



OBEC Occitanie
Objectif Bâtiment Energie
Carbone en Occitanie

**Préparation du colloque du 11 juin 2019 :
Table ronde conduire une opération bas carbone**

Version : 4 juin 2019

Animation :

Eduardo Serodio – eduardo.serodio@izuba.fr

Nathalie Gonthiez – nathalie.gonthiez@ademe.fr

Aspects juridiques (20 min)

Présentation :

Maître Chantal GIL-FOURRIER du Cabinet GIL-CROS, avocat depuis 1986 est spécialisée en droit public et intervient en conseil et contentieux pour des collectivités en métropole et DROM ainsi que pour des administrations d'Etat en droit de l'urbanisme et droit de l'environnement.

De ce fait, le cabinet s'est intéressé depuis longtemps aux leviers pouvant être utilisés par les maîtres d'ouvrages publics afin de favoriser la performance environnementale.

Ainsi, fut confiée au Cabinet en 2014 par la Région Languedoc-Roussillon et LRAD, la rédaction d'un guide pour favoriser l'éco-construction dans la commande publique.

Par ailleurs, Maître Chantal GIL-FOURRIER est intervenue pendant trois ans dans le cadre d'une formation organisée par plusieurs CVRH pour les Ambassadeurs des Biosourcés afin d'identifier les leviers issus du code de la commande publique pour favoriser l'éco-construction et plus spécifiquement le recours aux biosourcés.

PEUT-ON INTEGRER DES CRITERES ENVIRONNEMENTAUX DANS LES MARCHES PUBLICS ?

1.1. Les prémices d'une simple possibilité offerte à l'acheteur

- ❖ **Initialement - Absence de mention expresse du critère environnementale (Art. 53 CMP (2001):** *coût d'utilisation, valeur technique, délai d'exécution, qualités esthétiques et fonctionnelles, rentabilité, le service après-vente et l'assistance technique, date et délai de livraison, prix des prestations*

❖ **Puis admission de critères environnementaux : CJCE, 17 sept. 2002, Concordia Bus Finlande (aff. C-513/99)**

Le dossier de marché mentionne trois critères de choix des offres : le prix global ; la qualité du matériel, y compris le niveau d'émissions d'oxyde azotique et le niveau sonore des autobus ; la gestion par l'entrepreneur de la qualité et de l'environnement ;

➤ La Cour juge que des critères environnementaux sont légaux lorsqu'ils :

(i) sont liés à l'objet du marché,

(ii) ne confèrent pas audit pouvoir adjudicateur une liberté inconditionnée de choix,

(iii) sont expressément mentionnés dans le cahier des charges ou dans l'avis de marché,

(iv) respectent tous les principes fondamentaux du droit communautaire, notamment le principe de non-discrimination.

➔ Réécriture de l'article 53 du CMP (décret du 7 janvier 2004) et intégration du critère « **performances en matière de protection de l'environnement** »

❖ **La Directive 2010/30/UE : oblige les acheteurs publics à tenir compte**, au-dessus des seuils des procédures formalisées (environ 5 000 000 € pour les marchés publics de travaux), **de la performance énergétique des produits qu'ils acquièrent**.

❖ **La Directive « Marchés » (2014/24/UE) :**

- Promotion des aspects environnementaux dans l'ensemble du processus:
 - *Spécifications techniques* (Art. 42);
 - *Critère d'attribution du marché* (Art. 67) fondé sur le calcul du « **coût du cycle de vie** » complet (Art. 68);
 - *Conditions d'exécution du marché* (Art. 70).
- Possibilité d'avoir recours aux **Ecolabels**.

1.2. La construction d'une obligation ?

❖ **Le principe de l'exemplarité énergétique et environnementale**

- **Article 144 de la loi n° 2015-992 du 17 août 2015 relative à la transition énergétique pour la croissance verte**

Création de l'article L. 228-4 C. Env. :

La commande publique tient compte notamment de la performance environnementale des produits, en particulier de leur caractère biosourcé.

Dans le domaine de la construction ou de la rénovation de bâtiments, elle prend en compte les exigences de lutte contre les émissions de gaz à effet de serre et de stockage du carbone et veille au recours à des matériaux issus des ressources renouvelables. (ajout par la loi ELAN n° 2018-1021 du 23 novembre 2018 portant évolution du logement, de l'aménagement et du numérique)

- **Article 8 de la loi n° 2015-992 du 17 août 2015 relative à la transition énergétique pour la croissance verte**

« II.-Toutes les nouvelles constructions sous maîtrise d'ouvrage de l'Etat, de ses établissements publics ou des collectivités territoriales font preuve d'exemplarité énergétique et environnementale et sont, chaque fois que possible, à énergie positive et à haute performance environnementale.

