

LIVRE BLANC

Les 10 nouvelles exigences de développement durable à prendre en compte pour gagner ses appels d'offres publics



Sommaire

- 03** _____ **L'édito**
- 04** _____ **La mise en place d'un schéma de promotion des achats responsables**
- 06** _____ **Des exigences sociales d'attribution et/ou d'exécution de marchés publics**
- 08** _____ **La pratique du localisme social d'exécution**
- 10** _____ **La juste rémunération des équipes comme critère d'attribution de marchés publics**
- 12** _____ **Des marchés réservés à des structures à haute performance sociale**
- 14** _____ **La prise en compte des externalités environnementales dans les achats**
- 15** _____ **La performance environnementale comme critère et/ou conditions d'exécution**
- 17** _____ **L'Écolabel comme condition d'accès à la commande publique**
- 18** _____ **L'exigence réglementaire de traçabilité dans le traitement des déchets**
- 19** _____ **Le développement de la performance énergétique dans les marchés des travaux et d'ingénierie**



La prise en compte de considérations de développement durable n'est pas seulement un choix laissé au libre arbitre des acheteurs soumis aux règles de la commande publique : elle constitue une obligation juridique pouvant entraîner l'illégalité d'un marché public.

La Convention citoyenne pour le climat a proposé de renforcer les clauses environnementales dans les marchés publics, afin d'atteindre l'objectif de 30% des marchés conclus au cours d'une année comprenant au moins une disposition environnementale (objectif qui avait été inscrit dans le Plan National d'Action pour les Achats Publics Durables 2015-2020). Le législateur est intervenu à plusieurs reprises pour renforcer ces obligations : la loi Egalim d'octobre 2018 qui modifie les exigences pour les marchés publics de denrées alimentaires, la loi de février 2020 sur la lutte contre le gaspillage et l'économie circulaire (qui a fixé de nouvelles règles pour les marchés portant sur l'achat de pneumatiques ou de constructions temporaires), ou encore, le projet de loi portant sur la lutte contre le dérèglement climatique et renforcement de la résilience face à ses effets (qui imposera de prévoir un critère de performance environnementale dans tous les marchés publics).

Les externalités environnementales et/ou sociales sont désormais des éléments impératifs dans un acte d'achat, et constituent un créneau porteur pour les opérateurs économiques soucieux de renforcer leurs chances de remporter un marché public.

01. La mise en place d'un schéma de promotion des achats responsables



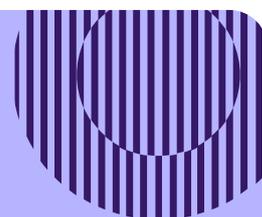
L'article L. 2111-3 du Code de la commande publique, impose aux collectivités territoriales et acheteurs soumis audit Code, d'adopter un « schéma de promotion des achats publics socialement et écologiquement responsables au dit », si le montant total annuel de leurs achats est supérieur à un seuil adopté par voie réglementaire. Ce montant est fixé à 100 millions d'euros hors taxes par l'article D. 2111-3 du Code de la commande publique. De nombreuses métropoles, régions, agglomérations ou structures intercommunales, ainsi que des établissements publics, dépassent ce seuil, et doivent donc se doter d'un tel schéma, qui rappelle l'esprit des Agenda 21.

Ce schéma de promotion des achats responsables doit être rendu public. Il détermine d'une part les objectifs de politique d'achat comportant des éléments à caractère social visant à concourir à l'intégration sociale et professionnelle de travailleurs handicapés ou défavorisés, et d'autre

part des éléments à caractère écologique, ainsi que les modalités de mise en œuvre et de suivi annuel de ces objectifs. Ce schéma contribue également à la promotion d'une économie circulaire.

Dans la commande publique, l'économie circulaire vise une logique d'achat qui a pour objectif de contribuer à la production de biens et services de manière durable, en limitant la consommation et les gaspillages de ressources (matières premières, eau, énergie) ainsi que la production des déchets. C'est l'inverse d'une économie linéaire, qui consiste à extraire, fabriquer, consommer puis jeter.

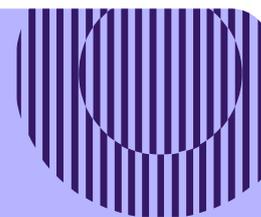
« Adopter un schéma de promotion des achats publics socialement et écologiquement responsables »



Très concrètement, un acheteur doit s'interroger lors de la définition de son besoin :

- 1 sur l'approvisionnement durable (qui prend en compte les impacts environnementaux et sociaux des ressources utilisées, en particulier ceux associés à leur extraction et exploitation),
- 2 sur l'éco-conception (qui fait allusion aux impacts environnementaux de son achat sur l'ensemble du cycle de vie d'un produit, devant être intégrés dès la conception de celui-ci),
- 3 sur l'écologie industrielle et territoriale (tendant à mettre en synergie et mutualiser entre plusieurs acteurs économiques, les flux de matières, d'énergie, d'eau, les infrastructures, les biens ou encore les services afin d'optimiser l'utilisation des ressources sur un territoire),
- 4 sur l'économie de la fonctionnalité (privilégier l'usage à la possession, vendre un service plutôt qu'un bien),
- 5 sur la consommation responsable (supposant la prise en compte des impacts environnementaux et sociaux à toutes les étapes du cycle de vie du produit dans les choix d'achat, que l'acheteur soit public ou privé),

**« La performance
environnementale et sociale
est un créneau porteur pour
remporter des marchés publics »**



- 6 sur l'allongement de la durée d'usage des produits (par le recours à la réparation, à la vente ou à l'achat d'occasion, par le don, dans le cadre du réemploi et de la réutilisation ... Des collectivités peuvent ainsi vendre aux enchères sur des sites internet dédiés, des biens réutilisables par d'autres collectivités),
- 7 sur l'amélioration de la prévention, de la gestion et du recyclage des déchets (y compris en réinjectant et réutilisant les matières issues des déchets dans le cycle économique).

