concurrentiel depuis fort longtemps perturbé par la prééminence d'une logique concurrentielle fondée sur l'utilisation récurrente par la plupart des acheteurs publics d'un seul critère d'attribution des marchés : le prix³. Cette logique concurrentielle basée sur le seul critère du prix est potentiellement favorable à un déclin de la qualité des achats publics et à une remise en cause du fonctionnement concurrentiel du marché. En effet, une compétition effrénée entre entreprises en se traduisant par un développement des offres anormalement basses⁴ peut conduire à une concentration accélérée de l'offre susceptible de favoriser, par la suite, les pratiques anticoncurrentielles et ainsi de renchérir le coût des achats⁵. Cette prééminence du prix dans l'attribution des marchés publics s'est traduite aussi par le développement d'un moins disant social et environnemental⁶.

Cette dictature du moins disant⁷ toucherait-elle aujourd'hui à sa fin avec la volonté exprimée tant au niveau national que communautaire de promouvoir l'attribution des marchés publics au

¹ A. PIROVANO, Droit de la concurrence et progrès social, *D. 2002, chr. p. 62*.

² Les marchés publics représentent chaque année plus de 1000 milliards d'Euros c'est-à-dire près de 14% du P.I.B. de l'Union européenne ; en France, les marchés publics représentent entre 9 et 10% du P.I.B., Communication de la commission européenne du 11/3/1998 les marchés publics dans l'Union européenne, *COM (1998) 143 final*.

³ M. GUIBAL, Refonte du code des marchés publics, le conflit saugrenu de la légalité et de l'opportunité, *PA 19/11/1999, p.4*.

⁴ Mission parlementaire sur la réforme des marchés publics, rapport de A. TRASSY-PAILLOGUES, *MTP 5/04/1996, cahier spécial, p.325* ; B. FABRE, Rapport TRASSY-PAILLOGUES : simplifier les règles et choisir le mieux disant, *MTP 3/11/1995, p. 52*.

⁵ P. REIS, *La concurrence et les marchés publics*, Thèse Nice, Ed. Presses Universitaires du Septentrion, 2001, 527 p.; spéc. p. 141 et s..

⁶ CJCE 27/3/1990, Rush portuguesa, aff. C-113/89, *Rec. p.1439* les ouvriers portugais chargés de la construction de la ligne T.G.V. Atlantique travaillaient dans des conditions ne respectant pas les minimas sociaux français ; *D. 1991 Somm. p. 102*, obs. Ph. TERNEYRE ; *JDI 1991, p.471*, note M.C. BOUTARD-LABARDE ; *RTDE 1990, p.632*, note P. RODIERE.

⁷ M. GUIBAL, Un nouveau code des marchés publics ? *AJDA 20/4/2001, p. 360 et spéc. p. 362* ; F. OLIVIER, L'appel d'offres rénové, *JCL contrats et marchés publics, avril 2001, n° spécial, p. 24* ; C. BRÉCHON-

mieux disant ? Ainsi, le nouveau code des marchés publics⁸ met en avant dès le premier article l'attribution des marchés au mieux disant en faisant référence à l'offre économiquement la plus avantageuse. De même, la révision des directives communautaires relatives à la passation des marchés publics de fournitures, de services et de travaux⁹ donne lieu à débats au sein des instances européennes quant à l'introduction de critères supplémentaires de choix des offres afin de promouvoir efficacement l'attribution des marchés à l'offre économiquement la plus avantageuse¹⁰. La cour de justice et le parlement européen souhaitent élargir les possibilités d'utilisation de critères supplémentaires comme l'affirme Timothy Millett, référendaire à la cour de justice des communautés européennes, en considérant qu'un marché public ne peut qu'être attribué au mieux disant¹¹. Cette volonté de promouvoir le mieux disant ne doit pas seulement assurer la protection de l'acheteur public contre les dérives du moins disant. Elle suppose aussi l'amélioration du fonctionnement concurrentiel du marché en jouant un rôle de stimulateur de la concurrence. L'attribution des marchés en fonction de critères tendant à prendre en compte des considérations de qualité est, effectivement, susceptible d'améliorer le fonctionnement concurrentiel des marchés à la seule condition que le choix de la meilleure offre soit réellement un choix multicritères¹².

MOULENES, *droit des marchés publics* n° supplémentaire janvier 1996 p.3, la réforme du code des marchés publics : le rapport TRASSY-PAILLOGUES.

⁸ Décret du 7/3/2001 portant réforme du code des marchés publics, *J. O.* 8/3/2001, p. 37001 à 37026 ; J. MICHON, les facettes du nouveau code, *MTP* 16/3/2001, p. 100 ; F. LLORENS, P. SOLER-COUTEAUX et alii, le nouveau code des marchés publics, *JCL contrats et marchés publics*, avril 2001, n° spécial, p. 1 et s. p. 13 à 26.

⁹ La spécificité des procédures de passation des marchés dans le secteur des industries de réseau nous conduit à exclure la directive du 14/6/1993 portant coordination des procédures de passation des marchés de l'eau, de l'énergie, des transports et des télécommunications, *JOCE* n° L199 du 9/8/1993, p.84. Cette directive fait elle aussi l'objet d'une procédure de révision, voir la proposition modifiée de directive portant coordination des procédures de passation des marchés des secteurs de l'eau, de l'énergie, des transports et des services postaux *COM (2002) 235*, *JOCE* C 203 E du 27/8/2002, p.183.

¹⁰ Proposition de la commission du 15/5/2000, *COM (2000) 275*, concernant la révision des directives fournitures, travaux et services *JOCE* C 29 du 30/1/2001 p. 11, avis du parlement européen du 17/1/2002, C271 E/176, *JOCE* 7/11/2002 et proposition modifiée de directive relative à la coordination des procédures de passation des marchés publics de fournitures, de services et de travaux du 6/5/2002, *JOCE* C 203 E du 27/8/2002, p.210 ; R. WAINWRIGHT, Marchés publics, refonte des directives, *RMC*, juin 2001, p. 394 ; J. P. DELORME, négociation complexe à Bruxelles, *MTP* 5/1/2001, p. 18; J. MICHON, De nouvelles directives communautaires pour un code européen de la commande publique, *MTP* 8/2/2002, p. 72 ; J. MICHON, commission européenne et parlement européen une position ferme sur l'avenir de la commande publique en Europe, *MTP* 13/9/2002, p. 82.

¹¹ Interview de T. MILLETT, *MTP* 29/11/2002, p. 65 ; avis du parlement européen sur la proposition de réforme des directives relatives aux marchés publics du 17/1/2002, C271 E/176, *JOCE* 7/11/2002.

¹² La nécessité de ce choix multicritères est affirmée par l'article 53 II du code des marchés publics qui prévoit que "pour choisir l'offre économiquement la plus avantageuse, la personne publique se fonde sur des critères variables selon l'objet du marché notamment le coût d'utilisation, la valeur technique, les qualités esthétiques et fonctionnelles, la rentabilité, le service après-vente et l'assistance technique, la date et le délai de livraison, le prix des prestations. D'autres critères peuvent être pris en compte s'ils sont justifiés par l'objet du marché ou ses conditions d'exécution. Les critères doivent être hiérarchisés dans le règlement de consultation ou dans l'avis d'appel public à la concurrence".

Cette promotion du mieux disant doit aussi s'inscrire dans une optique de développement durable¹³. Cette notion de développement durable ne doit pas être limitée à la seule protection de l'environnement, dans la mesure où elle intègre aussi bien "*la croissance économique, le progrès social et le respect de l'environnement*"¹⁴. Dès lors, pour respecter l'objectif de développement durable¹⁵, les aspects sociaux et environnementaux doivent être intégrés dans les procédures de passation des marchés publics. Cette intégration peut aussi se justifier par la valeur d'exemplarité que doit revêtir le fonctionnement concurrentiel des marchés publics dans la mesure où il s'agit de gérer efficacement l'utilisation des deniers publics. Si ces marchés se doivent d'être exemplaires d'un point de vue purement économique¹⁶, ces commandes publiques réalisées par la collectivité et ses représentants devraient aussi faire preuve d'une certaine exemplarité au niveau social et environnemental. Dès lors, il convient de prendre en compte dans la passation des marchés publics des éléments environnementaux et sociaux qui seraient, par exemple, relatifs au coût d'entretien, au cycle de vie des biens acquis ou aux conditions sociales et environnementales d'exécution des marchés¹⁷.

Dans la pratique, les pouvoirs adjudicateurs vont être confrontés au problème de l'intégration de ces considérations à chaque stade du processus d'achat public. Effectivement, ces considérations doivent-elles simplement agir comme des conditions d'accès au marché (I) et/ou comme des critères d'attributions des marchés (II) ? La prise en compte de considérations sociales et environnementales dans cette dernière phase d'attribution soulève de nombreuses difficultés en raison notamment de certaines contradictions entre les approches communautaire et nationale. Néanmoins, l'utilisation de critères sociaux et environnementaux dans cette phase d'attribution tendrait plus largement à démontrer que la logique concurrentielle dans les marchés publics n'est pas forcément inconciliable avec certains aspects propres aux logiques sociale et environnementale¹⁸.

I) Les considérations sociales et environnementales dans l'accès aux marchés publics.

¹³ Le développement durable doit permettre de "*répondre aux besoins actuels sans compromettre l'aptitude des générations futures à répondre aux leurs*", Rapport de la commission mondiale sur l'environnement et le développement dite commission BRUNDTLAND, "Notre avenir à tous" 1987.