Des actions de sensibilisation à la maîtrise de la consommation d'énergie sont mises en place auprès des utilisateurs de ces nouvelles constructions.

Les collectivités territoriales peuvent bonifier leurs aides financières ou octroyer prioritairement ces aides aux bâtiments à énergie positive ou qui font preuve d'exemplarité énergétique et environnementale.

Un décret en Conseil d'Etat définit les exigences auxquelles doit satisfaire un bâtiment à énergie positive, d'une part, et un bâtiment à haute performance environnementale, d'autre part. »

→ **Les déclinaisons :**

- **Décret n° 2016-1821 du 21 décembre 2016 relatif aux constructions à énergie positive et à haute performance environnementale sous maîtrise d'ouvrage de l'Etat, de ses établissements publics ou des collectivités territoriales**
- **Arrêté du 10/04/17 relatif aux constructions à énergie positive et à haute performance environnementale sous maîtrise d'ouvrage de l'Etat, de ses établissements publics et des collectivités territoriales**

❖ **Le nouveau code de la commande publique :**

- impose la prise en compte des objectifs de développement durable dans leurs dimensions économique, sociale et environnementale
Définition du besoin (Article L2111-1) : La nature et l'étendue des besoins à satisfaire sont déterminées avec précision avant le lancement de la consultation en prenant en compte des objectifs de développement durable dans leurs dimensions économique, sociale et environnementale.
- Permet de recourir au critère unique Cout du cycle de vie ou parmi les critères multiples aux **performances en matière de protection de l'environnement R2152-7**

NB : Application dans le temps

- Ord.2015-899 (25 juillet 2015) et et Décret 2016-360 applicables pour les procédures engagées à compter du 1^{er} avril 2016
- CCP applicable pour les procédures engagées à compter du 1^{er} avril 2019

D'une certaine manière, et sous l'influence de la RE2020, le comment « peut-on » intégrer des critères environnementaux deviendra comment « doit-on » les intégrer « *chaque fois que possible* » dans le respect des principes de la commande publique.

QUELS SONT LES GRANDS PRINCIPES QUI REGISSENT LA COMMANDE PUBLIQUE ?

Il existe un principe chapeau, trois principes directeurs (L. 3 du code de la commande publique), un principe « opérationnel » et un principe procédural

Le principe chapeau : PRINCIPE DE PERFORMANCE : Pour assurer l'efficacité de la commande publique et la bonne utilisation des deniers publics, l'Acheteur doit respecter **les principes fondamentaux** :

- ❖ **le PRINCIPE D'EGALITE DE TRAITEMENT DES CANDIDATS** : La mise en concurrence ne doit pas avoir de caractère discriminatoire. Cela concerne la définition du besoin, les candidatures et négociations, le droit de préférence, les marchés réservés, les PME, les critères, etc.
- ❖ **la LIBERTE D'ACCES** :
 - Candidature : les demandes doivent être proportionnées et **liées à l'objet** du marché. Toute mention de référence doit s'accompagner de la mention « ou équivalent »
 - Cela concerne les **capacités professionnelles, techniques et financières, et l'examen des candidatures**
- ❖ **la TRANSPARENCE DES PROCEDURES** : Candidature : les demandes doivent être proportionnées et liées à l'objet du marché. Toute mention de référence doit s'accompagner de la mention « ou équivalent »
Cela concerne les capacités professionnelles, techniques et financières, et l'examen des candidatures.

Principe « opérationnel » L'ALLOTISSEMENT sauf marché globaux (CR/CREM) et dans l'hypothèse où l'allotissement rendrait l'exécution techniquement difficile ou plus coûteuse (Article L2113-10 CCP) : « *Les marchés sont passés en lots séparés, sauf si leur objet ne permet pas l'identification de prestations distinctes.*

L'acheteur détermine le nombre, la taille et l'objet des lots.

Il peut limiter le nombre de lots pour lesquels un même opérateur économique peut présenter une offre ou le nombre de lots qui peuvent être attribués à un même opérateur économique. »

COMMENT, EN RESPECTANT CES PRINCIPES, INTEGRER DES CRITERES ENVIRONNEMENTAUX DANS LE PROCESSUS CONTRACTUEL D'UNE COMMANDE PUBLIQUE ?

