



FNAB

Fédération Nationale d'Agriculture Biologique des régions de France

Personne en charge du dossier :

Eric Grunewald

Chargé de mission filières

01 43 38 38 69

LE CRITERE DE PROXIMITE DANS LES ACHATS PUBLICS DE PRODUITS BIOLOGIQUES

Rapport final de l'étude

Me Yves-René Guillou/Xavier Loiré/Nacéra Berthelot/Eric Grunewald

Avril 2008

Contrat ADEME n° :07 77 C 0009

Durée : notification au 7 septembre 2007 pour une durée de 8 mois

Responsable technique ADEME : Mme Dominique Veillet

Résumé

L'objectif de cette étude est de déterminer dans quelles conditions l'acheteur public pourrait prendre en compte la proximité des soumissionnaires comme moyen d'atteindre l'objectif de développement durable, dès lors que rapprocher les lieux de production des lieux de consommation permettrait d'améliorer les performances environnementales des marchés publics de fourniture de produits biologiques.

A cet égard, il ressort de l'étude que l'insertion d'un critère de proximité en tant que critère d'attribution est illicite au regard des règles de la commande publique dès lors qu'un tel critère s'avère discriminatoire, sauf à ce que ce critère soit justifié par les conditions de bonne exécution du marché (I -).

En revanche, il est possible de favoriser les producteurs biologiques locaux par d'autres moyens, tout au long de la procédure de passation du marché public.

En effet, depuis le code des marchés publics 2001, l'acheteur public dispose d'une palette d'outils, qui s'est encore enrichie en 2006, lui permettant de mettre en œuvre les objectifs de développement durable¹.

Ces divers instruments ont chacun leur caractéristique propre mais peuvent se combiner entre eux et permettre, de manière différente, d'atteindre l'objectif de développement durable.

Nous nous proposons de reprendre les différentes pistes avancées au travers des différentes étapes de la procédure de passation d'un marché public de denrées alimentaires.

Ainsi, il serait possible de favoriser légalement la proximité des lieux de production, en amont de la procédure de passation, à travers la définition du cadre du marché (II -), et dans le cadre de la passation, à travers les critères d'attribution (III -).

¹ Et cette palette risque encore de s'enrichir ou du moins d'être renforcée puisqu'à l'issue du Grenelle de l'environnement, le Président de la République s'est engagé à ce que « *Dès 2008, le code des marchés publics sera réformé pour que les clauses environnementales ne soient plus une faculté mais une obligation* » (cf. Discours du 25 octobre 2007 de M. Le Président de la République à l'occasion de la restitution des conclusions du Grenelle de l'environnement, p. 7, disponibles sur le site www.legrenelle-environnement.fr).

English Summary

The object of this study is to determine the conditions and the criteria that the public tender could use to take in account proximity in their purchase.

This proximity criterion is taken as a way to reach sustainable development by bringing closer places of production and places of consumption.

If it is still illegal to mention some local or geographic advantage for a supplier, however it is allowed to favour local producers and local firms all along the procedure of the public procurement.

Mots clés de l'étude

Agriculture biologique - Achats publics – Critères – Développement durable – Restauration collective - Proximité - Local

SOMMAIRE

<i>I – L’EXCLUSION DE PRINCIPE DE LA CONSIDERATION TENANT A LA PROXIMITE DU LIEU DE PRODUCTION</i>	5
I – 1. Illicéité de la « proximité » comme critère de choix des offres ou condition d’exécution du marché	5
I – 2. Les conditions strictes de la licéité de la « proximité »	6
I – 3. Les perspectives posées par le Grenelle de l’environnement	7
<i>II – LA POSSIBILITE D’ENCOURAGER LA PROXIMITE A TRAVERS LA FORME DU MARCHE ET LA DEFINITION DES BESOINS</i>	9
II – 1. Le choix de la forme du marché : la pratique de l’allotissement	9
II – 2. Cibler les soumissionnaires potentiels via une publicité adaptée	10
II – 3. Définir les spécifications techniques des produits et les conditions d’exécution en intégrant l’objectif de « développement durable »	11
II-3-1. LES SPECIFICATIONS TECHNIQUES	11
II-3-2. LES CONDITIONS D’EXECUTION ENVIRONNEMENTALES POUVANT ETRE MISES EN PLACE	13
II – 4. Le recours aux variantes et options	15
<i>III – LA POSSIBILITE D’ENCOURAGER LES PRODUCTEURS LOCAUX VIA L’UTILISATION DU DROIT DE PREFERENCE ET LES CRITERES D’ATTRIBUTION</i>	16
III – 1. Cas dérogatoire : système de préférence à égalité de prix ou équivalence d’offres	17
III–2. Les critères de choix des offres concourant à la prise en compte de la considération tenant à la proximité des lieux de production	18
III-2-1. CRITERES CLASSIQUES PERMETTANT DE FAVORISER LA PROXIMITE ET LE DEVELOPPEMENT DURABLE	19
III-2-2. CRITERE ADDITIONNEL : LE COUT DU CYCLE DE VIE	24
III-2-3. PONDERATION DES CRITERES	28
<i>COMMUNICATION ET SUITES DE L’ETUDE</i>	32

I – L’exclusion de principe de la considération tenant à la proximité du lieu de production

Comme nous l’avons souligné dans le rapport d’étape n° 1, l’introduction d’une considération tenant à la proximité des lieux de production parmi les critères de choix des offres et les conditions d’exécution du marché pourrait apparaître discriminatoire et, de ce fait, présenter un risque sérieux d’annulation de la procédure de passation en cas de contentieux (I-1.). Cette considération pourrait, cependant, être admise sous certaines conditions qui ne nous semblent pas remplies, *a priori*, dans le cadre d’un marché de fournitures de denrées alimentaires biologiques (I-2.).

I – 1. Illicéité de la « proximité » comme critère de choix des offres ou condition d’exécution du marché

Les principes de liberté d’accès à la commande publique et d’égalité de traitement des candidats posés à l’article 1-II du code des marchés publics interdisent que soient pris en compte des critères liés à l’implantation géographique des prestataires candidats^{2 3}.

L’acheteur public ne pourra donc pas exiger des entreprises candidates, au titre des critères de choix des offres, que celles-ci :

- aient leur siège social dans le département d’exécution du marché⁴ ;
- aient leur représentation locale dans le département d’exécution du marché⁵ ;
- s’engagent à associer, pour leur mission au titre du marché, un cabinet en activité sur le territoire de la commune acheteuse⁶,
- soient immatriculées au registre du commerce du département d’exécution du marché⁷ ;

² Article 1-II du code des marchés publics 2006 : « *Les marchés publics et les accords-cadres soumis au présent code respectent les principes de liberté d’accès à la commande publique, d’égalité de traitement des candidats et de transparence des procédures. Ces principes permettent d’assurer l’efficacité de la commande publique et la bonne utilisation des deniers publics. Ces obligations sont mises en œuvre conformément aux règles fixées par le présent code* ».

³ CE, 29 juillet 1994, *Cne de Ventenac-en-Minervois*, req. n° 131562 : arrêt de principe.

⁴ TA Montpellier, 5 mars 1986, *Préfet commissaire de la République des Pyrénées-Orientales*, Rec. CE, p. 608 : La circonstance que les entreprises locales auraient un besoin vital d’enlever les marchés de travaux publics financés par le département ne saurait justifier la mise à l’écart par la commission dans une procédure d’appel d’offres restreint des seules entreprises qui n’ont ni siège social, ni représentation locale dans le département. Un tel motif, étranger aux objectifs du législateur contenus dans les dispositions de l’article 297 bis du code des marchés publics, entache la décision de la commission d’une erreur de droit.

⁵ Arrêt « *Préfet commissaire de la République des Pyrénées-Orientales* » du 5 mars 1986 précité.

⁶ CAA Douai, 10 décembre 2002, *Ville du Havre*, req. n° 99DA20215 : « *Considérant qu’en incluant un tel critère, la collectivité a introduit une discrimination sans rapport avec l’objet du contrat et porté atteinte à l’égalité de traitement entre les candidats* » ; il s’agissait en l’espèce d’un marché de services en vue de la réalisation d’un audit financier.

⁷ TA Bordeaux, 3 juillet 1986, *Ville de Libourne*, req. n° 82686 : « *Considérant qu’il ressort de ces dispositions que la commission d’appel d’offres peut ajouter des critères de sélection des candidats à un marché public, autres que ceux prévus au code des marchés publics ; que toutefois, l’exigence d’une implantation géographique ne saurait être admise* ».

L'acheteur public ne pourra pas davantage exiger que l'implantation locale soit une condition nécessaire permettant de favoriser l'emploi local et d'équilibrer les finances locales⁸.

Il en résulte que, en principe, la proximité du lieu de production ne peut, ni constituer un critère d'attribution, ni être imposé au titre des conditions d'exécution du marché.

I – 2. Les conditions strictes de la licéité de la « proximité »

L'implantation géographique des entreprises candidates pourra cependant être prise en compte **uniquement** si le pouvoir adjudicateur est apte à démontrer que l'implantation locale de l'entreprise est une des conditions nécessaires à la bonne exécution du marché considéré⁹
¹⁰.

