



Structures publiques : comment acheter responsable en s'appuyant sur la commande publique ?

Par Kévin Holterbach, Avocat au Barreau de Lille



I. Qu'entend-on par « achat responsable » ?

Qu'entend-on par « achat responsable » ?

- L'achat public responsable est une notion relativement nouvelle et juridiquement peu définie.
- On la trouve, par exemple, dans la loi n° 2014-856 du 31 juillet 2014 relative à l'économie sociale et solidaire, instaurant l'obligation, pour certains pouvoirs adjudicateurs, d'adopter et de publier un « schéma de promotion des **achats publics socialement responsables** », modifié par la Loi du 17 août 2015, afin d'élargir le schéma : « schéma de promotion des achats publics socialement **et écologiquement responsables** »
- Ce schéma doit également contribuer à la promotion d'une économie circulaire.

Qu'entend-on par « achat responsable » ?

- L'économie circulaire est un des moyens d'atteindre **l'objectif de développement durable** (cf. art. L. 110-1 du Code de l'environnement)
- La notion d'achat public responsable est également mentionnée par le **Plan National d'Action pour les Achats Publics Durables** (PNAAPD), sans être toutefois clairement définie.
- Ce plan définit, par contre, la notion d'achat public durable :
 - Intègre des dispositions en faveur de la protection et mise en valeur de l'environnement / progrès social / développement économique;
 - Prend en compte l'ensemble des parties prenantes concernées par l'acte d'achat;
 - Incite à la sobriété en termes d'énergie et de ressources;
 - Intègre toutes les étapes du marché / vie du produit ou de la prestation

Qu'entend-on par « achat responsable » ?

- Donc, si l'on met côte-à-côte les 2 définitions :

Achat public durable	Achat public responsable
Protection et mise en valeur de l'environnement	
Progrès social	
Développement économique	



- **II. Quels sont les outils juridiques permettant un achat responsable?**

Les outils juridiques

1.1.- La définition du besoin

- **Comment définir son besoin ?**

*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** (art. L. 2111-1 du Code de la commande publique pour les marchés publics ; art. L. 3111-1 du même Code pour les concessions).*

Cette formulation n'a pas changé depuis...le Code des marchés publics de 2006!

Les outils juridiques

- **Comment définir son besoin efficacement?**

- ▶ **Le Sourçage** : pour bien définir son besoin, et cibler les solutions responsables, il faut les connaître!

- ▶ **Le bon entourage** : pour bien définir, le plus exactement possible, son besoin, il faut s'entourer de personnes compétentes techniquement (AMO, et/ou Moe)

Les outils juridiques

Les spécifications techniques

Exemples

Normes:

ISO 14001: système de management de l'environnement

ISO 9001: système de management de la qualité

Performances ou exigences fonctionnelles:

Taux de biodégradabilité (X% en X jours)

Taux de matériaux recyclés (> X%)

Performances énergétiques et environnementales du véhicule

Rappel:

Spécifications techniques = propre au besoin = liées à l'objet du
marché public = objectives = neutres

Limites

Pas de référence à:

- ❖ Un mode de fabrication
- ❖ Un procédé de fabrication
- ❖ Une provenance
- ❖ Une origine
- ❖ Une marque
- ❖ Un brevet

Les outils juridiques

1.2.- Le choix de la procédure de passation

- **Ne pas hésiter à recourir à toutes les opportunités de gré à gré!**
 - a. Les achats < 40k € ;
 - b. Les achats innovants < 100k € ;
 - c. Le droit d'exclusivité ;

- **Ni aux « souplesses » offertes par le CCP**
 - d. Les marchés réservés ;
 - e. Les marchés publics de services sociaux et services spécifiques

Les outils juridiques

a.- Les achats inférieurs à 40.000€ HT

L'acheteur peut passer un marché sans publicité ni mise en concurrence préalables pour répondre à un besoin dont la valeur estimée est inférieure à 40 000 euros hors taxes (...). L'acheteur veille à choisir une offre pertinente, à faire une bonne utilisation des deniers publics et à ne pas contracter systématiquement avec un même opérateur économique lorsqu'il existe une pluralité d'offres susceptibles de répondre au besoin (art. R. 2122-8 du Code de la commande publique).

Les outils juridiques

b.- Les achats innovants < 100.000€ HT

Achat en gré à gré autorisé à titre d'expérimentation, par le décret n° 2018-1225 du 24 décembre 2018.

- **L'achat doit être innovant** (acceptation large toutefois ≠ partenariat d'innovation)

→ Sont innovants les « *travaux, fournitures ou services **nouveaux ou sensiblement améliorés*** ».

→ Ainsi, « *le caractère innovant peut consister dans la mise en œuvre de nouveaux procédés de production ou de construction, d'une nouvelle méthode de commercialisation ou d'une nouvelle méthode organisationnelle dans les pratiques, l'organisation du lieu de travail ou les relations extérieures de l'entreprise* ».

