



Commande publique et développement durable dans la restauration

Cabinet Yves-René GUILLOU
Avocats

Me Raphael Apelbaum

63 rue Pierre Charron – Paris 75008

Tél : 01 45 62 71 00

Fax : 01 45 62 71 01

e-mail :

droitpubliceco@yrgavocats.com



Introduction



Origines du rapprochement entre achat public et développement durable

➤ Les engagements internationaux de la France

- **Programme des Nations-Unies "Action 21"**, adopté à l'occasion de la conférence sur l'environnement et le développement durable de Rio en 1992. Ce programme a été repris par la **loi n° 95-115 du 4 février 1995 d'orientation pour l'aménagement et le développement du territoire**, dispose que "les Gouvernements (...) devraient donc réexaminer les politiques d'achats de fournitures de leurs organismes et départements afin d'améliorer si possible l'environnement de leurs procédures d'acquisition, sans préjudice des principes du commerce international".
- **Plan d'action adopté au sommet de la Terre de Johannesburg de 2002** prévoyant "d'encourager les autorités compétentes à tous les niveaux à prendre en compte le développement durable lors de la prise de décisions ayant trait notamment (...) à la passation des marchés publics" ("Rapport du sommet mondial pour le développement durable", Johannesburg, 26 août-4 septembre 2002).



Le droit communautaire

- **Le droit communautaire a conduit à une intégration croissante du développement durable dans le code des marchés publics**
 - Le critère environnemental est d'origine prétorienne, sa légalité a été admise pour la première fois par la CJCE, dans l'affaire *Concordia Bus Finland*, (CJCE, 17 sept. 2002, aff. C-513/99).
- **Directive n° 2004/17/CE**, portant coordination des procédures de passation des marchés dans les secteurs de l'eau, de l'énergie, des transports et des services postaux et directive n° 2004/18/CE, relative à la coordination des procédures de passation des marchés publics de travaux, de fournitures et de service.
- **Communication de la Commission du 16 juillet 2008 relative à des marchés publics pour un environnement meilleur (COM (2008) 400/2)**: il est proposé d'élaborer au niveau européen des critères environnementaux communs pour la passation des marchés publics. Il s'agirait de critères d'attribution environnementaux, pour lesquels la Commission considère qu'une pondération de 15 % ou plus pourrait être significative ». La Commission propose par ailleurs que d'ici 2010, 50 % de toutes les procédures d'adjudication soient écologiques tant en nombre de marchés qu'en valeur.



Le droit constitutionnel

- Le droit constitutionnel avec l'adoption de la Charte de l'environnement
 - **La Charte de l'environnement**, dont la valeur constitutionnelle a été reconnue par le Conseil d'État, prévoit que « *les politiques publiques doivent promouvoir un développement durable. À cet effet, elles concilient la protection et la mise en valeur de l'environnement, le développement économique et le progrès social* ». Elle crée ainsi une véritable obligation de moyen à la charge des acheteurs publics.



L'impulsion au niveau national (1)

- Dès 1996, l'État se dote d'une politique de "*verdissement de l'Administration*", remplacée en 2002 par la démarche "*administration éco-responsable*", afin de réduire l'impact du fonctionnement de l'Administration sur l'environnement, notamment à travers ses achats.
- En accord avec cette démarche, la Stratégie nationale de développement durable (SNDD) a été adoptée le 3 juin 2003 par le Comité interministériel du développement durable (CIDD). Dans ce contexte, a été créé un Groupement d'étude des marchés "*développement durable, environnement*", désormais placé au sein de **l'Observatoire économique de l'achat public**.



L'impulsion au niveau national (2)

- L'élaboration d'un "*Plan national d'action pour des achats publics durables*" (PNAAPD) a été arrêté lors du CIDD du 13 novembre 2006.
- Le Grenelle de l'environnement a été annoncé le 18 mai 2007. Il a donné lieu à la loi (dite «Grenelle I») adoptée le 11 février 2009. La loi « Grenelle II » a été adoptée par le Sénat et transmise à l'Assemblée nationale. Elle impose aux acheteurs publics une prise en compte accrue des exigences du développement durable.
- Dans son rapport d'étape, le groupe "*Achats publics durables*" du Comité opérationnel n° 4 "*État exemplaire*", mis en place dans le cadre du "Grenelle de l'environnement", propose qu'une instruction du Premier ministre demande aux ministres de mettre en oeuvre, d'ici la fin 2008, un plan d'action ministériel d'éco et de socio-responsabilité.
- Circulaire du 3 décembre 2008 relative à l'exemplarité de l'Etat au regard du développement durable dans le fonctionnement de ses services et de ses établissements publics.



