

## 15 - COMMENT INTÉGRER DES PRÉOCCUPATIONS DE DÉVELOPPEMENT DURABLE DANS L'ACHAT PUBLIC ?

Par ses articles LP 214-1, LP 221-1, LP 221-2, LP 234-3 et LP 235-2, A 233-2 le code définit les modalités selon lesquelles l'acheteur public-peut prendre en compte des exigences environnementales, économiques et sociales lors de l'achat public, dans le respect des principes généraux de la commande publique.

L'article LP 221-1 relatif à la définition des besoins impose en effet à l'acheteur public de tenir compte d'objectifs de développement durable, c'est-à-dire « *des objectifs de protection et de mise en valeur de l'environnement, de développement économique et de progrès social* »<sup>152</sup>.

### 15.1. LES PRÉOCCUPATIONS ENVIRONNEMENTALES

#### 15.1.1. Prise en compte possible à toutes les étapes de l'acte d'achat

Les préoccupations environnementales pourront être intégrées tout au long de la procédure de passation mais également dans l'exécution du contrat.

##### 15.1.1.1. *Lors de la définition et de l'expression des besoins*

L'article LP 221-2 relatif aux spécifications techniques permet de définir dans les documents de la consultation des exigences en matière environnementale.

L'acheteur public pourra se référer aux écolabels attribués par des organismes indépendants. Les écolabels sont des déclarations de conformité des prestations labellisées à des critères préétablis d'usage et de qualité écologique, qui tiennent compte du cycle de vie et des impacts environnementaux des produits et qui sont établis par les pouvoirs publics en concertation avec les parties intéressées, tels que les distributeurs et industriels, les associations de consommateurs et de protection de l'environnement.

**Un exemple :** le label allemand Ange Bleu (*Der blaue Engel*) :



Créé en 1977, il s'agit de la plus ancienne garantie pour les produits respectueux de l'environnement. Contrôlé par un organisme indépendant, il est considéré comme l'un des écolabels les plus fiables et les plus exigeants.

L'Ange bleu concerne tout d'abord le papier : lorsqu'il porte son logo, celui-ci est fabriqué à 100 % à partir de fibres recyclées.

Mais ce label peut aussi être décerné à d'autres biens de consommation (plus de 4000 produits affichent l'Ange Bleu, hors alimentation et industrie pharmaceutique) : les imprimantes (couleur ou noir et blanc), qui doivent fonctionner avec une utilisation minimale d'énergie, les produits utilisant l'énergie solaire (calculatrices, montres)...

La possibilité de présenter des variantes (art. LP 234-3) peut être un moyen efficace d'intégrer la protection de l'environnement au stade des spécifications techniques, sans que l'acheteur public ait nécessairement à spécifier de manière précise ses exigences en la matière. Ainsi, l'acheteur public peut préciser qu'il est disposé à accueillir des offres répondant à certaines variantes plus écologiques, par exemple, sur la teneur en substances dangereuses.

##### 15.1.1.2. *Lors de la présentation des candidatures*

Les acheteurs publics peuvent examiner le savoir-faire des candidats, en matière de protection de l'environnement, en appréciant leurs capacités techniques, notamment, pour les marchés publics de travaux ou de services, au travers des certificats de qualification qui pourraient présenter un caractère environnemental, ou de tout document équivalent.

<sup>152</sup> CE, 23 novembre 2011, *Cité urbaine Nice-Côte d'Azur*, n° 351570.

### 15.1.1.3. Lors de la présentation des offres

L'article LP 235-2 permet aux acheteurs publics de prendre en compte un ou plusieurs critères environnementaux, alors même qu'il ne s'agit pas de critères purement économiques<sup>153</sup>.

---

<sup>153</sup> CJUE, 17 septembre 2002, *Concordia Bus Finland Oy Ab*, aff. C-513/99.



Un critère dénué de caractère économique peut être de nature à déterminer la valeur de l'offre pour l'acheteur public, par exemple, pour les marchés dans lesquels la collectivité publique ne verse pas une somme donnée à son cocontractant. Tel est le cas, par exemple, des contrats de mobiliers urbains, pour lesquels le juge a admis l'utilisation d'un critère esthétique<sup>154</sup>.

Ce critère devra, toujours, être lié à l'objet du marché, expressément mentionné dans l'avis de publicité ou les documents de la consultation et respecter les principes posés par l'article LP 111-1 du code. Comme pour les autres critères, il ne devra pas être formulé de manière à donner un pouvoir discrétionnaire à l'acheteur public, lors de l'analyse des offres (cf. point 14.2.2).