La performance environnementale et sociale est donc un créneau porteur pour remporter des marchés publics, et peut constituer un énorme avantage pour un opérateur économique qui aura su pleinement prendre en compte toute l'étendue de ces considérations concernant les produits ou services qu'il propose.

02. Des exigences sociales d'attribution et/ou d'exécution de marchés publics

Depuis la transposition des directives européennes adoptées en 2004, intervenue à travers le Code des « marchés publics » de 2006 (dénommé ainsi à l'époque), la prise en compte de considérations sociales est obligatoire dans les marchés publics. Cela vise, premièrement, la phase de définition d'un besoin ; deuxièmement, les critères d'attribution d'un marché public ; troisièmement, les clauses d'exécution dudit marché. Les opérateurs économiques soumissionnant à des contrats relevant de la commande publique doivent donc intégrer de tels enjeux lors de la remise de leurs offres.

L'acheteur peut noter la qualité d'une offre au regard de sa performance « sociale ». Quel est l'engagement du prestataire en faveur de personnes éloignées de l'emploi, en difficultés économiques, des régies de quartier et autres structures d'insertion...? Quelle est la part d'insertion (nombre d'heures, pourcentage de personnes) dans le personnel affecté à l'exécution du marché? L'objet même d'un marché peut porter sur des prestations d'insertion. Ce sont des marchés de services ayant pour vocation la qualification et l'insertion professionnelle des personnes en difficulté (du type appui et accompagnement à l'emploi, la formation, etc.) et pour lesquels la réalisation de travaux ou de services est définie comme support à l'action d'insertion. L'acheteur, dans cette hypothèse, réalise en réalité un achat d'insertion durable dans l'emploi. L'acheteur prévoit dans son marché la démarche d'insertion et d'accompagnement à l'emploi, le statut des personnes recherchées, ainsi que les modalités de contrôle de l'exécution du marché. Il doit en effet veiller à ce que ses clauses



soient respectées en phase d'exécution. Pour cela, il est indispensable de conclure préalablement un tel marché des partenariats avec le tissu associatif local et autres acteurs sociaux, qui pourront être des interlocuteurs privilégiés pour les titulaires de marchés devant mettre en œuvre leurs engagements contractuels. L'acheteur pourra ensuite, en cours d'exécution, à tout moment, se rapprocher d'eux, afin de vérifier si les titulaires de leurs contrats ont bien respecté leurs engagements.

Est-ce pour autant la consécration d'une logique « l'éthique des achats »? Un « achat durable » ou « achat responsable » recouvre des considérations sociales et/ou environnementales. La question se pose régulièrement sur le plan juridique, de l'extension de cette obligation issue de la réglementation de la commande publique, à des exigences « d'éthique des achats ». La problématique n'est pas anodine. Il existe des labels de commerce équitable, qui pourraient valablement être intégrés dans le rédactionnel d'un marché public. Mais la Cour de justice

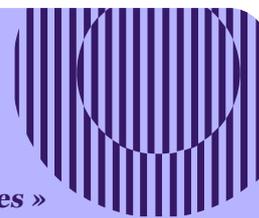
de l'Union européenne est venue nuancer cette tendance à aller vers des considérations « éthiques », en imposant aux acheteurs de définir plus précisément quels étaient leurs objectifs éthiques. En d'autres termes, ils doivent expliciter, de manière concrète, ce qu'ils recherchent comme performance éthique dans leur acte d'achat. La réticence des magistrats et autres juristes, tient au fait qu'un achat « éthique » renvoie à une appréciation éminemment subjective de la « moralité » de l'acte d'achat. Or le juriste ne se pose que la question de la légalité ou non d'une clause, et ne se demande pas, si elle est « moralement » concevable. Est-ce que c'est « juste » ou pas « juste » de favoriser telle ou telle structure, ne constitue pas une logique des tribunaux administratifs ayant à connaître des litiges de la commande publique. Le commerce équitable n'est pas pour autant écarté des considérations des acheteurs soumis aux règles de la commande publique, mais il suppose une traduction plus concrète du caractère « équitable » dudit achat.

Le juge européen valide comme critère d'attribution, la démarche RSE, l'égalité des chances et la lutte contre le harcèlement

C'est une petite révolution que le Tribunal de l'Union Européenne a entrepris, dans son arrêt du 10 février 2021, « Sophia Group ». Le Parlement avait attribué un marché public pour des prestations de services de gestion de ses bâtiments, avec plusieurs critères d'attribution, parmi lesquels ceux de « la diversité et égalité des chances », la « lutte contre le harcèlement », « l'inclusion de personnes en situation de handicap », et le « bien-être au travail ». Une entreprise qui avait proposé un meilleur prix que celle retenue a contesté ce choix, au motif que ces critères n'étaient pas légaux. Traditionnellement, il était considéré (tant par les juridictions Françaises que la Commission européenne), que la démarche

de Responsabilité Sociétale de l'Entreprise (RSE) n'était pas constitutif d'un critère utilisable en marché public, car trop éloigné de l'objet du marché. Or en l'espèce, le juge européen vient de valider les critères précités, au motif qu'ils portaient légitimement sur les caractéristiques sociales et l'organisation du personnel assigné à l'exécution du marché, et que le Parlement pouvait parfaitement « prendre en compte la responsabilité sociale et les sensibilités auxquelles les opérateurs économiques, le personnel impliqué dans l'exécution du marché ainsi que le pouvoir adjudicateur doivent faire

« La Cour de justice de l'Union européenne impose aux acheteurs de définir plus précisément quels étaient leurs objectifs éthiques »



face ». Le juge souligne que la méthode de notation de ces critères était « suffisamment claire » : un point maximum à un candidat accompagnant son offre d'un document décrivant la politique qu'il comptait appliquer au marché concerné ; deux points supplémentaires au maximum si le candidat présentait la preuve de l'obtention d'un label ou d'une certification décernée par un organisme indépendant. L'acheteur pouvait se livrer à une appréciation du « niveau de détail du document transmis par le candidat et l'efficacité des mesures exposées ».