Circulaire du Premier ministre du 3 décembre 2008

- Relative au à l'exemplarité de l'Etat au regard du développement durable dans le fonctionnement de ses services et de ses établissements publics, cette circulaire fixe pour chaque ministère des objectifs en matière d'éco- et de socio-responsabilité, déclinés en 20 fiches sectorielles.
- Les thèmes abordés par ces fiches sont les matériels de bureautique, les solutions d'impression, le papier, les fournitures de bureau, alimentation, vêtements, mobilier, bois et produits dérivés, nettoyage des locaux, gestion des déchets, espaces verts et non bâtis, voitures particulières, formation et sensibilisation à l'écoconduite, déplacements, énergie et eau, éclairage, bilan des consommations énergétiques, formation, achats socialement responsables, la responsabilité sociale de l'Etat
- .




Une conception désormais renouvelée de l'achat public

- Le critère de performance environnementale et sociale figurent dans code des marchés publics 2006 aux **articles 5, 14 et 53**, relatifs à la **définition des besoins, aux conditions d'exécution du marché ainsi qu'à la sélection de l'offre économiquement la plus avantageuse**.
- Les pouvoirs adjudicateurs et entités adjudicatrices relevant de **l'ordonnance n° 2005-649 du 6 juin 2005** relative aux marchés passés par certaines personnes publiques ou privées non soumises au code des marchés publics peuvent également, depuis le décret n°2008-1334 du 17 décembre 2008, insérer une clause développement durable dans les conditions d'exécution de leurs marchés
- Toutefois, l'introduction de principes environnementaux ou sociaux doit être conciliée avec le respect les principes d'égalité et de non discrimination entre les entreprises soumissionnaires



I - La prise en compte des aspects environnementaux



Plan de la prise en compte des aspects environnementaux

La prise en compte des aspects environnementaux

1. Détermination des besoins

2. Spécifications techniques

3. Sélection des candidats

4. Critères de choix des offres

5. Condition d'exécution du marché

1. Détermination des besoins

**Article 5- I du Code des marchés publics :
Prise en compte d'objectifs de développement durable
au stade de la définition des besoins.**

Première étape de l'achat public :

- ➔ Possibilité pour le pouvoir adjudicateur de s'interroger sur toute démarche visant à intégrer des exigences en termes d'environnement, de conditions de travail et de coût global d'achat.
- ➔ Cette volonté de procéder à la passation d'un marché intégrant des considérations environnementales pourra être affichée dans l'objet du marché.
- ➔ Les exigences environnementales exactes devront ensuite être définies au sein des clauses techniques ou des critères d'attribution.

2. Spécifications techniques

Point 29 et Article 23 de la directive 2004/18/CE **Article 6 du code des marchés publics**

➔ Possibilité pour le pouvoir adjudicateur de définir dans les documents de la consultation des exigences en matière environnementale, comme par exemple :

- Indication des matériaux de base ou primaires à utiliser ;
- Exigence d'utilisation de processus particulier de production ;
- Référence à des labels écologiques.

➔ Possibilité pour le pouvoir adjudicateur de demander un niveau de protection de l'environnement plus élevé que celui fixé par la législation.

➔ Possibilité d'utiliser des variantes avec formulation d'un ensemble minimal de spécifications techniques communes à l'offre de base et à la variante pour le produit souhaité.

3. Sélection des candidats

→ Article 48 de la directive 2004/18/CE et article 45 du Code des marchés publics

→ Possibilité pour les acheteurs publics d'examiner le savoir-faire des candidats en matière de protection de l'environnement au travers de l'appréciation de leurs capacités techniques.

→ Possibilité d'imposer ces critères environnementaux à ce stade uniquement si une compétence particulière en lien avec l'environnement est nécessaire pour réaliser le contrat.