#### 15.1.1.4. Concernant les conditions d'exécution du marché.

Les conditions d'exécution sont détaillées dans les clauses du contrat, le plus souvent dans les cahiers des charges, que l'attributaire du marché, quel qu'il soit, devra respecter. Lors de leur soumission, tous les candidats doivent s'engager à la mettre en œuvre, il s'agit d'un élément de conformité de leur offre. Les offres des candidats ne s'engageant pas à remplir cette obligation seront rejetées comme étant irrégulières.

L'article LP 214-1 permet aux acheteurs d'imposer dans le cahier des charges des conditions d'exécution environnementales. Ces conditions ne doivent pas avoir d'effet discriminatoire.

A titre d'exemple, on citera :

- livraison/emballage en vrac plutôt qu'en petit conditionnement,
- conditions de transport des marchandises livrées engendrant une consommation limitée d'énergie,
- récupération ou réutilisation des emballages,
- livraison des marchandises dans des conteneurs réutilisables,
- collecte et recyclage des déchets produits,
- produits bio,
- solutions informatiques de bureau labellisées Energy Star ou équivalent,
- papier recyclé.

#### **15.1.2. Des outils adaptables au niveau d'exigence de l'acheteur**

Ces outils permettent aux acheteurs publics de fixer, eux-mêmes, le niveau d'exigence environnementale qu'ils souhaitent voir atteint dans l'exécution de leurs marchés.

Ils couvrent l'ensemble du champ de l'achat public sans restriction de montant ou d'objet.

Pour de plus amples informations, il peut être conseillé de consulter les guides du groupe d'étude des marchés (GEM) développement durable, environnement<sup>155</sup>.

#### **15.1.3. L'exemple des véhicules à moteur**

Il est recommandé à l'acheteur public de prendre en compte les incidences énergétiques et environnementales, lorsqu'il achète ou loue des véhicules (voitures particulières, véhicules utilitaires légers, poids lourds, autobus et autocars).

Cela peut se traduire par l'introduction de spécifications techniques relatives aux performances énergétiques et environnementales du véhicule ou par l'utilisation de critères d'attribution liés aux incidences énergétiques et environnementales du véhicule sur toute sa durée de vie.

## **15.2. LES PERFORMANCES EN MATIÈRE DE DÉVELOPPEMENT DES APPROVISIONNEMENTS DIRECTS DE PRODUITS DE L'AGRICULTURE**

Le code des marchés publics (article LP 235-2) permet aux acheteurs publics de favoriser le développement des circuits courts de commercialisation dans le domaine des produits agricoles, à

<sup>154</sup> CE, 28 avril 2006, *Commune de Toulouse*, n° 280197.

<sup>155</sup> Disponibles sur le site Internet de la Direction des affaires juridiques des ministères économiques et financiers nationaux, à l'adresse suivante : <http://www.economie.gouv.fr/daj/guides-et-recommandations-des-gem-et-autres-publications>.

condition que cette prise en compte ne soit pas source de discrimination entre candidats et qu'elle soit de nature à satisfaire les besoins exprimés par l'acheteur public.

Un circuit court est un mode de commercialisation des produits agricoles qui s'exerce soit, par la vente directe du producteur au consommateur, soit par la vente indirecte, à condition qu'il n'y ait qu'un seul intermédiaire. Le critère du circuit court n'est pas un critère géographique. L'acheteur prend en considération le circuit de fourniture et non pas l'implantation géographique du producteur. La localisation du producteur ne peut donc pas constituer un critère d'attribution du marché.

Le code met à disposition des acheteurs publics plusieurs outils, à différents stades du processus d'achat public, permettant de développer les circuits courts :

