



HAL
open science

Les enjeux du coût du cycle de vie dans les marchés publics : entre durabilité de l'achat et préservation de la concurrence

Léo Bazin

► To cite this version:

Léo Bazin. Les enjeux du coût du cycle de vie dans les marchés publics : entre durabilité de l'achat et préservation de la concurrence. Droit. 2018. dumas-01845117

HAL Id: dumas-01845117

<https://dumas.ccsd.cnrs.fr/dumas-01845117v1>

Submitted on 20 Jul 2018

HAL is a multi-disciplinary open access archive for the deposit and dissemination of scientific research documents, whether they are published or not. The documents may come from teaching and research institutions in France or abroad, or from public or private research centers.

L'archive ouverte pluridisciplinaire **HAL**, est destinée au dépôt et à la diffusion de documents scientifiques de niveau recherche, publiés ou non, émanant des établissements d'enseignement et de recherche français ou étrangers, des laboratoires publics ou privés.



Faculté de Droit et
de Science Politique
Aix*Marseille Université

MEMOIRE

Pour l'obtention du diplôme

**Les enjeux du coût du cycle de vie dans les marchés publics : entre
durabilité de l'achat et préservation de la concurrence.**

Par M. Léo BAZIN

Mémoire réalisé sous la direction de M. Florian LINDITCH



Faculté de Droit et
de Science Politique
Aix*Marseille Université

MEMOIRE

Pour l'obtention du diplôme

**Les enjeux du coûts du cycle de vie dans les marchés publics :
entre durabilité de l'achat et préservation de la concurrence.**

Par M. Léo BAZIN

Mémoire réalisé sous la direction de M. Florian LINDITCH

Les opinions exprimées dans ce mémoire sont celles de l'auteur et ne sauraient en aucun cas engager le directeur de mémoire ou la Faculté de Droit et de Science Politique d'Aix-en-Provence.

MOTS-CLES :

Commande publique – Marchés publics – Cycle de vie – Développement durable –
Concurrence – Discrimination – Social – Environnement – Pouvoirs adjudicateurs –
Opérateurs économiques.

REMERCIEMENTS

Je tiens à remercier chaleureusement mon directeur de mémoire, le Professeur Florian LINDITCH, pour sa disponibilité tout au long de l'élaboration de cette étude et pour avoir su m'aiguiller dans la bonne direction.

SOMMAIRE

Introduction

Partie 1 : Le coût du cycle de vie : une notion complexe permettant d'affiner les besoins des acheteurs publics en matière de développement durable

Chapitre 1 : Une complexité liée à l'étendue de la notion de développement durable

Chapitre 2 : Le coût du cycle de vie dans la phase de définition des besoins : vecteur d'internalisation des externalités du contrat

Partie 2 : L'existence d'entraves structurelles à la pleine intégration du coût du cycle de vie dans les marchés publics

Chapitre 1 : Des moyens humains, techniques et financiers peu adaptés pour en assurer le contrôle

Chapitre 2 : Une conciliation difficile avec la préservation de la concurrence

Conclusion

TABLE DES ABREVIATIONS

JURIDICTIONS :

TA	Tribunal administratif
CAA	Cour administrative d'appel
CE	Conseil d'Etat
CJCE	Cour de Justice des Communautés européennes.
CJUE	Cour de Justice de l'Union Européenne

INTRODUCTION :

Le décret Millerand relatif aux conditions de travail dans les marchés passés au nom des communes et des établissements publics de bienfaisance, promulgué le 10 août 1899, imposait déjà l'insertion, dans les marchés publics, de clauses sociales relatives aux conditions de travail¹. Il permet notamment à l'administration de fixer un plafond maximal d'étrangers employés dans des travaux entrepris à la suite de marchés passés par l'Etat, les départements ou les communes, et impose aux entreprises de ne faire appel à de la main d'œuvre étrangère que dans des proportions comprises entre 5% et 30% des effectifs. Ainsi, cela fait plus d'un siècle que les marchés publics sont appréhendés pour être le corollaire des orientations sociales décidées par le pouvoir politique.

Toutefois, il faut attendre les années 1990 pour que les pouvoirs publics se saisissent réellement de l'opportunité offerte par les marchés publics de remplir un rôle social, en plus de leur fonction traditionnelle. Cette dernière consiste, dans leur appréhension française, en un caractère instrumental, c'est-à-dire que l'achat public doit satisfaire les besoins de l'administration. Il vise à procurer des services, fournitures ou encore des travaux aux collectivités publiques, et ce dans les meilleures conditions de qualité et de coût². En complément de cette approche, la circulaire du 14 décembre 1995 préconise la prise en compte d'actions en matière d'insertion et d'emploi dans les marchés publics de travaux³. Elle dispose deux voies pouvant être suivies afin de procéder à une action d'insertion au sein d'un marché public : « soit le maître d'ouvrage fait de l'action d'insertion une modalité obligatoire d'exécution du marché (...) soit le maître d'ouvrage prévoit, comme faisant partie de l'objet du marché, des prestations concernant l'insertion ». En 1998, le législateur va même jusqu'à intégrer dans le projet de loi relative à la lutte contre les exclusions un amendement légitimant le recours au mieux-disant social. Bien que cette préconisation ait été censurée par le Conseil Constitutionnel en raison d'un cavalier législatif⁴, elle illustre la tendance grandissante de l'infiltration, dans les marchés publics, des orientations sociales en matière d'emploi.

¹ Bréchon-Moulènes V.C., « Le marché public au service de l'emploi local ? », *MTPB*, 17 juin 1994, p.58.

² Pongérard-Payet H., « Critères sociaux et écologiques des marchés publics : droits communautaire et interne entre guerre et paix », *Europe*, octobre 2004, étude 10.

³ Circulaire du ministre de l'Équipement, du Logement, des Transports et du Tourisme du 14 décembre 1995, « Prise en compte d'actions en matière d'insertion et d'emploi dans les marchés publics de travaux », *MTPB*, 22 Décembre 1995, cahier « textes officiels », p.202.

⁴ Décision n°98-403-DC du 29 juillet 1998.

Dès cette période, deux camps s'opposent quant à cette utilisation de la commande publique comme relai de la politique sociale. Il y a ceux qui pensent qu'elle est légitime et peut être utilisée en tant qu'objet d'insertion pour des personnes en situation d'emploi précaire ; et ceux qui pensent qu'elle doit se cantonner à son rôle premier de satisfaction des besoins de l'administration au meilleur prix. En 1996, le commissaire du gouvernement Fratacci souligne ainsi que vouloir faire de la politique de l'emploi un critère de choix des offres revient à nier le caractère instrumental de la commande publique. Ce dernier est, à l'époque, établi à l'article 1^{er} du Code des marchés publics, et l'on se rapprocherait alors d'une « erreur de droit au regard de la finalité de la commande publique »⁵.

Parallèlement à cela, une autre évolution, cette fois issue du droit international, vient bouleverser le rôle que l'on souhaite voir dévolu à la commande publique. Il s'agit du rapport « Notre avenir à tous », dit rapport Brundtland, rédigé en 1987 par la Commission mondiale sur l'environnement et le développement de l'Organisation des Nations-Unies. Utilisé comme base au Sommet de la Terre de 1992, il y est mentionné pour la première fois la notion de développement durable. Il lui est donné la définition suivante : « un mode de développement qui répond aux besoins des générations présentes sans compromettre la capacité des générations futures de répondre aux leurs. Deux concepts sont inhérents à cette notion : le concept de « besoins » (...) et l'idée de limitations que l'état de nos techniques et de notre organisation sociale impose sur la capacité de l'environnement à répondre aux besoins actuels et à venir ». Une des préoccupations majeures de la communauté internationale, et qui contamine peu à peu les Etats, devient alors la nécessité de respecter l'environnement naturel dans un souci de solidarité vis-à-vis des générations futures, tout en préservant un environnement social sain pour les générations présentes.

Alors même que la commande publique représente, en 2014, 10% du PIB français pour un montant de 200 milliards d'euros - marchés des collectivités territoriales, de l'Etat, des entreprises publiques ainsi que les concessions – Hélène Pongérard-Payet se demande à juste titre si l'on ne pourrait pas profiter de l'achat public pour servir une politique sociale et écologique proche des préoccupations des citoyens⁶. En d'autres termes, les personnes publiques peuvent-elles faire des marchés publics des vecteurs de la lutte contre le chômage et la dégradation de l'environnement ?

⁵ CE, 10 mai 1996, FNTP.

⁶ *Op. Cit.* Pongérard-Payet H. (2004).

Si le droit international donne la première impulsion à ce qui s'avère être un changement fondamental dans la façon on aborde le rôle qui incombe à la commande publique, c'est bien le droit communautaire qui en définira prioritairement les approches et qui influence durablement le droit interne. Dans un premier temps, les directives « marchés publics » ne poursuivent pas non plus d'objectifs sociaux ou écologiques. Elles visent prioritairement à assurer une concurrence effective entre les agents économiques européens et optimiser la performance de l'achat public⁷. En effet, ni le Code des marchés publics antérieur à 2001, ni les directives antérieures à celle du 31 mars 2004⁸, ne contiennent de règle sur la prise en compte de critères sociaux et environnementaux.

Pourtant, la directive « Marchés publics » n°2014/24/UE vient concrétiser un mouvement de prise en compte progressive des critères économiques, sociaux et environnementaux dans les marchés publics. Dès lors, l'achat public est envisagé comme une fonction permettant de remplir, indirectement, les nouveaux objectifs de l'Union Européenne⁹. Trois préoccupations traversent désormais l'acte d'achat pour le droit communautaire : un meilleur rapport qualité-prix, une égalité concurrentielle et l'emploi des personnes défavorisées couplé à la protection de l'environnement.