Ainsi, le juge administratif a reconnu ce critère d'implantation locale comme justifié dans le cadre :

- d'un marché public d'entretien d'espace verts d'un OPAC, la nécessité pour l'entreprise attributaire de posséder une antenne locale étant justifiée par l'objet du marché¹¹ ;

que si cette implantation apparaît comme une condition de la bonne exécution du marché proposé par la collectivité publique ; qu'en exigeant des candidats à l'appel d'offres ayant pour objet l'entretien du réseau géré par la Régie des Eaux de Libourne, l'immatriculation au registre du commerce dans le Département de la Gironde alors que cette formalité concerne essentiellement le siège social des sociétés et non les établissements participant directement au marché, la ville de Libourne a introduit une discrimination illégale ».

⁸ Arrêt « Cne de Ventenac-en-Minervois » du 29 juillet 1994 précité : « Il ne ressort pas des pièces du dossier que l'implantation locale de l'entreprise chargée d'exécuter 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 suite, la décision de la commission d'appel d'offres est entachée d'erreur de droit ».

⁹ Arrêt « Cne de Ventenac-en-Minervois » précité : « Il ne ressort pas des pièces du dossier que l'implantation locale de l'entreprise chargée d'exécuter les travaux ait été une des conditions de bonne exécution du marché (...) ».

¹⁰ CAA Paris, 9 octobre 2001, Département de Seine-et-Marne, req. n° 00PA02063 : « Considérant qu'il ressort des pages 6 et 7 du rapport d'analyse des offres remis aux membres de la commission d'appel d'offres appelée à désigner, pour le département de Seine-et-Marne, l'entreprise chargée des deux lots du marché de désamiantage et de démolition de l'ancien lycée Bezout à Nemors, lors de sa deuxième séance du 12 février 1999, que l'existence ou l'absence d'une implantation locale est expressément citée, (...) comme critère de choix des entreprises candidates, (...). Considérant (...) qu'il ne ressort pas des pièces du dossier, et qu'il n'est pas allégué, que l'implantation locale de l'entreprise chargée d'exécuter ces travaux ait été en l'espèce une des conditions de bonne exécution du marché ; que la décision de la commission d'appel d'offres est par suite entachée d'erreur de droit ».

¹¹ CE, 14 janvier 1998, Sté Martin-Fourquin, req. n° 168688 : « Considérant, il est vrai, que la société Martin-Fourquin soutient qu'elle présentait des garanties professionnelles supérieures à celles de l'entreprise choisie puisqu'elle possédait une antenne locale dans le département des Vosges alors que la société Brio s'était simplement engagée à créer une telle antenne dans le cas où le marché lui serait attribué ; Considérant toutefois que l'office public, qui n'aurait pu légalement faire de l'existence d'une implantation préalable dans le département une condition à l'obtention du marché, pouvait considérer sans commettre d'erreur manifeste d'appréciation que l'obligation, justifiée en l'espèce par l'objet du marché, de posséder une « antenne » locale pouvait être satisfaite au regard des critères qu'il avait établis, par l'engagement pris par l'entreprise candidate de créer une telle « antenne » si le marché lui était attribué ; que si l'implantation locale de l'entreprise Brio n'a été achevée que dans le courant du mois d'août 1994, cette circonstance postérieure à la décision attaquée, est sans influence sur la légalité du choix opéré par la commission d'appel d'offres ».

- ou encore d'un contrat de délégation de service public d'adduction et de distribution d'eau potable¹².

Il ressort de ces jurisprudences que le critère d'implantation locale pourra être reconnu comme licite notamment lorsque sera en jeu la sécurité d'approvisionnement.

Dans le domaine spécifique de la fourniture de denrées alimentaires biologiques, il est difficile, sur un plan strictement juridique, de déterminer quelles hypothèses seraient susceptibles de justifier l'insertion de la « proximité » au titre des critères d'attribution ou des conditions d'exécution.

Il pourrait, par exemple, être envisagé de considérer que le risque de rupture de stock concernant l'exécution d'un tel marché justifie, dans certaines conditions, le recours à un critère de proximité. Toutefois, un tel critère d'attribution lié à la nécessité d'éviter une rupture des stocks semble difficilement justifiable dans la mesure où l'acheteur public doit être en mesure de définir ses besoins.

A cet égard, une question parlementaire avait été posée au Ministre de l'agriculture sur le thème : comment les collectivités peuvent privilégier, dans leurs approvisionnements à destination de leurs services de restauration, les produits locaux issus de l'élevage traditionnel de races à viande, notamment lorsqu'ils se situent dans le bassin allaitant ?

Le ministre s'était expressément opposé à l'application d'un critère d'attribution géographique en raison de son caractère discriminatoire.

En revanche, il relevait l'existence d'autres critères que l'origine, susceptibles, sans être discriminatoires, d'être appliqués dans le cadre des achats publics de viande bovine, notamment le type racial, la catégorie ou les signes officiels de qualité¹³.

Nous reviendrons sur ce point s'agissant du recours aux spécifications techniques.

I – 3. Les perspectives posées par le Grenelle de l'environnement

Il faut noter que la question de la proximité reste aujourd'hui d'actualité. Soulevée dans le cadre du Grenelle de l'environnement, la question a été retenue dans le relevé de conclusions

¹² CAA Bordeaux, 18 décembre 2000, *Cne de Cilaos*, req. n° 99BX02002, 99BX02149 : « Considérant que dans la mesure où l'implantation locale de l'entreprise délégataire était une des conditions de bonne exécution du service public délégué, la commission a pu légalement proposer, à l'occasion du choix parmi les différentes offres déposées, d'écarter les entreprises qui n'auraient pas justifié d'une implantation ou d'une expérience locale, alors même que l'avis d'appel public à la concurrence du 19 juin 1997 n'avait pas prescrit de dispositions particulières tenant à la localisation des entreprises candidates ».

¹³ Rép. min. du 8 avril 2002, Q. n° 69374, JOAN du 8 avril 2002, p. 1879 : « *Les difficultés signalées dans le libre choix de l'origine des viandes bovines achetées par les collectivités publiques concédantes et les gestionnaires publics de restauration collective sont d'ordre juridique car une des règles fondamentales des Marchés publics est la liberté d'accès à la commande publique alors que l'introduction préférentielle de critères géographiques de choix risque de faire apparaître un traitement jugé discriminatoire. Il existe cependant d'autres critères que l'origine susceptibles d'être appliqués dans le cadre des achats publics de viande bovine, pour retenir le mieux-disant au regard de caractéristiques qui intéressent les consommateurs. Il s'agit notamment du type racial, de la catégorie ou des signes officiels de qualité. (...)* ».

de la table ronde finale 3 relative aux « Programmes « Agriculture écologique et productive et valorisation durable de la ressource forestière » ».

A cet égard, il ressort du relevé de conclusions qu'a été pris :

« [L'] engagement progressif d'atteindre 20 % de produits biologiques dans la restauration collective, en commençant par la restauration collective publique (...). Des objectifs identiques sont fixés s'agissant de l'intégration de produits de saison et de produits locaux de proximité »¹⁴.

Au vu de ces conclusions, il apparaît probable que les pouvoirs publics décident d'encourager l'intégration dans les marchés publics, sous certaines conditions, de considérations tenant à la proximité des lieux de production, à l'instar des dispositions prises en matière environnementale.

Au vu de ce qui précède, il apparaît que l'insertion d'une considération tenant à la proximité en tant que critère de choix des offres ou condition d'exécution nous semble particulièrement risquée en matière de fournitures de denrées alimentaires issues de l'agriculture biologique.

En effet, à moins que le pouvoir adjudicateur ne puisse démontrer clairement que l'implantation locale de l'entreprise chargée d'exécuter le marché constitue une des conditions, nécessaire en tant que telle à la bonne exécution de ce marché, l'emploi d'un tel critère serait illicite au regard notamment du principe de liberté d'accès à la commande publique et d'égalité de traitement des candidats.

Les acheteurs publics peuvent, en revanche, utiliser d'autres outils mis à leur disposition par le code des marchés publics pour encourager l'achat de produits biologiques locaux.

¹⁴ Relevé de conclusions disponible sur le site www.legrenelle-environnement.fr, rubrique « les programmes issus du Grenelle » (<http://www.legrenelle-environnement.fr/grenelle-environnement/spip.php>).

II – La possibilité d’encourager la proximité à travers la forme du marché et la définition des besoins

En amont du lancement de la procédure de passation, le pouvoir adjudicateur définit précisément son besoin qui le conduise à faire des choix qui pourront être déterminants pour encourager les candidatures des producteurs locaux. Ainsi, la « proximité » pourra être encouragée par le choix de la forme du marché (II-1.), le choix des modalités de publicité et de mise en concurrence (II-2.), et surtout, celui de la définition des conditions d’exécution du marché et des spécifications techniques des produits (II-3.).