03

La pratique du localisme social d'exécution

Dans son arrêt «Gebroeders Beentjes BV c/ Pays-Bas» (C-31/87) du 20 septembre 1988, la Cour de justice de l'Union européenne a pris une position radicalement inverse de celle défendue à l'époque par la Commission européenne. Cette dernière était hostile à la consécration de considérations sociales dans les marchés publics. Elle renouvellera cette position, à l'occasion d'une nouvelle affaire concernant des marchés publics de travaux signés par les conseils départementaux et régionaux du Nord et Nord-Pas-de-Calais. La Cour de justice réfutera une nouvelle fois cette approche restrictive dans son arrêt «Commission c/ République française» du 26 septembre 2000 (C-225/98).

Très concrètement, l'arrêt «Beentjes» précité est fondateur de l'exigence de considérations sociales dans la commande publique, consacrée depuis 2006 dans le droit français : un acheteur avait imposé qu'au moins 70% des personnes intervenant sur un chantier, proviennent de l'agence pour l'emploi implanté localement. La question de la légalité d'une telle clause se posait. Pour les magistrats du Luxembourg, un critère additionnel lié à la lutte contre le chômage est légal, pourvu que soient respectés tous les principes fondamentaux du droit communautaire.

Cela implique donc trois exigences possibles :

- Un acheteur peut fixer un pourcentage de personnes en difficulté économique, qu'il conviendrait de faire participer à l'exécution dudit marché. On observera que le pourcentage contesté dans l'arrêt « Beentjes » était particulièrement élevé et que les tribunaux français auraient plutôt tendance à admettre un pourcentage plus nuancé, à déterminer cas par cas, en fonction de l'objet de l'acte d'achat.
- Un acheteur peut orienter la politique d'insertion de l'entreprise candidate, et l'imposer comme condition d'accès à la commande publique. Il ne peut pas véritablement viser une catégorie précise de personnes en difficulté économique, mais il peut viser des personnes en difficulté d'insertion ou éloignées de l'emploi. À charge pour l'entreprise de répondre plus concrètement, en proposant d'embaucher des chômeurs, en proposant des heures d'insertion auprès d'une régie de quartier ou autre structure d'insertion, en instaurant un contingent d'apprentis, contrats aidés, etc.
- Enfin, troisième point, un acheteur peut «territorialiser» son action d'insertion. En d'autres termes, il peut imposer que ces personnes en difficulté d'insertion soient déjà implantées localement, sur un territoire qu'il va déterminer. Il s'agit en cela, d'un «localisme» (l'acheteur définit un territoire) «social» (l'acheteur impose qu'il s'agisse de personnes en difficulté d'insertion) «d'exécution» (l'acheteur prévoit une telle clause d'exécution du marché qu'il a rédigé). Le territoire peut être celui d'une commune, d'une agglomération ou métropole, ou même d'un simple quartier (comme les services de l'État l'imposent eux-mêmes, dans le cadre de projets validés par l'Agence nationale de rénovation Urbaine – ANRU).

Ce «localisme social d'exécution» ne doit pas pour autant être confondu avec un «localisme de passation». Cela ne veut pas dire que l'acheteur réserve ses marchés à des entreprises implantées localement. Cela serait totalement illégal. Cette disposition signifie simplement que n'importe quel opérateur économique soumissionnant à un tel marché, devra proposer des actions d'insertion de personnes situées dans cette zone géographique. C'est en cela, que seul le volet «exécution» est concerné.

Très concrètement, les candidats à la commande publique doivent de plus en plus intégrer un ancrage territorial de leur offre, quel que

soit le lieu où ils se situent, afin de renforcer leurs chances de remporter un contrat. Des sociétés multinationales bien connues, dans le secteur de la restauration collective, ou du bâtiment et travaux publics, savent combien il est indispensable de proposer des solutions «locales» aux préoccupations des élus, peu importe où se situe leur siège social.

Pour renforcer leurs chances de remporter un marché public, voire pour pouvoir simplement être admis à y soumissionner, les opérateurs économiques doivent travailler à une « territorialisation sociale » de leur offre. Car il s'agit de plus en plus d'une préoccupation légitime ou non des acheteurs.



Une territorialisation imposée pour les marchés de denrées alimentaires

La loi n° 2018-938 du 30 octobre 2018 pour l'équilibre des relations commerciales dans le secteur agricole et alimentaire et une alimentation saine, durable et accessible à tous (dite loi « Egalim »), a insufflé une nouvelle dynamique en ce qui concerne les achats de denrées alimentaires. D'ici le 1er janvier 2022, les gestionnaires de ces lieux de restauration doivent réussir à disposer d'au moins 50 % de produits de qualité et durables. Cela vise des produits issus

de l'agriculture biologique (à hauteur de 20 % minimum) ; bénéficiant d'autres signes officiels d'identification de la qualité et de l'origine (SIQO), comme un label rouge, une appellation d'origine (AOC/AOP), indication géographique (IGP), spécialité traditionnelle garantie (STG), mention « issu d'une exploitation à haute valeur environnementale » (HVE), mention « fermier » ou « produit de la ferme » ou « produit à la ferme » ; répondant à l'écolabel Pêche durable ; disposant du logo « Région Ultrapériphérique » ; issus du commerce équitable ; ou encore, étant issus de projets alimentaires territoriaux (PAT).

04 ■ La juste rémunération des équipes comme critère d'attribution de marchés publics

L'implication d'un acheteur dans la politique sociale d'un candidat à un marché public, peut aller très loin : un acheteur peut désormais apprécier de la juste rémunération des équipes qui participeront à l'exécution d'une telle commande.