¹⁴ Communication interprétative de la commission sur le droit communautaire applicable aux marchés publics et les possibilités d'intégrer des aspects sociaux dans lesdits marchés, COM (2001) 0566 final, *JOCE n° C 333 du 28/11/2001 p. 27 à 41 et spéc. p.29* ; v. G. BOSSIS, Les aspects sociaux du développement durable : vers une définition communautaire ? *RMC, mars 2002, p. 165*.

¹⁵ Il s'agit d'un principe qui doit inspirer les politiques communautaires : Alinéa 8 du préambule du traité de l'Union européenne, Article 6 du Traité de l'Union européenne et article 37 de la charte européenne des droits fondamentaux, *JOCE C 364/1 du 18/12/2000*.

¹⁶ M. GLAIS et P. LAURENT, *traité d'économie et droit de la concurrence*, P.U.F 1983, p.185.

¹⁷ Voir pour d'autres exemples la communication interprétative de la commission sur le droit communautaire applicable aux marchés publics et les possibilités d'intégrer des aspects sociaux dans lesdits marchés, COM (2001) 0566 final, *JOCE n° C 333 du 28/11/2001 p. 27 à 41* et la communication interprétative de la commission sur le droit communautaire applicable aux marchés publics et les possibilités d'intégrer des considérations environnementales dans lesdits marchés, COM (2001) 274 final, *JOCE n° C 333 du 28/11/2001*.

¹⁸ A. PIROVANO, Droit de la concurrence et progrès social, *D. 2002, chr. p. 62*.

Dans l'accès aux marchés publics, les considérations sociales et environnementales peuvent, dans un premier temps, intervenir comme causes d'exclusions de l'accès (A). Dans une seconde phase de la passation du marché, ces considérations peuvent, dans certaines hypothèses, être utilisées comme moyens de sélection des candidats en fonction de leurs qualités professionnelles, techniques et financières (B).

A) Les exclusions de l'accès aux marchés publics.

La prise en compte de considérations sociales et environnementales dans les marchés publics suppose au préalable de prohiber sur ces marchés le développement du moins disant social et environnemental. Leur accès doit, dès lors, être réservé aux entreprises qui présentent des garanties relatives au respect de ces réglementations sociales et environnementales. L'exclusion de l'accès au marché des entreprises aurait, ici, pour objectif d'assurer l'instauration d'une concurrence loyale dans les marchés publics.

L'exclusion de l'accès aux marchés repose traditionnellement sur le paiement des cotisations sociales et sur l'exigence de respect des minimas sociaux du lieu d'exécution. (1) Ces premières causes d'exclusions sont limitées à certaines considérations sociales alors pourtant que d'autres causes d'exclusions s'appuyant sur les notions de faute grave et de délits affectant la moralité professionnelle des candidats prévues par les directives communautaires sont encore insuffisamment exploitées et permettraient de garantir le respect plus général de toute la législation sociale et environnementale (2).

1) La garantie des minimas sociaux du lieu d'exécution et le paiement des cotisations sociales.

A l'origine, les causes d'exclusions d'accès aux marchés publics ont d'abord concerné des considérations sociales relatives au paiement des cotisations sociales comme l'attestent l'article 43 du code des marchés publics¹⁹ et les directives communautaires. Ces dernières permettent l'exclusion d'un candidat qui n'est pas en règle avec ses "*obligations relatives au paiement des cotisations sociales selon les dispositions légales du pays où il est établi ou celles du pays du pouvoir adjudicateur*"²⁰.

¹⁹ Cet article prévoit en son premier alinéa que "*conformément à l'article 39 de la loi n°54-404 du 10/4/1954 portant réforme fiscale, ne sont pas admises à concourir aux marchés publics les personnes qui au 31 décembre de l'année précédant celle au cours de laquelle a lieu la consultation, n'ont pas souscrit les déclarations leur incombant en matière fiscale et sociale ou n'ont pas effectué le paiement des impôts et cotisations exigibles à cette date*".

²⁰ Article 20 de la directive 93/36 du conseil du 14/6/1993 portant coordination des procédures de passation des marchés publics de fournitures, *JOCE n° L199 du 9/8/1993, p.1*, article 24 de la directive 93/37 du conseil du 14/6/1993 portant coordination des procédures de passation des marchés publics de travaux, *JOCE n° L199 du 9/8/1993, p.54*, article 29 de la directive 92/50 du conseil du 18/6/1992 portant coordination des procédures de passation des marchés publics de services, *JOCE n° L209 du 24/7/1992, p.1*.

Cependant face à l'ouverture à la concurrence européenne des marchés publics susceptible d'encourager le phénomène de moins disant social illustré par l'affaire Rush portuguesa²¹, les pouvoirs publics ont été confrontés au problème de la conciliation entre, d'une part, le refus du moins disant social et, d'autre part, la nécessaire européenne des marchés découlant de l'exercice des libertés communautaires prévues par le traité de Rome²².

Afin d'éviter les dérives constatées par la cour de justice dans l'arrêt Rush Portuguesa, la directive du 16 décembre 1996 relative au détachement des travailleurs salariés²³ a étendu à l'ensemble de la communauté européenne l'obligation de respecter les législations sociales du lieu d'exécution du marché en cas d'exercice de la liberté de prestations de services.

Cette directive s'inspire des modifications apportées par les pouvoirs publics français au code du travail afin d'éviter, à la suite aussi de l'affaire Rush Portuguesa, de nouveaux cas de "dumping social"²⁴. Ainsi, l'article L 341-5 du code du travail concerne l'application des réglementations sociales aux personnes exerçant la libre prestation de services qui doivent respecter un certain nombre de règles protectrices des salariés notamment les règles relatives au salaire minimum, à la durée du travail, aux conditions d'hygiène et de sécurité prévues par le code du travail et les conventions collectives de branches.

Ces obligations relatives aux conditions d'exécution du marché ont, *a priori*, pour conséquence l'exclusion des entreprises candidates qui ne les respecteraient pas.

Cependant, à ce stade de la passation, l'exclusion ne peut être automatique car le pouvoir adjudicateur ne peut préjuger à l'avance des conditions d'exécution. Le parlement européen dans sa résolution concernant la proposition de la commission européenne de réforme des directives relatives aux marchés publics de fournitures, de services et de travaux²⁵ propose par le biais d'un amendement de permettre aux pouvoirs adjudicateurs de rejeter les offres des

²¹ CJCE 27/3/1990, Rush portuguesa, aff. C-113/89, *Rec. P. 1439* ; *D. 1991 Somm. p. 102*, obs. Ph. TERNEYRE ; *JDI 1991, p.471*, note M.C. BOUTARD-LABARDE ; *RTDE 1990, p.632*, note P. RODIERE.

²² F. MEYER, libre circulation des travailleurs et libre prestation de services, *RIDE 1998.57 et spéc. p.67 et 68* ; E. PUTMAN, les rapports entre droit social et droit de la concurrence, *RIDE 1998, p.107*. Lors de l'examen de la directive "travaux" D-89/440, le parlement européen avait envisagé, sans réussir à l'imposer, l'inscription obligatoire dans le cahier des charges des conditions d'embauche propre au pays d'exécution du marché public afin d'éviter des pratiques de dumping social au sein de l'Union Européenne ; Rapport de M. BREUMER, *Doc. PE A 2-361/88 du 26/1/1989* ; C. BRÉCHON-MOULENES, 1988, année marchés publics, *RFAP 1988, p.79* ; V. CONSTANTINESCO, la coordination des procédures de passation des marchés publics de travaux, *RMC déc. 1989, p.597*.

²³ Directive du 16/1/1996 relative au détachement de travailleurs effectué dans le cadre d'une prestation de service, *JOCE 21/1/1997* ; D. LE ROUX, détachement des salariés, la directive est adoptée, *MTP 1/10/1996, p.50* ; M. A MOREAU, le détachement des travailleurs effectuant une prestation de services dans l'Union européenne, *JDI 1996, p.889* ; IDOT L., le détachement dans le cadre d'une prestation de services, commentaire de la directive 96/71 du parlement européen et du conseil du 16/12/1996 concernant le détachement des travailleurs effectué dans le cadre d'une prestation de services, *Europe mars 1997, n°77*.

²⁴ Loi n°93-1313 du 20/12/1993 ; voir S. ROBIN, l'application du droit social français aux entreprises prestataires de services établies à l'étranger, *Droit social, 1994, p.127* ; F. MEYER, libre circulation des travailleurs et libre prestation de services, *RIDE 1998.57*.

²⁵ Proposition de la commission du 15/5/2000, *COM (2000) 275*, concernant la révision des directives fournitures, travaux et services *JOCE C 29 du 30/1/2001 p. 11*.

entreprises candidates qui seraient considérées comme anormalement basses en raison du non respect de ces exigences sociales minimales²⁶. Cet amendement a été repris par la commission européenne à l'article 54 de sa proposition modifiée de directive²⁷. Néanmoins, une telle exclusion relève plutôt du stade de l'attribution du marché et donc du traitement des offres et non de l'accès au marché.

Pour qu'un pouvoir adjudicateur puisse mettre en oeuvre une telle exclusion fondée sur le non respect des règles sociales du lieu d'exécution au stade de l'accès au marché, il faut que le candidat ait déjà été condamné au sein de l'Union européenne pour un tel comportement.

En effet, les directives communautaires permettent d'exclure les entreprises ayant fait l'objet d'une condamnation pour délit affectant leur moralité professionnelle ou ayant commis une faute grave.

2) Les fautes graves et les délits affectant la moralité professionnelle des entreprises.