4. Critère de choix des offres

Article 53 de la directive 2004/18/CE et article 53 du Code des marchés publics

→ Possibilité pour les acheteurs publics de faire peser le critère environnemental par rapport à l'ensemble des autres critères de choix de l'offre, **sous réserve du respect de deux conditions :**

- Respect du principe de non-discrimination ;
- Les critères appliqués doivent procurer un avantage économique au pouvoir adjudicateur.

→ La pondération donnée aux critères pour l'évaluation déterminera l'importance accordée à l'environnement au sein du rapport qualité/prix.

→ **Attention** : ce critère doit obligatoirement être lié à l'objet du marché ou à ses conditions d'exécution. Le but ici est d'éviter que le pouvoir adjudicateur ne donnent la préférence à des candidats nationaux/locaux.



Focus sur la pondération des critères

Il n'est pas possible d'indiquer ici un système général de pondération, celui-ci étant fonction du cas d'espèce (nature et ampleur de l'opération, nature du marché), de la personne publique (moyens et prix qu'elle est prête à payer pour la qualité environnementale) et de l'état du marché. Cette pondération devra être déterminée lors de la rédaction des avis d'appel public à la concurrence.

On rappellera seulement ici que la pondération à hauteur de 45% du critère environnemental a été reconnue licite par la jurisprudence européenne.

Arrêt « *EVN AG, Weinstrom GmbH* »

5. Conditions d'exécution du marché

Article 26 de la directive 2004/18/CE et article 14 du Code des marchés publics.

→ Possibilité pour les pouvoirs adjudicateurs de prévoir dans l'AAPC ou dans le RC des conditions d'exécution environnementales.

→ **Attention** : le pouvoir adjudicateur ne doit pas rédiger de clauses contractuelles qui s'apparenteraient à des spécifications techniques, des critères de sélection ou d'attribution déguisés.

Exemple de conditions d'exécution environnementales :

- Livraison/emballage en vrac plutôt qu'en petit conditionnement ;
- Récupération ou réutilisation des emballages;
- Livraisons des marchandises dans des conteneurs réutilisables;
- Collecte et recyclage des déchets produits;
- Ou encore préférence d'un certain type de transport (moins polluant) pour la livraison.

→ Dans tous les cas, ces clauses doivent être formulées de telle sorte qu'elles aient un lien avec la performance ou l'exécution du marché, et qu'elles ne soient pas discriminatoires.



II – Le critère de proximité




-
- L'interdiction d'introduire un critère de préférence locale
 - La possibilité encadrée d'introduire un critère de préférence locale

L'interdiction d'introduire un critère de préférence locale

→ Impossibilité pour le pouvoir adjudicateur d'insérer dans les documents de la consultation un critère d'ordre géographique parmi les critères de jugement des offres.

→ Insertion d'un critère de préférence locale illégale car discriminatoire.



Le contenu du droit communautaire et national de la commande publique en matière environnementale

La possibilité encadrée d'introduire un critère de préférence locale

C'est ce que confirme un arrêt de principe *Commune de Ventenac-en-Minervois* du Conseil d'Etat. En l'espèce, il ne ressortait pas des pièces du dossier que

"l'implantation locale de l'entreprise chargée d'effectuer les travaux ait été une des conditions de bonne exécution du marché, que les motifs tirés de la nécessité de favoriser l'emploi local et d'équilibrer les finances locales par l'acquittement de la taxe professionnelle sont sans rapport avec la réglementation des marchés; que par la suite, la décision de la Commission d'appel d'offres est entachée d'erreur de droit"[\[1\]](#).

[\[1\]](#) CE, 29 juillet 1994, Cne de Ventenac-en-Minervois , req. n° 131562.

La possibilité encadrée d'introduire un critère de préférence locale

- **Sous réserve que la proximité du lieu d'exécution du marché constitue une condition de la bonne réalisation des prestations ou serait justifiée par l'objet du marché**, la localisation géographique des entreprises pourrait être prise en considération.
- Il s'agit d'une **condition d'espèce qui sera appréciée au cas par cas** par le juge administratif en fonction du marché en cause.
- Dans la pratique, la régularité de ces considérations est largement affaire de présentation par la collectivité publique (d'où incertitudes).



III – Les autres pistes de réflexion

III – Autres pistes

- La structuration du marché
- Le coût du cycle de vie

Structuration du marché lots et variantes

- La passation des marchés doit se faire, en règle générale, en **lots séparés** : le recours à un marché global n'est justifié que dans les cas particuliers.
- Ce principe d'allotir permettrait de favoriser indirectement les producteurs locaux. Il doit être appliqué en cohérence avec la prise en compte d'objectifs de développement durable.
- L'autorité adjudicatrice doit procéder à une analyse globale et cohérente des différents lots du marché.