- ⇒ l'article LP 221-1 impose à l'acheteur public de déterminer la nature et l'étendue de ses besoins.
- ⇒ L'approvisionnement par les circuits courts permet au mieux de satisfaire ceux-ci, lorsque l'acheteur public a exprimé le souhait de se voir garantir la fraîcheur ou encore la saisonnalité des produits. Lors de l'expression des spécifications techniques exigées par l'article LP 221-2, l'acheteur public peut, par exemple, prévoir un approvisionnement très régulier, ou exclusivement en produits de saison ;
- ⇒ l'allotissement des marchés prévu par l'article LP 222-1 est également de nature à susciter une large concurrence et à faciliter la participation directe des producteurs agricoles et de leurs groupements. Il est, par exemple, possible de décomposer le marché en lots, défini par type de denrées, correspondant chacune à des catégories de fournisseurs différents ;
- ⇒ au moment de la publicité, l'article LP231-1 n'interdit pas à l'acheteur public de procéder à une publicité qui aille au-delà des obligations réglementaires, lui permettant ainsi de multiplier les candidatures utiles, en choisissant des supports atteignant les producteurs agricoles et leurs groupements ;
- ⇒ l'article LP 235-2 permet aux acheteurs publics, lorsqu'ils achètent des produits de l'agriculture, de prendre en compte, parmi les critères de sélection des offres, les performances en matière de développement des approvisionnements directs, par exemple, en demandant qu'il soit précisé le quantum de produits que le soumissionnaire s'engage à acquérir auprès de producteurs agricoles ou d'intermédiaires se fournissant auprès de producteurs agricoles. Outre ses effets favorables sur l'environnement, la prise en compte des performances en matière de développement des approvisionnements directs permet un approvisionnement en produits de l'agriculture de qualité ;
- ⇒ au moment de l'exécution du marché, l'article LP 214-1 rend possible l'insertion, dans le cahier des charges, de conditions d'exécution du marché, liées à son objet, qui prennent en compte l'impact de cette exécution sur l'environnement et, indirectement, constituent autant de moyens efficaces de privilégier les circuits courts d'approvisionnement. Il est possible dans ce cadre, par exemple, de prévoir la réduction des déplacements des véhicules de livraison, de manière à limiter la production des émissions de gaz à effet de serre.

### **15.3. LES PRÉOCCUPATIONS SOCIALES**

#### **15.3.1. Dans la définition des conditions d'exécution du marché**

L'article LP 214-1 permet aux acheteurs d'imposer dans le cahier des charges le respect de clauses dites « sociales ».

Ces clauses permettent d'imposer aux entreprises soumissionnaires de s'engager à consacrer une part du marché, à la réalisation d'une action d'insertion professionnelle en faveur d'un public déterminé. Le code ne définit pas le champ d'application de la clause sociale. La clause sociale doit donc être définie en fonction du public que l'on souhaite viser.

Une telle clause est un élément de conformité de l'offre.

L'intégration de clauses sociales, notamment celles destinées à promouvoir la diversité, peut répondre à l'un, au moins, des objectifs suivants :



- l'insertion des personnes éloignées de l'emploi, notamment par l'affectation, dans une proportion raisonnable, d'un certain nombre d'heures travaillées à des publics déterminés en situation de précarité ou d'exclusion notamment les demandeurs d'emplois ayant déclaré une qualification (diplômée, titrée ou non) ou une expérience, des stagiaires qualifiés, des chômeurs de longue durée, des jeunes ayant un faible niveau de qualification ou, des travailleurs handicapés;
- la mise en œuvre d'actions de formation à destination de ces publics.
- Le commerce équitable (système d'échange dont l'objectif est d'utiliser le commerce comme un levier de développement et de réduction des inégalités, en veillant à la juste rétribution des producteurs.)

Ces clauses, qui doivent être pertinentes, socialement utiles et bien ciblées, doivent être rédigées en respectant les règles suivantes :

⇒ **offrir à tous la possibilité de satisfaire à la clause** : l'acheteur doit veiller à ce que toute entreprise souhaitant répondre au marché, quel que soit son statut juridique ou sa taille, soit à même de pouvoir remplir cette clause.

Par exemple, une clause imposant que l'exécution du marché soit assurée à 50% par un public éloigné de l'emploi exclut de facto les opérateurs économiques classiques au profit de certains opérateurs spécialisés comme les associations pour l'aide à l'insertion définies par l'article LP 5225-1.

⇒ ne pas fixer de modalités obligatoires de réalisation de la clause, mais offrir plusieurs possibilités à l'entreprise qui réalisera le marché lui permettant de répondre à ses engagements contractuels. La clause sociale doit donc se borner à prescrire un objectif d'heures d'insertion sans imposer aux opérateurs économiques une modalité particulière de mise en œuvre. Le titulaire conserve la liberté de remplir cet objectif d'insertion par divers moyens : embauche directe, sous-traitance ou cotraitance, mise à disposition d'un salarié en insertion par une structure extérieure (entreprise de travail temporaire) ... Ainsi, par exemple, l'acheteur public ne peut imposer aux opérateurs économiques d'utiliser une embauche par CDI ou d'avoir recours à une structure spécifique comme par exemple des associations pour l'aide à l'insertion.

⇒ **ne pas être discriminatoire à l'égard des candidats potentiels** ; les obligations sociales s'imposent de manière identique à tous les candidats et ont pour effet de les placer sur un pied d'égalité, tant au point de vue de l'engagement des moyens qui leurs sont demandés, qu'au point de vue de leur chance de se voir attribuer le marché ;

⇒ **ne pas limiter la concurrence**.