Si l'on se penche précisément sur les apports de cette directive, nous constatons qu'elle substitue à la notion d' « offre économiquement la plus avantageuse », mentionnée dans la directive de 2004, celle de « meilleur rapport qualité-prix »¹⁰. Ainsi, la nouvelle directive privilégie la notion de coût sur celle de prix. Philippe Cossalter y décèle la volonté d'une approche plus globale se référant à « toutes les charges évaluables en argent qui accompagnent la valeur monétaire (entretien etc.) »¹¹. Dans l'appréhension en terme de coûts, la directive propose enfin la prise en compte de l'ensemble du cycle de vie.

⁷ Martin-Genier V.P., « Le respect de l'environnement : un critère à part entière », *La revue des marchés publics des CT*, n°38, avril 2003, p.5.

⁸ Directive 2004/18/CE du Parlement Européen et du Conseil, du 31 mars 2004, relative à la coordination des procédures de passation des MP de travaux, de fournitures et de services.

⁹ Cossalter P., « Le coût du cycle de vie, nouveau Graal des acheteurs publics ? », *Contrats et Marchés publics* n°6, juin 2014, Dossier 10.

¹⁰ Article 67 de la directive n°2014/24/UE.

¹¹ *Op. Cit.* Cossalter P. (2014).

La transposition des directives européennes de 2014 en droit interne a entraîné une refondation du droit des marchés publics en substituant au Code des marchés publics de 2006 la nouvelle ordonnance du 23 Juillet 2015¹². Elle est précisée par un décret d'application en date du 25 Mars 2016¹³. Ces textes juridiques font part de la notion de « prix » et de « coût » sans les opposer. Ainsi, elle définit les marchés publics comme « des contrats conclus à titre onéreux par un ou plusieurs acheteurs (...) avec un ou plusieurs opérateurs économiques, pour répondre à leurs besoins en matière de travaux, de fournitures ou de services »¹⁴.

De plus, le décret apporte une définition précise du coût du cycle de vie. Il s'agit ainsi des « coûts supportés par l'acheteur ou par d'autres utilisateurs tels que les coûts liés à l'acquisition, les coûts liés à l'utilisation comme la consommation d'énergie et d'autres ressources (...) » mais également des « coûts imputés aux externalités environnementales liés au produit, au service ou à l'ouvrage pendant son cycle de vie, à condition que la valeur monétaire puisse être déterminée et vérifiée (...) »¹⁵. Cette notion de coût du cycle de vie entre donc en complément, et non en contradiction, de celle de prix ou de valeur monétaire. De plus, son importance croissante dans le droit des marchés publics est directement influencée par des exigences supérieures de politique environnementale, et notamment par la loi du 17 août 2015 qui incite les acheteurs publics à adopter une vision économique englobante et exigeante sur le plan environnemental¹⁶.

Cette évolution en faveur d'une commande publique plus écologique vient de franchir une nouvelle étape avec l'adoption en 2017 de la première norme internationale ISO 20400 en faveur de la promotion des achats responsables.

Les avantages théoriques que l'intégration du coût du cycle de vie doit apporter sont : l'évaluation de l'impact environnemental du produit, le repérage de l'offre économiquement la plus avantageuse et la plus soutenable, la prévention des futurs besoins budgétaires et l'anticipation des coûts entre acteurs externes et internes tout au long du cycle¹⁷. Dans une perspective de développement durable telle qu'énoncée par le rapport Brundtland, nous pensons qu'il est pertinent de joindre un caractère social à celui environnemental présent dans

¹² Ordonnance n°2015-899 du 23 juillet 2015 relative aux marchés publics.

¹³ Décret n°2016-360 du 25 mars 2016 relatif aux marchés publics.

¹⁴ Article 4 de l'ordonnance du 23 juillet 2015.

¹⁵ Article 63 du décret du 25 mars 2016.

¹⁶ Loi n°2015-992 du 17 août 2015 relative à la transition énergétique pour la croissance verte.

¹⁷ Ordiges, « Le coût du cycle de vie et les achats publics », *ordiges.com* (en ligne), 5 juillet 2017. Consulté le 6 avril 2018.

la définition du coût du cycle de vie. En effet, les coûts liés à l'acquisition ou bien à la conception du produit induisent la prise en considération du personnel employé par l'opérateur économique ou son sous-traitant.

Bien que les intentions soient tout à fait louables, il est nécessaire de s'interroger sur la conciliation entre ces exigences socio-environnementales et les objectifs traditionnels de la commande publique. Cette dernière doit permettre de répondre aux besoins des pouvoirs adjudicateurs en étant efficace et en assurant la bonne utilisation des deniers publics. L'ordonnance du 23 juillet 2015 rappelle d'ailleurs les principes intrinsèques de la commande publique, à savoir ceux « de liberté d'accès à la commande publique, d'égalité de traitement des candidats et de transparence des procédures »¹⁸. Le deuxième principe énoncé suppose une concurrence dénuée de toute entrave entre opérateurs économiques pour répondre aux appels d'offres des pouvoirs adjudicateurs. Le contrôle du coût du cycle de vie n'est cependant pas aisé puisqu'il est difficile de recenser exactement les éléments à introduire dans sa définition, et qu'il nécessite d'importants moyens techniques et humains pour concrétiser son évaluation. À cet égard, nous craignons le risque d'une concurrence faussée entre les opérateurs économiques ayant des moyens importants et les petites structures, alors même que l'accès des PME aux marchés publics est censé devoir être facilité.

De ce fait, dans quelle mesure la complexité du coût du cycle de vie entrave-t-elle l'équilibre entre préservation de la concurrence et prise en compte du développement durable dans la commande publique ?

Si le coût du cycle de vie participe à affiner les besoins des acheteurs publics en matière de développement durable malgré sa complexité (**Partie 1**), il n'en demeure pas moins que son contrôle est rendu délicat pour les pouvoirs adjudicateurs et ne concilie qu'imparfaitement une concurrence effective avec une politique d'achat responsable (**Partie 2**).

¹⁸ Article 1 de l'ordonnance du 23 juillet 2015.

PARTIE 1 : LE COÛT DU CYCLE DE VIE : UNE NOTION COMPLEXE PERMETTANT D’AFFINER LES BESOINS DES ACHETEURS PUBLICS EN MATIÈRE DE DÉVELOPPEMENT DURABLE.

Le coût du cycle de vie dans les marchés publics acquiert une importance proportionnelle à celle de la notion de développement durable dans le débat public. Les deux notions sont intrinsèquement liées, et la souplesse régulièrement admise quant au contenu couvert par le développement durable se répercute sur celui couvert par le coût du cycle de vie. Cela en fait donc une notion polysémique et complexe à définir (**Chapitre 1**). Cependant, le coût du cycle de vie a le mérite de poser les bases des critères à prendre en considération par les acheteurs publics dans la phase de définition des besoins, dans une démarche d’ « écologisation des marchés publics »¹⁹ (**Chapitre 2**).

CHAPITRE 1 : UNE COMPLEXITÉ LIÉE À L’ÉTENDUE DE LA NOTION DE DÉVELOPPEMENT DURABLE :

Dans ce premier chapitre, nous allons revenir succinctement sur les différents aspects revêtus par la notion de développement durable afin de poser clairement les bases de l’utilisation du coût du cycle de vie dans la commande publique. Nous ferons part également de la convergence progressive entre droit communautaire et interne pour l’acceptation des critères environnementaux et sociaux dans les marchés publics (**Section 1**). Ensuite, nous rentrerons plus avant dans l’étude de la polysémie du coût du cycle de vie afin de comprendre les enjeux de son intégration dans la commande publique (**Section 2**).

Section 1 : Aux origines des critères sociaux et environnementaux dans la commande publique française :

Avant de traiter en détail la notion de coût du cycle de vie, il nous paraît important d’en expliquer la genèse, et de faire part de la progressive acceptation des critères sociaux et environnementaux dans la commande publique grâce à la convergence des droits communautaire et interne.

¹⁹ *Op. Cit.* Cossalter P. (2014).

Paragraphe 1 : L'influence déterminante de la notion de développement durable :

Le développement durable résulte d'une lente gestation. L'acte initial de sa genèse est considéré comme étant la conférence des Nations-Unies tenue à Stockholm en 1972. Elle sert alors de cadre pour un débat mondial sur les problèmes environnementaux causés par la croissance démographique et, plus généralement, les activités anthropiques²⁰. Les négociations entre pays du Nord et pays du Sud aboutissent alors au concept d'écodéveloppement, préfiguration de celui de développement durable.

L'acte de naissance de ce dernier est véritablement le rapport Brundtland de 1987. Selon Moïse Tsayem Demaze, cette conception du développement est singulière car « elle place l'Homme au centre des préoccupations, en le mettant devant ses responsabilités et en le prévenant des risques qu'il encourt et fait encourir à la Terre (...) »²¹. L'annexe 1 du rapport appelle à la constitution d'une solidarité internationale en mettant l'accent sur le double enjeu du développement durable : l'amélioration du bien-être et la résorption des inégalités sociales. La priorité est donc accordée à la préservation de la planète en priorisant des modes de vie qui ne compromettent pas son avenir et qui soient respectueux de l'environnement.