L'article R 2152-7 du Code de la commande publique autorise un acheteur à prévoir comme critère d'attribution, parmi d'autres, celui de « la garantie de la rémunération équitable des producteurs ». Cette dispositions, initiées en 2011 par le ministère de l'Agriculture, vise pour l'instant les professionnels de l'alimentation, et donc les marchés conclus dans le secteur de la restauration collective. Il s'agit d'un critère particulièrement novateur, et difficile d'appréciation.

Si l'acheteur traduit un tel critère comme signifiant qu'il veut vérifier que les équipes qui vont exécuter les prestations, de près ou de loin, sont rémunérées au moins au niveau du salaire minimum légal prévu en France : il n'y a pas de débat juridique. Le niveau du salaire minimum est fixé par la loi. Il est clairement déterminé. La réglementation autorise donc un acheteur à s'immiscer dans la politique salariale de tous les intervenants à l'acte d'exécution de son marché. Car c'est bien cela qui est visé : d'un côté les grossistes, revendeurs et divers intermédiaires, de l'autre côté les producteurs en bout de chaîne, qui ne seraient pas rémunérés au moins au niveau du salaire minimum français.



Un acheteur peut donc demander à un candidat de lui présenter l'ensemble de ses engagements en termes de reversement de royalties entre les différents intermédiaires, pourcentages de rémunération, et garanties de bénéficier au moins du SMIC français pour le producteur de denrées alimentaires.

Reste à savoir si un acheteur pourrait valoriser une offre, au motif que les salariés du candidat sont mieux rémunérés que ceux d'un autre candidat.

Formulée ainsi, la question appelle une réponse favorable, étant donné qu'il ne s'agit pas d'un élément d'appréciation désormais consacré (à tort ou à raison) par le Code de la commande publique. Un acheteur n'a pas le droit de fixer un niveau de rémunération qui ne serait pas celui établi par la loi, mais il peut parfaitement mettre une meilleure note à l'offre d'un candidat, au regard de sa politique salariale... si l'acheteur a bien mentionné le critère de la «garantie de la rémunération équitable des producteurs» parmi ses critères d'attribution.

Les opérateurs économiques doivent donc être vigilants sur leurs accords commerciaux entre sociétés, remplissant des fonctions d'intermédiaires, et sur leurs politiques internes d'ordre sociale et salariale.

À noter cependant que la Cour de justice de l'Union européenne est venue limiter la portée d'une telle approche, dans son arrêt « Ville de Dortmund » (C-549/13) du 18 septembre 2014.

Le différend portait sur un appel d'offres lancé par la ville allemande de Dortmund relatif à la numérisation de documents et à la conversion de données pour le service d'urbanisme de la ville. Dans le cahier des charges, la ville exigeait du candidat de s'engager à verser à ses salariés un salaire horaire minimal de 8,62 euros. Et plus intéressant encore, cette disposition visait également les éventuels sous-traitants ... situés le cas échéant dans un pays autre que celui de l'acheteur. En l'espèce, la prestation informatique allait être réalisée par un candidat situé en Allemagne et sous-traitant à une entreprise située en Pologne (sans le moindre déplacement de personnel polonais en Allemagne... il ne s'agissait pas d'une problématique de travailleurs détachés). Cette clause reposait sur l'existence d'une loi adoptée le 10 janvier 2012, par le Land de Rhénanie Nord Westphalie. Dans le cadre de la réélection de la Chancelière Angela Merkel, celle-ci avait dû réaliser une coalition avec un parti s'étant engagé à adopter un salaire minimum en Allemagne. C'est ainsi qu'un tel salaire minimum avait été consacré.



Dans les faits, ladite clause revenait à exiger qu'un sous-traitant, situé à l'étranger, ne recourant pas à la sécurité sociale du pays où se situait l'acheteur, pratique un même taux horaire de salaire que celui imposé dans le pays de l'acheteur. La Cour de justice a considéré cette disposition comme état contraire aux règles communautaires, allant au-delà de ce qui est nécessaire pour s'assurer que l'objectif de protection des travailleurs situés dans le pays de l'acheteur soit atteint. En d'autres termes, le regard de l'acheteur sur la politique salariale d'un candidat à un marché public, ne va pas jusqu'à ses sous-traitants situés à l'étranger. Mais il s'agit d'un enjeu important, totalement nouveau, que les opérateurs économiques doivent désormais intégrer dans la formulation de leurs offres.

05 ■ Des marchés réservés à des structures à haute performance sociale

L'article 20 de la directive 2014-24 sur la passation des marchés publics, dite « secteur classique », et l'article 38 de la directive 2014-25 sur les « secteurs spéciaux », adoptées en 2014, disposent que « les États membres peuvent réserver le droit de participer aux procédures de passation de marchés publics à des ateliers protégés et à des opérateurs économiques dont l'objet principal est l'intégration sociale et professionnelle de personnes handicapées ou défavorisées, ou prévoir l'exécution de ces marchés dans le contexte de programmes d'emplois protégés, à condition qu'au moins 30 % du personnel de ces ateliers, opérateurs économiques ou programmes soient des travailleurs handicapés ou défavorisés ».

Si l'on s'en tient à la directive 2014-24, son considérant 36 indique que « l'emploi et le travail contribuent à l'insertion dans la société et constituent des éléments essentiels pour garantir l'égalité des chances pour tous. Les ateliers protégés peuvent jouer un rôle considérable à cet égard. Cela vaut également pour d'autres entreprises sociales ayant pour objectif principal de soutenir l'intégration ou la réintégration sociale et professionnelle des personnes handicapées ou défavorisées, telles que les chômeurs, les membres de minorités défavorisées ou de groupes socialement marginalisés pour d'autres raisons. Toutefois, de tels ateliers ou entreprises

pourraient ne pas être en mesure de remporter des marchés dans des conditions de concurrence normales. Dès lors, il convient de prévoir que les États membres aient la possibilité de réserver le droit de participer aux procédures de passation de marchés publics ou de certains lots... ».