L'acheteur peut utilement se faire assister par :

- Le Service de l'emploi, de la formation et de l'insertion professionnelle (SEFI), en sollicitant la liste des demandeurs d'emplois ayant déclaré une qualification (diplômée, titrée ou non) ou une expérience dans le secteur professionnel concerné,
- Le Centre de formation professionnelle des adultes (CFPA), en sollicitant la liste des stagiaires titrés dans le domaine professionnel concerné.

Des partenariats avec ces mêmes structures peuvent utilement être recherchés afin de les aider dans l'analyse de l'offre d'emploi disponible, l'élaboration et la rédaction de telles clauses.

L'acheteur public devrait s'assurer, d'une façon générale, de l'équilibre de la mesure :

- Il doit donc identifier le ou les marchés pertinents pour la mise en œuvre de la clause sociale. Dès lors que la prestation envisagée fait appel à de la main d'œuvre, il devient opportun d'examiner les possibilités de décliner ces objectifs en prévoyant des dispositions en matière d'insertion professionnelle en faveur des publics éloignés de l'emploi. Tous les marchés de travaux et de services peuvent être concernés (bâtiment, travaux publics, nettoyage, collecte et traitement des déchets, restauration, gardiennage, entretien des espaces verts...). Certaines prestations spécialisées à forte dominante intellectuelles sont moins accessibles à de telles clauses.
- Il doit se renseigner sur la proportion de main-d'œuvre disponible dans le marché en tenant compte du secteur d'activité.

Dans sa démarche, l'acheteur doit :

- Pour les marchés retenus, lorsque ces derniers sont allotis, déterminer si la clause s'applique à tous les lots d'un marché ou seulement certains d'entre eux.
- Fixer la part de la prestation qui doit être assurée par des personnes en situation d'insertion. Il est recommandé de formuler une telle clause en nombre d'heures de travail. Ainsi, l'acheteur public indique, dans l'avis d'appel public à la concurrence l'existence d'une clause d'exécution, qu'il détaille dans le cahier des charges en indiquant le nombre d'heures d'insertion qu'il souhaite voir effectuer par l'opérateur qui réalisera le marché. Quel que soit le volume arrêté par l'acheteur il s'agit d'un plancher minimal que l'entreprise devra respecter. La détermination du nombre d'heures dédiées à l'insertion dépend de l'analyse initiale du marché. Il est généralement conseillé de situer le taux d'insertion entre 5 à 15 % des heures travaillées pour l'exécution du marché<sup>156</sup>.
- Préciser les différents moyens à la disposition de l'entreprise lui permettant de répondre à ses engagements contractuels.
- Prévoir le contrôle de l'exécution dans les clauses du marché. Au même titre que pour les autres dispositions des cahiers des charges, l'administration devra veiller au respect par l'entreprise titulaire du marché des conditions d'exécution d'ordre social. Ainsi, il est important de prévoir des mesures de suivi et d'évaluation régulières des conditions d'exécution pendant le déroulement du marché public. **En cas d'inexécution ou de mauvaise exécution, l'acheteur applique les pénalités spécifiques prévues au marché. Toute exonération de l'obligation de mise en œuvre de la clause sociale est assimilable à une remise en cause des conditions de la concurrence.** Les pénalités applicables doivent être prévues dans le CCAP

### 15.3.2. Au stade de l'attribution du marché

L'article LP 235-2 permet l'utilisation d'un critère de la performance de l'offre en matière d'insertion professionnelle.

Comme tout critère, ce dernier doit présenter un lien avec l'objet du marché mais ce lien n'implique pas nécessairement que les critères se rapportent aux caractéristiques mêmes des prestations à fournir.

Ce critère peut être utilisé soit dans le cadre d'un marché dont l'objet est l'insertion professionnelle, soit indépendamment lorsque le marché est susceptible d'être exécuté, au moins en partie, par des personnels engagés dans une démarche d'insertion professionnelle<sup>157</sup>. A titre d'exemple, a été reconnue, l'existence d'un lien entre le critère de performance en matière d'insertion des publics en difficulté et les travaux de renforcement et de renouvellement des chaussées objet d'un marché lancé par un département.