Objet du marché (exemplarité) / Précision des performances attendues contractuellement (détermination des besoins – Sourcing – spécification techniques) / Responsabilité contractuelle - Garantie décennale (quid de l'impropriété) – Garantie de performance énergétique (quid des conditions d'usage et d'entretien appropriées et de la surconsommation entraînant un coût exorbitant)

- Un point fondamental dès la consultation du Maître d'œuvre et pour les marchés de travaux : détermination des besoins et de l'objet du marché, qui peuvent prendre en compte des objectifs de développement durable. Ces besoins sont définis par des exigences fonctionnelles, des performances, des spécifications techniques...

La définition des besoins ne peut être modifiée après le lancement de la procédure de passation, mais seulement être précisée pour apporter des éléments d'information aux candidats (CE, 4 avril 2005, n°265784).

Au niveau environnemental, il peut se traduire aujourd'hui par l'atteinte d'un label (exemplarité environnementales des bâtiments publics), et se traduira demain par le respect de la RE2020.

Exigence d'un label, « ou garantie équivalent ». NB : L'acheteur doit veiller à ce que l'équivalence au label soit réalisable, à défaut le marché est irrégulier (CAA Marseille, 20 déc. 2010, n°08MA01775 :

- Nécessité d'un travail collaboratif entre les services : entretien et maintenance, conduite d'opération, marchés et utilisateurs pour établir ces besoins : bien peser les choix environnementaux en les associant aux décisions pour mesurer leurs implications.
- Ne pas proposer de « clauses types » : se faire aider par une AMO DD, pratiquer le sourcing – la bonne rédaction des marchés dépend des besoins exprimés, cependant, les pistes suivantes sont à privilégier :
 - Faire figurer la performance recherchée dans les clauses techniques des cahiers des charges
 - La performance environnementale peut être définie comme critères et sous-critères de la valeur technique de l'offre à privilégier.
 - Existe également la possibilité d'avoir recours à un critère unique « *coût déterminé selon une approche globale qui peut être fondée sur le cycle de vie* ». Mais cette dernière possibilité compliquée pour une collectivité, car elle doit être outillée pour l'analyser.
 - Éventuellement exigence d'un label (type ecolabel), introduit dans le décret 2016-360,
 - Prévoir des rapports intermédiaires en cours de chantier pour vérifier le suivi de la performance globale.



Gil-Fourrier & Cros

société d'avocats

PEUT-ON EXIGER D'UNE ENTREPRISE QU'ELLE PROPOSE UN PRODUIT DISPOSANT D'UNE FDES (FICHE DE DECLARATION ENVIRONNEMENTALE ET SANITAIRE) ? C'EST DANS CETTE FICHE, PRODUITE PAR LE FABRICANT QUE LES EMISSIONS DE GES DU PRODUIT SONT DECLAREES.

L'acheteur pourra exiger une FDES tenant la rédaction de l'arrêté du 22/03/2019 qui précise la liste des documents pouvant être demandés aux candidats

Annexe n° 9 du CCP : Arrêté du 22 mars 2019 fixant la liste des renseignements et des documents pouvant être demandés aux candidats aux marchés publics NOR: ECOM1830221A

*11° Des certificats établis par des instituts ou services officiels chargés du contrôle de la qualité et habilités à attester la conformité des fournitures par des références à certaines spécifications techniques. **Toutefois, d'autres preuves de mesures équivalentes de garantie de la qualité produites par les candidats sont acceptées, si ceux-ci n'ont pas accès à ces certificats ou n'ont aucune possibilité de les obtenir dans les délais fixés ;***

Mais attention à ne pas trop en demander :

- les demandes doivent être proportionnées et liées à l'objet du marché,
- les demandes ne doivent pas être discriminatoires (l'acheteur doit permettre au candidat d'apporter la preuve par d'autres mesures présentant des garanties équivalentes)

De plus, dans le cadre d'un marché attribué au titre du critère unique Coût du cycle de vie, les **données requises doivent pouvoir être fournies moyennant un effort raisonnable consenti par des opérateurs économiques normalement diligents.**

→ Quid de l'effort raisonnable ?

PEUT-ON EXIGER D'UNE ENTREPRISE QU'ELLE PROPOSE UN PRODUIT EN FIXANT UN SEUIL MAXIMUM D'EMISSION DE GES ? (« CLAUSE CARBONE »)

Exiger une marque en particulier pose une difficulté au regard des principes (liberté d'accès/égalité de traitement).