C'est ainsi que le Code de la commande publique autorise un acheteur à réserver sa consultation à certaines catégories d'acteurs économiques. Que l'on se comprenne bien : il peut mentionner dans son appel à la concurrence que les autres candidats ne répondant pas à cette exigence statutaire seront d'office écartés. Car il s'agit d'une exigence portant sur le statut même de la structure candidate ou de son engagement en faveur de personnes handicapées ou en difficulté économique.

Des marchés ou certains lots d'un marché, peuvent être ainsi réservés à des structures d'insertion par l'activité économique (SIAE) mentionnées à l'article L. 5132-4 du Code du travail, et deuxièmement, à des structures équivalentes, lorsqu'elles emploient une proportion minimale, fixée par voie réglementaire, de travailleurs défavorisés (art. L. 2113-13 du Code de la commande publique).

Les structures d'insertion par l'activité économique sont : les entreprises d'insertion, les entreprises de travail temporaire d'insertion,

La loi relative à la lutte contre le gaspillage et à l'économie circulaire (n° 2020-105 du 10 févr. 2020), impose aux acheteurs de constructions temporaires, de ne pas exclure les constructions temporaires ayant fait l'objet d'un reconditionnement pour réemploi, et de tenir compte des incidences énergétiques et environnementales de la construction sur toute leur durée de vie (nouvel article L. 2172-5 du Code de la commande publique).



les associations intermédiaires, et les ateliers et chantiers d'insertion.

Par ailleurs, l'article R 2113-7 du Code de la commande publique autorise un acheteur à réserver un marché ou certains lots d'un marché aux opérateurs économiques (cette fois, c'est plus large, il ne s'agit pas que des structures d'insertion précitées), qui emploient des travailleurs handicapés ou défavorisés, à hauteur de 50 %.

Un candidat qui justifierait qu'il embauche plus de 50 % de travailleurs handicapés ou défavorisés, remportera ainsi ledit marché, voire, en réalité, se verra réserver un tel marché (en concurrence certes, avec d'autres éventuels candidats répondant à une telle condition).

Cette « réservation », qui revient à exclure tous les autres candidats, doit être mentionnée en toutes lettres dans l'avis d'appel public à la concurrence ou les documents de consultation.

À noter que l'acheteur doit choisir entre ces deux logiques : soit une réservation à des structures d'insertion par l'activité économique (SIAE), soit une réservation à n'importe quel candidat embauchant au moins 50% de travailleurs handicapés ou défavorisés.

Cette démarche volontariste - non impérative - d'un acheteur, permet à des candidats de voir leur offre appréciée au regard de leur engagement social, et revient également à consacrer une discrimination positive en faveur des établissements et services d'aide par le travail (ESAT, anciennement Centre d'aide par le travail), ou des entreprises adaptées (anciennement ateliers protégés), sans oublier le réseau des facilitateurs des clauses sociales (qui sont par exemple les Maisons de l'Emploi et les Plans locaux pour l'insertion et l'emploi - PLIE).

De plus, comme le prévoit le code du travail en son article L. 5212-6, l'employeur peut s'acquitter partiellement de son obligation d'emploi des travailleurs handicapés en passant des contrats de fournitures, de sous-traitance ou de prestations de services avec des ESAT ou des entreprises adaptées. Cet acquittement partiel est proportionnel au volume de travail fourni à ces ateliers, centres, établissements ou services. Cette modalité n'entre en ligne de compte au maximum que pour 50 % de l'obligation légale d'emploi (soit 3 %). Les règles d'équivalence entre la passation de tels contrats et l'emploi de personnes handicapées sont définies par l'article R. 5212-6 du code du travail.

Il s'agit donc d'un point important que les candidats doivent prendre en compte dans leur offre, pour maximiser leurs chances de remporter un marché public.

06 ■ La prise en compte des externalités environnementales dans les achats

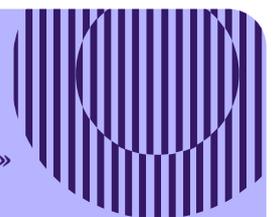
En imposant de définir son besoin en tenant compte d'objectifs environnementaux (et/ou sociaux), l'acheteur doit se demander : comment limiter l'utilisation de ressources naturelles, en favorisant les équipements ou matériels facilement recyclables, ou en privilégiant les équipements économes en énergie; comment réduire l'utilisation de substances dangereuses pour la santé, en préférant des équipements dont le niveau de toxicité est faible, en limitant le recours aux substances cancérigènes, les solvants, le plomb, le PVC, en privilégiant des produits et matériaux respectueux de l'environnement (peinture naturelle,...); comment réduire les déchets liés à l'exécution du marché, en préférant des produits rechargeables, des emballages en carton recyclé, en privilégiant les conditionnements en gros volume, en pensant à valoriser ses déchets (mise en place de composteurs, etc.).

Cela suppose que les opérateurs économiques adaptent leur offre au regard de cette demande des acheteurs : il faut qu'ils renforcent leur niveau et méthode d'information des utilisateurs sur leurs produits et matériaux. De nombreux acheteurs exigent la remise de fiches techniques en même temps de leur remise d'offre dématérialisée. Les « produits verts » (opposés aux produits dits « conventionnels ») peuvent être favorisés par un acheteur. Au-delà de la vente d'un bien, l'opérateur économique doit également penser à proposer des formations aux utilisateurs de celui-ci (quel dosage prévoir, comment se servir de manière économique du matériel, etc.). Par-delà la fiche de sécurité, il doit proposer un mode d'emploi simple, pédagogique, et compréhensible par n'importe quel utilisateur.

