



Le marché public éthique : l'échec de l'achat public socialement responsable

Associer l'éthique et le marché public surprend tant les termes sont éloignés. Initialement, l'éthique et le marché public représentait exclusivement l'achat vierge de toute influence pénalement répréhensible. Cette conception a évolué pour pénétrer la sphère de la définition des besoins des acheteurs. Ainsi, l'éthique *dans* le marché public est devenue la règle imposant aux acheteurs de rechercher l'offre économiquement la plus avantageuse. Il ne suffit plus d'acquiescer *le moins*, le droit impose de *faire le choix du mieux*.

Pourtant, depuis le Code des marchés publics de 2004 jusqu'au Code de la commande publique, une nouvelle conception de l'éthique et de son rapport au marché public existe. La définition des besoins des acheteurs doit prendre en compte des objectifs de développement durable. Si la règle est indiscutablement éthique, la pratique concrète par les acheteurs des critères sociaux (Point n°1) et des clauses sociales confine au constat d'échec (Point n°2).

Point n°1 : L'illusion du critère social

Comme n'importe quel critère de sélection d'une offre, le critère social doit respecter un certain nombre de conditions pour être légal. Jusqu'en 2013, le Conseil d'État considérait que le critère social ne pouvait être valablement utilisé que **s'il était directement en lien avec l'objet du marché** (CE, 25 juill. 2013, *Cne de Gravelines*, req. n°229666 : *Rec. CE*, 2001, p. 391). Cette conception stricte du juge a évolué sous l'influence de la Cour de justice pour permettre, depuis 2013, à ce qu'un critère de sélection des offres soit considéré **comme lié à l'objet du marché s'il concerne ses modalités d'exécution** (CE, 25 mars 2013, *Dép. de l'Isère*, req. n°364950 : *Rec. CE*, 2013, p. 56).

Bien qu'admis assez largement par le Conseil d'État, la pratique du critère social par les acheteurs montre qu'il n'est jamais déterminant dans le choix de l'offre. Il doit en effet être intégré au critère valeur technique ou être précisé par des sous-critères pour être utilisé. En pratique donc, la valeur du critère social n'atteindra jamais un seuil conséquent.

Point n°2 : Le mirage de la clause sociale

En ce qui concerne la clause sociale, le constat est encore plus inquiétant. Précisément, le choix d'intégrer dans le contrat une clause de cette nature impose au cocontractant de l'exécuter. Autrement dit, si le critère social peut être considéré comme une apparence d'éthique dans la mesure où il ne sera pas déterminant dans le choix de l'offre, la clause est formellement sociale. En cas d'inexécution par le cocontractant, il sera sanctionné par l'Administration.

En pratique, l'Observatoire économique de la commande publique a publié en mars 2018 son rapport sur les données de la commande publique pour la période 2014/2016. D'après ce rapport, 10% des marchés publics sur la période examinée contiennent une clause sociale. Il s'agit donc d'un échec. Quelles peuvent alors être les évolutions ?

C'est sur cette question que s'arrête le droit positif. Il ne faudrait plus simplement tendre à « *l'offre économiquement la plus avantageuse* », mais donner, au contraire, tout son sens à la dernière partie de l'article L.3 du Code de la commande publique. Il pourrait être judicieux, pour que le critère social ne soit pas une illusion et la clause sociale un mirage, d'affirmer que les acheteurs

doivent atteindre « *l'offre économiquement et durablement la plus avantageuse* ». C'est ce que l'on peut espérer des prochaines directives.