Déterminer un critère alternatif à celui de la proximité : « le coût de cycle de vie »

- Il s'agit d'une des pistes les plus intéressantes pour faire pénétrer de manière indirecte la notion de proximité dans l'achat public de produits biologiques.
- L'estimation du coût du cycle de vie est la prise en compte de tous les coûts entraînés pendant la production, la consommation/ utilisation et l'élimination.
- La décision d'achat est considérée comme une décision d'investissement, s'étalant dans le temps et se justifiant par une étude de ses impacts économiques, sociaux et environnementaux.
- L'objectif est de rechercher les possibilités de prise en considération des coûts engendrés par un produit durant l'ensemble de son cycle de vie.



De quoi parle-t-on ?

La Commission européenne a tout d'abord présenté en 2001 une stratégie de renforcement et de recentrage des politiques environnementales relatives aux produits en vue de promouvoir le développement d'un marché propice à la commercialisation de produits plus écologiques. Cette stratégie, intitulée « *La politique intégrée des produits* », a fait l'objet d'un Livret vert en date du 7 février 2001 et est axée sur cette notion de cycle de vie :

« La politique intégrée de produits est une approche visant à réduire l'impact environnemental du cycle de vie des produits, qui commence par l'extraction des matières premières, se poursuit par la production, la distribution et l'utilisation des produits pour se terminer avec la gestion des déchets qu'ils engendrent. Elle s'articule autour de l'idée maîtresse selon laquelle l'intégration de l'impact environnemental d'un produit à tous les stades de son cycle de vie revêt une importance fondamentale que devraient refléter les décisions prises par les différentes parties concernées »

Livre vert sur la politique intégrée des produits, Commission, 7 février 2001, COM(2001) 68 final, non publié au Journal officiel ; disponible sur le site www.europa.eu.



De quoi parle-t-on ? (2)

Dans le cadre de cette stratégie de politique intégrée des produits, la Commission a pris une communication en 2003 portant sur le développement d'une réflexion environnementale axée sur le cycle de vie. Communication de la Commission au Conseil et au Parlement européen, du 18 juin 2003, « *Politique intégrée des produits. Développement d'une réflexion environnementale axée sur le cycle de vie* », [COM(2003) 302 final – Non publiée au Journal officiel] ; disponible sur le site www.europa.eu.

Cette communication insiste notamment sur le fait que la réflexion axée sur le cycle de vie doit aussi viser « *à empêcher que l'on ne traite un stade donné du cycle de vie d'une façon telle que la charge environnementale soit simplement dépassée* ». Ainsi, la Commission souligne que si un produit peut être conçu de manière parfaite écologiquement parlant, son utilisation et son élimination « *inadéquates* » auront pour conséquence de provoquer des nuisances environnementales non négligeables. A cet égard, la communication souligne que la politique intégrée des produits doit « *aussi tenir compte du fait qu'un produit est susceptible d'être assemblé, commercialisé et utilisé à des milliers de kilomètres de distance, dans des sociétés dont le système de valeurs est très différent* »



De quoi parle-t-on ? (3)

La Commission a lancé une seconde stratégie en 2005, sur l'utilisation durable des ressources naturelles, et qui crée un cadre d'action visant à diminuer les pressions sur l'environnement qui résultent de la production et de la consommation des ressources naturelles sans pénaliser le développement économique. Elle est également axée sur le cycle de vie des produits. *« La stratégie sur les ressources préconise la réflexion axée sur le cycle de vie pour minimiser les incidences écologiques de l'utilisation des ressources. Les déchets sont la dernière étape dans le cycle de vie des ressources. Afin de ramener à un minimum les incidences écologiques des ressources à ce stade, les politiques des déchets doivent examiner quels sont les choix en matière de gestion des déchets qui entraînent le moins d'incidences sur l'environnement compte tenu de la totalité du cycle de vie d'une ressource »* (cf. p. 7 de la communication du 21 décembre 2005 précitée).