En outre, l'acheteur peut être amené à questionner les candidats sur les impacts environnementaux de leur offre : Quel moyen de transport ou mode de livraison est prévu? Quelle optimisation des ressources a été entreprise? Quel coût indirect de l'utilisation du bien proposé, en termes de consommation énergétique ou en eau? Quelle proportion de matériel recyclable dans celui qui est proposé? Quel conditionnement utilisé ? ... etc. Tout cela participe à la nouvelle exigence de prise en compte des externalités environnementales dans l'acte d'achat.

Tous les dommages environnementaux d'un bien ou service proposé par un opérateur économique, qui ne sont pas supportés financièrement par la chaîne de production et de distribution (et donc que l'on ne retrouve pas dans la simple formulation d'un « prix ») peuvent être appréciés par un acheteur et constituer un élément de sélection de la meilleure offre répondant à son besoin. Il s'agit d'un coût externe, non pris en charge par le responsable direct de l'impact environnemental. C'est désormais un aspect qu'un acheteur peut être amené à analyser et ce dernier peut donc demander des justificatifs ou études techniques d'impact, supposées avoir été réalisées par le candidat.

« Tous les dommages environnementaux peuvent constituer un élément de sélection »



07 La performance environnementale comme critère ■ et/ou conditions d'exécution

La loi n° 2015-992 du 17 août 2015 relative à la transition énergétique pour la croissance verte, prévoit un certain nombre de mesures en faveur d'une meilleure prise en compte de considérations environnementales. Ses exigences impliquent la passation de marchés publics allant dans ce sens, par les acheteurs soumis aux règles de la commande publique.

Sont concernés des obligations de rénovation de bâtiments pour économiser l'énergie, le développement de transports propres, la création de points de charges pour les véhicules électriques et hybrides, la problématique des produits phytosanitaires, le recours à l'économie circulaire, l'engagement au reboisement des forêts par les fournisseurs de papier et autres dérivés, la lutte contre le gaspillage alimentaire et le recours à des sources d'énergie renouvelables pour l'éclairage public.

Dès lors, en vertu de cette loi, les acheteurs relevant des services de l'Etat et de ses établissements publics, ont l'obligation de n'acheter ou louer que des produits ou services attestant d'une haute performance énergétique. La directive européenne du 25 octobre 2012 relative à l'efficacité énergétique a été ainsi transposée par voie réglementaire.

Ainsi, depuis le 15 avril 2016, date d'entrée en vigueur du décret n° 2016-412 du 7 avril 2016, ces acheteurs doivent commander uniquement des produits répondant à des exigences environnementales définies par la réglementation (liste non exhaustive) :

- pour les équipements électriques et électroniques : cf. Décision UE 2015-1402 de la Commission européenne du 15 juillet 2015 (pour les ordinateurs); Règlement UE 174-2013 du 5 février 2013 (équipements de bureau); Règlement CE 1275-2008 du 17 décembre 2008 (consommation d'électricité en mode veille et en mode arrêt de ces équipements); Communication de la Commission européenne 1275-2008 (exigences d'écoconception); Règlement UE 801-2013 du 22 août 2013 (téléviseurs) ;
- pour les chaudières: cf. Règlement délégué UE 2015-1187 de la Commission européenne du 27 avril 2015 (étiquetage énergétique des chaudières à combustible solide et des produits combinés constitués d'une chaudière à combustible solide, de dispositifs de chauffage d'appoint, de régulateurs de température et de dispositifs solaires), Règlement UE 2015-1189 de la Commission européenne du 28 avril 2015 ;
- pour les ventilateurs et climatiseurs: cf. Règlement délégué UE 626-2011 du 4 mai 2011 (étiquetage de la consommation d'énergie), Règlement délégué UE 1254-2014 du 11 juillet 2014 (ventilations résidentielles), Règlement UE 1254-2012 du 6 mars 2012 (climatiseurs et ventilateurs de confort), Règlement UE 327-2011 du 30 mars 2011 (exigences d'écoconception applicables aux ventilations entraînées par des moteurs d'une puissance électrique à l'entrée entre 125 W et 500 kW) ;
- pour les pneus: cf. Règlement 1222-2009 du Parlement européen et du Conseil du 25 novembre 2009 sur l'étiquetage des pneumatiques en relation avec l'efficacité en carburant et d'autres paramètres ;

- pour les lave-linge : cf. Règlement délégué UE 1061-2010 de la Commission du 28 septembre 2010, Règlement UE 1015-2010 du 10 novembre 2010 ;
- pour les dispositifs de chauffage : Règlement délégué UE 811-2013 du 18 février 2013 (dispositifs de chauffage de locaux, dispositifs de chauffage mixtes), Règlement UE 813-2013 du 2 août 2013, Règlement UE 2015-1188 du 28 avril 2015, Règlement 2015-1185 du 24 avril 2015 ;
- pour les produits liés à l'énergie sur internet : Règlement délégué UE 518-2014 du 5 mars 2014
- pour les appareils de réfrigération : Règlement délégué UE 1060-2010 du 28 septembre 2010, Règlement 643-2009 du 22 juillet 2009 ;
- pour les moteurs électriques : Règlement UE 4-2014 du 6 janvier 2014, Règlement CE 640-2009 du 22 juillet 2009 ;
- pour les lampes : divers règlements UE 874-2012, UE 2015-1428, UE 1194-2012, UE 314-2010, CE 859-2009, CE 244-2009, etc.

Le Code de la commande publique exige également de raisonner en coût global ou coût du cycle de vie. L'acheteur peut ainsi prévoir un critère de performance environnemental du bien qu'il va acheter, et donc, noter les offres reçues sur cette base (parmi d'autres critères pondérés) ; ou recourir à des clauses figurant dans son cahier des charges, tendant à imposer une performance environnementale comme condition d'exécution du marché.

La loi relative à la lutte contre le gaspillage et à l'économie circulaire (n° 2020-105 du 10 févr. 2020), impose désormais aux acheteurs publics de commander des pneumatiques « rechapés » (à l'exception des véhicules d'urgence ou militaires), sauf si une première consultation s'est révélée infructueuse (nouvel article L. 2172-5 du Code de la commande publique).