Article R2111-7 : *Les spécifications techniques ne peuvent pas faire mention d'un mode ou procédé de fabrication particulier ou d'une provenance ou origine déterminée, ni faire référence à une marque, à un brevet ou à un type lorsqu'une telle mention ou référence est susceptible de favoriser ou d'éliminer certains opérateurs économiques ou certains produits. Toutefois, une telle mention ou référence est possible si elle est justifiée par l'objet du marché ou, à titre exceptionnel, dans le cas où une description suffisamment précise et intelligible de l'objet du marché n'est pas possible sans elle et à la condition qu'elle soit accompagnée des termes " ou équivalent ".*

CAA de NANCY, 4^{ème} chambre - formation à 3, 19/03/2019, 17NC02326

Il doit être déduit des constatations qui précèdent que la référence fermée à des marques dans les documents de la consultation des lots en litige a eu pour effet, au sens de l'article 6 du code des marchés publics, de favoriser ou d'éliminer certains opérateurs économiques ou produits, et ce, indépendamment même de la circonstance, à la supposer avérée, qu'à la date de conclusion des marchés ultérieurement résiliés, la société Comptoir Négoce Equipements et les fabricants mentionnés dans les documents de la consultation aient pu ne pas être liés par des contrats d'exclusivité.

8. Il ne résulte enfin pas de l'instruction et il n'est pas davantage allégué que la référence à des marques ou aux produits de fabricants dans les lots en litige était justifiée par l'objet des marchés ni qu'une description suffisamment précise et intelligible de cet objet n'était pas possible sans elle.

Par contre, il est possible d'exprimer le besoin en fixant un seuil maximum d'émission de GES.

Il s'agira alors d'une spécification technique qui permet d'exprimer l'attente :

1° Soit par référence à des **normes** ou à d'autres documents équivalents accessibles aux candidats ;

2° Soit en termes de **performances ou d'exigences fonctionnelles** ;

3° Soit par une **combinaison des deux**.(R. 2111-8)

Article R2111-10 : *Les spécifications techniques formulées en termes de performances ou d'exigences fonctionnelles sont suffisamment précises pour permettre aux candidats de connaître exactement l'objet du marché et à l'acheteur d'attribuer le marché. Elles peuvent inclure des caractéristiques environnementales ou sociales.*

Article R2111-11 : *Lorsque l'acheteur formule une spécification technique par référence à une norme ou à un document équivalent, il ne peut pas rejeter une offre au motif que celle-ci n'est pas conforme à cette norme ou à ce document si le soumissionnaire prouve, par tout moyen approprié, que les solutions qu'il propose satisfont de manière équivalente aux exigences définies par cette norme ou ce document.*

Il s'agit des prescriptions, contenues dans les documents du marché, définissant les caractéristiques requises d'un matériau, d'un produit, d'une fourniture par les niveaux de performances environnementale et climatique (cf. Avis relatif à la nature des spécifications techniques – JO 27 mars 2016)

Ne pas être trop restrictif pour que plusieurs produits puissent y répondre. Le code de la commande publique autorise toutefois à être plus restrictif si justifié par l'objet du marché et accompagné de la mention « ou équivalent ». (R2111-4 et R2110-7 du code de la commande publique)

Globalement, ne pas avoir des exigences disproportionnées par rapport à ces besoins ou par rapport au marché : demander des FDES ou un niveau carbone pour des ouvrages, produits dont on sait que ces données existent.

société d'avocats

Définition cycle de vie : Article L2112-3

Le cycle de vie est l'ensemble des étapes successives ou interdépendantes, y compris la recherche et le développement à réaliser, la production, la commercialisation et ses conditions, le transport, l'utilisation et la maintenance, tout au long de la vie du produit, de l'ouvrage ou du service, depuis l'acquisition des matières premières ou la production des ressources jusqu'à l'élimination, la remise en état et la fin de l'utilisation du produit, de l'ouvrage ou la fin du service.

1.3. Les leviers

1.3.1. La préparation du marché :

- ❖ **Définition du besoin (Article L2111-1) :** *La nature et l'étendue des besoins à satisfaire sont déterminées avec précision avant le lancement de la consultation en prenant en compte des objectifs de développement durable dans leurs dimensions économique, sociale et environnementale.*

→ Aide à la définition du besoin

- **« Sourcing » : Etudes et échanges préalables avec les opérateurs économiques (Article R2111-1 :**

Afin de préparer la passation d'un marché, l'acheteur peut effectuer des consultations ou réaliser des études de marché, solliciter des avis ou informer les opérateurs économiques de son projet et de ses exigences.

Les résultats des études et échanges préalables peuvent être utilisés par l'acheteur, à condition que leur utilisation n'ait pas pour effet de fausser la concurrence ou de méconnaître les principes mentionnés à l'article L. 3.