II – 1. Le choix de la forme du marché : la pratique de l’allotissement

Aux termes de l’article 10 du code des marchés publics 2006,

« Afin de susciter la plus large concurrence, et sauf si l’objet du marché ne permet pas l’identification de prestations distinctes, le pouvoir adjudicateur passe le marché en lots séparés dans les conditions prévues par le III de l’article 27. A cette fin, il choisit librement le nombre de lots, en tenant notamment compte des caractéristiques techniques des prestations demandées, de la structure du secteur économique en cause, et le cas échéant, des règles applicables à certaines professions. Les candidatures et les offres seront examinées lot par lot. Les candidats ne peuvent présenter des offres variables selon le nombre de lots susceptibles d’être obtenus. Si plusieurs lots sont attribués à un même titulaire, il est toutefois possible de ne signer avec ce titulaire qu’un seul marché regroupant tous ces lots »¹⁵.

La pratique de l’allotissement est donc désormais érigée en principe pour susciter une réelle concurrence entre les entreprises, quelle que soit leur taille.

En effet, cette technique de l’allotissement, consistant à scinder le besoin en lots, permet aux artisans et PME de se porter candidats à seulement certains des lots du marché alors qu’ils n’auraient pas été en mesure de le faire dans l’hypothèse où il aurait été exigé de ceux-ci la réalisation de la totalité du marché.

Ainsi, en réduisant l’objet et le montant du marché, la démonstration des capacités financières, techniques et professionnelles de l’entreprise semble plus aisée pour de petites structures¹⁶ qui ne disposeraient pas des capacités nécessaires pour réaliser l’intégralité du marché¹⁷.

¹⁵ Cf. également l’article 6.1.1 intitulé « L’allotissement et le marché unique » de la circulaire du 3 août 2006 portant manuel d’application du code des marchés publics pour une définition de l’allotissement (NOR: ECOM0620004C ; J.O n° 179 du 4 août 2006 p. 11665).

¹⁶ Notamment comme les sociétés coopératives d’intérêt collectif (SCIC), membres de la FNAB.

¹⁷ En revanche, les dispositions des articles 60, 65 et 67 du code des marchés publics 2006 autorisant les pouvoirs adjudicateurs, dans le cadre des procédures d’appel d’offres restreint, de marché négocié et de dialogue compétitif, à fixer un nombre minimal de PME admises à présenter une offre ont été censurés par le Conseil d’Etat dans son arrêt du 9

Il convient toutefois d'indiquer que si l'allotissement permet de favoriser la candidature de petites entreprises et, ainsi, de producteurs locaux, le recours à cette technique n'est pas en soi suffisante pour atteindre l'objectif de proximité dès lors que cela n'empêchera pas la candidature d'entreprises non locales disposant de meilleures capacités.

L'allotissement a pour avantage de :

- garantir la sécurité des approvisionnements dans des secteurs stratégiques pour l'acheteur ;
- faciliter ainsi l'exécution des prestations ;
- assurer un meilleur niveau de fiabilité des approvisionnements de la collectivité ;
- favoriser également un niveau de concurrence entre les entreprises plus adaptées et donc conduire à des prix plus avantageux que ceux pratiqués par une entreprise générale qui souvent sous-traite - avec une marge - une partie importante des prestations ;
- être utile dans le cas où une seule entreprise ne peut tenir les délais d'exécution très courts.

Toutefois, l'inconvénient de cette technique est qu'elle peut alourdir, pour le pouvoir adjudicateur, la procédure de passation et l'exécution.

En outre, il convient d'indiquer qu'un allotissement trop important peut, au contraire de l'objectif escompté, conduire à une multiplication des fournisseurs et, ainsi, des trajets nécessaires au transport des produits.

Le rapport avantage/inconvénients de cette technique devra en conséquence être analysé en amont, par le pouvoir adjudicateur.

Au vu de ce qui précède, la technique de l'allotissement peut être utilisée à chaque fois que cela est opportun afin de favoriser l'accès des PME aux marchés de fournitures de denrées alimentaires biologiques et, ainsi, d'inciter les entreprises locales à soumissionner.

II – 2. Cibler les soumissionnaires potentiels via une publicité adaptée

Les modalités de publicité sont précisées à l'article 40 du code des marchés publics, les exigences étant différentes suivant le montant du marché.

Toutefois, quelques soient les obligations de publicité, le pouvoir adjudicateur dispose de la faculté d'insérer son avis de publicité dans des publications spécialisées dans le secteur

juillet 2007 « Syndicat entreprises générales de France- Bâtiments Travaux publics » (req. n° 297711) : « les dispositions des articles 60,65 et 67 du code des marchés publics, (...) conduisent nécessairement à faire de la taille des entreprises un critère de sélection des candidatures ; (...) un tel critère qui n'est pas toujours lié à l'objet du marché revêt un caractère discriminatoire et méconnaît le principe d'égal accès à la commande publique ».

économique concerné, ainsi que, si cela n'est pas discriminatoire, dans des publications locales.

Les marchés de fournitures de denrées alimentaires biologiques sont généralement passés en procédure adaptée (seuil entre 4.000 et 90.000 euros HT), suivant ce qui a été constaté dans la pratique¹⁸, cette procédure de passation laissant une plus grande liberté au pouvoir adjudicateur dans le choix du support de publication.

Dès lors, et toujours dans le but de permettre aux producteurs biologiques locaux de soumissionner, l'acheteur public pourrait recourir, en sus des publications obligatoires, à des supports de publicité locaux, mais également des supports spécialisés dans l'agriculture biologique¹⁹.

Ainsi, le fait pour l'acheteur public de choisir des supports de publicité locaux et/ou spécialisés dans l'agriculture biologique, ou plus largement l'environnement et le développement durable, permettra de favoriser l'accès à ces marchés des producteurs locaux d'agriculture biologique.

II – 3. Définir les spécifications techniques des produits et les conditions d'exécution en intégrant l'objectif de « développement durable »

II-3-1. Les spécifications techniques

L'acheteur public doit définir ses besoins en recourant à des spécifications techniques. Ces spécifications sont des prescriptions techniques qui décrivent, de manière lisible, les caractéristiques techniques d'un produit.

L'article 6-I du code des marchés publics rappelle que les spécifications techniques peuvent être formulées :

« 1° Soit par référence à des normes ou à d'autres documents équivalents accessibles aux candidats, notamment des agréments techniques ou d'autres référentiels techniques élaborés par les organismes de normalisation ;

¹⁸ Cf. rapport n° 1, partie I – *Etat des lieux de la proximité dans l'achat public d'alimentation biologique*, § A-1 / *Caractéristiques des appels d'offres auxquels répondent les membres du réseau de la FNAB* : ainsi, les adhérents de la FNAB soumissionnent dans la majorité des cas à des marchés passés en procédure adaptée.

¹⁹ Attention toutefois, en application des grands principes régissant la commande publique, à veiller à ce que tous les soumissionnaires potentiels soient à même de répondre. Ainsi, il ressort des divers arrêts ayant suivi l'arrêt « *Région Nord-Pas-de-Calais* » précité que l'acheteur public doit savoir où se trouvent les entreprises capables de soumissionner, afin d'adapter sa mesure publicitaire au contexte concurrentiel de son achat. À défaut, la publicité ne sera pas jugée satisfaisante (V. dans ce sens notamment, TA de Mamoudzou, 2 mai 2006, *Société Réunion Villes Propres* : la publicité pour la fourniture de bacs roulants qui avait été passée dans un journal local a été jugée insuffisante au regard des entreprises qui étaient susceptibles d'y répondre).

2° Soit en termes de performances ou d'exigences fonctionnelles. Celles-ci sont suffisamment précises pour permettre aux candidats de connaître exactement l'objet du marché et au pouvoir adjudicateur d'attribuer le marché. Elles peuvent inclure des caractéristiques environnementales. »

Ces spécifications ne doivent en aucun cas porter atteinte au principe d'égalité des candidats : elles ne peuvent donc pas mentionner une marque, un type, une origine ou une production déterminés qui auraient pour objectif ou pour effet de favoriser ou d'écarter certains produits ou productions²⁰ de manière injustifiée. Chaque référence devra, dans tous les cas, être accompagnée de la mention « *ou équivalent* »²¹.

Ainsi, 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* »²².

Les caractéristiques définies par les spécifications techniques peuvent inclure notamment les niveaux de la performance environnementale, les niveaux de qualité, l'emballage, le marquage et l'étiquetage, les processus et méthodes de production, etc.²³.

Les spécifications exigées devront dans tous les cas être liées à l'objet du marché pour ne pas être discriminatoires.

Dans les marchés de fournitures de produits biologiques, le pouvoir adjudicateur, afin de favoriser les candidatures des producteurs locaux recourant à l'agriculture biologique pourrait notamment demander au titre des spécifications techniques :

²⁰ Article 6 – IV du code des marchés publics : « *IV- 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, dès lors qu'une telle mention ou référence aurait pour effet 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 possible sans elle et à condition qu'elle soit accompagnée des termes : « ou équivalent »* ».

²¹ Cf. article 3 de l'arrêté du 28 août 2006 relatif aux spécifications techniques des marchés et des accords-cadres (NOR : ECOM0620005A, JO n° 199 du 29 août 2006, p. 12764).