Les directives communautaires relatives aux marchés publics de fournitures, de travaux et de services prévoient la possibilité d'exclure les entreprises ayant fait l'objet d'une condamnation pour délit affectant leur moralité professionnelle ou ayant commis une faute grave.

Ces délits et ces fautes graves peuvent donc permettre la prise en compte de considérations sociales et environnementales en tant que causes d'exclusions de l'accès aux marchés publics. En effet, la communication de la commission européenne du 4 juillet 2001 relative aux possibilités d'intégrer des considérations environnementales dans les marchés publics et celle du 15 octobre 2001 relative aux possibilités d'intégrer des aspects sociaux dans lesdits marchés²⁸ précisent qu'en matière environnementale et sociale, pourraient être exclues conformément aux directives communautaires applicables aux marchés publics, "*les entreprises candidates ayant fait l'objet d'une condamnation prononcée par un jugement ayant autorité de chose jugée pour délit affectant sa moralité professionnelle*". Elles précisent aussi que peuvent être exclues selon les directives relatives aux marchés publics actuellement en vigueur "*les entreprises candidates qui en matière professionnelle aurait commis une faute grave constatée par tout moyen que le pouvoir adjudicateur pourra justifier*".

²⁶ Considérant n°23 et amendement n°15 de la résolution législative du parlement européen sur la proposition de directive relative à la coordination des procédures de passation des marchés publics de fournitures, de services et de travaux, C271 E/176, JOCE 7/11/2002.

²⁷ Article 54 de la proposition modifiée de directive relative à la coordination des procédures de passation des marchés publics de fournitures, de services et de travaux présentée par la commission européenne, JOCE n° C 203 E du 27/8/2002, p. 0210 et spéc. 0238.

²⁸ Communication interprétative de la commission sur le droit communautaire applicable aux marchés publics et les possibilités d'intégrer des considérations environnementales dans les dits marchés, COM(2001) 274 final, JOCE n° C. 333 du 28/11/2001, p. 0013-0026 ; Communication interprétative de la commission sur le droit communautaire applicable aux marchés publics et les possibilités d'intégrer des aspects sociaux dans lesdits marchés, COM (2001) 0566 final, JOCE n° C 333 du 28/11/2001 p. 27 à 41.

Il ne s'agit là que d'une faculté pour le pouvoir adjudicateur et non d'une obligation. Néanmoins cette affirmation pourrait être remise en cause par la révision en cours des directives notamment en ce qui concerne les considérations sociales et environnementales.

Dans sa proposition de directive, la commission prévoit de distinguer des cas d'exclusions obligatoires des cas d'exclusions facultatives. Les cas d'exclusions obligatoires visent des délits particulièrement graves tels que la corruption, le blanchiment des capitaux, la participation à une organisation criminelle et enfin la fraude au sens de l'article 1 de la convention relative à la protection des intérêts financiers des communautés européennes. Les exclusions facultatives visent quant à elles les délits affectant la moralité professionnelle des entreprises candidates. Parmi les cas d'exclusions obligatoires, le parlement européen a ajouté deux amendements devant conduire à l'exclusion des entreprises condamnées, d'une part, pour tout comportement frauduleux ou tout autre comportement engendrant une concurrence déloyale en liaison avec l'attribution des marchés publics dans le cadre du marché commun et, d'autre part, pour n'avoir pas observé les conventions collectives et autres dispositions et lois relatives au travail et à la sécurité sociale du pays dans lequel il a son activité ou dans un autre pays concerné.

Ces deux amendements ont pour objectif d'assurer le respect de toute législation sociale ou environnementale dans la mesure où la violation de ces normes peut être considérée comme un comportement de concurrence déloyale. Par la même occasion, grâce au second amendement, le parlement européen tente de manière indirecte d'assurer le respect de la directive du 16 décembre 1996 relative au détachement des travailleurs salariés.

Néanmoins, ce dernier amendement concernant le respect des règles sociales a été malheureusement rejeté par la commission européenne qui refuse de considérer cette hypothèse comme un cas d'exclusion obligatoire. La commission permet, néanmoins, aux pouvoirs adjudicateurs de l'utiliser au titre des cas d'exclusions facultatives²⁹.

En droit interne, l'exclusion des candidats sur le fondement d'un délit affectant leur moralité professionnelle s'est traduite en matière sociale par deux décrets du 31 mai 1997 complétant la loi du 11 mars 1997³⁰ sur le renforcement de la lutte contre le travail illégal³¹ qui concernent notamment la passation des marchés publics. En vertu de ces textes, ne peuvent plus être candidat à l'obtention d'un marché public les personnes ayant fait l'objet au cours des cinq dernières années d'une condamnation inscrite au bulletin n°2 du casier judiciaire pour

²⁹ Proposition modifiée de directive relative à la coordination des procédures de passation des marchés publics de fournitures, de services et de travaux présentée par la commission européenne, *JOCE n° C 203 E du 27/8/2002, p. 0210 et spéc. 0238.*

³⁰ *J.O. du 1/6/1997* ; F. TAQUET, brèves réflexions sur la notion de travail dissimulé suite à la loi n°97-210 du 11/3/1997, *JCP Ed(E)1997, I, 658.*

³¹ Voir sur ce thème C. DE COURSON et G. LEONARD, *Rapport au premier ministre, 1996, les fraudes et pratiques abusives* ; R. SALLES, *Rapport AN, n°3190, 1996* ; L. SOUVET, *Rapport Sénat, n°157, 1996.*

infraction à la législation sur le travail clandestin ou l'emploi d'un étranger non autorisé à exercer une activité salariée en France, délit de marchandage ou prêt illicite de main d'œuvre. Ces comportements compromettant "*l'exercice loyal de la concurrence*"³² et justifiant la mise à l'écart des candidats qui les pratiquent sont visés explicitement par l'article 45 du code des marchés publics³³.

En matière de considérations environnementales, il n'existe aucune référence explicite précise à des cas d'exclusions dans le code des marchés publics et dans les directives communautaires.

Le parlement européen dans sa résolution législative sur la proposition de réforme des directives relatives aux marchés publics de fournitures, de services et de travaux précise que sont visés par les exclusions au titre d'une condamnation définitive, "*les opérateurs qui ont participé à une organisation criminelle ou qui se sont rendus coupables de corruption ou de fraude au détriment des intérêts financiers des Communautés européennes dans un Etat membre ou de violation de la législation du travail ou de délits écologiques en rapport direct avec le marché à attribuer*"³⁴. La définition des délits écologiques au niveau européen est encore en cours³⁵ ce qui signifie que dans l'état actuel du droit positif, il faudrait se référer aux hypothèses de non respect des règles environnementales qualifiées par la législation nationale de délit affectant la moralité professionnelle³⁶. Pour l'instant, le code des marchés publics ne renvoie pas à de tels délits comme il le fait en matière sociale, ce qui pose le problème de l'exclusion de l'accès pour les entreprises responsables de tels délits.

Après être intervenues comme causes d'exclusions de l'accès aux marchés publics, les considérations sociales et environnementales peuvent, aussi *a priori*, être utilisées comme moyens de sélection des entreprises candidates.

B) La sélection des entreprises en fonction de leurs qualités professionnelles, techniques et financières.

³² F. TAQUET, brèves réflexions sur la notion de travail dissimulé suite à la loi n°97-210 du 11/3/1997, *JCP Ed(E)1997, I, 658* ; C.V. MARIE, la loi du 11/3/1997 sur le travail illégal : les donneurs d'ordre en ligne de mire, *regards sur l'actualité, novembre 1997, p.31*.

³³ Cet article exige une attestation sur l'honneur que le candidat n'a pas fait l'objet, au cours des 5 dernières années, d'une condamnation inscrite au bulletin n°2 du casier judiciaire pour les infractions visées par les articles L 324-9, L 324-10, L 341-6, L 125-1 et L 125-3 du code du travail.

³⁴ Résolution législative du parlement européen sur la proposition de directive relative à la coordination des procédures de passation des marchés publics de fournitures, de services et de travaux, C271 E/176, *JOCE 7/11/2002*.

³⁵ Proposition modifiée de directive du 30/9/2002 relative à la protection de l'environnement par le droit pénal, *COM (2002) 544*.

³⁶ La commission cite le cas de l'article 325 du code pénal espagnol, Communication interprétative de la commission sur le droit communautaire applicable aux marchés publics et les possibilités d'intégrer des considérations environnementales dans les dits marchés, *COM(2001) 274 final, JOCE n° C. 333 du 28/11/2001, p. 0013-0026*.

Les critères de sélection des entreprises concernent la vérification de l'aptitude des candidats à exécuter le marché, il s'agit ici de vérifier les qualités de l'entreprise candidate et non de vérifier les qualités de l'offre qu'elle propose ce qui relève des critères d'attribution. Les qualités professionnelles, financières et techniques sont donc des critères concernant la sélection des entreprises et non des critères d'attribution qui visent eux à sélectionner les offres déposées par les candidats. Cette sélection des entreprises candidates (2) n'est possible qu'après une définition de l'objet du marché (1).

1) Définition de l'objet du marché.

La définition de l'objet du marché consiste pour l'acheteur public à s'interroger sur le produit ou le service qu'il désire acquérir. Le pouvoir adjudicateur est libre dans la pratique de définir contractuellement l'objet du marché. Cependant cette liberté n'est pas illimitée. En effet, si l'acheteur public est libre de définir les produits et services qui correspondent à ses préoccupations sociales et environnementales, ce choix comme le souligne la commission dans ses deux communications ne doit pas aboutir à restreindre l'accès au marché à des entreprises concurrentes issues d'autres Etats membres³⁷.