Participation d'un opérateur économique à la préparation du marché (Article R2111-2 :

L'acheteur prend les mesures appropriées pour que la concurrence ne soit pas faussée par la participation à la procédure de passation du marché d'un opérateur économique qui aurait eu accès à des informations ignorées par d'autres candidats ou soumissionnaires, en raison de sa participation préalable, directe ou indirecte, à la préparation de cette procédure.

Cet opérateur n'est exclu de la procédure de passation que lorsqu'il ne peut être remédié à cette situation par d'autres moyens, conformément aux dispositions du 2° de l'article L. 2141-8.

Egalité de traitement des candidats

- **Utilisation de labels (Articles R2111-12 à R2111-17)**

R. 2111-15 : L'acheteur peut exiger un label particulier à condition que les caractéristiques prouvées par ce label :

1° Présentent un lien avec l'objet du marché au sens de l'article L. 2112-3 ;

2° Permettent de définir les travaux, fournitures ou services qui font l'objet du marché.

R. 2111-16 : L'acheteur qui exige un label particulier accepte tous les labels qui confirment que les caractéristiques exigées dans le cadre du marché sont remplies.

R. 2111-17 : Lorsque l'opérateur économique n'a pas la possibilité, pour des raisons qui ne lui sont pas imputables, d'obtenir dans les délais le label exigé ou un label équivalent qui répond aux conditions de l'article R. 2111-15, il peut prouver par tout moyen que les caractéristiques exigées par l'acheteur sont remplies.

- ❖ **Formalisation du besoin par des spécifications techniques** (Article L2111-2) : Les travaux, fournitures ou services à réaliser dans le cadre du marché public sont définis par référence à des spécifications techniques.

Contenu des spécifications techniques (Articles R2111-4 à R2111-6)

Article R2111-4

Les spécifications techniques définissent les caractéristiques requises des travaux, des fournitures ou des services qui font l'objet du marché.

Ces caractéristiques peuvent se référer au processus ou à la méthode spécifique de production ou de fourniture des travaux, des produits ou des services demandés ou à un processus propre à un autre stade de leur cycle de vie même lorsque ces facteurs ne font pas partie de leur contenu matériel, à condition qu'ils soient liés à l'objet du marché et proportionnés à sa valeur et à ses objectifs.

Article R2111-5

Les spécifications techniques peuvent préciser si le transfert des droits de propriété intellectuelle sera exigé.

Article R2111-6

Sauf cas dûment justifié, les spécifications techniques sont établies de manière à prendre en compte des critères d'accessibilité pour les personnes handicapées ou des critères de fonctionnalité pour tous les utilisateurs.

Formulation des spécifications techniques (Articles R2111-7 à R2111-11)

Article R2111-7

Les spécifications techniques ne peuvent pas faire mention d'un mode ou procédé de fabrication particulier ou d'une provenance ou origine déterminée, ni faire référence à une marque, à un brevet ou à un type lorsqu'une telle mention ou référence est

susceptible de favoriser ou d'éliminer certains opérateurs économiques ou certains produits.

Toutefois, une telle mention ou référence est possible si elle est justifiée par l'objet du marché ou, à titre exceptionnel, dans le cas où une description suffisamment précise et intelligible de l'objet du marché n'est pas possible sans elle et à la condition qu'elle soit accompagnée des termes " ou équivalent ".

Article R2111-8

L'acheteur formule les spécifications techniques :

*1° Soit par référence à des **normes** ou à d'autres documents équivalents accessibles aux candidats ;*

*2° Soit en termes de **performances ou d'exigences fonctionnelles** ;*

*3° Soit par une **combinaison des deux**.*

Article R2111-9

Les normes ou documents sont accompagnés de la mention " ou équivalent " et choisis dans l'ordre de préférence suivant :

1° Les normes nationales transposant des normes européennes ;

2° Les évaluations techniques européennes ;

3° Les spécifications techniques communes ;

4° Les normes internationales ;

5° Les autres référentiels techniques élaborés par les organismes européens de normalisation ou, en leur absence, les normes nationales, les agréments techniques nationaux ou les spécifications techniques nationales en matière de conception, de calcul et de réalisation des ouvrages et d'utilisation des fournitures.

La définition des normes ou autres documents mentionnés au présent article figure dans un avis annexé au présent code. (annexe n°5)

Article R2111-10

Les spécifications techniques formulées en termes de performances ou d'exigences fonctionnelles sont suffisamment précises pour permettre aux candidats de connaître exactement l'objet du marché et à l'acheteur d'attribuer le marché. Elles peuvent inclure des caractéristiques environnementales ou sociales.