²² 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 ; Considérant que la référence à un label écologique national ne doit pas avoir pour effet de créer des obstacles injustifiés à l'ouverture des marchés publics à la concurrence ; Considérant que l'article 24 du cahier des charges du marché en cause exige, comme spécification des fournitures, la certification NF Environnement ; que cette certification constitue une marque collective correspondant à un label écologique national ; Considérant que si la personne responsable du marché a la faculté de définir ses besoins, et notamment les spécifications techniques des produits, par référence à un tel label écologique, elle ne peut, sans porter atteinte au principe d'égal accès aux marchés publics, exiger des candidats une offre exclusive de produits certifiés par la seule marque « NF Environnement » mais doit permettre la présentation d'offres de fournitures qui possèdent des caractéristiques équivalentes ou supérieures sans pour autant être estampillées de ladite marque ; ».*

²³ Cf. article 2 de l'arrêté précité du 28 août 2006 relatif aux spécifications techniques des marchés et des accords-cadres, qui dresse une liste non-exhaustive de ces caractéristiques.

- 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.) ;
- 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 saison²⁴.

Le pouvoir adjudicateur peut même imposer, au moyen des spécifications techniques, des exigences encore plus strictes que celles issues du règlement du 24 juin 1991 concernant le mode de production biologique des produits agricoles^{25 26}, toujours sous la réserve de ne pas être discriminatoire.

Enfin, l'élaboration par l'acheteur public des spécifications techniques qui intègrent des facteurs environnementaux doit, dans la mesure du possible, adopter une approche tenant compte du coût du cycle de vie²⁷.

II-3-2. Les conditions d'exécution environnementales pouvant être mises en place

Aux termes de l'article 14 du code des marchés publics,

« Les conditions d'exécution d'un marché ou d'un accord-cadre peuvent comporter des éléments à caractère social ou environnemental qui prennent en compte les objectifs de développement durable en conciliant développement économique, protection et mise en valeur de l'environnement et progrès social.

Ces conditions d'exécution ne peuvent pas avoir d'effet discriminatoire à l'égard des candidats potentiels. Elles sont indiquées dans l'avis d'appel public à la concurrence ou dans les documents de la consultation. »

²⁴ C'est notamment ce que suggère le Guide « *Acheter Vert !* » publié par la Commission européenne en 2005 : « *Enfin, il est évidemment possible pour les autorités publiques de réduire l'incidence sur l'environnement en achetant des produits saisonniers, c'est-à-dire en fournissant à leurs cantines uniquement les variétés de fruits et de légumes de saison dans une zone géographiquement donnée* » (p. 25).

²⁵ Cette idée est en effet suggérée par le Guide « *Acheter Vert !* » de 2005 précité, p. 25.

²⁶ Ce règlement sera prochainement abrogé et remplacé par le règlement (CE) n° 834/2007 du Conseil, du 28 juin 2007, relatif à la production biologique et à l'étiquetage des produits biologiques. Il entrera en vigueur le 1^{er} janvier 2009.

²⁷ C'est ce que préconise, une fois encore, le Guide « *Acheter Vert !* » de 2005 précité, p. 4.

Les acheteurs publics peuvent donc faire figurer des conditions d'exécution à caractère environnemental dans les conditions d'exécution, c'est-à-dire les règles et modalités fixées pour la réalisation du marché.

Elles ne peuvent en aucun cas être un moyen de limiter illégalement et de manière discriminatoire la présentation de certains produits. En conséquence, les soumissionnaires potentiels doivent être en mesure d'y répondre dès lors que la conformité de l'offre des candidats au marché dépend du respect des conditions d'exécution.

Dans le cadre d'un marché de fournitures, étant donné que l'exécution d'un tel marché de fournitures consiste simplement en une livraison de biens, la principale occasion d'utiliser des conditions d'exécution de marchés écologiques est de spécifier les modalités de livraison et de conditionnement des biens.

Voici quelques exemples de conditions d'exécution du marché qui pourraient être décrites explicitement dans les documents de la consultation d'un marché de fournitures de produits biologiques^{28 29} :

- 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'environnement³⁰ ;

²⁸ Ces différentes conditions d'exécution sont reprises, pour partie, du Guide « *Acheter Vert !* » de 2005 précité, p. 39.

²⁹ Le guide des contrats publics de restauration collective élaboré par le GEM – Restauration collective et nutrition mentionne également dans son chapitre 3-5 relatif à la protection de l'environnement certaines conditions d'exécution (n° J4-05 du 31 mars 2005) :

« 3.5.1 – Choix des denrées alimentaires

Lors de l'achat des denrées alimentaires et des produits issus de leur transformation, il est recommandé de privilégier :

- *les denrées et produits dont le mode de production est le moins préjudiciable pour l'environnement ;*
- *une organisation logistique qui permette de limiter les transports et la consommation d'énergie qu'ils induisent.*

(...)

3.5.3- Traitement des déchets

L'action de l'acheteur public pour limiter la production de déchets peut prendre plusieurs formes :

- *utiliser convenablement et systématiquement le tri sélectif ;*
- *privilégier à l'achat les produits dont les emballages se recyclent et/ou dont la biodégradabilité est reconnue (en France, 2 écolabels officiels sont délivrés par l'AFNOR : la marque NF Environnement et l'écolabel européen) ;*
- *choisir des conditionnements de plats (par exemple barquettes de livraison de repas) qui limitent l'emploi de matériaux dont la biodégradabilité est faible ;*
- *choisir des denrées sans sur-emballage, en limitant notamment le recours aux emballages individuels. »*

- 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.

L'ensemble des éléments de cette liste constitue de simples exemples auxquels il ne pourra être recouru que si, dans le cadre du marché dans lequel ils sont insérés, ils ne présentent pas de caractère discriminatoire.

Ainsi, à travers la définition du besoin et les spécifications techniques, l'acheteur public peut favoriser les produits biologiques de proximité dès lors qu'il demandera des caractéristiques encourageant la présentation de produits locaux.

A travers les conditions d'exécution du marché, l'acheteur public pourra également prendre en compte des considérations environnementales qui permettront, une fois encore, d'inciter les producteurs locaux à soumissionner.

II – 4. Le recours aux variantes et options

Aux termes de l'article 50 du code des marchés publics :

« Lorsque le pouvoir adjudicateur se fonde sur plusieurs critères pour attribuer le marché, il peut autoriser les candidats à présenter des variantes.

Le pouvoir adjudicateur indique dans l'avis d'appel public à la concurrence ou dans les documents de la consultation s'il autorise ou non les variantes ; à défaut d'indication, les variantes ne sont pas admises.

Les documents de la consultation mentionnent les exigences minimales que les variantes doivent respecter ainsi que les modalités de leur présentation. Seules les variantes répondant à ces exigences minimales peuvent être prises en considération. Les variantes sont proposées avec l'offre de base ».

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 définit comme telles par l'acheteur public.

³⁰ Le Guide « Acheter Vert ! » précité 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).

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.

De même, il est possible pour l'acheteur public de solliciter des candidats la réponse à des options, qui sont des variantes aux conditions d'exécution de base prédéterminées par l'acheteur public lui-même³¹. Celles-ci doivent être limitées afin de ne pas fausser la concurrence.

A titre d'exemple, dans le cadre des marchés publics de fournitures de produits biologiques, un critère fondé sur les externalités environnementales dues au transport des denrées pourrait favoriser la présentation de variantes en ce sens³².

Cependant, il faut souligner que la possibilité offerte aux candidats de présenter des variantes est un facteur de complexité de l'analyse des offres sur la base des critères annoncés, il conviendra donc de mettre en place une méthodologie d'analyse transparente.

La possibilité laissée aux candidats de présenter des variantes « développement durable » et/ou la mention d'option favorisant le développement durable par le pouvoir adjudicateur dès l'avis de publicité permettrait à l'acheteur de pouvoir bénéficier de propositions innovantes en matière d'environnement.

Une variante ou une option relative notamment aux « externalités environnementales dues au transport », liée à l'objet du marché, pourrait permettre notamment de favoriser les producteurs locaux, ainsi qu'un mode de transport présentant des qualités plus écologiques.

III – La possibilité d'encourager les producteurs locaux via l'utilisation du droit de préférence et les critères d'attribution

En fonction des critères d'attribution choisis, l'acheteur public sera susceptible d'encourager les candidatures des producteurs d'agriculture biologique locaux (III-2.). Il convient, avant de s'intéresser aux différents critères pouvant être mis en place, de soulever le cas dérogatoire du système de préférence institué en faveur de certaines structures locales (III-1.).

³¹ Ainsi, comme l'explique clairement l'article 4.4. de la circulaire du 3 août 2006 portant manuel d'application du code des marchés publics précitée : « La distinction entre la variante et l'option ne porte pas sur le fond, elle repose sur la personne qui est à l'origine de cette forme d'offre. Il s'agit d'une option si c'est une demande du pouvoir adjudicateur et d'une variante lorsqu'il s'agit d'une proposition du candidat ».

³² Cette proposition s'inspire d'un des marchés auxquelles ont répondu les adhérents de la FNAB et qui dans son article 3 intitulé « descriptif techniques et variantes » prévoyait que « 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 %.

III – 1. Cas dérogatoire : système de préférence à égalité de prix ou équivalence d'offres

Aux termes de l'article 53 alinéa IV du code des marchés publics,

« 1° Lors de la passation d'un marché, un droit de préférence est attribué, à égalité de prix ou à équivalence d'offres, à l'offre présentée par une société coopérative ouvrière de production, par un groupement de producteurs agricoles, par un artisan, une société coopérative d'artisans ou par une société coopérative d'artistes ou par des entreprises adaptées.