Lors de la définition de l'objet du marché, les possibilités de tenir compte de considérations sociales ou environnementales vont alors variées en fonction du type de marché concerné.

En effet, pour les marchés publics de travaux et de services, les pouvoirs adjudicateurs peuvent prescrire aisément un mode opérationnel ce qui peut influencer le processus de production afin de tenir compte de considérations environnementales et sociales. Il pourra, ici, s'agir, par exemple, de considérations tenant à une plus grande économie d'énergie ou à des modes d'exécution des marchés susceptibles de diminuer l'impact de cette phase du marché sur l'environnement. Par contre, pour les marchés de fournitures, la commission européenne dans sa communication relative à l'intégration de considérations environnementales dans les marchés publics³⁸ relève que les possibilités de tenir compte de ces aspects sont bien plus restreintes que pour les marchés de travaux ou de services dans la mesure où il s'agit ici de l'achat de produits finis. Le pouvoir adjudicateur ne peut donc pas *a priori* avoir d'influence sur le mode d'exécution du marché. Il peut néanmoins éviter de prescrire des exigences qui conduiraient à offrir des produits dont le processus de production aurait le plus d'effets négatifs sur l'environnement. Le même raisonnement est tenu par la commission européenne en matière de considérations sociales dans les marchés de fournitures.

³⁷ Communication interprétative de la commission sur le droit communautaire applicable aux marchés publics et les possibilités d'intégrer des considérations environnementales dans les dits marchés, COM(2001) 274 final, JOCE n° C. 333 du 28/11/2001, p. 0013-0026 ; Communication interprétative de la commission sur le droit communautaire applicable aux marchés publics et les possibilités d'intégrer des aspects sociaux dans lesdits marchés, COM (2001) 0566 final, JOCE n° C 333 du 28/11/2001 p. 27 à 41.

³⁸ Communication interprétative de la commission sur le droit communautaire applicable aux marchés publics et les possibilités d'intégrer des considérations environnementales dans les dits marchés, COM(2001) 274 final, JOCE n° C. 333 du 28/11/2001, p. 0013-0026.

Cependant la communication de la commission européenne du 4 juillet 2001 relative aux possibilités d'intégrer des considérations environnementales dans les marchés publics³⁹ et surtout la cour de justice dans son arrêt du 17 septembre 2002 Concordia⁴⁰ semblent permettre une prise en compte plus large d'éléments tenant à la protection de l'environnement par le biais des exigences techniques.

En effet, une fois la définition de l'objet du marché opérée, le pouvoir adjudicateur va devoir spécifier les caractéristiques de l'objet de ce marché. Ces caractéristiques vont se traduire par l'exigence de spécifications techniques particulières. Ces spécifications techniques ont pour objet de présenter les caractéristiques requises par l'acheteur public pour assurer que le produit ou le service est conforme à l'usage auquel il est destiné.

Ces spécifications techniques peuvent avoir, tout d'abord, pour objet d'intégrer des règles nationales ou européennes sociales ou environnementales que les entreprises sont tenues de respecter. Il peut s'agir de l'interdiction de substances dangereuses pour l'environnement ou pour la santé des travailleurs⁴¹.

Les spécifications techniques peuvent ensuite présenter une connotation sociale ou environnementale.

Les spécifications techniques en matière environnementale peuvent concerner les matériaux à utiliser, le processus de production ou encore la référence à un label écologique⁴². Bien entendu, ces spécifications doivent contribuer aux caractéristiques du produit ou du service, ainsi au titre des matériaux à utiliser, la commission européenne donne l'exemple des produits recyclés et au titre du processus de production celui des aliments issus de l'agriculture biologique ou celui de l'énergie verte. Les spécifications techniques peuvent aussi faire référence à des labels écologiques⁴³ tels que le label écologique européen⁴⁴ à la condition de

³⁹ Communication interprétative de la commission sur le droit communautaire applicable aux marchés publics et les possibilités d'intégrer des considérations environnementales dans les dits marchés, COM(2001) 274 final, JOCE n° C. 333 du 28/11/2001, p. 0013-0026.

⁴⁰ Pour l'achat d'autobus fonctionnant exclusivement au gaz, voir CJCE 13/12/2001 Aff. C-513/99 Concordia Bus Finland, non publié au recueil ; Conclusions de l'avocat général J. MISCHO, 13/12/2001, point 78, *Lamy droit des affaires*, nov. 2002, p. 37, n°3459 ; T. GLIOZZO, L'utilisation de critères additionnels dans la passation des marchés publics par appel d'offres, *AJDA* 2002, p. 1471 et spéc. p. 1474 ; S. PIGNON, La prise en compte des critères environnementaux dans les marchés publics, *PA* 23/12/2002, p. 4.

⁴¹ La commission européenne fait ici, par exemple, référence à la directive 92/57 en matière de santé et de sécurité sur les chantiers, Communication interprétative de la commission sur le droit communautaire applicable aux marchés publics et les possibilités d'intégrer des aspects sociaux dans lesdits marchés, COM (2001) 0566 final, JOCE n° C 333 du 28/11/2001 p. 27 à 41.

⁴² S. PIGNON, La prise en compte des critères environnementaux dans les marchés publics, *PA* 23/12/2002, p. 4 et spéc. p.6.

⁴³ Ces labels écologiques constituent des spécifications techniques au sens des directives relatives à la passation des marchés publics car les critères d'attribution concernent la performance des produits, les matériaux contenus dans le produit, le processus de fabrication, la récupération et le recyclage, la référence à ces labels est d'ailleurs prévue par la proposition modifiée de directive relative à la coordination des procédures de passation des marchés publics de fournitures, de services et de travaux du 6/5/2002, JOCE C 203 E du 27/8/2002, p.210.

⁴⁴ Règlement CEE n°1980/2000 établissant un système révisé d'attribution du label écologique européen, JOCE L 237 du 21/9/2000, p. 1.

permettre aux entreprises candidates d'apporter la preuve du respect de ces spécifications techniques par d'autres moyens que le seul certificat de label écologique notamment dans les hypothèses où ce dernier serait national et privé⁴⁵.

Néanmoins, les exigences techniques relatives au processus de production doivent concerner la seule production du produit ou du service et non la manière dont est gérée l'entreprise⁴⁶ dans la mesure où elles n'auraient alors aucun rapport avec le produit ou le service et donc avec l'objet du marché.

En matière sociale, les spécifications techniques servant à caractériser le produit ou le service seront bien plus difficile à utiliser à moins que le marché n'ait déjà un objet social. Ainsi, tout d'abord en ce qui concerne les matériaux à utiliser la commission européenne donne comme exemple l'achat de matériel ou de services informatiques adaptés aux handicapés. Les exigences relatives au processus de production doivent là aussi concerner le seul produit ou service et non pas la capacité sociale de l'entreprise dans la mesure où les labels sociaux à l'inverse des labels écologiques ne sont pas considérés comme des spécifications techniques au sens des directives communautaires relatives à la passation des marchés publics⁴⁷.

Il semble, donc, que les spécifications techniques environnementales soient plus aisées à utiliser que les spécifications sociales dans la mesure où le lien avec l'objet du marché sera plus évident.

Ces spécifications techniques vont figurer dans le cahier des charges de chaque marché⁴⁸ ce qui, par la suite, va faciliter la sélection des candidats en fonction de leurs qualités techniques et professionnelles.

2) Sélection des entreprises et critères environnementaux et sociaux.

⁴⁵ Il s'agit selon la commission européenne d'éviter que ces certificats de labels écologiques privés et nationaux n'aboutissent à réserver les marchés publics aux seules entreprises nationales.

⁴⁶ La commission précise ainsi que le pouvoir adjudicateur ne peut exiger que les entreprises utilisent du papier recyclé dans leurs bureaux ou appliquent des méthodes particulières d'élimination des déchets dans leurs locaux ou encore aient une politique d'embauche de groupes de travailleurs particuliers tels que des membres de minorités ethniques, des handicapés ou des femmes, Communication interprétative de la commission sur le droit communautaire applicable aux marchés publics et les possibilités d'intégrer des considérations environnementales dans les dits marchés, COM(2001) 274 final, *JOCE n° C. 333 du 28/11/2001, p. 0013-0026* ; Communication interprétative de la commission sur le droit communautaire applicable aux marchés publics et les possibilités d'intégrer des aspects sociaux dans lesdits marchés, COM (2001) 0566 final, *JOCE n° C 333 du 28/11/2001 p. 27 à 41*.

⁴⁷ Communication interprétative de la commission sur le droit communautaire applicable aux marchés publics et les possibilités d'intégrer des aspects sociaux dans lesdits marchés, COM (2001) 0566 final, *JOCE n° C 333 du 28/11/2001 p. 27 à 41*.

⁴⁸ Tout comme la possibilité de prendre en considération la présentation de variantes qui permettent de définir des exigences minimales assorties d'alternatives telles qu'une meilleure performance environnementale ou l'usage d'un processus de production qui n'étaient pas requis dans ces mêmes exigences minimales ; Communication interprétative de la commission sur le droit communautaire applicable aux marchés publics et les possibilités d'intégrer des considérations environnementales dans les dits marchés, COM(2001) 274 final, *JOCE n° C. 333 du 28/11/2001, p. 0013-0026* ; Communication interprétative de la commission sur le droit communautaire applicable aux marchés publics et les possibilités d'intégrer des aspects sociaux dans lesdits marchés, COM (2001) 0566 final, *JOCE n° C 333 du 28/11/2001 p. 27 à 41*.