À titre d'exemple, la Cour de justice de l'Union européenne a validé dans son arrêt « Concordia Bus » du 17 septembre 2002, la possibilité pour un acheteur d'exiger qu'un degré de pollution maximum puisse être fixé par un acheteur, comme condition d'accès à la commande publique. Il s'agissait des rejets toxiques de bus circulant dans une ville. Ainsi, un acheteur pourra tenir compte pour choisir le titulaire d'un marché public, de la performance de l'offre proposée en termes de consommation d'énergie, d'émissions de dioxyde de carbone, d'émissions d'oxyde d'azote, d'émissions de composés hydrocarbonés non méthaniques, etc.

Cela suppose que les opérateurs économiques travaillent leurs offres, en valorisant (outre le prix) : les coûts liés aux phases d'utilisation (consommation énergétique, d'eau, ...), de maintenance (entretiens, réparations, garanties, ...), de gestion en fin de vie (quelle durée de vie garantie, quel coût de gestion des déchets ?...). L'originalité de l'approche en coût du cycle de vie revient à s'attacher aux réels coûts du produit proposé à l'acheteur : à savoir le prix d'acquisition mais également la monétarisation des impacts et externalités environnementales de l'achat d'un produit, d'une prestation ou de travaux. Il faut que les opérateurs économiques renforcent la présentation de leurs offres s'agissant de toutes les étapes du cycle de vie du produit proposé.

La prise en compte de l'impact environnemental d'une offre ne doit pas, pour autant, aboutir à l'attribution d'un marché à une entreprise locale, pour le seul motif qu'elle est implantée localement, et qu'elle est supposée moins polluer qu'une autre venant livrer des produits de beaucoup plus loin. Ce « localisme d'attribution » serait considéré comme étant illégal. D'ailleurs, il n'est pas d'office admis que l'entreprise implantée localement pollue moins que celle plus éloignée. Il faut se livrer à une analyse globale (sorte de bilan carbone) de l'offre proposée. Les acheteurs le font de plus en plus.

08

L'écolabel comme condition d'accès à la commande publique

Un acheteur peut exiger – en toute légalité – la détention d'un label ou écolabel par n'importe quel candidat souhaitant soumissionner à un marché public. La seule condition étant qu'il doit ajouter la mention « ou équivalent » à l'exigence d'un label précis.

Cette possibilité mérite d'autant plus d'être soulignée, qu'elle peut s'avérer extrêmement discriminante car coûteuse (l'obtention d'un label étant généralement payante). Mais c'est précisément la justification apportée par les instances européennes, initiatrices de ces évolutions réglementaires : l'exigence environnementale peut restreindre la concurrence ; à charge pour les autres opérateurs économiques d'atteindre ces performances environnementales. Au nom de l'environnement, un acheteur peut restreindre la concurrence et viser l'excellence.

De nombreux labels ou écolabels existent : Label Rouge, Energy Star, NF environnement, la fleur verte européenne (EU Ecolabel), bleu-blanc-cœur, PEFC (pour le papier, bois, ...), Agriculture Biologique (cf. la « feuille verte » correspondant au label européen), etc. (cf. le site internet ecolabels.fr). Pour être utilisable, le label doit avoir été établi sur la base d'une étude scientifique, les pouvoirs publics doivent participer à sa dévolution, il doit être accessible à tous ceux s'engageant à respecter un certain cahier des charges de performances environnementales.

L'acheteur peut écarter d'office les candidats proposant des produits ne bénéficiant pas du label qu'il a exigé dans son cahier des charges, ni de l'équivalence (notamment dans d'autres pays).



L'acheteur ne peut pas cependant mentionner un label qui serait plutôt assimilé à une « marque » de produit, développée par un ou plusieurs opérateurs économiques. Les seuls cas où il peut « indiquer » (et pas exiger) une marque, sont les hypothèses où il serait dans l'impossibilité de définir avec suffisamment de précision son besoin, ou encore, où une compatibilité avec des équipements existants s'imposerait. Cela ne revient pas à exiger une marque, mais simplement à donner une indication technique, utile pour que les candidats puissent faire une offre.

L'apposition d'un label à un produit proposé dans le cadre d'un marché public, doit donc constituer un sujet sérieusement pris en compte par les opérateurs économiques, dans le cadre de leurs développements marketing et commercial. Un label peut constituer un atout pour gagner un marché public, voire pour simplement voire son offre être analysée.

09 ■ L'exigence réglementaire de traçabilité dans le traitement des déchets



L'enjeu des déchets est fondamental : un acheteur est considéré par la loi comme étant « pollueur », donc responsable à ce titre, s'agissant des déchets issus de la réalisation d'un marché public ; l'entreprise ayant exécuté le marché, est simple détentrice des déchets. Il est donc logique, que les acheteurs demandent des comptes aux opérateurs économiques pour savoir ce qu'il advient des déchets issus de l'exécution de leurs marchés. Cela ne vise pas uniquement les déchets de chantier, mais l'ensemble des marchés publics.

Le décret n° 2005-635 du 30 mai 2005 a imposé un formulaire CERFA de « bordereau de suivi des déchets ». Il existe également d'autres formulaires impératifs, notamment pour l'amiante et autres déchets dangereux.

Les opérateurs économiques doivent absolument transmettre ces bordereaux de suivi des déchets à leurs cocontractants acheteurs, durant la phase d'exécution de leurs marchés ou lors de la réception, afin de justifier de la traçabilité des déchets : le bordereau comporte en effet la mention du type de déchets, les coordonnées de l'émetteur, du collecteur transporteur, et de l'installation de destination (supposée avoir vocation à valoriser

ces déchets). Cette dernière atteste en signant le bordereau qu'elle a bien reçu ces déchets et qu'elle les a pris en charge. Le bordereau est très précis, avec la référence SIRET des différents intervenants, jusqu'à l'établissement ayant en charge le traitement du déchet (personnes à contacter, nom, adresse, téléphone, fax, mail, ...). L'original du bordereau suit le déchet. Une copie du bordereau est remise à l'acheteur et conservé par l'entreprise détentrice initialement des déchets et titulaire du marché.