Le développement durable est un concept au contenu difficile à cerner, et c'est ce qui explique en partie la complexité du coût du cycle de vie comme nous l'analyserons plus loin dans l'étude. En effet, en saisir la pleine signification induit que l'on aille au-delà de la définition proposée dans le rapport Brundtland, et que nous avons rappelée en introduction. Classiquement, le développement durable comporte trois domaines de définition : le domaine social, économique et environnemental. Il se définit alors comme « un développement efficace économiquement tout en étant socialement équitable et écologiquement durable »²². Différentes combinaisons de ces trois piliers sont alors possibles : une durabilité écologique sans équité sociale ou encore une équité sociale sans viabilité économique.

Le développement durable est donc la notion qui, sans aucun doute, a inspiré en partie le législateur - européen puis national - pour intégrer le coût du cycle de vie dans la commande publique. Cette dernière se fait le vecteur des piliers du développement durable : un achat

²⁰ Tsayem Demaze, M., « Paradoxes conceptuels du développement durable et nouvelles initiatives de coopération Nord-Sud : le Mécanisme pour un Développement Propre (MDP) », *Cybergeo : European Journal of Geography* (en ligne), mars 2009. Consulté le 9 avril 2018.

²¹ *Ibid.*

²² *Ibid.*

public viable économiquement, qui soit respectueux des normes environnementales et participe à l'insertion de publics en difficulté. Toutefois, pour que le cycle de vie soit pris en compte, il a fallu un processus de dépassement des divergences initiales entre droit communautaire et droit interne afin de retenir des considérations sociales et environnementales dans les marchés publics.

Paragraphe 2 : La divergence initiale des droits communautaire et interne pour l'acceptation de critères sociaux et environnementaux dans la commande publique :

Nous nous sommes d'abord appuyés sur l'article d'Hélène Pongérard-Payet²³ afin d'expliquer les sources initiales de divergence entre le droit communautaire et le droit interne. Ensuite, nous expliciterons les éléments de rapprochement entre ces derniers.

Dans un premier temps, ces deux formes de droit sont loin de connaître une parfaite symbiose. En effet, la conception française privilégie un achat public à caractère instrumental, c'est-à-dire qui ne serait que l'outil de satisfaction des besoins de l'administration. Les conditions de qualité et de coût monétaire sont privilégiées. La plus haute juridiction administrative affirmera même que « le principe tout à fait essentiel de la neutralité de la réglementation des marchés publics correspond à l'idée selon laquelle la dépense publique qui s'effectue à l'occasion d'un marché ne doit pas être l'instrument d'autre chose que la réalisation du meilleur achat au meilleur coût »²⁴. La conception communautaire considère également que l'achat public ne doit pas poursuivre d'objectifs sociaux ou environnementaux, mais met l'accent sur la nécessaire performance de l'achat public couplée à l'effectivité de la concurrence entre agents économiques.

Les principaux éléments de divergence résident dans le fait que la jurisprudence communautaire s'affirme plutôt en faveur d'un critère additionnel d'attribution des marchés, concernant un critère social ou écologique, tandis que le droit interne apparaît a priori plutôt favorable à la condition d'exécution²⁵.

Ainsi, dans une affaire où la région française du Nord-Pas-de-Calais et le département du Nord avaient publié plusieurs avis de marchés concernant la construction de bâtiments scolaires, un critère additionnel lié à la lutte contre le chômage apparaissait dans les critères

²³ *Op. Cit.* Pongérard-Payet H. (2004).

²⁴ CE, 25 juillet 2001, Commune de Gravelines.

²⁵ *Op. Cit.* Pongérard-Payet H. (2004).

de jugement des offres²⁶. La Cour de Justice a considéré que le mieux-disant social pouvait constituer un critère licite d'attribution du marché, étant donné que la directive travaux n'interdisait pas son utilisation²⁷.

À l'inverse, le Conseil d'Etat va, un an plus tard, aller à l'encontre de l'interprétation de la Cour de Justice. En l'espèce, l'affaire concerne un marché de déblaiement de fossé et de dépollution des déblais dans la commune de Gravelines. Cette dernière insère dans le règlement de consultation un critère additionnel relatif aux « propositions concrètes faites par les soumissionnaires en matière de création d'emplois, d'insertion et de formation »²⁸. Le Conseil d'Etat enjoint alors la commune de supprimer ce critère. En l'occurrence, c'est bien l'absence de rapport avec l'objet du marché ou ses conditions d'exécution qui est condamnée, et non le critère du mieux-disant social en lui-même. La haute juridiction administrative a pu prendre appui sur le décret du 7 mars 2001 qui range les aspects sociaux et environnementaux parmi les conditions d'exécution du marché²⁹.

Paragraphe 3 : La convergence progressive des droits communautaire et interne :

Selon Hélène Pongérard-Payet, c'est bien sous « la pression du développement durable » que s'opère la convergence en matière d'achat public écologique. Cette dernière est effective concernant le critère environnemental, notamment sous l'impulsion du Traité d'Amsterdam qui rend obligatoire l'intégration d'exigences environnementales dans les politiques de l'Union Européenne. De plus, la Commission Européenne publie, en novembre 2001, une communication interprétative sur les possibilités d'intégrer des considérations environnementales dans les marchés publics³⁰. La Cour de Justice précise également que les critères de choix de l'offre la plus économiquement avantageuse ne doivent pas nécessairement être strictement monétaires. En l'espèce, un marché était passé par la ville d'Helsinki pour la gestion de son réseau d'autobus. Le règlement de consultation prévoyait l'attribution de points supplémentaires pour les candidats s'engageant à respecter un niveau d'émission d'azote. Evincée à l'issue de la procédure, la société Concordia a contesté la légalité du critère écologique. Toutefois, la Cour estime qu'un pouvoir adjudicateur peut

²⁶ CJCE, 26 septembre 2000, Commission c/ France.

²⁷ Article 30 de la directive 97/37/CE.

²⁸ CE, 25 juillet 2001, Commune de Gravelines.

²⁹ Décret n°2001-210 du 7 mars 2001 portant Code des marchés publics.

³⁰ Comm. Interp. du 4 juillet 2001, « Le droit communautaire applicable aux marchés publics et les possibilités d'intégrer des considérations environnementales dans lesdits marchés ».

prendre en compte des critères écologiques si et seulement si : ils sont liés à l'objet du marché, ils ne confèrent pas une liberté inconditionnée de choix au pouvoir adjudicateur, ils sont expressément mentionnés dans l'avis de marché et respectent les principes fondamentaux du droit communautaire³¹.

En parallèle, le droit interne s'aligne progressivement sur le droit communautaire. Le Code des marchés publics de 2004 ajoute à la liste des critères de choix de l'offre la plus économiquement avantageuse celui des « performances de l'offre en matière de protection de l'environnement »³². Il confère au critère environnemental plus de « sécurité juridique en lui décernant le statut de critère réglementaire d'attribution en lieu et place du statut de critère additionnel d'attribution »³³.

Concernant le critère social, c'est encore le Traité d'Amsterdam qui s'en fait le catalyseur, en faisant de la promotion de l'emploi un objectif communautaire. Dans le cadre d'une communication interprétative d'octobre 2001, la Commission Européenne considère que « c'est avant tout au stade de l'exécution qu'un marché public peut constituer un moyen pour les pouvoirs adjudicateurs d'encourager la poursuite d'objectifs sociaux ». De plus, la directive « Marchés publics » du 31 mars 2004 permet le recours au critère social additionnel. La condition de lien avec l'objet du marché doit s'appliquer aux aspects sociaux également. Le juge administratif a toujours condamné l'absence de lien entre le critère social de lutte contre le chômage et le marché en cause. En revanche, il a parfois considéré qu'un critère écologique était en rapport avec l'objet d'un marché de travaux, ce dernier devant être exécuté dans une zone écologiquement sensible³⁴.

De manière plus globale, l'ordonnance du 23 juillet 2015 dispose également que « les conditions d'exécution d'un marché public peuvent prendre en compte des considérations relatives à l'économie, à l'innovation, à l'environnement, au domaine social ou à l'emploi, à condition qu'elles soient liées à l'objet du marché public »³⁵. Le texte ajoute par ailleurs que « sont réputées liées à l'objet du marché public les conditions d'exécution qui se rapportent (...) à n'importe quel stade de leur cycle de vie (...) ». Il s'agit donc d'une prise en compte

³¹ CJCE, 17 septembre 2002, Concordia Bus Finland.

³² Décret n°2004-15 du 7 janvier 2004 portant Code des marchés publics.

³³ *Op. Cit.* Pongérard-Payet H. (2004).

³⁴ TA Montpellier, ord., 31 juillet 2001, SA Guintoli c/ Commune de Leucate.

³⁵ Article 38 de l'ordonnance du 23 juillet 2015.

claire du coût du cycle de vie dans la commande publique, bien que la relation de ce dernier avec l'objet du marché soit concrètement difficile à démontrer comme nous l'observerons.

Section 2 : Le coût du cycle de vie : une synthèse des critères sociaux et environnementaux dans la commande publique :

Nous verrons que le coût du cycle de vie tire sa complexité de sa polysémie. Il s'agit d'une notion comportant différentes approches englobant des éléments parfois divers (coûts directs/indirects ; en amont/en aval etc.). Nous aborderons également la clarification tentée par la Direction des Affaires Juridiques (DAJ) du Ministère de l'Economie et des Finances dans sa Notice introductive pour la « prise en compte du coût du cycle de vie dans une consultation ».

Paragraphe 1 : Un concept polysémique et complexe :

Dans un article incontournable sur le coût du cycle de vie, Philippe Cossalter décrit l'origine et le contenu de cette notion³⁶. Cette dernière étant censée être un vecteur du développement durable, il nous semble logique qu'elle tente d'en embrasser tous les aspects, quitte à accroître la confusion dans l'esprit des pouvoirs adjudicateurs pour son application concrète.