Les entreprises doivent apporter la preuve de leur aptitude d'un point de vue technique à exécuter le marché en fonction de la nature, de l'ampleur et de l'objectif de ce dernier⁴⁹. L'exigence de qualités professionnelles et financières est soumise aux mêmes contraintes. Néanmoins en matière sociale et environnementale, les qualités financières n'auront aucune incidence⁵⁰ alors que les qualités professionnelles et techniques peuvent être utilisées par les pouvoirs adjudicateurs afin de procéder à une sélection des entreprises candidates à la condition qu'elles aient un lien avec l'objet ou l'exécution du marché.

La sélection des entreprises candidates en fonction de critères environnementaux relatifs à la capacité technique et professionnelle sera plus aisée à pratiquer par les acheteurs publics qu'une sélection fondée sur des critères sociaux.

En matière de considérations environnementales, le pouvoir adjudicateur pourra exiger une expérience environnementale particulière si le marché nécessite un savoir faire⁵¹, ce sera le cas, par exemple, en matière de construction d'installations de recyclage, de gestion des déchets ou de marché de services environnementaux.

L'acheteur public peut aussi demander des renseignements relatifs à l'équipement de l'entreprise, à son matériel, à sa démarche qualité et aux mesures de gestion environnementale qu'elle entend appliquer lors de la réalisation du marché⁵². La possibilité d'exiger des entreprises candidates qu'elles participent à un système de management environnemental tel que l'EMAS au niveau communautaire⁵³ ou les normes ISO 14001 développées par l'organisation internationale de normalisation est reconnu par la commission européenne. Ce système en tant que moyen de preuve de la capacité technique ou professionnelle des entreprises doit avoir un impact sur la qualité du bien ou du service ou sur la capacité de l'entreprise à exécuter le marché et ne pas contribuer à réserver le marché à certains opérateurs ce qui suppose l'acceptation par le pouvoir adjudicateur d'autres systèmes équivalents⁵⁴.

⁴⁹ Ainsi l'article 32-2 de la directive n° 92/50 CEE du conseil portant coordination des procédures de passation des marchés publics de services indique que les exigences doivent être déterminées en fonction de la nature, de l'ampleur et de l'objectif des services à fournir, *JOCE n° L209 du 24/7/1992, p.1.*

⁵⁰ Communication interprétative de la commission sur le droit communautaire applicable aux marchés publics et les possibilités d'intégrer des considérations environnementales dans les dits marchés, COM(2001) 274 final, *JOCE n° C. 333 du 28/11/2001, p. 0013-0026* ; Communication interprétative de la commission sur le droit communautaire applicable aux marchés publics et les possibilités d'intégrer des aspects sociaux dans lesdits marchés, COM (2001) 0566 final, *JOCE n° C 333 du 28/11/2001 p. 27 à 41.*

⁵¹ S. PIGNON, La prise en compte des critères environnementaux dans les marchés publics, *PA 23/12/2002, p. 4 et spéc. p.6.*

⁵² Ce dernier point ne vise que les marchés de travaux et de services, article 49-5 bis de la proposition modifiée de directive relative à la coordination des procédures de passation des marchés publics de fournitures, de services et de travaux du 6/5/2002, *JOCE C 203 E du 27/8/2002, p.210.*

⁵³ Règlement CEE n°1836/93 du 29/6/1993 établissant un système de management environnemental et d'audit, *JOCE L168 du 10/7/1993, p. 1* , modifié par le règlement n°761/2001 du 19/3/2001 permettant la participation volontaire des organisations à un système communautaire de management environnemental et d'audit (EMAS), *JOCE L 114 du 24/4/2001, p.1.*

⁵⁴ Le système Emas étant par exemple plus exigeant que la norme ISO 14001.

Par contre en ce qui concerne les considérations sociales, les références autorisées par les directives marchés publics et par le code des marchés publics ne permettent pas, en pratique, de tenir compte de la capacité sociale c'est-à-dire de la responsabilité sociale des entreprises⁵⁵. La seule hypothèse permettant une telle prise en compte vise le cas du marché nécessitant un savoir faire particulier en matière sociale où le pouvoir adjudicateur pourra exiger une expérience particulière comme critère de la capacité technique du candidat. Cette hypothèse est donc limitée à certains marchés de services qui ont un objet social comme le précise la communication de la commission européenne relative aux possibilités d'intégrer des aspects sociaux dans les marchés publics. La commission citant à titre d'exemple l'expérience en matière de gestion des crèches ou en matière de service de formation pour chômeurs de longue durée⁵⁶.

Néanmoins une telle approche peut être contestée. En effet, en ce qui concerne l'insertion de critères sociaux au stade de la sélection des entreprises, il est possible de considérer que l'importance de la formation du personnel appelé à exécuter le marché est un indice permettant de mesurer la technicité et le sérieux des entreprises candidates et éventuellement de leurs sous-traitants. Il s'agit ici d'apprécier les qualités professionnelles des entreprises candidates dans la mesure où le fait d'influer sur le processus de production peut avoir des effets bénéfiques en termes, par exemple, de qualité des achats publics⁵⁷. Les pouvoirs adjudicateurs devraient donc pouvoir faire référence notamment pour les marchés publics de fournitures⁵⁸ à des normes sociales reconnues au niveau international telle que la norme SA 8000⁵⁹ ou à une norme équivalente⁶⁰.

⁵⁵ Sur ce thème voir A. SOBCZAK, Le cadre juridique de la responsabilité sociale des entreprises en Europe et aux Etats-Unis, *Droit social*, 2002, p.806.

⁵⁶ Communication interprétative de la commission sur le droit communautaire applicable aux marchés publics et les possibilités d'intégrer des aspects sociaux dans lesdits marchés, COM (2001) 0566 final, *JOCE n° C 333 du 28/11/2001 p. 27 à 41*.

⁵⁷ Comment peut-on garantir la qualité d'une réalisation ou tout simplement respecter les délais de réalisation lorsque l'on constate sur certains chantiers que le pourcentage d'intérimaires atteint les 50% comme c'est le cas pour les réalisations des réseaux de transports METEOR par la RATP et EOLE par la SNCF à Paris, *Capital*, mai 1997, p.126 et spéc. p.128. Ce recours constant à l'intérim est susceptible de porter atteinte aux intérêts de la collectivité face aux risques relatifs à la sécurité de personnel souvent dépourvus de toute formation.

⁵⁸ Pour lesquels les biens achetés peuvent être produits en dehors de l'Union européenne dans des conditions sociales ne respectant pas les conventions de l'organisation internationale du travail (OIT).

⁵⁹ SA 8000 est l'abréviation de "Social Accountability 8000" fondé en 1997 sous l'égide de l'ONU par le Council on economic priorities accreditation agency. Les entreprises qui adhèrent à cette norme s'engagent à respecter la législation nationale, la déclaration universelle des droits de l'homme, la convention internationale relative aux droits de l'enfant et surtout les conventions de l'OIT relatives à la liberté syndicale, à la non discrimination entre les hommes et les femmes, à la représentation des travailleurs, à la santé et à la sécurité au travail, à l'âge minimum au travail, à la réhabilitation professionnelle et à l'emploi des personnes handicapées et enfin au travail à domicile.

⁶⁰ La législation belge sur la responsabilité sociale des entreprises fait référence à de telles normes sociales, Loi du 27/2/2002 visant à promouvoir la production socialement responsable, *Moniteur belge* 26/3/2002, p. 12428.

L'arrêt de la cour de justice des communautés européennes du 20 septembre 1988 Beentjes⁶¹ autorise la prise en compte de ces considérations sociales comme conditions d'accès aux marchés publics. En effet, par cet arrêt, la cour de justice des communautés européennes a affirmé que "*parmi les critères de sélection des entreprises peut être prévue la capacité d'utiliser un certain quota de demandeurs d'emploi de longue durée en vue de la réalisation du marché, sous réserve qu'elle n'ait pas d'incidence discriminatoire à l'égard des soumissionnaires provenant d'autres Etats*".

Par contre, la prise en compte de ces éléments sociaux est refusée en droit interne par les juridictions administratives tant au stade de la sélection des entreprises qu'au stade de l'attribution du marché dans la mesure où elles ne seraient pas liées à l'objet du marché⁶².

Ces préoccupations ne concernent cependant que les conditions d'accès aux marchés publics et ne constituent pas des critères d'attribution des marchés. L'exigence de ces conditions s'inscrit dans une approche essentiellement préventive du moins disant social et environnemental dans l'exécution des marchés. Cette approche minimaliste⁶³ ne permet pas la promotion efficace d'un mieux disant social et environnemental dans les marchés publics. La phase de sélection des offres semble, dès lors, la plus appropriée.

II) Considérations environnementales et sociales dans l'attribution des marchés publics.

La phase d'attribution du marché concerne la sélection des offres et non plus celles des entreprises candidates. La crainte de discriminations au cours de cette phase explique une certaine réticence tant en droit communautaire qu'en droit interne à prendre en compte des considérations sociales et environnementales dans l'attribution des marchés publics.

En tant que critère d'attribution d'un marché public, un critère écologique ou social doit s'intégrer à la notion d'offre économiquement la plus avantageuse visée par les directives communautaires et par le code des marchés publics. Dès lors l'interprétation donnée à la notion d'offre économiquement la plus avantageuse va avoir une importance primordiale quant à la possibilité de prise en compte de tels critères (A). Si l'évolution de la jurisprudence de la cour de justice des communautés européennes ainsi que le projet de révision des directives communautaires permettent d'affirmer que le droit communautaire de la commande publique semble favorable à la prise en compte de critères environnementaux et sociaux, le

⁶¹ CJCE, 20/9/1988, Beentjes, aff. 31/87, *Rec. p. 4635*.