De quoi parle-t-on ? (4)

○ La notion « consiste à examiner les incidences sur l'environnement à chaque étape du cycle de vie d'une ressource – au cours de l'extraction/la récolte, le transport, la transformation/raffinage, durant la phase d'utilisation des produits fabriqués à partir de cette ressource, et au moment où le produit ou la ressource devient un déchet au terme de sa durée de vie utile ». Définition proposée dans le document intitulé « Questions et réponses sur la stratégie thématique pour l'utilisation durable des ressources naturelles (MEMO/05/497) », p. 2.

○ Au vu de ces différentes définitions, il ressort que la notion de coût du cycle de vie du produit ne repose pas que sur un élément économique contrairement au coût global d'utilisation. Cette notion ne traite pas uniquement de la rentabilité économique du produit sur le long terme mais, à notre sens, va plus loin et **comprend les coûts environnementaux** du produit **en amont et en aval** de son utilisation.



De quoi parle-t-on ? (5)

○ Reste que la mise en place d'un tel critère d'attribution s'avérera difficile dans la pratique. Cela nécessite de réaliser des études environnementales sur le produit, notamment des analyses en cycle de vie. A cet égard, il existe déjà aujourd'hui des certifications ISO 14040 et 14044 portant sur l'AVC (Analyse du Cycle de Vie). Il conviendrait de rechercher si ces normes peuvent s'appliquer également dans le domaine de denrées alimentaires.

○ L'acheteur public devra donc être en mesure de justifier que tel soumissionnaire a eu une meilleure note du fait du mode de transport proposé parce que ce mode de transport était plus respectueux de l'environnement, ce qui peut poser nécessairement quelques difficultés. **On soulignera ici que la Cour de justice des communautés européennes censure un critère d'attribution pour lequel le pouvoir adjudicateur n'est pas en mesure de contrôler effectivement l'exactitude des informations contenues dans les offres. Cf. arrêt « EVN AG, Wienstrom GmbH » du 4 décembre 2003**

○ Il conviendra donc au préalable pour les acheteurs de dégager une méthode fiable et non-discriminatoire de calcul du coût du cycle de vie. Il sera intéressant de se reporter aux conclusions de l'atelier de réflexion relatif à « *l'impact économique de l'achat public durable* » actuellement mené sous l'égide l'OEAP (Observatoire économique de l'achat public) et dont l'objet est notamment de trouver une « *méthode de calcul du coût complet global* » d'un produit ou d'un service, le but étant d'utiliser cet outil pour élaborer de meilleurs cahiers des charges, voir même d'en faire « un critère de sélection des offres ».



LABELS

Définir les spécifications techniques des produits et les conditions d'exécution en intégrant l'objectif de « *développement durable* » :
attention à l'utilisation des labels

Malgré l'ouverture explicite d'une possibilité de référence aux éco-labels, le juge administratif a récemment annulé un marché à procédure adaptée dans lequel l'acheteur exigeait des composteurs « *exclusivement labellisés NF environnement* »


TA Nice, ord. 18 avril 2006, Sté FM développement, req. n° 0601628 : « *si la personne responsable du marché est libre, lorsqu'elle décide de recourir à la procédure dite adaptée, de déterminer, sous le contrôle du juge administratif, les modalités de publicité et de mise en concurrence appropriée aux caractéristiques de ce marché, et notamment à son objet, à son montant, au degré de concurrence entre les entreprises concernées et aux conditions dans lesquelles il est passé, ce choix, toutefois, doit lui permettre de respecter les principes généraux précités qui s'imposent à elle ;*



Définir les spécifications techniques des produits et les conditions d'exécution en intégrant l'objectif de « *développement durable* »

Le pouvoir adjudicateur, afin de favoriser les candidatures des producteurs locaux recourant à l'agriculture biologique pourrait notamment demander au titre des spécifications techniques :

- Que les produits fournis soient issus de l'agriculture biologique (label AB ou tout autre signe équivalent) ;
- Que les produits fournis soient de telle qualité (par exemple entiers, sains, d'aspect frais, propres, dépourvus d'odeur, saveur ou humidité anormale, suffisamment développés, etc.) ;



Définir les spécifications techniques des produits et les conditions d'exécution en intégrant l'objectif de « *développement durable* »

Le pouvoir adjudicateur pourrait notamment demander au titre des spécifications techniques :

-- que les emballages utilisés pour conditionner et/ou transporter les produits soient recyclables, qu'ils répondent aux normes applicables

-- que les produits fournis présentent des caractéristiques équivalentes à celle des produits locaux. A cet égard, il pourra notamment être fait référence à des labels qualité toujours avec la mention « *ou équivalent* »

-- que les produits fournis soient uniquement des produits de saison. C'est notamment ce que suggère le Guide « *Acheter Vert !* » publié par la Commission européenne en 2005.