2° Lorsque les marchés portent, en tout ou partie, sur des prestations susceptibles d'être exécutées par des artisans ou des sociétés d'artisans ou des sociétés coopératives d'artisans ou des sociétés coopératives ouvrières de production ou des entreprises adaptées, les pouvoirs adjudicateurs contractants doivent, préalablement à la mise en concurrence, définir les travaux, fournitures ou services qui, à ce titre, et dans la limite du quart du montant de ces prestations, à équivalence d'offres, seront attribués de préférence à tous autres candidats, aux artisans ou aux sociétés coopératives d'artisans ou aux sociétés coopératives ouvrières de production ou à des entreprises adaptées »³³.

Cet article pourrait permettre, dans une certaine mesure, de favoriser les groupements de producteurs agricoles ou les sociétés coopératives ouvrières de production qui produisent des produits biologiques, et donc les producteurs biologiques locaux.

Cette disposition permet en effet au pouvoir adjudicateur d'encourager dans un premier temps ces entreprises à soumissionner ; et dans un second temps, de favoriser légalement l'attribution de marchés publics à ce type de structure dès lors que leur offre sera équivalente à celle d'un autre candidat.

La FNAB nous a indiqué que ces adhérents étaient principalement des sociétés de coopération d'intérêt collectif (SCIC).

Or, si une SCIC peut se porter candidate à un appel d'offres de marché public ou de délégation de service public comme n'importe quelle entreprise, elle ne bénéficie pas en revanche du droit de préférence tel que prévu à l'article 53-IV du code des marchés publics pour d'autres coopératives.

Pourtant, à l'instar de la SCOP, la SCIC est une structure juridique revêtant à la fois les caractères d'une entreprise commerciale et ceux d'un organisme à finalité sociale ayant notamment une activité lucrative limitée ou encadrée³⁴.

³³ Avant la mise en concurrence, l'administration doit définir, à peine de nullité, les travaux susceptibles d'être exécutés par des artisans, sociétés de coopératives d'artisans ou à des sociétés coopératives d'artistes (CE, 30 mai 1986, *Syndicat départemental d'électrification des Hautes-Pyrénées c/ M. Pierrot*, Rec. Lebon tables, p. 607).

³⁴ Cette structure sociétale a pour objet la production ou la fourniture de biens et de services d'intérêt collectif qui présentent un caractère d'utilité sociale en raison notamment de la nature des publics concernés et/ou des conditions dans lesquelles les activités sont exercées. « *La société coopérative d'intérêt collectif présente, en raison de son objet, des spécificités propres qui ne coïncident pas avec le statut général de la coopération fixé par la loi du 10 septembre 1947. Il en est ainsi de la finalité altruiste de cette nouvelle société coopérative, qui se distingue d'une coopérative classique en ce que son but n'est pas seulement la satisfaction de ses propres adhérents ou associés, mais celle d'un*

Il serait donc intéressant, dans le cadre de la phase 3 de la présente étude portant sur la présentation des propositions issues de la phase 2 aux acteurs économiques concernés, d'envisager une action auprès des pouvoirs publics pour introduire les SCIC parmi la liste de l'article 53-IV.

L'acheteur public, afin d'encourager le développement local, peut favoriser, en introduisant dans son marché une clause instaurant un droit de préférence, sur le fondement de l'article 53-IV du code des marchés publics, des groupements de producteurs agricoles biologiques ou des sociétés de coopération ouvrières produisant de tels produits.

III-2. Les critères de choix des offres concourant à la prise en compte de la considération tenant à la proximité des lieux de production

L'attribution du marché est la phase ultime de la procédure de passation des marchés. A ce stade de la procédure, le pouvoir adjudicateur évalue la qualité des offres et compare les prix.

Aux termes de l'article 53-I du code des marchés publics, il est prévu que :

« I- Pour attribuer le marché au candidat qui a présenté l'offre économiquement la plus avantageuse, le pouvoir adjudicateur se fonde :

1° Soit sur une pluralité de critères non discriminatoires et liés à l'objet du marché, notamment la qualité, le prix, la valeur technique, le caractère esthétique et fonctionnel, les performances en matière de protection de l'environnement, les performances en matière d'insertion professionnelle des publics en difficulté, le coût global d'utilisation, la rentabilité, le caractère innovant, le service après-vente et l'assistance technique, la date de livraison, le délai de livraison ou d'exécution. D'autres critères peuvent être pris en compte s'ils sont justifiés par l'objet du marché ;

2° Soit, compte tenu de l'objet du marché, sur un seul critère, qui est celui du prix ».

Le principe de « l'offre économiquement la plus avantageuse » vise à tenir compte d'autres critères d'attribution que le seul critère du prix, au titre desquels la qualité, la valeur technique, le caractère esthétique et fonctionnel, les performances en matière de protection de l'environnement, les performances en matière d'insertion professionnelle des publics en difficulté, le coût global d'utilisation, la rentabilité, le caractère innovant, le service après-vente et l'assistance technique, la date de livraison, le délai de livraison ou d'exécution.

Cette liste dressée par l'article 53-I du code des marchés publics n'est pas exhaustive, en effet d'autres critères pourront être pris en compte **s'ils sont justifiés par l'objet du marché**.

plus large public dont elle vise à satisfaire les besoins sociaux » (Rép. min. n° 59573 publiée au JO le 19/11/2001, p. 6618).

Nous verrons que l'insertion de critères d'attribution « *classiques* » peut indirectement favoriser les producteurs biologiques locaux en permettant de leur attribuer une meilleure notation (III-2-1.).

En outre, nous nous interrogerons sur la possibilité d'insérer au titre des critères additionnels, un critère de choix des offres basé sur le coût du cycle de vie du produit (III-2-2), cette notion ne devant pas, à notre sens, se confondre avec la notion de coût global d'utilisation.

Il conviendra, enfin, de s'interroger sur la pondération à donner à ces différents critères (III-2-3.).

III-2-1. Critères classiques permettant de favoriser la proximité et le développement durable

a) 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.

Or, tous ces sous-critères nous 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 publics³⁵.

L'efficacité de ce critère au regard des considérations de proximité sera multipliée par le couplage avec d'autres critères, tels que ceux présentés ci-dessous.

³⁵ 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).

b) Délai de livraison

Le critère du délai de livraison du produit peut permettre de favoriser indirectement les producteurs locaux. En effet, en prévoyant, par exemple, des délais de livraison relativement courts, *de facto*, les producteurs se situant à proximité et pouvant donc matériellement exécuter plus rapidement la prestation, se trouveront avantagés.

Ce critère doit cependant être impérativement lié à l'objet du marché afin de ne pas être censuré par le juge administratif.

Ainsi, lors de la passation d'un marché de travaux d'entretien et de réalisation des branchements particuliers et des petites extensions du réseau d'eau, le juge administratif a retenu que :

« si la commission [d'appel d'offres] a également pris en compte la situation géographique de la société MBO Bossert, après avoir indiqué l'appréciation qu'elle portait sur les offres au regard des critères du prix et des garanties professionnelles, elle n'a pas ce faisant introduit un nouveau critère non précisé dans le règlement de la consultation, mais énoncé une considération se rattachant au critère du délai d'exécution, qu'elle a pu légalement retenir eu égard à l'impératif de rapidité d'intervention qu'implique l'objet du marché, incluant notamment l'entretien et la réparation du réseau »³⁶.

L'impératif de rapidité posé par le critère du délai d'exécution et lié à l'objet du marché permet ici au juge de déclarer licite la prise en compte de la situation géographique de la société attributaire.

Dans une autre espèce concernant cette fois un marché public de fournitures d'imprimantes et de télécopieurs passé par des établissements hospitaliers, le critère du délai de livraison a été attaqué par un candidat évincé qui affirmait qu'un tel critère violait les règles de mise en concurrence dès lors que la valorisation par la note de 20/20 du délai annoncé de 24 heures pour les livraisons des fournitures par les candidats constituerait, d'une part, un engagement irréalisable, et d'autre part, n'était pas justifié par l'objet du marché.

Le système de notation était établi en fonction des performances des soumissionnaires dans ces termes : « Pour le critère « délai de livraison », une note sur 20, évaluée comme suit sera attribuée à chaque offre : - un délai annoncé de 72h donnera une note de 0/20, - un délai annoncé de 48h donnera une note de 10/20, - un délai annoncé de 24h ou moins donnera une note de 20/20 »³⁷.

Malgré les arguments avancés par le requérant, le juge administratif valide ce critère :

« Considérant que le délai d'exécution des prestations est au nombre des critères qui figurent dans la liste indicative des critères figurant à l'article 53 du code des

³⁶ CAA Nancy, 12 avril 2001, *Sté régionale du bâtiment Scanzi et fils*, req. n° 96NC02129.