Dans un premier temps, il explique que la notion de coût serait à multiples facettes. En règle générale, le coût est utilisé en économie, en comptabilité ainsi qu'en droit. M. Cossalter fait remonter à l'après-Seconde guerre mondiale la préoccupation d'analyse en terme de coûts. C'est ainsi qu'en 1946 est créé le Comité central d'enquête sur le coût et le rendement des services publics. Actuellement, l'analyse selon le bilan coûts/avantages est au cœur de la rationalisation budgétaire.

Il est possible d'effectuer une analyse en terme de coût global. Il s'agit, par exemple, du sens retenu pour l'évaluation préalable aux marchés de partenariat, qui nécessitent un bilan coûts/avantages positif³⁷. L'expression des besoins en coût global doit alors tenir compte de trois facteurs : l'intégration des « objectifs et paramètres les plus globaux possibles », la mention de la volonté du pouvoir adjudicateur de tenir compte « des impacts économiques, sociaux et environnementaux de ses achats » et la mise en place, par le maître d'ouvrage, d'un

³⁶ *Op. Cit.* Cossalter P. (2014).

³⁷ Article 75 de l'ordonnance du 23 juillet 2015.

échelon de contrôle « apte à intervenir sous le même cahier des charges à toutes les étapes du projet »³⁸.

Cependant, M. Cossalter privilégie l'approche en terme de coûts directs et indirects dans le cadre du coût du cycle de vie. Les coûts directs représentent ceux qui sont supportés par l'agent économique, et recouvrent les coûts liés à l'acquisition, la maintenance, l'utilisation ou encore la fin de vie. Les coûts indirects, quant à eux, sont ceux supportés par d'autres que l'agent économique. Ils englobent « les conséquences indirectes d'une décision en dehors de l'impact strictement monétaire sur l'agent économique qui a pris la décision »³⁹. En somme, il s'agit de l'intégration des externalités, sociales ou encore environnementales.

Dans un second temps, le « cycle de vie » est également perçu comme une notion nébuleuse dont il convient d'éclaircir la signification. Son intégration dans les préoccupations européennes remonte à la Commission sur la politique intégrée des produits du 18 juin 2003, lors de laquelle la Commission Européenne affirme un objectif à long terme d'« écologisation des marchés publics », ne pouvant être assurée que si « les responsables des achats publics exploitent les possibilités existantes et que les Etats Membres ne restreignent pas ces possibilités par les dispositions de mise en œuvre des directives ». Dans la foulée, la Commission a ensuite initié différents projets dont la Plateforme européenne sur le coût du cycle de vie, soutenant le développement de la base de données de référence européenne du cycle de vie.

La directive n°2014/24/UE vient tenter de clarifier le coût du cycle de vie en instituant le bien-fondé d'une approche en deux temps. Elle valide juridiquement l'approche de M. Cossalter en terme de coûts directs et indirects. Les premiers permettent d'enrichir l'appréciation des offres fondées sur le prix et, in fine, d'avoir une meilleure gestion des deniers publics. Puis, il y a l'approche en terme de coûts indirects parmi lesquels on distingue ceux qui sont postérieurs à l'achat – les coûts aval – et ceux qui sont antérieurs à l'achat – les coûts amont -. Les coûts aval représentent notamment le coût des émissions de gaz à effet de serre, et ne posent globalement que peu de difficultés car la nature des biens et services mis en

³⁸ Direction des Affaires Juridiques, « Guide relatif à la prise en compte du coût global dans les marchés publics de maîtrise d'œuvre et de travaux », *economie.gouv.fr* (en ligne), mai 2010. Consulté le 10 avril 2018.

³⁹ *Op. Cit.* Cossalter P. (2014).

œuvre est connue. Concernant les coûts amont, ils sont un peu plus difficiles à appréhender étant donné qu'ils relèvent des spécifications techniques du marché⁴⁰.

Paragraphe 2 : L'édition d'un mode d'emploi du coût du cycle de vie par les pouvoirs publics à destination des acheteurs :

La complexité qui entoure le coût du cycle de vie nécessitait la rédaction d'une synthèse claire permettant aux acheteurs publics d'en saisir tous les enjeux ainsi que les éléments à introduire ou à écarter de son calcul. C'est pour cela que la Direction des Affaires Juridiques a mis à leur disposition, en mars 2016, une Notice introductive pour la « prise en compte du coût du cycle de vie dans une consultation ». Afin d'en saisir les apports, mais aussi les limites, nous nous appuyerons sur le texte initial ainsi que sur le commentaire de cette Notice, réalisé par Florian Linditch⁴¹.

D'une part, la Notice définit le cycle de vie comme étant « l'ensemble des étapes successives et interdépendantes tout au long de la vie d'un produit, d'un ouvrage ou d'un service (...) ». Aucune réelle nouveauté dans cette définition par rapport à nos propos antérieurs pour définir la polysémie et la complexité du coût du cycle de vie. Toutefois, la Notice fait également le choix de marquer la différence entre ce concept et l'analyse du cycle de vie. Si l'analyse du cycle de vie vise à quantifier « les impacts environnementaux des produits, ouvrages ou services sur l'ensemble des étapes de leur cycle de vie »⁴², le coût du cycle de vie se caractérise par « la monétarisation des impacts ». Ce dernier repose sur un critère financier tandis que l'analyse du cycle de vie « fait apparaître une qualité environnementale »⁴³. C'est ainsi que, théoriquement, seul le coût du cycle de vie peut remplacer le critère unique du prix.

D'autre part, elle précise les conditions auxquelles doivent effectivement répondre les coûts des externalités négatives du marché pour constituer un critère de choix à part entière : être en lien avec l'objet du marché, une valeur monétaire qui doit être « déterminée, vérifiée et publiée ». De plus, il convient que « la méthode utilisée pour récolter les données soit

⁴⁰ *Ibid.*

⁴¹ Linditch, F., « Les premiers pas du coût du cycle de vie dans la commande publique. A propos de la « Notice introductive : prise en compte du coût du cycle de vie dans une consultation » », *Contrats et marchés publics* n°7, juillet 2016, alerte 29.

⁴² Voir Question 2 de la Notice.

⁴³ *Op. Cit.* Linditch F. (2016).

accessible à tous et fondée sur des critères vérifiables publiés et connus des soumissionnaires ». Nous constatons une volonté de transparence afin de ne pas fausser la concurrence entre les opérateurs économiques, et ce en évitant au maximum les situations d'asymétrie informationnelle. Chacun doit être potentiellement en possession des indications nécessaires à la prise en compte du coût du cycle de vie dans le marché auquel il entend soumissionner.

Dans ce premier chapitre, nous avons analysé en détails l'émergence des préoccupations sociales et environnementales dans les marchés publics sous l'impulsion des droits international et communautaire. Nous avons ensuite décortiqué la polysémie et la complexité qui entourent la notion de coût de cycle de vie. Bien que délicate à cerner, nous verrons qu'elle permet néanmoins aux acheteurs publics de prendre en compte des éléments de développement durable dès la phase de définition des besoins. Cela participe d'un mouvement de fond visant à garantir une progressive « écologisation des marchés publics ».

CHAPITRE 2 : LE COÛT DU CYCLE DE VIE DANS LA PHASE DE DÉFINITION DES BESOINS : VECTEUR D'INTERNALISATION DES EXTERNALITÉS DU CONTRAT :

Les pouvoirs publics voient dans l'estimation du coût du cycle de vie un moyen pour les acheteurs publics d'opérer une définition affinée de leurs besoins. Il s'agit de responsabiliser les pouvoirs adjudicateurs afin qu'ils se mettent en conformité par rapport aux exigences de développement durable (**Section 1**). Par ailleurs, nous verrons que ce processus d'internalisation des externalités du contrat semble s'arrêter au milieu du gué puisqu'il n'oblige aucunement les acheteurs publics à l'insertion de critères environnementaux et sociaux. Fort de ce constat, des initiatives se montent pour responsabiliser la commande publique (**Section 2**).

Section 1 : Une phase de définition des besoins affinée pour les pouvoirs adjudicateurs grâce au coût du cycle de vie :

Les achats responsables, tant socialement qu'écologiquement, sont désormais préconisés officiellement par la Direction des Affaires Juridiques dans sa fiche informative sur la définition du besoin⁴⁴, ainsi que dans la Notice que nous avons évoqués plus haut.

Paragraphe 1 : La définition des besoins : la clef d'un achat responsable réussi :

La définition des besoins est primordiale dans la commande publique. En effet, elle conditionne le choix de la procédure de passation d'un marché et détermine ainsi son exécution à venir. Cette primauté de la phase de définition préalable des besoins est illustrée dans l'ordonnance du 23 juillet 2015, qui lui dédie une section. Elle dispose ainsi que « 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 »⁴⁵.

⁴⁴ Direction des Affaires Juridiques, « La définition du besoin », *economie.gouv.fr* (en ligne), août 2017. Consulté le 11 avril 2018.

⁴⁵ Article 30 de l'ordonnance du 23 juillet 2015.