⁶²CE 25/7/2001 Commune de Gravelines, Req. n°229666, *AJDA 2002, p. 49* ; conclusions de D. PIVETEAU, *AJDA 2002, p. 46* ; *RDimmo 2002, p. 62* ; CE 10/5/1996, FNTP et FNB *Rec. CE, p. 164* ; conclusions de S. FRATACCI, *RFDA janv./fév. 1997, p.73* ; note S. MALJEAN-DUBOIS, *AJDA 20/2/1997, p.197* ; *RDimmo 1996.369*, obs. F. LLORENS et Ph. TERNEYRE ; note Ph. TERNEYRE, *D.1997 II 110* ; J. MICHON, Les limites de la préférence sociales dans les marchés publics, *MTP 18/6/1999, p.40*.

⁶³ Les conditions susceptibles de relever de la jurisprudence Beentjes ne seraient, en effet, applicables qu'au-delà des seuils communautaires, C. BRÉCHON-MOULENES, le marché public au service de l'emploi local ? *MTP 17/6/1994, p.58*.

droit interne semble encore très réservé et contradictoire notamment quant à l'intégration de tout critère social. En effet, la jurisprudence du conseil d'Etat consacre l'illégalité du mieux disant social alors même que le nouveau code des marchés publics semble permettre une prise en compte indirecte de tels critères ce qui ne peut être que source d'insécurité juridique pour les pouvoirs adjudicateurs (B).

A) Les critères d'attributions et la notion d'offre économiquement la plus avantageuse.

Le problème de l'interprétation de la notion d'offre économiquement la plus avantageuse afin de déterminer quel type de critères d'attribution peuvent être utilisés par les acheteurs publics agite les institutions communautaires. Cette notion d'offre économiquement la plus avantageuse doit-elle impliquer que chaque critère d'attribution présente un avantage économique qui bénéficie directement au pouvoir adjudicateur ou bien impliquer plus simplement que chaque critère soit mesurable du point de vue économique sans qu'il offre directement un avantage économique au pouvoir adjudicateur pour l'achat considéré⁶⁴ ?

La commission européenne semble retenir la première interprétation en affirmant à de multiples reprises que *"les directives communautaires doivent être interprétées de telle sorte que les critères d'attribution retenus par le pouvoir adjudicateur afin d'identifier l'offre économiquement la plus avantageuse doivent être nécessairement de nature purement économique"*⁶⁵. La notion d'offre économiquement la plus avantageuse doit donc conduire selon la commission chaque critère d'attribution à présenter un avantage économique qui bénéficie directement au pouvoir adjudicateur. Ainsi, par exemple, dans son livre vert du 27 novembre 1996 relatif aux marchés publics dans l'Union européenne, la commission estimait déjà que des éléments environnementaux pouvaient servir à identifier l'offre économiquement la plus avantageuse dans le cas où la référence à ces éléments implique un avantage économique, propre à la prestation, au bénéfice direct de l'acheteur comme la prise en compte du coût de traitements des déchets produits par le bien acheté ou du coût de recyclage de ce bien en fin de vie⁶⁶.

Or, si l'on retient cette première interprétation, il devient difficile de justifier l'introduction de certains critères environnementaux et de presque tout critère social en tant que critère d'attribution. En effet, l'avantage retiré n'est pas forcément un avantage purement économique

⁶⁴ Communication interprétative de la commission sur le droit communautaire applicable aux marchés publics et les possibilités d'intégrer des considérations environnementales dans les dits marchés, COM(2001) 274 final, JOCE n° C. 333 du 28/11/2001, p. 0013-0026.

⁶⁵ Livre vert du 27/11/1996 relatif aux marchés publics dans l'Union européenne COM (1996) 583 final ; Communication de la commission européenne du 11/3/1998 les marchés publics dans l'Union européenne, COM (1998) 143 final ; Communication interprétative de la commission sur le droit communautaire applicable aux marchés publics et les possibilités d'intégrer des considérations environnementales dans les dits marchés, COM(2001) 274 final, JOCE n° C. 333 du 28/11/2001, p. 0013-0026.

⁶⁶ Livre vert du 27/11/1996 relatif aux marchés publics dans l'Union européenne COM (1996) 583 final.

et surtout il ne bénéficie pas forcément au pouvoir adjudicateur mais plutôt à d'autres personnes, par exemple des chômeurs ou des personnes en insertion, ou à l'environnement en général.

La cour de justice des Communautés européennes dans son arrêt Concordia du 17 septembre 2002 contredit cette interprétation de la commission européenne⁶⁷. Alors que la commission attendait de cet arrêt la consécration de sa position⁶⁸, la cour affirme que l'article 36 paragraphe 1 de la directive 92/50 du 18 juin 1992 relative à la passation des marchés publics de service "*ne saurait être interprété en ce sens que chacun des critères d'attribution retenus par le pouvoir adjudicateur afin d'identifier l'offre économiquement la plus avantageuse doit être de nature purement économique. Il ne saurait être exclu que des facteurs qui ne sont pas purement économiques puissent affecter la valeur d'une offre au regard dudit pouvoir adjudicateur*".

La cour semble ici considérer que chaque critère d'attribution doit être effectivement mesurable du point de vue économique sans qu'il offre directement un avantage économique au pouvoir adjudicateur pour l'achat considéré, interprétation réfutée par la commission européenne dans sa communication relative aux considérations sociales dans les marchés publics.

Bien que cet arrêt de la cour de justice des Communautés européennes ne concerne que la directive relative aux marchés publics de services, son interprétation peut être étendue aux directives travaux et fournitures dans la mesure où le libellé des critères d'attribution pour ces deux directives est le même que celle de la directive services⁶⁹.

Cette prise de position de la cour est, par ailleurs, corroboré par le libellé des directives en matière de critères d'attributions qui font référence au critère relatif au caractère esthétique d'une offre. Or, un tel critère peut difficilement être considéré comme purement économique et il est presque impossible de déterminer l'avantage économique direct conféré au pouvoir adjudicateur⁷⁰.

⁶⁷ Point 55 de l'arrêt, CJCE 17/9/2002 aff. C-513/99, CONCORDIA Bus Finland Oy Ab, non publié, dans le même sens voir les Conclusions de l'avocat général J. MISCHO, 13/12/2001, points 103 à 105, *Lamy droit des affaires*, nov. 2002, p. 37, n°3459 ; T. GLIOZZO, L'utilisation de critères additionnels dans la passation des marchés publics par appel d'offres, *AJDA* 2002, p. 1471 et spéc. p. 1474 ; S. PIGNON, La prise en compte des critères environnementaux dans les marchés publics, *PA* 23/12/2002, p. 4.

⁶⁸ Communication interprétative de la commission sur le droit communautaire applicable aux marchés publics et les possibilités d'intégrer des aspects sociaux dans lesdits marchés, COM (2001) 0566 final, *JOCE* n° C 333 du 28/11/2001 p. 27 à 41.

⁶⁹ Article 36 de la directive 92/50 relative aux marchés publics de services, article 26 de la directive 93/36 relative aux marchés publics de fournitures, 30 de la directive 93/37 relative aux marchés publics de travaux.

⁷⁰ Point 55 de l'arrêt, CJCE 17/9/2002 aff. C-513/99, CONCORDIA Bus Finland Oy Ab, non publié, Conclusions de l'avocat général J. MISCHO, 13/12/2001, point 104 ; *Lamy droit des affaires*, nov. 2002, p. 37, n°3459.

Cette interprétation de la cour relative aux critères environnementaux peut aussi être étendue aux critères sociaux⁷¹. En effet, la cour renforce la portée d'un autre de ses arrêts du 26 septembre 2000⁷² qui avait déjà accepté comme critère d'attribution "*une condition relative à l'emploi liée à une action locale de lutte contre le chômage*", avantage qui ne bénéficie pas directement au pouvoir adjudicateur.

Cependant, la portée de cet arrêt Concordia concernant l'intégration de critères environnementaux parmi les critères d'attribution des marchés publics à l'offre économiquement la plus avantageuse ne se limite pas seulement aux marchés publics relevant du champ d'application des directives.

En effet, en droit interne, l'article 53-II du code des marchés publics fait lui aussi figurer parmi la liste non limitative des critères d'attributions permettant de choisir l'offre économiquement la plus avantageuse les qualités esthétiques. En étendant l'interprétation de la cour de justice au code des marchés publics français, un tel critère peut tout aussi difficilement être considéré comme purement économique. Cet arrêt de la cour de justice semble, donc, conduire à consacrer les critères environnementaux et sociaux comme des critères d'attributions permettant de choisir l'offre économiquement la plus avantageuse pour tous les marchés publics relevant ou non du champ d'application des directives communautaires. Dès lors, aucun obstacle concernant la notion d'offre économiquement la plus avantageuse ne devrait empêcher *a priori*⁷³ l'utilisation de critères sociaux et environnementaux dans l'attribution des marchés publics.

Néanmoins, l'insertion de tels critères se trouve soumise à certaines conditions. Ces critères doivent selon la cour être liés à l'objet du marché, ne pas conférer au pouvoir adjudicateur une liberté inconditionnée de choix, être expressément mentionnés dans le cahier des charges ou dans l'avis de marché et enfin respecter tous les principes fondamentaux du droit communautaire et notamment le principe de non discrimination.

L'exigence d'un critère social ou environnemental lié à l'objet du marché risque de poser bien des difficultés en droit interne notamment pour le critère social. La jurisprudence administrative réfute, effectivement, tout critère d'attribution susceptible d'incarner le mieux disant social en le considérant comme dénué de tout rapport avec l'objet du marché.