Article R2111-11

Lorsque l'acheteur formule une spécification technique par référence à une norme ou à un document équivalent, il ne peut pas rejeter une offre au motif que celle-ci n'est pas conforme à cette norme ou à ce document si le soumissionnaire prouve, par tout moyen approprié, que les solutions qu'il propose satisfont de manière équivalente aux exigences définies par cette norme ou ce document.

Lorsque l'acheteur formule une spécification technique en termes de performances ou d'exigences fonctionnelles, il ne peut pas rejeter une offre si celle-ci est conforme à une norme ou à un document équivalent correspondant à ces performances ou exigences fonctionnelles. Le soumissionnaire prouve, par tout moyen approprié, que cette norme ou ce document équivalent correspond aux performances ou exigences fonctionnelles définies par l'acheteur.

1.3.2. Les critères pour le choix de l'offre économiquement la plus avantageuse

Article L2152-7 *Le marché est attribué au soumissionnaire ou, le cas échéant, aux soumissionnaires qui ont présenté l'offre économiquement la plus avantageuse sur la base d'un ou plusieurs critères objectifs, précis et liés à l'objet du marché ou à ses conditions d'exécution. Les modalités d'application du présent alinéa sont prévues par voie réglementaire.*

Les offres sont appréciées lot par lot.

Le lien avec l'objet du marché ou ses conditions d'exécution s'apprécie conformément aux articles [L. 2112-2](#) à [L. 2112-4](#).

Article L2152-8 : *Les critères d'attribution n'ont pas pour effet de conférer une liberté de choix illimitée à l'acheteur et garantissent la possibilité d'une véritable concurrence. Ils sont rendus publics dans les conditions prévues par décret en Conseil d'Etat.*

Choix des critères d'attribution (Articles R2152-6 à R2152-8)

Article R2152-7

Pour attribuer le marché au soumissionnaire ou, le cas échéant, aux soumissionnaires qui ont présenté l'offre économiquement la plus avantageuse, l'acheteur se fonde :

1° Soit sur un critère unique qui peut être :

*a) Le **prix**, à condition que le marché ait pour seul objet l'achat de services ou de fournitures standardisés dont la qualité est insusceptible de variation d'un opérateur économique à l'autre ;*

*b) Le **coût**, déterminé selon une **approche globale** qui peut être fondée sur le **coût du cycle de vie** défini à l'article R. 2152-9 ;*

*2° Soit sur une **pluralité de critères non-discriminatoires et liés à l'objet du marché ou à ses conditions d'exécution**, parmi lesquels figure le critère du prix ou du coût et*

un ou plusieurs autres critères comprenant des aspects qualitatifs, environnementaux ou sociaux. Il peut s'agir des critères suivants :

*a) La qualité, y compris la valeur technique et les caractéristiques esthétiques ou fonctionnelles, l'accessibilité, l'apprentissage, la diversité, les conditions de production et de commercialisation, la garantie de la rémunération équitable des producteurs, le caractère innovant, les **performances en matière de protection de l'environnement**, de développement des approvisionnements directs de produits de l'agriculture, d'insertion professionnelle des publics en difficulté, la biodiversité, le bien-être animal ;*

b) Les délais d'exécution, les conditions de livraison, le service après-vente et l'assistance technique, la sécurité des approvisionnements, l'interopérabilité et les caractéristiques opérationnelles ;

c) L'organisation, les qualifications et l'expérience du personnel assigné à l'exécution du marché lorsque la qualité du personnel assigné peut avoir une influence significative sur le niveau d'exécution du marché.

D'autres critères peuvent être pris en compte s'ils sont justifiés par l'objet du marché ou ses conditions d'exécution.

Les critères d'attribution retenus doivent pouvoir être appliqués tant aux variantes qu'aux offres de base.

Utilisation du coût du cycle de vie comme critère d'attribution (Articles R2152-9 à R2152-10)

Article R2152-9

Le coût du cycle de vie couvert, dans la mesure où ils sont pertinents, tout ou partie des coûts suivants du cycle de vie d'un produit, d'un service ou d'un ouvrage :

1° Les coûts supportés par l'acheteur ou par d'autres utilisateurs, tels que :

a) Les coûts liés à l'acquisition ;

b) Les coûts liés à l'utilisation comme la consommation d'énergie et d'autres ressources ;

c) Les frais de maintenance ;

d) Les coûts liés à la fin de vie comme les coûts de collecte et de recyclage ;

*2° Les coûts imputés aux externalités environnementales et liés au produit, au service ou à l'ouvrage pendant son cycle de vie, **à condition que leur valeur monétaire puisse être déterminée et vérifiée**. Ces coûts peuvent inclure le coût des émissions de gaz à effet de serre et d'autres émissions polluantes ainsi que d'autres coûts d'atténuation du changement climatique.*

Article R2152-10

Lorsque l'acheteur évalue les coûts selon une approche fondée sur le cycle de vie, il indique dans les documents de la consultation les données que doivent fournir les soumissionnaires et la méthode qu'il utilisera pour déterminer le coût du cycle de vie sur la base de ces données.