Il est parfois délicat pour les acheteurs publics de réaliser une définition préalable des besoins qui soit exhaustive et efficace. C'est pourquoi une des grandes nouveautés de la réforme de la commande publique est la légitimation de la pratique du « sourcing »⁴⁶. La DAJ rappelle que cela consiste en la possibilité pour l'acheteur de réaliser des consultations, de solliciter des avis ou encore d'informer les opérateurs économiques de son projet et de ses exigences⁴⁷. Cela se matérialise alors par de la veille dans le secteur économique concerné ou encore par la rencontre, avant le lancement de la consultation, de plusieurs opérateurs économiques afin d'obtenir des informations sur le marché, les prestations et produits proposés. Ce sourçage va permettre à l'acheteur public prendre en considération tous les facteurs nécessaires à la bonne estimation du coût du cycle de vie dans son futur contrat.

Concernant les préoccupations environnementales, ces dernières sont principalement intégrées dans la phase de définition du besoin par le biais d'indications fournies par des labels, attribués par des organismes indépendants. Le recours à ces derniers est encadré juridiquement par le décret de 2016 qui dispose que « les exigences en matière de label doivent être liées à l'objet du marché public ou à ses conditions d'exécution (...), les exigences en matière de label doivent être fondées sur des critères objectivement vérifiables (...) que le label doit être établi par une procédure ouverte et transparente (...) »⁴⁸. En février 2017, la norme ISO 20400 a fixé les lignes directrices pour la création du label « relation fournisseurs responsables ». Ce dernier est fondé sur quatre critères d'évaluation⁴⁹ : le respect des fournisseurs et sous-traitants (équité financière, égalité de traitement etc.), la prise en compte des impacts de l'achat sur la compétitivité économique, l'intégration du développement durable dans l'achat et la professionnalisation de la fonction achat.

Concernant les préoccupations sociales, elles sont à prendre en compte par l'acheteur public dans les conditions d'exécution du marché. Elles répondent, au moins, à l'un des objectifs suivants⁵⁰ : insertion des personnes éloignées de l'emploi, actions de formation ou promotion

⁴⁶ Cayrey, R., « Marchés publics : la définition du besoin est la garantie d'un achat réussi », *lemoniteur.fr* (en ligne), août 2017. Consulté le 11 avril 2018.

⁴⁷ Article 4 du décret du 25 mars 2016.

⁴⁸ Article 10 du décret du 25 mars 2016.

⁴⁹ Hurlin-Sanchez, P., « Labels : marquer la qualité de l'achat dans le marbre », *marches-publics.legibase.fr* (en ligne), mai 2017. Consulté le 11 avril 2018.

⁵⁰ Voir fiche de la DAJ sur « La définition du besoin ».

du commerce équitable, à condition qu'elles soient liées à l'objet du marché ou à ses conditions d'exécution⁵¹.

Paragraphe 2 : Des orientations nationales définies par les pouvoirs publics afin d'encourager les acheteurs à un achat durable :

Si les pouvoirs publics ont édicté un mode d'emploi du coût du cycle de vie à destination des acheteurs publics, ils ont également défini des orientations sociales et écologiques claires pour la commande publique. Il s'agit ainsi d'impulser un mouvement d'achat durable et responsable qui prendrait progressivement son essor, et qui ne se cantonnerait pas aux maigres résultats affichés jusqu'ici : en 2013, seuls 10,2% des marchés publics comportent une clause sociale⁵².

C'est ainsi que la loi n°2014-856 du 31 juillet 2014 relative à l'économie sociale et solidaire encourage les acheteurs publics dans la voie des achats responsables, en les obligeant à adopter un schéma de promotion des achats publics socialement et écologiquement responsables⁵³. Sont concernées par l'adoption d'un tel schéma les collectivités territoriales, leurs groupements et les acheteurs soumis à l'ordonnance du 23 juillet 2015 ayant un montant total annuel des achats supérieur à 100 millions d'euros HT⁵⁴. Si le seuil déterminé est aussi élevé, c'est pour lier la définition d'une stratégie globale d'achats responsables et les moyens dont disposent les acheteurs concernés pour la mettre en œuvre. Il concerne environ 160 collectivités publiques locales, et doit permettre d'atteindre les objectifs du Plan national d'action pour l'achat public durable. Ce dernier prévoit que d'ici 2020 : 25% des marchés publics comprennent une clause sociale, 30% comprennent une clause environnementale ou encore que 100% d'entre eux fassent l'objet d'une analyse définissant si les objectifs du développement durable peuvent être intégrés dans le marché en question⁵⁵.

De même, le projet de loi pour l'équilibre des relations commerciales dans le secteur agricole et alimentaire et une alimentation saine et durable (EGA), déposé à l'Assemblée Nationale le

⁵¹ Article 38 de l'ordonnance du 23 juillet 2015.

⁵² Chiffres de l'Observatoire économique de l'achat public.

⁵³ Article 13 de la loi du 31 juillet 2014 relative à l'économie sociale et solidaire, modifié par l'article 76 de la loi n°2015-992 du 17 août 2015 relative à la transition énergétique pour la croissance verte.

⁵⁴ Direction des Affaires Juridiques, « Le schéma de promotion des achats publics socialement et écologiquement responsables », *economie.gouv.fr* (en ligne), août 2016. Consulté le 11 avril 2018.

⁵⁵ Ministère de la Transition écologique et solidaire, « Les achats publics durables », *ecologique-solidaire.gouv.fr* (en ligne), décembre 2016. Consulté le 11 avril 2018.

1^{er} février 2018, s'inscrit dans cette volonté d'intégration du coût du cycle de vie dans la commande publique. En effet, il prévoit qu'au 1^{er} janvier 2022 les personnes publiques devront inclure dans les repas servis dans le cadre de la restauration collective une « part significative de produits acquis en tenant compte du cycle de vie du produit ou issus de l'agriculture biologique »⁵⁶. Le coût du cycle de vie est donc potentiellement pris en compte dans une grande variété de marchés publics, qu'il s'agisse des marchés de travaux, fournitures, services ou même de denrées alimentaires.

Toutefois, le bien-fondé de ces orientations se heurte à la pratique concrète à laquelle font face les acheteurs publics et, plus généralement, les pouvoirs adjudicateurs au quotidien. En effet, si l'adoption du schéma mentionné ci-dessus est obligatoire depuis 2015 pour les collectivités concernées, certaines d'entre elles aussi importantes que la Métropole Aix-Marseille-Provence ne l'ont toujours pas adopté en 2018. En l'occurrence, la mutualisation des services et des processus internes à laquelle doit faire face cette collectivité est la priorité de ses dirigeants.

De manière plus générale, nous allons maintenant analyser les facteurs qui expliquent que l'on puisse qualifier le processus d'« écologisation des marchés publics » comme s'arrêtant au milieu du gué. En effet, les acheteurs publics sont fortement incités à se diriger vers un achat public durable, mais ne sont en aucun cas obligés d'inclure des critères sociaux et environnementaux. De plus, lorsqu'ils ont l'intention de le faire, le poids des normes à respecter peut être dissuasif.

Section 2 : Une internalisation incomplète des externalités du contrat :

Les dispositifs que nous avons mentionnés permettent aux acheteurs publics de prévoir des objectifs sociaux et environnementaux lors de la phase de définition préalable des besoins. Cependant, l'absence de sanctions en cas de non-intégration de tels critères, ou encore la nécessité pour ces derniers d'être toujours en lien avec l'objet du marché, constituent des obstacles à la neutralisation des externalités sociales et environnementales issues des marchés publics.

⁵⁶ Localtis, « Laure Bédier fait le point sur le Dume et l'actualité de la commande publique », caissedesdepotsdesterritoires.fr (en ligne), avril 2018. Consulté le 12 avril 2018.

Paragraphe 1 : L'intégration du coût du cycle de vie : une obligation de moyens et non de résultats :

L'intégration des préoccupations sociales et environnementales dans la phase de détermination des besoins ne s'est pas accompagnée d'une obligation de la mettre en œuvre dans la suite de la procédure, notamment dans la sélection des offres⁵⁷. Cela ne reste donc qu'une obligation de moyens.

Dans un premier temps, c'est bien la prise en compte du coût du cycle de vie lors de la phase de sélection des candidatures qui est « le parent pauvre de la commande publique durable »⁵⁸. En effet, l'ordonnance du 23 juillet 2015 dispose que les acheteurs publics « ne peuvent imposer aux candidats que des conditions de participation à la procédure de passation propres à garantir qu'ils disposent de l'aptitude à exercer l'activité professionnelle, de la capacité économique et financière ou des capacités techniques et professionnelles nécessaires à l'exécution du marché public »⁵⁹. Ainsi, c'est par le biais de l'examen des capacités techniques et professionnelles que des critères de sélection des candidatures se rapportant au coût du cycle de vie peuvent être insérés dans les documents de consultation des entreprises⁶⁰. La seule précision à ce stade est apportée par l'arrêté du 29 mars 2016 fixant la liste des renseignements et documents pouvant être demandés aux candidats des marchés publics. Ce dernier dispose que : « lorsque l'acheteur demande la production de certificats établis par des organismes indépendants, attestant que l'opérateur économique se conforme à certains systèmes ou normes de gestion environnementale », il se réfère au système de management environnemental et d'audit EMAS (eco-management and audit scheme). Il s'agit d'un outil développé par la Commission Européenne afin de permettre aux opérateurs d'évaluer, de reporter et d'améliorer leur performance environnementale⁶¹.

Dans un deuxième temps, il est possible d'intégrer les préoccupations de développement durable au stade de la sélection des offres. En effet, le coût du cycle de vie constitue une possibilité pour les acheteurs d'intégrer l'empreinte environnementale d'un produit dans la

⁵⁷ CE, 23 novembre 2011, Communauté urbaine de Nice-Côte d'Azur.

⁵⁸ Emorine, A., « Nouvelle commande publique et environnement – l'écoresponsabilité gagne du terrain », *Cahiers du droit de l'entreprise* n°6, novembre 2016.