- L'achat doit être d'un **montant inférieur à 100.000€ HT**



Expérimentation possible jusqu'au 25 décembre 2021

Les outils juridiques

c.- Les droits d'exclusivité

« L'acheteur peut passer un marché sans publicité ni mise en concurrence préalables lorsque les travaux, fournitures ou services ne peuvent être fournis que par un opérateur économique déterminé, pour l'une des raisons suivantes : (...)

*3° **L'existence de droits d'exclusivité**, notamment de droits de propriété intellectuelle » (Art. R. 2122-3 du Code de la commande publique).*



Seulement s'il n'existe aucune solution de remplacement raisonnable et que l'absence de concurrence ne résulte pas d'une restriction artificielle des caractéristiques du marché.

Les outils juridiques

d.- Les marchés réservés

- Il est possible de réserver des marchés ou des lots, d'une part, à des structures employant plus de 50 % de **travailleurs handicapés** (entreprises adaptées, ESAT).
- Il est également possible de réserver des marchés ou des lots à des SIAE ou structures équivalentes employant plus de 50 % de **travailleurs défavorisés**
 - des entreprises d'insertion;
 - des entreprises de travail temporaire d'insertion;
 - des associations intermédiaires;
 - des ateliers et chantiers d'insertions

Les outils juridiques

d.- Les marchés réservés

- Il est, enfin, possible de réserver des marchés ou des lots aux entreprises de l'ESS.
- Toutefois, beaucoup de contraintes... :
 - Uniquement des marchés de services sociaux et services spécifiques ;
 - Le marché ne peut pas dépasser une durée de 3 ans ;
 - Une entreprise qui, dans les 3 années qui précèdent la mise en concurrence, a été titulaire d'un marché réservé par un acheteur public ne peut pas bénéficier à nouveau d'un marché réservé du même acheteur public;

Les outils juridiques

e.- Les marchés publics de services sociaux et services spécifiques = MAPA quel que soit le montant

Quelque soit leur montant, l'acheteur peut toujours recourir à une procédure adaptée lorsque le marché a pour objet des services sociaux et autres services spécifiques.

Par exemple : Services de réinsertion ; de recherche d'emploi ; de conseil en matière d'égalité des chances

Les outils juridiques

1.3.- Le choix des critères de sélection des offres

Art. R 2152-7 du Code : *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 ;

Les outils juridiques

Les autres critères envisageables :

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 outils juridiques

Le coût du cycle de vie couvre toutes les étapes de la « 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 [c'est-à-dire supportés par l'ensemble de la société] 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.

Les outils juridiques

1.4.- Les clauses du contrat : conditions d'exécution

Art. L. 2112-2 du Code : « *Les clauses du marché précisent les conditions d'exécution des prestations, qui doivent être liées à son objet.*

Les conditions d'exécution peuvent prendre en compte des considérations relatives à l'économie, à l'innovation, à l'environnement, au domaine social, à l'emploi ou à la lutte contre les discriminations ».

Par exemple : les clauses d'insertion (clause définissant un certain nombre d'heure de travail à faire réaliser par des publics éloignés de l'emploi, des travailleurs défavorisés, ou handicapés).

Cela nécessite une **excellente connaissance du marché** pour définir des clauses pertinentes!

Les outils juridiques

→ Pour des clauses environnementales « clé en main » :
<https://laclauseverte.fr/>



Vous êtes acheteur et souhaitez intégrer des clauses environnementales dans vos consultations ?

Faites votre recherche et devenez acteur de l'éco-transition :

[Voir la liste des clauses](#) →

Les outils juridiques

Loi n° 2020-105 du 10 février 2020 relative à la lutte contre le gaspillage et à l'économie circulaire : de nouvelles obligations pour les acheteurs publics à compter du 1^{er} juillet 2021.

- D'une part, tous les maîtres d'ouvrages (en ce compris donc, les maîtres d'ouvrages publics) de travaux de démolition ou de réhabilitation significative de bâtiments devront « *réaliser un diagnostic relatif à la gestion des produits, matériaux et déchets issus de ces travaux* », afin de permettre leur réemploi et réutilisation.
- De plus, à compter du 1^{er} janvier 2021, l'Etat, les collectivités territoriales et leurs groupements devront :
 - **réduire**, dans les achats publics, **la consommation de plastiques à usage unique**, et la production de déchets
 - **privilégier les biens issus du réemploi ou intégrant des matières recyclées** en prévoyant des clauses et des critères utiles dans les cahiers des charges.
 - s'assurer que leurs achats annuels sont issus du réemploi ou de la réutilisation ou intègrent des matières recyclées dans des proportions de 20 % à 100 % selon le type de produit.

- Des questions?
- N'hésitez pas à **me contacter** :
 - k.holterbach@gmail.com
 - Tel. : 06.66.81.49.96