³⁷ Le critère du délai de livraison a été affecté d'un coefficient de pondération égal à 20% pour le lot n° 1, tandis que pour les lots n° 2 et n° 3, ce même critère a été affecté d'un coefficient de pondération égal à 10% abaissant son importance relative.

marchés publics ; qu'eu égard aux graves répercussions qu'une rupture de l'approvisionnement afférente aux fournitures faisant l'objet du marché en cause est susceptible de provoquer sur le fonctionnement normal des établissements hospitaliers concernés qui n'ont pas vocation à stocker des consommables et matériels informatiques et qui sont assujettis à des obligations particulièrement strictes en matière de continuité de leur fonctionnement, le critère du délai, est, en l'espèce, pleinement justifié par l'objet du marché et pouvait, dès lors, faire l'objet d'une valorisation en tant que critère de jugement des offres en vue de constituer un élément pondéré contribuant à déterminer l'offre économiquement la plus avantageuse et faire régulièrement l'objet, eu égard à son caractère non discriminatoire, d'une mise en concurrence des entreprises, sans toutefois constituer, contrairement à ce que soutient la société DYADEM, qui ne démontre pas son caractère manifestement irréaliste en ce qu'il valorise le délai de livraison de 24 heures, une condition imposée pour l'exécution du marché »³⁸.

La sécurité de l'approvisionnement, l'obligation de continuité du fonctionnement du service public hospitalier, et le fait que ce critère n'ait pas été érigé en condition d'exécution du marché sont autant d'arguments sur lesquels se base le juge administratif pour déclarer licite la procédure de passation.

Or, dans le cadre d'un marché public de fournitures de denrées biologiques, il nous semble que l'exigence posée par le pouvoir adjudicateur d'être fourni, de manière régulière, en produits frais et qualitatifs, sur le plan nutritionnel et gustatif³⁹, permettrait de mettre en concurrence les candidats sur la base du critère du délai de livraison relativement.

Ainsi, plus le délai dans lequel le candidat s'engage à livrer ses denrées alimentaires est restreint, meilleure sera sa note.

c) Critère environnemental

L'acheteur public peut insérer, parmi les critères d'attribution, un critère environnemental pour autant que celui-ci :

- soit lié à l'objet du marché,
- ne confère pas une liberté de choix illimitée au pouvoir adjudicateur,
- soit expressément mentionné dans l'avis de marché ou le cahier des charges,
- respecte les principes fondamentaux de l'Union européenne⁴⁰.

Ainsi, dans l'affaire « *Concordia* », un des critères d'attribution prévoyait l'octroi de points supplémentaires aux sociétés qui satisfaisaient à certains niveaux d'émissions d'oxyde d'azote et de bruit. Sur la base de ces points supplémentaires, le marché fut attribué à l'entreprise HKL qui n'était autre que la compagnie de transport municipal. La société Concordia Bus a

³⁸ TA Lyon, 20 novembre 2006, *Sté Dyadem*, req. n° 0606742.

³⁹ On pense ici notamment à la perte vitaminique des fruits et légumes frais suivant leur délai de livraison / conservation / consommation.

⁴⁰ La légalité d'un tel critère a été reconnu par l'arrêt de la Cour de justice des communautés européennes « *Concordia-bus Finland* » du 13 décembre 2001, aff. C-513/99, comme nous l'avons souligné dans le rapport d'étape n° 1, p. 11.

contesté cette décision en invoquant que les niveaux d'émissions et de bruit ne pouvaient être utilisés comme critère d'attribution, car ils n'apportaient aucun avantage économique au pouvoir adjudicateur.

Ce critère d'attribution a tout d'abord été considéré comme lié à l'objet du contrat dès lors que les niveaux d'émissions d'oxyde d'azote et de bruit présentent un lien avec le marché de services de transports urbains par autobus concerné.

Il a ensuite été considéré comme spécifique et objectivement quantifiable dès lors qu'avant d'évaluer les offres, la ville avait spécifié et publié un système d'attribution de points supplémentaires pour certains niveaux d'émissions et de bruit⁴¹.

L'atteinte au principe de non-discrimination était également expressément soulevée dans l'affaire « *Concordia* ». L'argument avancé était que les critères fixés par la ville étaient discriminatoires dans la mesure où seule la propre société d'autobus de la ville, HKL, possédait des véhicules fonctionnant au gaz qui pouvaient satisfaire aux niveaux d'émissions exigés. Sur ce point, la Cour a estimé que le fait que l'un des critères d'attribution proposés par l'acheteur public ne puisse être satisfait que par un petit nombre d'entreprises n'était pas à lui seul de nature à lui conférer un caractère discriminatoire.

Seuls les faits propres à chaque affaire, permettent, ainsi, de déterminer le caractère discriminatoire ou non du critère⁴².

Dans une autre affaire relative à un marché de fourniture d'électricité, la Cour de justice a reconnu la possibilité d'utiliser un critère d'attribution lié à la quantité d'électricité provenant de sources d'énergie renouvelables⁴³. A cet égard, la Cour a précisé que la pondération de 45 % attribuée au critère environnemental n'était pas, en soi, contraire aux règles communautaires. L'importance accordée à la protection de l'environnement et au développement des énergies renouvelables justifiait une telle prise en compte du critère écologique.

Au vu de ces deux exemples, il ressort que les critères écologiques pris en compte concernaient la pollution engendrée par les services objets du marché.

Or, dans le cadre d'un marché public de fournitures de denrées alimentaires biologiques, la pollution engendrée par les fournitures objets du marché se traduira au niveau du transport et au niveau de la gestion des déchets ; le mode de production de la denrée étant par définition écologiquement propre.

⁴¹ En l'espèce, des points supplémentaires ont été attribués notamment pour « *l'utilisation d'autobus ayant, d'une part, des émissions d'oxyde d'azote inférieures à 4 g/kWh (+2,5 points/bus) ou inférieures à 2 g/kWh (+ 3,5 points/bus) et, d'autre part, un niveau sonore inférieur à 77 dB (+1 point/bus)* ».

⁴² En l'espèce, Concordia s'était vue attribuer un lot différent auquel s'appliquait la même exigence de véhicules fonctionnant au gaz.

⁴³ CJCE, 4 déc. 2003, *EVN AG, Wienstrom GmbH*, aff. C-448/01 : la Cour a néanmoins précisé qu'il fallait que le pouvoir adjudicateur soit en mesure de contrôler effectivement l'exactitude des informations contenues dans les offres sur ce point, ce qui n'était pas le cas en l'espèce. Le critère a donc été censuré.

Dès lors, il nous semble possible d'intégrer un critère environnemental prenant en compte, dans le cadre de ses sous-critères, le « *coût du cycle de vie* » du produit. Une autre possibilité serait d'intégrer cette notion comme critère d'attribution autonome, au titre des critères additionnels (cf. *infra III-2-2.*).

d) Coût global d'utilisation

Le coût global d'utilisation fait partie des critères listés par l'article 53-I du code des marchés publics.

Dès 1987, une circulaire relative à la détermination des prix initiaux et des prix de règlement dans les marchés publics prenait en compte cette notion en prévoyant que :

« Des frais d'utilisation viennent s'ajouter au prix initial pendant la durée de vie des ouvrages, équipements ou matériels. »

La détermination du meilleur prix conduit à une évaluation du coût global, ce qui nécessite des hypothèses sur la durée de vie et les dépenses supplémentaires telles que l'entretien, les pièces de rechange, la consommation d'énergie (...) »⁴⁴.

La circulaire du 3 août 2006 portant manuel d'application du code des marchés publics explicite également cette notion en son article 12.1 :

« les acheteurs devront veiller à ce qu'un achat réalisé par souci d'économie ne se révèle pas à l'usage plus coûteux. C'est pourquoi, parmi les critères de choix de l'offre économiquement la plus avantageuse sur lesquels peut se fonder le pouvoir adjudicateur, figure le coût global d'utilisation ou la rentabilité »^{45 46}.

Ainsi, la notion de coût global prend en compte non seulement le prix du produit à l'achat mais comprend également les coûts liés à son utilisation et à sa fin de vie. Ce critère permet donc de considérer le rendement et la valeur technique du produit sur le long terme, qui se révèlent être tout aussi importants que la somme initiale. Ainsi, un surcoût *a priori* des dépenses pourra se révéler, au contraire, fortement rentable par la suite.

Cette notion est particulièrement utile dans le domaine de la construction⁴⁷. A cet égard, le GEM-DDEN⁴⁸ prépare actuellement un guide de l'achat public durable relatif à la « *Qualité*

⁴⁴ Cf. article II-B-2 intitulé « *La notion de coût global* » de la circulaire du 5 octobre 1987 relative à la détermination des prix initiaux et des prix de règlement dans les marchés publics (ECOM8710070C ; JO du 24 octobre 1987, p. 12409).

⁴⁵ Circulaire du 3 août 2006 précitée.

⁴⁶ Une jurisprudence récente définit ce critère du coût global d'utilisation comme étant celui qui permet de prendre en compte les conditions de la maintenance de la fourniture (CAA Paris, 3 avril 2007, *Ministère de la Défense*, req. n° 04PA01883).

⁴⁷ Une réponse ministérielle n°74186 du 4 avril 2006 traite également de la notion de coût global d'utilisation dans le cadre de la construction : « *Dans l'objectif de qualité de construction des équipements publics qui rejoint ceux du développement durable, l'avant projet du nouveau code introduit le critère du coût global d'utilisation. Cette approche privilégie la valeur d'usage sur la rentabilité immédiate et débouche sur les vrais coûts que représente chaque phase du projet architectural* ».