⁵⁹ Article 51 de l'ordonnance du 23 juillet 2015.

⁶⁰ *Op. Cit.* Emorine A. (2016).

⁶¹ Commission Européenne, « What is EMAS ? », *ec.europa.eu* (en ligne). Consulté le 12 avril 2018.

définition même du marché public⁶². La principale innovation apportée par le coût du cycle de vie est qu'il puisse constituer un critère de sélection unique liée au coût de la prestation proposée, et prenant en compte non seulement le prix, mais aussi son empreinte écologique globale. L'utilisation d'un critère environnemental est donc possible lors de l'analyse des offres⁶³. Toutefois, et c'est là où le bât blesse, les critères choisis doivent permettre d'apprécier les offres soumises en toute objectivité. Ainsi, la Cour de Justice n'a pas hésité à censurer le critère écologique dans une affaire relative à la fourniture d'électricité produite à partir de sources d'énergies renouvelables. En effet, ce dernier ne portait pas sur la prestation faisant l'objet du marché, car les entreprises devaient justifier de leur capacité à produire la plus grande quantité d'électricité propre allant au-delà de celle prescrite dans l'appel d'offres. Le critère n'était donc pas lié à l'objet du marché et introduisait une « discrimination injustifiée à l'égard de soumissionnaires dont l'offre pouvait pleinement répondre aux conditions liées à l'objet du marché »⁶⁴.

Enfin, l'intégration de ces critères peut également se faire via une clause d'exécution du marché. Par exemple, le décret du 7 avril 2016 relatif à la prise en compte de la performance énergétique dans certains contrats et marchés publics précise que, parfois, l'Etat puisse se voir imposer l'achat de produits, services ou bâtiments à haute performance énergétique⁶⁵. Les acheteurs doivent alors exiger des opérateurs économiques qu'ils n'utilisent que des produits satisfaisant aux mêmes exigences⁶⁶. Nous verrons plus tard dans l'étude que l'utilisation de clauses d'exécution relatives au coût du cycle de vie du marché doit se faire en conciliation avec le respect de la neutralité et des principes de la commande publique.

Paragraphe 2 : La constitution d'initiatives pour responsabiliser la commande publique :

L'internalisation des externalités négatives des marchés publics, tant sociales qu'environnementales, s'arrête donc au milieu du gué. En effet, tant au niveau de la sélection des candidatures qu'au stade de l'attribution des offres, l'intégration d'un critère lié au coût

⁶² *Op. Cit.* Emorine A. (2016).

⁶³ CJCE, 17 septembre 2002, Concordia Bus Finland.

⁶⁴ CJCE, 4 décembre 2003, EVN AG. Wienstrom.

⁶⁵ Articles R.234-1 à R.234-6 du Code de l'énergie.

⁶⁶ Voir fiche de la DAJ sur « La définition du besoin ».

du cycle de vie se heurte à l'obligation d'être en lien avec l'objet du marché et de ne pas opérer de discrimination entre soumissionnaires. Etant donné la difficulté d'établir avec précision le coût du cycle de vie d'un marché, il n'est donc pas étonnant qu'il soit concrètement délicat de faire de la commande publique le vecteur d'un développement durable.

Cependant, différentes initiatives se montent actuellement au niveau des acteurs de la commande publique afin d'accroître le recours aux clauses relatives au coût du cycle de vie dans les marchés publics. Il en va ainsi de la Région PACA qui, sous l'impulsion de l'ancien président du Conseil Régional Christian Estrosi, souhaitait d'ici à 2021 réserver 70% des commandes publiques à des entreprises de la région⁶⁷. Cela est destiné à favoriser l'accès des PME de la région aux marchés publics. Il y a ainsi un rôle social derrière cette mesure : celui de favoriser l'emploi local et, in fine, soutenir l'activité des petite entreprises voire les inciter à se développer pour embaucher par la suite. Afin de parvenir à son objectif, la Région souhaite remodeler les critères commandant le choix des opérateurs économiques pour les marchés publics, et créer « un service d'accompagnement des TPE et PME régionales en termes de ressources humaines, pour qu'elles puissent accéder à des ressources et des compétences dont disposent plus facilement les grands groupes »⁶⁸. Nous le verrons par la suite, l'un des écueils auxquels font face la majorité des pouvoirs adjudicateurs pour intégrer le coût du cycle de vie est effectivement le manque de moyens humains et techniques.

De même, en Ile-de-France, le Groupement d'Intérêt Public Maximilien (GIP) réunissant 200 acheteurs publics de la région dont tous les départements franciliens ou encore certains bailleurs sociaux, lance en 2018 un observatoire des clauses sociales. Ce dernier aura pour objectif d'apprécier et d'exploiter les « marges de progression de le commande publique responsable »⁶⁹. L'objectif est de parvenir à un ratio de 25% de marchés promouvant l'insertion sociale en 2020. Pour ce faire, le GIP met à disposition de ses membres un clausier type comprenant des conditions d'exécution ou encore des critères d'attribution. Le GIP met également en avant une concurrence favorisée grâce au passage d'une logique d'adjudication (le choix du moins-disant) à une logique d'achat responsable.

⁶⁷ Le Monde, « Marchés publics : la région PACA opte pour la « préférence régionale » », *lemonde.fr* (en ligne), novembre 2016. Consulté le 12 avril 2018.

⁶⁸ *Ibid.*

⁶⁹ Localtis, « Le GIP Maximilien investi d'une mission d'observatoire des clauses sociales », *caissedesdepotsdesterritoires.fr* (en ligne), mars 2018. Consulté le 12 avril 2018.

Dans cette première partie de l'étude, nous avons analysé en quoi le coût du cycle de vie est une notion intrinsèquement liée à celle de développement durable. En effet, ce concept issu du droit international a mis sur le devant de l'agenda politique les considérations sociales et environnementales que nous connaissons. Le droit communautaire vient également donné les orientations à suivre en matière de développement durable pour la commande publique française par le biais des directives dont nous avons évoqué le contenu. Le coût du cycle de vie est alors une notion qui va permettre aux acheteurs publics d'anticiper de manière plus précise leurs besoins, mais qui demeure complexe à mettre effectivement en œuvre. En effet, l'obligation de lien avec l'objet du marché et l'interdiction d'engendrer une quelconque discrimination entre opérateurs économiques impliquent plusieurs exigences pour les pouvoirs adjudicateurs. Ce sont ces dernières que nous allons étudiées dans notre seconde partie. Il s'agira ainsi de mettre en exergue la nécessité pour les pouvoirs adjudicateurs de bénéficier de moyens humains, techniques et financiers conséquents pour assurer un véritable contrôle du coût du cycle de vie dans leurs marchés publics. Or, peu de collectivités disposent de tels moyens. Ensuite, il leur revient de concilier l'insertion du coût du cycle de vie avec les principes de la commande publique, dans un objectif de préservation de la concurrence.

PARTIE 2 : L'EXISTENCE D'ENTRAVES STRUCTURELLES À LA PLEINE INTÉGRATION DU COÛT DU CYCLE DE VIE DANS LES MARCHÉS PUBLICS :

Les acheteurs publics font face à des obstacles structurels les freinant dans leur prise en compte du coût du cycle de vie. Tout d'abord, un tel objectif supposerait des moyens importants en terme de ressources financières, techniques et humaines, à savoir un équipement adéquat de la collectivité en personnel technique capable d'évaluer les enjeux sociaux et environnementaux, ou en termes financiers (**Chapitre 1**). Enfin, si le droit communautaire a largement participé à la prise de conscience nationale autour des enjeux du développement durable ainsi que du coût du cycle de vie dans la commande publique, il influence également le droit national afin que ce dernier soit plus protecteur de la concurrence entre opérateurs économiques. Cette concurrence est rendue effective lorsque le respect des principes de la commande publique est assuré. Un tel respect est difficilement conciliable avec la prise en compte du coût du cycle de vie, bien que ce paradoxe soit constamment discuté par les professionnels et les universitaires (**Chapitre 2**).

CHAPITRE 1 : DES MOYENS HUMAINS, TECHNIQUES ET FINANCIERS PEU ADAPTÉS POUR EN ASSURER LE CONTRÔLE :

Dans un premier temps, nous observerons qu'il est techniquement compliqué pour les pouvoirs adjudicateurs seuls d'élaborer des méthodes fiables d'évaluation du coût du cycle de vie, notamment concernant les externalités (**Section 1**). Dans un second temps, s'y ajoutent des contraintes budgétaires souvent incompatibles avec la mise en place d'un service dédié aux préoccupations sociales et/ou environnementales (**Section 2**).

Section 1 : L'hétéronomie technique des collectivités quant au coût du cycle de vie :

Littéralement, l'hétéronomie signifie « recevoir la loi de l'extérieur ». Appliqué à notre cas, elle désigne l'impossibilité pour la quasi-totalité des pouvoirs adjudicateurs de détenir les moyens techniques nécessaires à la réalisation de leurs propres fiches de procédures pour l'évaluation et le contrôle du coût du cycle de vie.