B) Vers une prise en compte de critères sociaux dans l'attribution des marchés publics en droit interne.

⁷¹ Comme semblait le craindre la commission dans sa Communication interprétative sur le droit communautaire applicable aux marchés publics et les possibilités d'intégrer des aspects sociaux dans lesdits marchés, COM (2001) 0566 final, *JOCE n° C 333 du 28/11/2001 p. 27 à 41*.

⁷² CJCE 26/9/2000 C-225/98 Commission contre France, région Nord-Pas de Calais, et département du Nord, *AJDA 2000, p. 1055*, note C. LAMBERT.

⁷³ Souligné par nous.

La jurisprudence administrative nationale est particulièrement réticente à l'utilisation de tout critère social dans la phase d'attribution des marchés (1) alors pourtant que le nouveau code des marchés publics semble ouvrir une voie, certes étroite, à la prise en compte de tels critères dans l'attribution des marchés publics (2).

1) Une jurisprudence nationale réticente.

Le conseil d'Etat par deux arrêts en 1996 et 2001⁷⁴ a consacré l'illégalité du critère du mieux disant social dans les marchés publics.

Le premier contentieux a eu pour cadre la circulaire du 29 décembre 1993 relative à l'attribution des marchés publics aux candidats employant des chômeurs de longue durée ou des personnes en difficulté d'insertion⁷⁵. Cette circulaire mettait en œuvre une décision interministérielle pour la ville du 29 juillet 1993 qui prévoyait d'instituer, dans le cadre des procédures d'appel à la concurrence, une clause liant l'exécution du marché à une action locale de lutte contre le chômage et pour l'insertion professionnelle. Le règlement particulier d'appel d'offres pouvait inclure un critère additionnel de choix du titulaire du marché, lequel devait s'engager à créer des emplois et initier des actions de formation professionnelle et d'insertion sociale. Cette circulaire qui cherchait à "*s'insérer dans la logique du mieux disant économique*"⁷⁶ fût donc contestée par certaines organisations professionnelles⁷⁷.

Le conseil d'Etat le 10 mai 1996 saisi d'un recours contre cette circulaire a refusé de l'annuler au motif qu'elle n'avait pas de valeur réglementaire et ne modifiait, donc, pas la réglementation en vigueur laquelle ne reconnaissait pas de critère additionnel d'ordre social⁷⁸. Par cet arrêt du 10 mai 1996, le conseil d'Etat confirme sa jurisprudence Wanner-Isofi où il avait affirmé que l'utilisation des achats publics à des fins de politique économique et sociale

⁷⁴ CE 25/7/2001 Commune de Gravelines, Req. n°229666, *AJDA* 2002, p. 49 ; conclusions de D. PIVETEAU, *AJDA* 2002, p. 46 ; *RDImmo* 2002, p. 62 ; CE 10/5/1996, FNTP et FNB *Rec. CE*, p. 164 ; S. FRATACCI le critère du mieux disant social et l'attribution des marchés publics, conclusions sur CE 10/5/1996 FNTP et FNB, *RFDA janv./fév. 1997*, p.73 ; note S. MALJEAN-DUBOIS, *AJDA* 20/2/1997, p.197 ; *RDImmo* 1996.369, obs. F. LLORENS et Ph. TERNEYRE ; B. FABRE, peut-on favoriser l'accès des P.M.E. locales ? *MTP* 18/10/1996, p.70 ; note Ph. TERNEYRE, *D.1997 II* 110 ; J. MICHON, Les limites de la préférence sociales dans les marchés publics, *MTP* 18/6/1999, p.40.

⁷⁵ Circulaire du 29/12/1993, *MTP textes officiels* 14/1/1994, p.135 ; *RDImmo* 1996.204, obs. F. LLORENS et Ph. TERNEYRE.

⁷⁶ C. BRECHON-MOULENES, le marché public au service de l'emploi local, *MTP* 17/6/1994, p.58.

⁷⁷ La fédération nationale des travaux publics et la fédération nationale du bâtiment ont demandé l'annulation de cette circulaire devant le conseil d'Etat, v. CE 10/5/1996, FNTP ET FNB, *RFDA janv./fév. 1997*, p.78.

⁷⁸ CE 10/5/1996, FNTP et FNB *Rec. CE*, p. 164 ; S. FRATACCI le critère du mieux disant social et l'attribution des marchés publics, conclusions sur CE 10/5/1996 FNTP et FNB, *RFDA janv./fév. 1997*, p.73 ; note S. MALJEAN-DUBOIS, *AJDA* 20/2/1997, p.197 ; *RDImmo* 1996.369, obs. F. LLORENS et Ph. TERNEYRE ; B. FABRE, peut-on favoriser l'accès des P.M.E. locales ? *MTP* 18/10/1996, p.70 ; note Ph. TERNEYRE, *D.1997 II* 110 ; J. MICHON, Les limites de la préférence sociales dans les marchés publics, *MTP* 18/6/1999, p.40.

"n'est pas au nombre des objectifs que les dispositions du code des marchés publics visent à atteindre"⁷⁹.

Cette jurisprudence du conseil d'Etat a été reprise par le tribunal administratif de Strasbourg qui a censuré un marché comportant une clause relative à l'insertion professionnelle⁸⁰.

Plus récemment et de manière plus explicite, le conseil d'Etat censure à nouveau le critère additionnel du mieux disant social dans son arrêt Commune de Gravelines du 25 juillet 2001⁸¹ en retenant que ce critère était sans rapport avec l'objet du contrat ou ses conditions d'exécution. Le mieux disant social ne peut dès lors être considéré comme un critère de choix du titulaire du marché. Une telle prise de position du conseil d'Etat est bien plus sévère que celle de la cour de justice des Communautés européennes qui sur le fondement des directives communautaires tend à admettre de tels critères⁸². Cette plus grande sévérité de la jurisprudence interne sur le fondement de l'ancien code des marchés publics que la jurisprudence communautaire sur le fondement des directives relatives à la passation des marchés publics est d'ailleurs reconnue par le propre commissaire au gouvernement dans ses conclusions⁸³.

Le conseil d'Etat s'appuie néanmoins sur une décision du conseil constitutionnel pour étayer son refus de tout critère social. En effet, ce critère du mieux disant social avait déjà été déclaré inconstitutionnel par le conseil constitutionnel à propos de la loi du 29 juillet 1998 relative à la lutte contre les exclusions mais uniquement pour non respect de la procédure législative⁸⁴. Ces considérations d'intérêt général sont donc "étrangères à l'objet du marché"⁸⁵ qui est de fournir des biens et services aux pouvoirs adjudicateurs. Or, une telle prise de position est remise en cause par la jurisprudence Concordia de la cour de justice relative à la notion d'offre économiquement la plus avantageuse et par le nouveau code des marchés publics.

2) La voie ouverte par la réforme du code des marchés publics.

⁷⁹ Il s'agissait en l'espèce d'un critère tendant à favoriser les P.M.E., CE 13/5/1987 société Wanner Isofi isolation, *Rec. 1987, p.171*.

⁸⁰ T. Ad. Strasbourg 30/11/1999, Préfet du Bas-Rhin c/Communauté urbaine de Strasbourg, *AJDA 2000, p. 459* concl. P. DEVILLERS.

⁸¹ CE 25/7/2001 Commune de Gravelines, Req. n°229666, *AJDA 2002, p. 49* ; conclusions de D. PIVETEAU, *AJDA 2002, p. 46* ; *RDImmo 2002, p. 62*

⁸² CJCE 26/9/2000 C-225/98 Commission contre France, région Nord-Pas de Calais, et département du Nord, *AJDA 2000, p. 1055*, note C. LAMBERT.

⁸³ D. PIVETEAU, conclusions sous CE 25/7/2001, Commune de Gravelines, *AJDA janvier 2002 p. 46 et spéc. p. 48*.

⁸⁴ En ce sens v. Décision du conseil constitutionnel censurant l'article 17 de la loi d'orientation du 29/7/1998 relatif à la lutte contre les exclusions dont l'objectif était de permettre aux maîtres d'ouvrages publics de demander aux candidats à l'occasion de la passation de marchés publics d'employer des personnes en insertion, le conseil a estimé que cet article était sans lien avec l'objet du marché, *Rec. p.276* ; *J.O. 31/7/1998, p.11679* ; *MTP TO 16/10/1998, p.363* ; réponse ministérielle à une question écrite, *J.O. 5/10/1998, débats A.N.*

⁸⁵ C. BRÉCHON-MOULENES, la nouvelle directive communautaire sur la passation des marchés publics de travaux, *RFDA sept./ oct. 1989, p. 834*.

Si la prise en compte de certaines considérations sociales dans l'attribution des marchés publics peut sembler *a priori* étrangère à leur objet, elle n'est pas dénué de tout lien avec les conditions d'exécution de ces marchés. En effet, de la formation, de la qualification et des conditions de travail du personnel peut dépendre la qualité d'une prestation. Dès lors, le mieux disant social devrait être considéré, dans certaines hypothèses, comme faisant partie intégrante du choix du mieux disant par l'acheteur public.

Cette interprétation semble être celle retenue par le nouveau code des marchés publics. En effet, l'insertion de critères sociaux peut être justifiée par l'objet ou les conditions d'exécution du marché en vertu de l'article 14 du code des marchés publics qui doit être interprétée en lien avec l'article 53 relatifs aux critères d'attribution. Après avoir énoncé une liste non limitative de critères d'attribution des marchés permettant de déterminer l'offre économiquement la plus avantageuse l'article 53-II du code des marchés publics précise que "*d'autres critères peuvent être pris en compte s'ils sont justifiés par l'objet du marché ou⁸⁶ ses conditions d'exécution*". Il s'agit de critères additionnels par rapport à ceux énumérés par cet article 53-II, la liste fournie par ce texte n'étant pas limitative en raison de la présence de l'adverbe notamment.