⁴⁸ GEM-DDEN : Groupe d'étude des marchés « Développement durable Environnement ».

environnementale dans la construction des bâtiments publics »⁴⁹. La notion du coût global d'utilisation y est définie comme :

« [correspondant] à tous les coûts liés à l'utilisation de l'ouvrage, une fois celui-ci construit, sur l'ensemble de son cycle de vie, c'est-à-dire à l'ensemble des coûts de fonctionnement de nature à satisfaire le besoin. Ainsi, le critère d'attribution du coût global d'utilisation permet de valoriser les prestations de conception et de construction sous l'angle des économies de fonctionnement (consommation d'eau et d'énergie, émissions d'eau et de déchets, entretien et réparation, etc.) »⁵⁰.

Et pourrait se résumer par la formule suivante :

« Coût global = prix + coût global d'utilisation [ou bien] coût d'investissement + coût de fonctionnement »⁵¹.

Le GEM-DDEN a également dégagé une seconde notion, celle du « coût global élargi » qui comprend les coûts environnementaux et sociaux susceptibles de peser durant tout le cycle de vie des bâtiments⁵².

En ce qui concerne les produits alimentaires, tels que des fruits et légumes biologiques, il nous semble que cette notion de coût global d'utilisation ne soit pas appropriée dès lors qu'elle ne peut avoir de sens pour des produits consommables. Les coûts de maintenance n'existent bien évidemment pas pour de tels produits.

Il nous semble donc que ce critère ne saurait être utilisé dans le cadre d'un tel marché puisqu'il ne peut pas être lié à son objet. En revanche, la notion de coût du cycle de vie nous paraît plus intéressante.

III-2-2. Critère additionnel : le coût du cycle de vie

Le pouvoir adjudicateur est libre d'utiliser un critère additionnel, non prévu dans la liste de l'article 53-I, tant que celui-ci est lié à l'objet du marché⁵³. Le critère du coût du cycle de vie pourrait donc faire partie des critères d'attribution dès lors que le pouvoir adjudicateur fournit

⁴⁹ Le projet de guide, dans sa version du 12 novembre 2007, nous a été communiqué par Mme Christine CROS de l'ADEME.

⁵⁰ Cf. p. 12 du projet de guide précité.

⁵¹ Cf. p. 12 et 13 du projet de guide précité.

⁵² Cette notion comprendrait notamment les coûts sanitaires supportés par les utilisateurs du fait des choix architecturaux relatifs au cadre de vie créée par le bâtiment et les coûts pesant sur la collectivité du fait des impacts environnementaux et sociaux négatifs générés par le bâtiment durant l'intégralité de son cycle de vie (Cf. p. 19 et 20).

⁵³ Pour une interprétation *a contrario* : CAA Versailles, 6 juin 2006, *Dpt Seine-Saint-Denis*, n° 03VE03999 (illégalité du critère additionnel non lié à l'objet du marché, en l'espèce obligation pour les soumissionnaires de se présenter en groupement solidaire).

des indications claires et transparentes sur ses attentes en la matière dans le cahier des charges.

a) Une notion appréhendée au niveau communautaire

La notion du coût du cycle de vie a été développée au niveau communautaire et est au centre de plusieurs stratégies mises en place par la Commission.

- 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 2001⁵⁴ 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 »⁵⁵.

La Commission considère que les acheteurs publics doivent être des acteurs majeurs de cette politique intégrée des produits :

« En achetant des produits plus écologiques, les consommateurs peuvent faire pencher la balance. La préférence pour des produits respectueux de l'environnement est le facteur le plus apte à inciter les entreprises à réfléchir sur les moyens de rendre leurs produits plus écologiques et de gagner des parts de marché grâce à l'innovation et à l'amélioration de la conception. Les marchés publics pourraient également être un incitant majeur. Les pouvoirs publics doivent prendre leurs responsabilités et être les premiers à créer une demande de produits plus écologiques »⁵⁶.

⁵⁴ 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.

⁵⁵ Cf. p. 5 du Livre vert précité.

⁵⁶ Cf. § 4.2. du Livre vert précité, intitulé « *outils et instruments pour une consommation plus écologique* », p. 13.

Par ailleurs, le § 4.2.2. « *Marchés publics* » précise ce lien entre politique intégrée des produits et marchés publics : « *Si bon nombre de services publics prenaient l'option d'accroître leur demande de produits écologiques, cette politique aurait un impact considérable sur le marché des produits respectueux de l'environnement et encouragerait les industriels à augmenter sensiblement leur production de produits écologiques. Les règles de l'UE en matière de marchés publics sont essentiellement de nature économique mais doivent s'interpréter en tenant compte de l'exigence de durabilité inscrite à l'article 2 du traité CE. (...) Si les critères écologiques applicables aux produits font partie des critères d'acquisition retenus et si ces derniers figurent clairement dans l'objet du contrat considéré, les autorités publiques peuvent acquérir sans contrainte des produits écologiques* » (cf. 17 et 18).

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 vie⁵⁷.

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 »⁵⁸.

- 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 économique⁵⁹. Elle est également axée sur le cycle de vie des produits⁶⁰.

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 »⁶¹.

Une annexe de la stratégie propose un certain nombre de mesures que les Etats membres pourraient prendre en compte, au nombre desquelles figurent notamment l'instauration « des mesures d'indication visant à encourager le développement de produits « propres » sur la base de la notion de cycle de vie et à changer les modes de production et de consommation »⁶².

⁵⁷ 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.

⁵⁸ Cf. points 2 et 3 de la communication du 18 juin 2003 précitée.

⁵⁹ Stratégie sur l'utilisation durable des ressources naturelles, Communication de la Commission du 21 décembre 2005 [COM(2005) 670 – Non publiée au Journal officiel] ; également disponible sur le site www.europa.eu.

⁶⁰ « *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).

⁶¹ 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.

⁶² Cf. p. 4 du document intitulé « Questions et réponses sur la stratégie thématique pour l'utilisation durable des ressources naturelles » précité.

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.

Cette notion nous semble plus adaptée aux marchés publics de fournitures de produits biologiques dès lors que, comme le soulignait le GPEM-DDE dans son guide de l'achat public éco-responsable, pour les produits alimentaires, les impacts sur l'environnement ne sont pas directement visibles par l'utilisateur ou le consommateur et se concentrent sur d'autres étapes du cycle de vie, c'est-à-dire essentiellement « *en amont de leur consommation (impacts liés à l'agriculture, aux industries agroalimentaires, aux chaînes du froid, au transport, etc.)* »⁶³.

Il convient cependant d'ajouter que, dans le cas des produits alimentaires biologiques, certains impacts *en aval* sont visibles non seulement sur l'environnement (gestion des déchets) mais aussi sur la santé des consommateurs.

b) Un critère d'attribution inédit dans le cadre de la réglementation des marchés publics

Il n'existe pas, à notre connaissance, de jurisprudence se prononçant sur la licéité d'un critère d'attribution « *coût du cycle de vie* » dans le cadre de la passation d'un marché public, que ce soit de fournitures, de travaux ou de services.

Comme nous l'avons vu précédemment, le pouvoir adjudicateur peut prévoir n'importe quel critère de choix des offres tant que celui-ci est non discriminatoire et lié à l'objet du marché. Il en sera donc de même pour le critère du « *coût du cycle de vie* ».

Dans le cadre d'un marché de fournitures de denrées biologiques, un tel critère d'attribution aurait évidemment pour avantage de prendre en compte les coûts « externes » liés au produit, notamment ceux liés à la pollution occasionnée par le transport⁶⁴.

Les producteurs proposant un mode de transport respectueux de l'environnement se verraient attribuer une meilleure note, et les soumissionnaires locaux seraient *de facto* avantagés dès lors que les produits parcourront moins de kilomètres⁶⁵.

⁶³ Cf. p. 2. du Guide de l'achat public éco-responsable – Achat de produits – publié par le GPEM « Développement Durable, Environnement » le 9 décembre 2004.

⁶⁴ Les coûts externes liés à la pollution engendrée par le mode de production des produits étant ici très restreints dès lors qu'on se trouve justement dans le cadre d'un marché de produits biologiques, dont le mode de production se caractérise par son respect pour l'environnement.

⁶⁵ Cette analyse est cependant à nuancer. Les producteurs locaux ne seront pas forcément les moins polluants dès lors qu'une livraison par bateau ou par voie ferrée pourrait s'avérer plus respectueuse de l'environnement. Il s'agira ici d'une appréciation au cas par cas.

A notre sens, un tel critère pourrait être considéré par le juge comme lié à l'objet du marché dès lors que la vocation même d'un produit biologique est d'être respectueuse de l'environnement.

En effet, bien que l'agriculture biologique se limite à être un système global de production agricole respectant l'environnement⁶⁶, il nous semble que par extension un tel produit doit pouvoir se retrouver dans les assiettes des consommateurs grâce à des moyens de transports, eux-aussi, plus respectueux de l'environnement. Cela rejoint l'analyse de la Commission européenne qui souligne que la charge environnementale d'un produit ne doit pas être déplacée d'un stade de son cycle de vie à un autre⁶⁷.