Paragraphe 1 : Un personnel quantitativement et qualitativement inadapté pour l'intégration d'une donnée aussi complexe :

La majorité des pouvoirs adjudicateurs nationaux sont les collectivités territoriales et les établissements publics de coopération intercommunale (EPCI). Le scanner des effectifs de la fonction publique territoriale nous révèle d'emblée que ceux-ci sont inadaptés à la prise en compte d'une donnée aussi récente et complexe que le coût du cycle de vie, et notamment de sa composante environnementale. En effet, au 31 décembre 2014, cette dernière est composée de 76,1% d'agents de catégorie C (employés et ouvriers notamment)⁷⁰. Si ces derniers exercent des activités indispensables au bon fonctionnement du service public local, leurs compétences ne sont pas adéquates pour participer à l'intégration du coût du cycle de vie dans les départements de commande publique. Or, ils représentent la grande majorité des fonctionnaires titulaires des collectivités. Les 9,3% de cadres supérieurs et personnels de direction ne sont pas suffisants pour assurer une répartition homogène de techniciens de la commande publique ayant des compétences suffisamment approfondies dans le développement durable. Par ailleurs, les effectifs des agents contractuels – pouvant être recrutés sur des missions techniques de ce type – ont tendance à baisser depuis 2014, notamment dans les régions et les départements⁷¹.

De même, la problématique du coût du cycle de vie est nouvelle dans le débat public, et l'est donc également dans la commande publique. Or, une part croissante des agents territoriaux est proche de la retraite : 10,8% d'entre eux ont moins de 30 ans contre 37,5% qui ont plus de 50 ans⁷². Ainsi, il peut exister un décalage concernant les savoir-faire de ces agents qui, bien qu'expérimentés, ne sont souvent pas formés à l'intégration du développement durable.

Néanmoins, il convient de mentionner les signaux d'adaptation de la fonction publique à ces nouveaux enjeux. En effet, des postes de chargé de mission développement durable s'ouvrent petit à petit. Réservés aux agents de catégorie A ou B, ils ont une mission transversale à tous les services – dont la commande publique – et participent à la mise en œuvre d'un programme d'actions appliquant le développement durable sur le territoire de la collectivité⁷³.

⁷⁰ Martin, L., « Effectifs des collectivités territoriales : ce que disent les chiffres du CNFPT », *infos.emploipublic.fr* (en ligne), janvier 2018. Consulté le 17 avril 2018.

⁷¹ *Ibid.*

⁷² *Ibid.*

⁷³ Carrières publiques, « Fiche métier : chargé de mission développement durable », *carrieres-publiques.com* (en ligne). Consulté le 17 avril 2018.

Paragraphe 2 : La référence à des méthodes extérieures d'évaluation du coût du cycle de vie :

Les pouvoirs adjudicateurs ont besoin qu'on leur fournisse des méthodes pertinentes d'évaluation du coût du cycle de vie. C'est ce qu'indique la directive n°2014/24/UE qui dispose que : « lorsqu'une méthode commune de calcul des coûts du cycle de vie est devenue obligatoire de par un acte législatif de l'Union, elle est appliquée pour l'évaluation des coûts du cycle de vie »⁷⁴. Philippe Cossalter précise que la liste des méthodes de calcul est établie à l'annexe XIII de la directive⁷⁵.

De plus, il est difficile pour les collectivités de comprendre comment l'impact environnemental de la production d'un service, ouvrage ou fourniture peut se rapporter à l'objet du marché. C'est véritablement cette condition qui complexifie encore davantage l'application du concept de coût du cycle de vie dans les marchés publics. Ce paradoxe touche également les labels qui sont censés apporter une information aux pouvoirs adjudicateurs sur l'impact social et environnemental des composantes du marché public. Ainsi, ces derniers ne peuvent être utilisés pour les spécifications techniques, les critères d'attribution ou les conditions d'exécution du marché que s'ils concernent des critères qui « sont liés à l'objet du marché et sont propres à définir les caractéristiques des travaux, fournitures ou services qui font l'objet du marché »⁷⁶. Selon M. Cossalter, il est en effet difficile de saisir l'intérêt d'un label devant être lié à l'objet du marché alors même qu'il porte sur les externalités environnementales ou sociales liées au processus de production d'un produit. De même, les articles 42 et 43 de la directive impliquent l'interdiction du recours à un écolabel en particulier⁷⁷. La Cour de Justice estime également que si un pouvoir adjudicateur peut recourir aux spécifications détaillées d'un écolabel, il ne peut pas imposer cet écolabel en tant que tel. Elle n'autorise qu'une référence indirecte, l'écolabel n'étant pour les candidats qu'un moyen de preuve faisant présumer qu'ils respectent les exigences fixées.

Dès lors, il est compliqué de prendre en compte, dans le cadre du jugement d'une offre, les externalités d'un produit sans recourir à un processus d'évaluation sanctionné par un écolabel

⁷⁴ Article 68 paragraphe 3 de la directive n°2014/24/UE.

⁷⁵ *Op. Cit.* Cossalter P. (2014).

⁷⁶ Article 43 de la directive n°2014/24/UE.

⁷⁷ CJUE, 10 mai 2012, Commission c/ Royaume des Pays-Bas.

ou toute autre certification délivrée par un organisme agréé. Ceci est une des raisons pour lesquelles les acheteurs publics ont plutôt intérêt à assurer leur approche en terme de coût du cycle de vie au niveau des conditions d'exécution du marché. Nous verrons toutefois que cela doit être concilié avec d'autres impératifs.

Section 2 : Des contraintes budgétaires incompatibles avec un contrôle efficace du coût du cycle de vie :

Dans un contexte de dépenses publiques élevées, les administrations publiques étatiques et locales ont mis en place certains garde-fous afin de maîtriser ces dépenses et, ainsi, ne pas aggraver le déficit public. La mise en place d'un contrôle efficace du coût du cycle de vie nécessiterait une réorganisation des services de commande publique et l'embauche d'agents supplémentaires, ce qui est manifestement incompatible avec un tel contexte.

Paragraphe 1 : Un contexte budgétaire favorable à la maîtrise des dépenses publiques :

Les critères mis en place par le Traité de Maastricht imposent aux Etats Membres de l'union Européenne un déficit public ne devant pas dépasser 3% du PIB, et une dette publique devant demeurer en dessous du seuil de 60% du PIB. En 2018, la France connaît une dette publique équivalente à environ 96% du PIB, soit environ 2200 milliards d'euros, et sort à peine de la Procédure pour Déficit Excessif qui sanctionnait un déficit public trop important.

De plus, les dépenses publiques françaises sont parmi les plus élevées de l'Union Européenne et atteignent 56% du PIB.

Le gouvernement a récemment mis en place les grandes lignes de la contractualisation Etat-collectivités territoriales afin que ces dernières aient une hausse tendancielle annuelle de leurs dépenses de fonctionnement qui ne dépasse pas 1,2% du PIB d'ici 2022.

Tout ce contexte tend à illustrer une tendance à la maîtrise des dépenses. Ainsi, les pouvoirs adjudicateurs ne disposent que de peu de marges de manœuvre financière pour adapter leurs services à la prise en compte d'enjeux sociaux et environnementaux. Entre 2012 et 2015, la commande publique a subi une véritable dépression : 80 milliards d'euros de commande en

2012 contre seulement 63 milliards d'euros en 2015, soit une érosion de 22% en trois ans⁷⁸. Cela va donc à l'encontre de l'arrivée de fonctionnaires supplémentaires dans les services de commande publique puisque cette dernière se situe dans une tendance baissière. Opter pour une démarche de développement durable nécessite de mettre en place un processus coûteux. De ce fait, il y a fort à parier que la majorité des collectivités reculeront au moment d'utiliser le critère du coût du cycle de vie, à moins que des « tiers certificateurs n'opèrent ces contrôles à la place des collectivités »⁷⁹.

Pour le moment, les pouvoirs adjudicateurs ont la possibilité, pour les marchés importants, de recourir au préalable à un marché d'Assistance à Maîtrise d'Ouvrage (AMO). Il s'agit d'un contrat par lequel un maître d'ouvrage public fait appel aux services d'une personne publique ou privée pour faire les études techniques, financières ou encore juridiques nécessaires à la réalisation d'un projet. Dans le cadre du coût du cycle de vie dans les marchés publics, ce type de contrat permet à l'acheteur public de recourir à une expertise extérieure pour les marchés importants nécessitant l'inclusion de critères de développement durable. En effet, il s'agit souvent de marchés inférieurs à 90 000 euros - dont la publicité est alors libre et adaptée - ce qui est moins coûteux que d'employer un ou plusieurs agents à plein temps dédiés à l'inclusion de critères sociaux et environnementaux dans les marchés passés par la collectivité.

Paragraphe 2 : Des inégalités économiques entre les pouvoirs adjudicateurs :

Non seulement les pouvoirs adjudicateurs sont tous concernés par cette maîtrise des dépenses et par le bon emploi des deniers publics, mais la prise en compte pleine et entière du coût du cycle de vie est également freinée par la présence d'un grand nombre de collectivités ayant un faible niveau de commande publique et situées dans des territoires pauvres. La cartographie de la commande publique est donc au cœur même de la difficulté de faire des marchés publics un vecteur efficace et homogène des préoccupations de développement durable.

⁷⁸ Portier, N., « Mesurer l'évolution de la commande publique », *adcf.org* (en ligne), janvier 2016. Consulté le 18 avril 2018.

⁷⁹ Linditch, F., « Environnement et marchés publics, une relation contre nature ? », *La Semaine juridique Administrations et Collectivités Territoriales* n°11, mars 2004, p.367.