La méthode utilisée pour évaluer les coûts imputés aux externalités environnementales respecte l'ensemble des conditions suivantes :

- a) Elle se fonde sur des critères non-discriminatoires et vérifiables de façon objective ;
- b) Elle est accessible à toutes les parties intéressées ;
- c) Elle implique que les **données requises puissent être fournies moyennant un effort raisonnable consenti par des opérateurs économiques normalement diligents.**

Cout du cycle de vie ou Analyse du cycle de vie

Cout du cycle de vie (CCV)	Analyse du cycle de vie (ACV)
Critère d'attribution unique possible	Spécification ou clause d'exécution
Approche monétariste des externalités (incidences énergétiques et environnementales converties en euros)	Approche fonctionnelle des externalités (émission CO ₂ , Déchets liquides / solides, etc.)
Monocritère : Prix	Multicritères: Qualité fonctionnelle, valeur technique, ...
Calcul par l'acheteur sur la base des données fournies par le candidat	Réalisation par le candidat
Non discriminatoire, lié à l'objet du marché	

Éléments de jurisprudence :

CE, 10 février 2016, Sté SMC2, n° 382148, n° 382154 et n° 382153

Considérant qu'il résulte de l'instruction que l'objet du marché contesté est la construction d'une halle des sports couverte par une toile ; que la commune a voulu choisir un système de fixation de cette toile de couverture offrant les meilleures garanties de vieillissement, un moindre coût de maintenance et une meilleure esthétique ; qu'à cette fin, elle a retenu, par les prescriptions de l'article 4.3 du cahier des clauses techniques particulières, le procédé de fixation de la toile de couverture " par des profilés métalliques inoxydables (...) non visible et discret ", lequel ne nécessite " aucune maintenance " ; que ce procédé de fixation de la couverture de l'ouvrage est justifié par l'objet même du marché ; que, par suite, la commune n'a, en faisant le choix de ce procédé, pas méconnu les dispositions du IV de l'article 6 du code des marchés publics citées ci-dessus ni le principe d'égalité entre les candidats (les prescriptions en cause, motivées par ce choix, n'avaient pas pour objet de favoriser l'entreprise SMC2 ;

Conseil d'État, 7ème - 2ème chambres réunies, 08/04/2019, 426096

Il y a lieu, pour l'application de ces dispositions, d'examiner si la spécification technique a ou non pour effet de favoriser ou d'éliminer certains opérateurs économiques puis, dans l'hypothèse seulement d'une telle atteinte à la concurrence, si cette spécification est justifiée par l'objet du marché ou, si tel n'est pas le cas, si une description suffisamment précise et intelligible de l'objet du marché n'est pas possible sans elle.

23. Il résulte de l'instruction que l'article 7.1.3 du CCTP stipule que les données du système d'information géographique figurant dans les études d'avant-projet seront transmises dans la dernière version connue du modèle conceptuel de données GRACE THD. Ce modèle est un ensemble de spécifications relatives au format des données et à l'organisation des documents relatifs aux infrastructures d'accueil, aux infrastructures optiques et aux données d'exploitation, développé par les collectivités territoriales à des fins d'harmonisation du déploiement des réseaux d'initiative publique. Il est accessible, avec les sources et la documentation associée, sous licence libre et mis en oeuvre avec des logiciels libres et dans le cadre d'un développement ouvert. Dans ces conditions, l'exigence de recourir à ce modèle conceptuel de données, justifiée par l'objet du marché, n'est pas susceptible de favoriser ou d'éliminer un opérateur économique. La société Réunicable n'est par suite pas fondée à soutenir qu'elle méconnaît les dispositions précitées des articles 6 et 8 du décret du 25 mars 2016