Quelques exemples de conditions d'exécution du marché qui pourraient être décrites explicitement dans les DCE d'un marché de fournitures de produits biologiques

- faire livrer le produit en quantité appropriée et en vrac afin de limiter l'incidence du transport par article; une autre solution pourrait être d'indiquer le nombre maximal de livraisons par semaine ou par mois suivant le type de produit commandé ;
- exiger que les produits soient livrés en dehors des heures de pointe afin de minimiser l'impact des livraisons sur la congestion du trafic ;
- exiger du fournisseur qu'il reprenne (et recycle ou réutilise) tous les emballages des produits (ce qui présente le double avantage de centraliser les emballages avant de les réutiliser ou de les recycler et d'encourager le fournisseur à réduire les emballages superflus) ;
- spécifier un mode de transport respectueux de l'environnement;
- exiger un délai de livraison / d'exécution de la prestation court du fait d'un souhait de fraîcheur des produits alimentaires ;
- exiger des produits de saison.



Sur le moyen de transport ?

Le Guide « Acheter Vert ! » cite l'exemple d'un marché de travaux :

« Dans le cadre d'un marché de travaux important, on peut envisager d'imposer que les produits soient acheminés vers une gare ferroviaire ou fluviale particulière. Le simple fait qu'un soumissionnaire ait un meilleur accès à un réseau ferroviaire ou fluvial qu'un autre **ne rend pas nécessairement cette condition d'exécution du marché discriminatoire**. Cela serait par contre le cas si un seul soumissionnaire était à même d'utiliser ce réseau ferroviaire ou fluvial. Cette condition revêtirait alors un caractère discriminatoire et constituerait un critère d'exclusion déguisé dans la mesure où elle exclurait automatiquement de la participation au marché tous les soumissionnaires n'ayant pas accès au mode de transport spécifié. **Il en serait de même pour une condition d'exécution du marché qui pénaliserait les soumissionnaires au sel motif de la distance qu'ils doivent parcourir pour livrer les produits** » (p. 39).



Variantes ?

La technique de la variante permet de laisser à l'initiative des entreprises la définition d'autres modalités techniques de satisfaction du besoin de l'acheteur public et, ainsi, l'opportunité de proposer des solutions favorisant le développement durable.

La limite à la proposition des variantes tient à l'obligation de respecter le besoin de l'acheteur public, ainsi que les prescriptions minimales intangibles définies comme telles par l'acheteur public.

Par exemple, un marché prévoyant la fourniture de denrées alimentaires sous conditionnement individuel pourrait faire l'objet d'une variante proposant un conditionnement contenant plus de quantités de produits et nécessitant ainsi moins d'emballage.



Exemples de variantes

Article « *descriptif techniques et variantes* » :

« Les externalités environnementales dues au transport de denrées seront appréciées sur la base d'un document technique décrivant, pour chaque produit final proposé, les lieux de production, de transformation et de livraison ainsi que le mode de transport utilisé entre chacune de ces étapes de la vie du produit ».

Ce critère « *externalités environnementales* » était pondéré à hauteur de 20 %



Qualité du produit

Critères classiques permettant de favoriser la proximité et le développement durable

Qualité du produit

L'un des critères d'attribution les plus importants sera évidemment lié à la qualité du produit fourni. Il appartient au candidat de proposer la meilleure offre possible afin de se voir attribuer le marché.

La qualité du produit pouvant notamment résulter de son lieu de production, la considération « *géographique* » pourra éventuellement être valorisée au titre de ce critère d'attribution.

L'acheteur public pourra décomposer ce critère « *qualité* » en sous-critères au nombre desquels figurerait par exemple la fraîcheur du produit, son aspect, son goût, ses qualités nutritionnelles, etc.