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 vie⁶⁸.

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 offres⁶⁹.

Il conviendra donc au préalable pour les acheteurs de dégager une méthode fiable et non-discriminatoire de calcul du coût du cycle de vie⁷⁰.

III-2-3. Pondération des critères

Au vu des différents critères de choix des offres qui peuvent être utilisés par le pouvoir adjudicateur, il convient d'apporter quelques précisions sur leurs modalités de pondération.

Il convient de souligner, une fois encore, que le prix n'est pas un critère d'attribution obligatoire : il importe simplement que les critères retenus permettent de déterminer l'offre

⁶⁶ Cf. la définition donnée par le Codex alimentarius (directives concernant la production, la transformation, l'étiquetage et la commercialisation des aliments issus de l'agriculture biologique, Commission du Codex alimentarius, CAC/GL 32. 1999, Point 7).

⁶⁷ Cf. Communication de la Commission européenne du 18 juin 2003 précitée, point 3 et Guide « Acheter Vert ! » de 2005 précité, p. 4.

⁶⁸ 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.

⁶⁹ Cf. arrêt « *EVN AG, Wienstrom GmbH* » du 4 décembre 2003 précité.

⁷⁰ 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 ».

économiquement la plus avantageuse et soient suffisamment précis pour respecter les exigences de transparence de la procédure⁷¹.

Ainsi, un acheteur public peut, par exemple, utiliser le critère esthétique en lui donnant une place prépondérante sous réserve qu'il fournisse des indications sur ses attentes en la matière dans le cahier des charges⁷².

La personne publique aura alors l'obligation de respecter la pondération des critères qu'elle a elle-même fixé dans le règlement de la consultation⁷³.

Il n'est pas non plus nécessaire que chacun des critères d'attribution présente pour le pouvoir adjudicateur un avantage économique, mais que, pris ensemble (critères économiques et environnementaux confondus), les critères d'attribution permettent de déterminer le meilleur rapport qualité/prix.

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 européenne⁷⁴.

Tout produit dont les performances seront supérieures au niveau minimal requis pourra recevoir des points supplémentaires dont il sera tenu compte dans la phase d'attribution⁷⁵.

En conséquence, le choix des critères d'attribution se révélera déterminant pour favoriser le développement durable et, en ce sens, rapprocher les lieux de production des lieux de consommation.

Minimiser l'impact du transport et donc favoriser la production locale pourrait passer par différents critères, à savoir :

- un critère « *délai de livraison* » spécifiant un délai relativement court pour permettre de favoriser les produits frais, et donc les produits proches ;

⁷¹ CE, 28 avril 2006, *Cne de Toulouse*, req. n° 280197.

⁷² Arrêt « *Commune de Toulouse* » du 28 avril 2006 précité.

⁷³ TA Lyon, 11 juillet 2002, *Sté Avenance Enseignement*, req. n° 0202689, 0202690.

⁷⁴ Arrêt « *EVN AG, Weinstrom GmbH* » précité.

⁷⁵ Exemple cité par le guide « *Acheter Vert !* », p.33 : « *Dans ces spécifications techniques, un pouvoir adjudicateur a posé comme condition que les équipements de nettoyage ne devaient pas consommer plus de 3kWh d'électricité. Le pouvoir adjudicateur peut ensuite récompenser les équipements les plus performants en indiquant dans les critères d'attribution que, lors de l'évaluation des offres, des points supplémentaires seront attribués aux équipements consommant moins de kWh que le minimum exigé* ». Un exemple de rédaction d'une telle clause est proposé : « *Lors de l'évaluation des offres, des points supplémentaires seront attribués aux produits consommant le moins de 3 kWh que le minimum exigé.* » (cf. p. 34 de guide « *Acheter Vert !* »).

- un critère « *qualité* » ;

- un critère environnemental qui pourrait notamment être divisé en sous-critères dont un sous-critère « *coût du cycle de vie* » ;

- et un critère « *coût du cycle de vie* » pour lequel le pouvoir adjudicateur devra nécessairement être en mesure de proposer une méthode de calcul transparente.

Dans tous les cas, ces critères devront être rédigés de telle manière qu'ils ne soient pas discriminatoires et qu'ils soient liés à l'objet du marché.

L'attention de l'acheteur public devra également se porter sur la pondération affectée à ces différents critères.

* *
*

EN CONCLUSION

Au terme de notre étude, il ressort que :

➤ L'introduction d'une considération tenant à la proximité du lieu de production est illicite dès lors qu'elle contrevient aux principes de liberté d'accès à la commande publique et d'égalité de traitement.

Les conditions de bonne exécution d'un marché public de fournitures de denrées alimentaires biologiques ne peuvent pas justifier, à notre sens, le recours à une telle considération.

➤ En revanche, l'acheteur public pourrait encourager les producteurs d'agriculture biologique locaux tout au long de la procédure de passation en utilisant les divers outils « *développement durable* » mis en place par le code des marchés publics 2006.

Si chaque outil pris individuellement semble insuffisant pour favoriser les producteurs locaux, il nous semble que le cumul de ces divers instruments dans une même procédure permettrait de rapprocher les lieux de production des lieux de consommation.

➤ Concernant la forme du marché et la définition des besoins, l'acheteur devrait pouvoir utiliser les outils suivants :

- Quand les conditions du marché public envisagé le permettent, passer un marché public alloti ;

- Procéder à la publication de ses annonces dans un journal local et/ou spécialisé en environnement afin de toucher les producteurs locaux ;

- Spécifier dès l'objet du marché que celui-ci prendra en compte le développement durable ;
- Définir les spécifications techniques de façon à mettre en avant les produits locaux ;
- Spécifier des conditions d'exécution « *vertes* » ;
- Introduire des variantes et/ou options « *développement durable* ».

➤ La possibilité ouverte par l'article 53-IV du code des marchés publics d'instaurer un droit de préférence pour les SCOP et les groupements agricoles à équivalence d'offre devrait également être utilisée pour favoriser la production locale.

➤ Enfin, concernant cette fois les critères d'attribution, le pouvoir adjudicateur pourrait mettre en place :

- Un critère « *délai de livraison* » ;
- Un critère « *qualité* » ;
- Un critère environnemental ;
- Et un critère additionnel ou un sous-critère du critère environnemental « *coût du cycle de vie* ».

Concernant spécifiquement ce dernier critère, inédit en jurisprudence, il semble, à notre sens, que dans le cadre d'un marché de fournitures de produits biologiques, un tel critère soit effectivement lié à l'objet du marché, et donc susceptible d'être utilisé par l'acheteur public.

Reste qu'il devra faire l'objet d'une méthode de calcul fiable et transparente afin de ne pas laisser une liberté de choix discrétionnaire à la personne publique, qui serait alors sanctionné par le juge administratif.

➤ En dernier lieu, il convient de souligner que la démarche « *développement durable* » étant encore relativement nouvelle, elle requiert d'être clairement intégrée dans les orientations générales des politiques d'achats. Dans les collectivités territoriales, la mise en œuvre de ces clauses de développement durable sera facilitée par un engagement de nature politique qui résultera d'une délibération exprimant cette volonté. Cette démarche active rejoindrait ainsi plus largement la volonté politique nationale de prendre en compte l'environnement dans les marchés publics (cf. Plan national d'action pour des achats publics durables).

Communication et suites de l'étude

Les conclusions de cette étude ont été présentées au Ministère des Finances. Nous présenterons les conclusions à Mme Bergeal, Directrice des Affaires Juridiques du Ministère des Finances avec qui nous n'avons pas pour l'instant eu la possibilité d'obtenir un rendez-vous.

La presse spécialisée dans les collectivités territoriales et les marchés publics a déjà publié les conclusions de l'étude :

- La Gazette des Communes ;
- CP-ACCP ;
- Localtis ;
- Décisions achats/Acheteurs publics ;
- La Revue des Contrats Publics du Moniteur.

Nous avons également eu la possibilité de faire une conférence sur le sujet devant des représentants des collectivités locales à l'EFE (Edition Formation Entreprise) ainsi qu'à Biofach, salon annuel de la bio à Nuremberg, devant une assemblée de personnes en charge du développement de la restauration collective bio en Europe.

Par ailleurs la FNAB et le Groupement d'Agriculteurs Bio d'Ile de France organisent un voyage d'études à Rome, dont la municipalité a introduit à peu près 70 % de produits biologiques locaux dans les menus de la restauration collective à partir d'un marché public qui fait aujourd'hui figure de référence en matière d'environnement.

L'étude a fait l'objet d'une formation dispensée par Me Loiré et Me Berthelot auprès des animateurs des groupements de producteurs adhérents de la FNAB qui ont pu en relayer les conclusions auprès des collectivités locales de leurs territoires.

Une plaquette de communication présentant les conclusions de l'étude de manière synthétique sera mise à la disposition des collectivités locales et des acheteurs publics.

L'étude étant particulièrement technique il a été décidé par le comité de pilotage de prolonger l'étude en rédigeant un cahier des charges type dont le cahier des clauses techniques particulières serait le cœur. Ce CCTP type sera mis à la disposition des collectivités qui désirent introduire des produits biologiques dans leurs marchés publics en garantissant à leur marché une plus grande cohérence environnementale.