Ce critère doit être porté à la connaissance des candidats (cf. point 14.2.2). Il convient donc d'annoncer dans l'avis d'appel public à la concurrence ou dans les documents de la consultation l'utilisation de ce critère et les éléments qui seront pris en compte pour apprécier les offres notamment au moyen de sous-critères. L'incertitude concernant les conditions de mise en œuvre d'un critère de performance d'insertion professionnelle au regard des conditions d'exécution du marché est constitutive d'un manquement aux obligations de publicité et de mise en concurrence.<sup>158</sup> Il doit donc être suffisamment précis et clair, exempt d'incertitude de sorte que tout soumissionnaire raisonnablement informé et normalement diligent puisse savoir de manière certaine et complète ce qu'il recouvre et ne pas conférer une liberté inconditionnée d'appréciation à l'acheteur.

Afin d'apprécier les performances en matière d'insertion, certains sous-critères peuvent être recommandés<sup>159</sup> :

<sup>156</sup> G. Cantillon, *Marchés publics et développement durable*, JCl. Collectivités territoriales, fasc 770-12, n° 131.

<sup>157</sup> CE 25 mars 2013 Département de l'Isère, req. 364950.

<sup>158</sup> CE 28 mai 2014, Commune Dijon c/ Sté Carrard services, req. n° 375941.

<sup>159</sup> Préconisation formulée par le guide de l'achat public durable édité par l'association des acheteurs publics, 7 janvier 2015.





- L'encadrement technique et le tutorat proposés par l'entreprise pour les personnes en insertion (c'est-à-dire la manière dont l'entreprise va diriger et encadrer les bénéficiaires de l'action d'insertion pendant l'exécution du marché.
- Les mesures prises par l'entreprise pour assurer ou faire assurer l'accompagnement socioprofessionnel des personnes en insertion.
- Le dispositif de formation proposé par l'entreprise pour les personnes en insertion.
- Le niveau de qualification professionnelle susceptible d'être atteint par les personnes en insertion et les perspectives de pérennisation de leur emploi.

En revanche, les offres ne peuvent être examinées à l'aune d'un critère relatif à la politique générale de l'entreprise, qui ne peut être considérée comme un élément caractérisant le processus spécifique de production ou de fourniture des travaux, produits ou services achetés. Les acheteurs publics ne peuvent donc pas exiger des candidats qu'ils aient mis en place une « politique sociale » dans l'entreprise<sup>160</sup>.

La pondération du critère doit être raisonnable pour ne pas être discriminatoire. La jurisprudence a admis une pondération de 15% de la note finale.

A l'instar des conditions d'exécution auxquelles l'opérateur s'est engagé à souscrire, dès lors que l'offre a été retenue sur la base d'un critère social, le titulaire doit respecter son engagement. Il convient donc de prévoir des clauses de suivi et de contrôle. Les recommandations déclinées en la matière au point 15.3.1 sont applicables de la même manière ici.

Le critère social peut également être utilisé en combinaison avec une clause d'exécution (cf. point 16.3.1).

Lorsque le dossier de consultation met en œuvre une clause sociale, plusieurs soumissionnaires peuvent présenter des offres conformes à la clause sociale alors même que certains d'entre eux présenteraient des offres avec un nombre d'embauche ou d'heures d'insertion supérieur. **L'utilisation du critère social associé à une pondération adéquate, donne à l'acheteur public le moyen de départager les offres également sur ce terrain, puisqu'il peut évaluer, par une note chiffrée les propositions qui lui sont faites.**

Toutefois, il convient de définir de manière claire, au moment de la rédaction des documents de consultation des entreprises, **ce qui sera attendu pour juger du critère social, notamment en instaurant des sous-critères et en anticipant sur la méthode de notation.**

#### 15.4. LES MARCHÉS RÉSERVÉS

L'article LP 225-1 du code permet aux acheteurs publics de réserver certains marchés ou certains lots d'un même marché à des établissements de travail protégé mentionnés à l'article LP 5313-14 du code du travail de la Polynésie française. Dans ce cas, l'exécution de ces marchés ou de ces lots doit être effectuée majoritairement par des personnes handicapées. L'avis de publicité doit mentionner le recours à cette réservation.

Cette disposition ne dispense pas les acheteurs d'organiser, entre ces seuls organismes, une procédure de passation des marchés, qui sera fonction des seuils fixés à l'article LP 223-2 et respectera les modalités de publicité prévues à l'article LP231-1.

En Polynésie française, une seule structure a été agréée en 2008 en qualité d'entreprise adaptée : L'association « Atelier pour la réinsertion professionnelle des personnes handicapées »<sup>161</sup>.

<sup>160</sup> CE, 15 février 2013, *Sté Derichebourg polyurbaine*, n° 363921.

<sup>161</sup> Arrêté n° 785 MEF du 18 janvier 2008.