Sous critères

Tous ces sous-critères semblent indirectement mais nécessairement impliquer un délai de livraison relativement rapide dès lors qu'un produit frais et dont les qualités nutritionnelles ne sont pas diminuées doit être sur la table du consommateur dans les meilleurs délais

Ainsi, un produit répondant à ces exigences qualitatives nutritionnelles et gustatives proviendra, le plus souvent, de producteurs locaux

Ces sous-critères devront impérativement faire l'objet d'une publicité au même titre que les critères visés par l'article 53-I du code des marchés publics. En effet, même s'il ressort de certaines jurisprudences que les sous-critères n'ont pas à faire l'objet de la publicité imposée pour les critères de l'article 53-I du code des marchés publics (v. par exemple : TA Montpellier, 28 septembre 2006, « *Société Philip Frères* », req. n° 0605115) ; il nous semble cependant que dans un souci de respect des grands principes de la commande publique au nombre duquel figure la transparence, il est préférable pour l'acheteur de procéder également à la publicité des sous-critères utilisés pour la notation, ce qui permettra d'éviter d'éventuels contentieux (cf. à ce propos Q. n° 21229 : Rép. JO Sénat 8 mars 2007, p. 534).



Observations complémentaires



Recherche d'équilibre à travers la pondération des critères

En marché à procédure adaptée, si le pouvoir adjudicateur a retenu d'autres critères que celui du prix, une information appropriée sur ces critères et leur mise en œuvre doit être apportée au candidat.

Pour assurer le respect des principes de liberté d'accès à la commande publique, d'égalité de traitement des candidats et de transparence des procédures, il appartient au pouvoir adjudicateur d'indiquer les critères d'attribution du marché et les conditions de leur mise en œuvre selon les modalités appropriées à l'objet, aux caractéristiques et au montant du marché concerné (CE, 30 janv. 2009, n° 290236, ANPE).

Dès l'engagement de la procédure d'un marché à procédure adaptée, le pouvoir adjudicateur doit choisir entre la présentation des critères de choix des offres de façon hiérarchisés ou pondérés (art. 53 II), sans pouvoir se contenter d'énoncer les critères sans indiquer leur ordre d'importance.

(Rép. min. n° 07295 : JO Sénat Q, 7 mai 2009, p. 1143)



Recherche d'équilibre à travers la pondération des critères

- Ainsi, en procédure formalisée, la simple hiérarchisation des critères n'est licite qu'en cas d'impossibilité dûment justifiée d'appliquer une pondération des critères, cette impossibilité pouvant tenir notamment à la complexité du marché.
- Cette règle est appliquée strictement par le juge administratif.
- Par exemple, à propos d'un marché d'achats de billets d'avions, la Cour administrative d'appel de Bordeaux a jugé que l'absence d'indication de la pondération dans le dossier de consultation des entreprises, des sous-critères afférents à la valeur technique de l'offre caractérisait une violation des règles de publicité et de mise en concurrence (CAA Bordeaux, 12 oct. 2007, *Région Réunion c/ Préfet de la Réunion*)



Recherche d'équilibre à travers la pondération des critères

- Ont été jugés notamment insuffisants pour justifier l'absence de pondération:
 - des considérations tenant à la nature du marché,
 - le fait que les critères de sélection des offres soient limités aux seuls prix et valeur technique,
 - la circonstance que le règlement de la consultation imposait aux candidats de présenter un mémoire explicitant les procédés et méthodologies des travaux.

V. par ex. CE 29 juin 2005, *Cne de la Seyne-sur-Mer*; TA Caen, ord., 6 oct. 2005, *Sté Degaine*.



Synthèse de la réglementation

Ainsi, les critères environnementaux doivent

- (i) être liés à l'objet du marché
- (ii) ne pas conférer une liberté inconditionnée de choix au pouvoir adjudicateur
- (iii) être expressément mentionnés dans le cahier des charges ou dans l'avis de marché
- (iv) respecter les principes fondamentaux du droit communautaire, notamment le principe de non-discrimination^[1].

Ces conditions ont été confirmées dans l'arrêt *ENV et Wienstrom*^[2].

^[1] CJCE, arrêt du 13 décembre 2001, *Concordia Bus Finland*, aff. C-513/99, Rec. I., p. 7213.

^[2] CJCE, arrêt du 4 décembre 2003, *EVN AG et Wienstrom GmbH*, aff. C-448/01, Rec. I., p. 14527.



Yves-René Guillou
Avocats

« MERCI DE VOTRE ATTENTION »