Une responsabilité judiciaire peut être engagée contre l'ensemble des protagonistes concernés par un déchet n'ayant pas fait l'objet d'un traitement conforme à la réglementation en vigueur localement. Des manquements aux obligations environnementales en matière de déchets peuvent déboucher sur des sanctions pénales.

Les opérateurs économiques doivent veiller à respecter cette obligation d'établissement de bordereaux de suivi de déchets, et s'engager dans une démarche qualité afin de valoriser leurs offres, ou d'échapper à des sanctions financières voire judiciaires.

10 ■ Le développement de la performance énergétique dans les marchés de travaux et d'ingénierie

De très nombreuses exigences de performance énergétique peuvent (voire « doivent ») être imposées par les acheteurs dans leurs marchés publics de travaux. Des bureaux d'études peuvent être missionnés pour établir un diagnostic de performance énergétique (DPE), mais également pour préconiser des travaux à réaliser afin de dégager des économies d'énergie. Il est même possible qu'une telle étude soit réalisée sur la base d'un contrat à zéro euro, et que le prestataire soit rémunéré sur la base des économies réellement réalisées dans le cadre de la mise en œuvre de ses préconisations. Des travaux peuvent également être financés en partie par des Certificats d'Economie d'Énergie (CEE). Le décret du 21 décembre 2016 relatif aux constructions à énergie positive et à haute performance environnementale précise les caractéristiques d'un bâtiment à énergie positive et à haute performance environnementale. Précisément, les acheteurs relevant des services de l'État et de ses établissements publics, sont tenus d'acquérir (ou de louer) uniquement des bâtiments déjà construits attestant d'une haute performance énergétique, conformément au décret du 7 avril 2016. Cela s'inscrit dans le cadre de la loi du 17 août 2015 relative à la transition énergétique pour la croissance verte. Cette dernière impose, que pour tous les travaux de rénovation énergétique, soit atteint un seuil compatible avec les objectifs nationaux, en tenant compte des spécificités du bâti et en se rapprochant le plus possible des exigences applicables aux bâtiments neufs.

L'objectif est clair: il s'agit de «faire baisser les factures», comme l'indique le Titre II de la loi n° 2015-992 du 17 août 2015. Les collectivités territoriales peuvent bonifier leurs aides financières ou octroyer

ces aides aux bâtiments à énergie positive ou qui font preuve d'exemplarité énergétique et environnementale. Les bâtiments à faible empreinte carbone, construits en minimisant leur contribution aux émissions de gaz à effet de serre sur l'ensemble de leur cycle de vie, de leur construction jusqu'à leur déconstruction, concourent à l'atteinte de l'objectif de réduction des émissions de gaz à effet de serre fixé à l'article L. 100-4 du Code de l'énergie.

Les coûts de maintenance et d'exploitation des bâtiments doivent être pris en compte, selon les termes mêmes des directives européennes relatives à la commande publique, repris dans le Code de la commande publique, et ce, « pendant toute la durée de vie de l'ouvrage ». Cela dépasse donc la seule durée du marché conclu avec un opérateur économique : l'enjeu est celui de la durée de vie prévisible du bâtiment ou de l'infrastructure concerné.

Un candidat à un marché public peut se retrouver à intervenir dans le cadre d'un « éco quartier », supposant la fourniture uniquement de produits ou matériaux à très haute performance environnementale, supposant le recours à un système de traitement des déchets particulièrement performant (au point que cela peut déboucher sur la fabrication de sources de chaleur), supposant la prise en compte de contraintes architecturales et d'énergies renouvelables, etc.

Sans qu'il s'agisse pour autant de bâtiments à basse consommation, ou à haute qualité environnementale, les opérateurs économiques doivent travailler la présentation de leurs offres dans le sens d'une responsabilité environnementale, car les acheteurs ont l'obligation juridique d'en tenir compte... un peu, beaucoup, passionnément... en fonction de l'objet de leurs marchés et de leurs politiques locales.

La gazette des communes, partenaire historique de la fonction publique territoriale

Fondée en 1934, La Gazette des Communes est le média de référence des métiers de la fonction publique territoriale, elle se positionne en expert des politiques publiques et des services publics. Le titre papier comptabilise aujourd'hui **325 597 lecteurs hebdomadaires**, le site, accessible à 70 % sur abonnement, compte **plus d'1 million de visiteurs uniques mensuels**.

Depuis 8 ans, La Gazette propose une expérience de contenu enrichie en ligne avec quatre clubs métiers ciblés : le Club Finances, le Club Prévention Sécurité, le Club Technicités et le Club RH (Ressources Humaines). En plus du support d'actualité papier et web, chaque club propose indépendamment du contenu et des évènements thématiques partout en France afin de permettre aux professionnels de se rencontrer et d'échanger.

L'ancienneté du support et sa réputation désormais bien implantée en font un prescripteur stratégique auprès des professionnels et décideurs du secteur public. Le titre dispose par ailleurs de la plus grande base de données du secteur public, qui représente près de 582 000 contacts actifs et nominatifs.

La Gazette des Communes a développé une offre complète dédiée aux entreprises qui souhaitent travailler avec le secteur public. De la notoriété à l'acquisition de leads, la puissance du média permet aux entreprises de toucher les bonnes cibles.

Une question ? Un projet ?

Contactez Dominique MACQUAT



dominique@lagazettedescommunes.com



01 79 06 70 87



CLIQUEZ ICI
pour nous suivre

INFOPRO DIGITAL MEDIA

La page LinkedIn suit toute l'actualité de la filière, les salons, les offres, les bonnes pratiques...