CAA de LYON, 4ème chambre - formation à 3, 21/03/2019, 17LY00554

3. Dans un premier temps, les premiers juges ont accueilli le moyen tiré de ce que le sous-critère " identification des fournitures " du critère n° 2 " valeur technique au vu du

mémoire technique " était difficilement compréhensible. Ils ont d'abord constaté que la société attributaire avait obtenu la note maximale de 5 sur 5 à ce sous-critère, la commission d'appel d'offres ayant relevé que les produits de revêtements proposés dans son offre, soit Sikafloor 400 N, d'une densité 1,5, et Sikafloor 410 étaient conformes au cahier des clauses techniques particulières du marché qui exigeait un revêtement étanche en résine, de type Sikafloor 400 N de marque Sika ou équivalent. Puis ils ont indiqué que la société requérante avait proposé les produits référencés Sikafloor 405, d'une densité 1,3, et Sikafloor 416 et obtenu une note de 2 sur 5, bien qu'elle ait énuméré dans le détail tous les produits sélectionnés. Dès lors qu'il résultait de l'instruction que ce sous-critère avait en fait permis au pouvoir adjudicateur de vérifier et noter la conformité des produits proposés par le candidat au regard du cahier des clauses techniques particulières, en particulier s'agissant de leurs propriétés en termes de densité, le tribunal a jugé que la procédure de passation avait été viciée, car aucun élément ne permettait aux candidats de comprendre d'emblée que ce sous-critère intitulé " identification des fournitures " était destiné à apprécier la conformité des produits proposés au cahier des clauses techniques particulières.

CAA de NANCY, 4ème chambre - formation à 3, 19/03/2019, 17NC02326

6. Il résulte du document " cadre de remise des propositions " des lots n° 1 et n° 2 en litige figurant au règlement de la consultation que les candidats étaient tenus, à peine d'irrégularité de leur offre, de recourir aux fabricants présélectionnés par le pouvoir adjudicateur, pour huit sur quatorze produits s'agissant du lot n° 1 et deux sur cinq pour le lot n° 2. Par ailleurs, le détail quantitatif estimatif du lot n° 3 que les candidats devaient également remettre à peine d'irrégularité de leur offre était intégralement pré-renseigné par le pouvoir adjudicateur quant aux produits des fabricants à utiliser. Il résulte de l'instruction et il n'est d'ailleurs pas contesté que pour aucun de ces trois lots, les références à des fabricants ou à des produits de fabricants ainsi imposées par le pouvoir adjudicateur n'étaient accompagnées, dans les documents du marché, de la mention " ou équivalent ".

7. Or, il résulte de l'instruction et notamment de la lettre de la direction régionale des entreprises, de la concurrence, de la consommation, du travail et de l'emploi du 9 janvier 2015 adressée à la communauté urbaine du grand Reims à la suite d'une plainte d'une entreprise distributrice de matériel d'éclairage de l'agglomération rémoise, qu'en 2006, pour la satisfaction, sur ce territoire, de besoins identiques en fourniture de points lumineux et de supports, vingt-sept candidats, parmi lesquels se trouvaient à la fois des fabricants et des distributeurs, avaient présenté des offres pour les quatre lots à attribuer, alors que les documents de cette consultation comportaient la mention " ou équivalent ". A l'inverse, il n'est pas contesté que les deux consultations suivantes organisées par la même collectivité en 2010 puis en 2014 pour la satisfaction des mêmes besoins en matière d'éclairage public, et dont les documents ne comportaient pas cette mention, n'ont donné lieu qu'à la présentation de la seule candidature de la société Comptoir Négoce Equipements, qui a ainsi obtenu les marchés. Il résulte enfin de l'instruction qu'à la suite de la résiliation des marchés en litige, et alors que pour la consultation lancée en juillet 2015 et ayant le même objet, la mention " ou équivalent " avait été rétablie, ce sont sept offres qui ont, cette fois, été remises.

Il doit être déduit des constatations qui précèdent que la référence fermée à des marques dans les documents de la consultation des lots en litige a eu pour effet, au sens de l'article 6 du

code des marchés publics, de favoriser ou d'éliminer certains opérateurs économiques ou produits, et ce, indépendamment même de la circonstance, à la supposer avérée, qu'à la date de conclusion des marchés ultérieurement résiliés, la société Comptoir Négoce Equipements et les fabricants mentionnés dans les documents de la consultation aient pu ne pas être liés par des contrats d'exclusivité.

8. Il ne résulte enfin pas de l'instruction et il n'est pas davantage allégué que la référence à des marques ou aux produits de fabricants dans les lots en litige était justifiée par l'objet des marchés ni qu'une description suffisamment précise et intelligible de cet objet n'était pas possible sans elle

9. Dans ces conditions, la communauté urbaine du Grand Reims a pu légalement estimer qu'en raison du risque d'illégalité affectant la conclusion de ces marchés au regard des dispositions du IV de l'article 6 du code des marchés publics, leur résiliation pouvait être prononcée pour motif d'intérêt général sur le fondement des stipulations précitées l'article 29 du cahier des clauses administratives générales des marchés publics de fournitures courantes et de services.



Gil-Fourrier & Cros

société d'avocats