Or l'article 14 du code des marchés publics définissant les conditions d'exécution énonce explicitement la promotion de personnes rencontrant des difficultés particulières, la lutte contre le chômage et la protection de l'environnement. Les pouvoirs publics semblent ainsi vouloir préciser de manière indirecte des critères sociaux et environnementaux peuvent être inclus parmi les critères utilisés par l'acheteur public pour déterminer l'offre économiquement la plus avantageuse s'ils sont justifiés par les conditions d'exécution du marché⁸⁷. L'application combinée des articles 53 et 14 permet d'ériger les considérations visées par l'article 14 en critères de choix de l'offre économiquement la plus avantageuse⁸⁸. Si l'on retient cette interprétation littérale du code, le mieux disant social et environnemental dans l'attribution des marchés paraît consacré par le pouvoirs publics. Le nouveau code des marchés publics semble ainsi aller à l'encontre de la jurisprudence du conseil d'Etat rendue sur le fondement de l'ancien code même si le commissaire du gouvernement dans ses conclusions sous l'arrêt Commune de Gravelines semble considérer que le nouveau code ne modifie pas substantiellement le droit applicable.

Cependant, l'interprétation littérale du code ne semble pas être celle qui est retenue par les pouvoirs publics. En effet, une instruction du ministère de l'économie du 28/8/2001 relative à

⁸⁶ Souligné par nous.

⁸⁷ S. PIGNON et D. BANDET, Le nouveau code des marchés publics : quelques éclairages pratiques, *AJDA* 20/4/2001, p. 367 et spéc. p. 369 à 370 ; M.C. BERGERES, Protéger l'environnement grâce aux achats écologiques, *MTP* 20/2/2002, p. 70.

⁸⁸ N. SYMCHOWICZ, *Lamy droit public des affaires* 2002, p.1104, T. GLIOZZO, L'utilisation de critères additionnels dans la passation des marchés publics par appel d'offres, *AJDA*, 2002, p. 1471 et spéc. p.1475.

l'application du code des marchés publics précise que l'article 14 du code prévoit bien des conditions d'exécution du marché et non pas des critères de choix⁸⁹.

Dès lors, le faible recours à la clause sociale comme critère additionnel dans les marchés publics semble résulter surtout de l'insécurité juridique dans laquelle se retrouvent les pouvoirs adjudicateurs. Les collectivités craignent d'être mises en cause devant les juridictions administratives par un candidat estimant que ce critère additionnel est susceptible de fausser la concurrence. Le risque juridique qui pèse sur la collectivité est particulièrement élevé en raison de la jurisprudence du conseil d'Etat et paralyse finalement l'utilisation d'un tel critère pour les marchés ne relevant pas des seuils européens.

Une évolution de la jurisprudence du conseil d'Etat semble donc souhaitable dans la mesure notamment où l'insertion de critères additionnels en vertu des conditions d'exécution a déjà été consacrée par la commission européenne et élargie par la cour de justice des communautés européennes. En effet, si la jurisprudence *Concordia* en matière de critères environnementaux a permis de préciser la notion d'offre économiquement la plus avantageuse, en matière de critères sociaux, la cour de justice des communautés européennes a par deux fois, dans les arrêts *Beentjes* du 20 septembre 1988⁹⁰ et *Commission contre France* du 26 septembre 2000⁹¹ pour une condition relative à lutte contre le chômage, contredit les interprétations restrictives de la commission européenne.

La cour de justice dans l'arrêt *Beentjes* du 28 septembre 1988 avait validé une clause imposant au titulaire du marché de recruter au moins 70 % de la main d'oeuvre parmi les chômeurs de longue durée.

La commission européenne donnait une interprétation restrictive de l'arrêt *Beentjes* en considérant qu'il ne s'agissait que d'une des conditions d'exécution du marché imposée à tous les candidats et non d'un critère d'attribution du marché. Dans l'arrêt *Commission contre France* la cour de justice des communautés européennes écarte cette interprétation de la commission en rappelant le point 14 de l'arrêt *Beentjes* dont il résulte que "*la condition d'emploi de chômeurs de longue durée en cause dans cette affaire, avait servi de base pour exclure un soumissionnaire et ne pouvait dès lors que constituer un critère d'attribution du marché*"⁹². La cour établit donc un lien entre les conditions d'exécutions du marché et le critère additionnel d'attribution.

Elle considère que le critère social n'est pas incompatible avec le droit communautaire et qu'il s'agit d'un critère d'attribution du marché tout à fait acceptable à condition bien entendu de figurer dans l'avis d'appel public à la concurrence et de ne pas être discriminatoire.

⁸⁹ Instruction du 28/8/2001 pour l'application du code des marchés publics, *JO* 8/9/2001, p. 14385 (37351).

⁹⁰ CJCE 20/9/1988, *Beentjes*, aff. 31/87, *Rec. p.4635*.

⁹¹ CJCE 26/9/2000 C-225/98 *Commission contre France*, région Nord-Pas de Calais, et département du Nord, *Bulletin juridique des contrats publics*, 2001, n°14, p. 13

⁹² Point 52 de l'arrêt CJCE 26/9/2000 C-225/98 *Commission contre France*, région Nord-Pas de Calais, et département du Nord, *Bulletin juridique des contrats publics*, 2001, n°14, p. 13 et spéc. p. 24.

En considérant que la condition liée à la lutte contre le chômage utilisée dans les marchés publics des bâtiments scolaires de la région Nord-Pas de Calais est un critère d'attribution des marchés et non une simple condition d'exécution du marché, la cour de justice va probablement plus loin que le code des marchés publics. Ce critère se trouve ainsi détaché de l'exigence de tout lien avec les conditions d'exécution, il s'agit d'un critère additionnel.

La cour de justice par ces deux arrêts semble suivre la position défendue à l'origine par le parlement européen lors de la précédente révision des directives communautaires pour lequel la lutte contre les effets du moins disant social dans les marchés publics devait s'appuyer aussi sur la prise en compte des politiques sociales telles que la lutte contre le chômage ou l'insertion des jeunes sur le marché du travail⁹³.

Le parlement avait, ainsi, cherché "*à renouer avec une tradition propre à certains droits nationaux des marchés publics dans lesquels la réglementation publique a pu jouer le rôle de moteur ou de modèle social*"⁹⁴. Ce débat se trouve aujourd'hui ravivé par la révision des directives engagée actuellement auprès des instances européennes. En effet, là encore pour le parlement européen la promotion d'un mieux disant social dans l'attribution des marchés publics peut s'inscrire dans le cadre de la promotion du mieux disant dans la mesure où la qualité de la réalisation d'une prestation dépend aussi de la qualité, de la formation de la main d'œuvre employée et de ses conditions de travail⁹⁵. Le mieux disant social s'insère ainsi dans "*une approche de plus en plus large de la notion de mieux disant économique*"⁹⁶.

Une telle promotion du mieux disant social ne paraît pas antinomique avec l'objectif des autorités de régulation du marché telles que qui est "*d'établir les conditions d'une concurrence saine et loyale*"⁹⁷. Cette promotion du mieux disant social dans les marchés publics viendrait ainsi démontrer que "*le droit de la concurrence prend en charge certaines exigences sociales au moment même où se délite sous la poussée de l'ordre concurrentiel un ordre public*

⁹³ Ainsi, lors de l'examen de la directive D-89/440 relative à la coordination des procédures de passation des marchés publics de travaux par le parlement européen, le parlement avait proposé de permettre aux pouvoirs adjudicateurs "*d'imposer comme conditions de participation à des marchés, des actions dont le but serait de contribuer à la lutte contre le chômage à long terme, ainsi qu'à l'insertion des jeunes sur le marché du travail dans la mesure où ces actions n'entraînent aucune discrimination directe ou indirecte pour les soumissionnaires des différents Etats membres et dans la mesure où ces actions sont prévues dans le cadre de programmes opérationnels présentés par les autorités compétentes dans les Etats membres et approuvées par la commission*" Rapport de M. BREUMER, *Doc. PE A 2-361/88 du 26/1/1989*.

⁹⁴ C. BRÉCHON-MOULENES, 1988, année marchés publics, *RFAP 1988*, p.79 ; V. CONSTANTINESCO, la coordination des procédures de passation des marchés publics de travaux, *RMC déc. 1989*, p.597.

⁹⁵ Résolution législative du parlement européen sur la proposition de directive relative à la coordination des procédures de passation des marchés publics de fournitures, de services et de travaux, C271 E/176, *JOCE 7/11/2002*.

⁹⁶ C. BRÉCHON-MOULENES, le marché public au service de l'emploi local, *MTP 17/6/1994*, p.58.

⁹⁷ C. BABUSIAUX, ententes : l'objectif est la dissuasion, *MTP 19/1/1996*, p.38.

*social*⁹⁸ tout en rappelant que les pouvoirs adjudicateurs sont aussi en charge de l'intérêt général⁹⁹.

⁹⁸ A. PIROVANO, Droit de la concurrence et progrès social, *D. 2002, chr. p. 62*.

⁹⁹ Sur l'importance de l'intérêt général, v. Le rapport public du conseil d'Etat pour 1999, *L'intérêt général*, EDCE 1999, p.24