D'un côté, il y a les gros investisseurs, à savoir les communautés urbaines ou encore les métropoles. Les cent premiers territoires urbains concentrent à eux seuls 40% de la commande publique des collectivités du bloc communal⁸⁰. De l'autre côté, nous pouvons constater que près de trois cents ensembles intercommunaux ont un niveau de commande publique inférieur à 200 euros par habitant. Il s'agit de territoires ruraux pauvres, mais aussi de collectivités « appartenant à des secteurs en décroissance économique et démographique »⁸¹. Un certain nombre de ces territoires sont situés dans les régions des Hauts de France et de Normandie. Même si ils le souhaitent, les collectivités situées dans ces territoires n'ont pas la manne financière nécessaire pour intégrer à leurs services les moyens humains et techniques indispensables à l'appréhension, au contrôle et au suivi du coût du cycle de vie.

Dans un premier temps, nous pensons que l'impulsion doit être donnée par les grandes collectivités afin de pérenniser la commande publique durable, sur des achats importants, et ensuite d'imposer progressivement aux collectivités plus petites des orientations liées au coût du cycle de vie, dans la mesure de leurs moyens. La ville de Paris a ainsi adopté, depuis février 2016, son schéma de la commande publique responsable. La capitale réalise en effet 1,6 milliard d'achats publics par an, et considère que la commande publique est « un puissant levier d'action qui peut être mis au service de la transition écologique de l'économie et de la création d'emplois durables pour toutes et tous »⁸². Elle est la première collectivité de France à s'engager dans cette voie. Son objectif affiché est que 20% des marchés comprennent des clauses d'insertion en 2020. Cet objectif est également relayé auprès des partenaires de la ville, notamment des bailleurs sociaux. La ville envisage également l'intégration de clauses d'économie circulaire dans ses marchés afin de prendre en compte les orientations fixées dans le livre blanc de l'économie circulaire du Grand Paris.

De même, une délibération du Conseil Municipal du 29 février 2016 de la ville de Grenoble, intitulée « Une stratégie de commande publique durable et solidaire », indique que la commune souhaite mettre en place un guide de la commande publique accompagné d'outils juridiques au service d'une politique d'achat responsable.

⁸⁰ Delpech, C., « La commande publique cartographiée », *adcf.org* (en ligne), janvier 2016. Consulté le 18 avril 2018.

⁸¹ *Ibid.*

⁸² Terrade, L., « La ville de Paris a adopté un schéma de la commande publique responsable », *caissedesdepotsdesterritoires.fr* (en ligne), février 2016. Consulté le 19 avril 2018.

En clair, les collectivités pionnières dans l'achat public responsable sont les mieux dotées en ressources financières, techniques et humaines. Si ce constat présente une certaine logique, il n'en demeure pas moins que les pouvoirs adjudicateurs de petites et moyennes tailles présentent des difficultés pour organiser leurs services de manière à pouvoir précisément contrôler les coûts directs et indirects de leurs marchés publics.

Dans ce premier chapitre, nous avons souhaité illustrer la nécessité pour les pouvoirs adjudicateurs de mobiliser d'importantes ressources financières, techniques et humaines afin de prendre en considération des critères sociaux et environnementaux dans la commande publique. Or, la majeure partie d'entre eux n'en ont pas la possibilité soit parce qu'il ne s'agit pas leur priorité, soit par manque de moyens. Nous verrons dans le second et dernier chapitre de notre étude que l'intégration du coût du cycle de vie dans la commande publique présente une autre problématique importante : celle de sa conciliation avec la préservation d'une concurrence effective et adéquate entre opérateurs économiques et soumissionnaires.

CHAPITRE 2 : UNE CONCILIATION DIFFICILE AVEC LA PRÉSERVATION DE LA CONCURRENCE :

Il s'agira de rappeler les origines de la concurrence dans la commande publique et d'observer les mesures qui permettent aujourd'hui de l'encadrer. Nous mettrons l'accent sur les oppositions qui existent entre la volonté de faire de la commande publique un vecteur d'application des politiques socio-environnementales de développement durable, et les principes fondamentaux qui régissent le fonctionnement des marchés publics (**Section 1**). Enfin, nous élargirons quelque peu notre propos afin de se demander si il doit bien incomber à l'achat public d'être la courroie de transmission des politiques de développement durable. Les avis sont en effet partagés sur ce « dépassement de fonction » de la commande publique (**Section 2**).

Section 1 : Le paradoxe de l'importance croissante conférée à la concurrence et à la durabilité de l'achat public :

A l'instar du mouvement d'intégration du développement durable en droit interne, c'est le droit communautaire qui a eu une importance déterminante pour une prise en compte consolidée de la concurrence dans la commande publique. Son effectivité est cependant difficilement conciliable avec un achat public responsable.

Paragraphe 1 : L'affirmation du primat de la concurrence entre opérateurs économiques dans la commande publique :

La concurrence est tout d'abord reconnue anciennement par la jurisprudence du Conseil d'Etat. Elle sera affirmée et renforcée par le droit communautaire. Ainsi, la mise en concurrence des opérateurs économiques, quelque soit le secteur d'activité, se fait la protectrice de la liberté du commerce et de l'industrie⁸³, puis de la liberté d'entreprendre⁸⁴. Le principe de la libre concurrence s'impose, plus largement, à tous les actes administratifs.

C'est le droit communautaire qui a eu une influence déterminante sur la transposition en droit interne des principes de concurrence, entendue dans un sens relativement libéral. Ainsi, le

⁸³ CE, 1930, Chambre syndicale du commerce en détail de Nevers.

⁸⁴ CC, 1982, Loi de nationalisation.

Traité de Rome du 25 mars 1957 prévoyait déjà la mise en place d'une politique commune « assurant que la concurrence n'est pas faussée dans le Marché commun ». Cela se fait dans une optique d'élimination des obstacles à la libre circulation des marchandises entre les Etats membres, ainsi que de libre circulation des personnes, des services et des capitaux. Appliqué à notre sujet, toute entreprise située sur le territoire de l'Union Européenne doit pouvoir librement accéder aux marchés publics conclus dans les autres Etats membres⁸⁵. Par la suite, la directive de 2004 « Marchés publics de travaux, fournitures et services » prévoit que : « la passation de marchés conclus dans les Etats membres pour le compte de l'Etat, des collectivités territoriales (...) doit respecter les principes du traité, notamment les principes de la libre circulation des marchandises, de la liberté d'établissement (...) ainsi que les principes qui en découlent, comme l'égalité de traitement, la non-discrimination (...) et la transparence ». De telles injonctions sont également présentes dans la directive de 2014 que nous avons mentionnée ultérieurement.

En droit interne, le Conseil Constitutionnel a reconnu une valeur constitutionnelle aux « principes de la liberté d'accès à la commande publique, d'égalité de traitement des candidats et de transparence des procédures », à savoir les principes fondamentaux de la commande publique. Pour les Sages, ces derniers découlent des articles 6 et 14 de la Déclaration des Droits de l'Homme et du Citoyen (DDHC) de 1789⁸⁶.

Paragraphe 2 : Les trois piliers de la commande publique : la garantie d'une concurrence pleine et entière :

Nous pensons qu'il est primordial d'analyser les trois principes de la commande publique française, dont nous avons brièvement rappelé les bases en introduction, afin de comprendre la manière dont le législateur entend défendre la concurrence entre opérateurs. L'ordonnance du 23 juillet 2015 rappelle que : « ces principes permettent d'assurer l'efficacité de la commande publique et la bonne utilisation des deniers publics »⁸⁷.

Le premier principe est donc celui de la liberté d'accès à la commande publique. Il interdit toute exclusion d'une entreprise qui répond aux conditions requises par le pouvoir adjudicateur. Son application implique des mesures de publicité et de transparence. Plus

⁸⁵ Edile, « Edito : Pourquoi mettre en concurrence ? », *edile.fr* (en ligne). Consulté le 19 avril 2018.

⁸⁶ CC, 2003, Loi habilitant le Gouvernement à simplifier la loi.

⁸⁷ Article 1 de l'ordonnance du 23 juillet 2015.

précisément, le Conseil Constitutionnel fait mention d'« exigences constitutionnelles inhérentes à l'égalité devant la commande publique, à la protection des propriétés publiques et au bon usage des deniers publics »⁸⁸.

Le deuxième principe est l'égalité de traitement des candidats. Il fait une application directe de l'article 6 de la DDCH selon lequel tous les citoyens sont égaux devant la loi. Les soumissionnaires doivent donc bénéficier d'un traitement identique, recevoir les mêmes informations et surtout concourir selon les mêmes règles. La Haute juridiction administrative a jugé qu'une personne publique candidate à l'attribution d'un marché public ne doit pas fausser le libre jeu de la concurrence en tirant indûment profit des avantages dont elle dispose⁸⁹. Dans la lignée de ce principe, le législateur a souhaité faciliter l'accès à la commande publique des PME et TPE, et à veiller à ce qu'elles ne soient pas systématiquement lésées au profit d'entreprises plus importantes. Pour cela, l'ordonnance du 23 juillet 2015 dispose que « les marchés publics (...) sont passés en lots séparés, sauf si leur objet ne permet pas l'identification de prestations distinctes ». De même, « les acheteurs peuvent limiter le nombre de lots pour lesquels un opérateur économique peut présenter une offre »⁹⁰. Cela permet de ne pas octroyer un monopole aux opérateurs économiques disposant de ressources économiques et techniques élevées. De même, la procédure dite Marché Public Simplifié (MPS) permet aux soumissionnaires de répondre à un marché public avec leur seul numéro de SIRET depuis n'importe quelle place de marché. Il réduit ainsi les coûts administratifs se rapportant à la transmission des mêmes documents de base concernant l'entreprise.

Enfin, le principe de transparence des procédures est également primordial pour assurer une concurrence effective. Il désigne les obligations de publicité et un contrôle de l'impartialité des procédures. On les retrouve à chaque étape de la passation d'un marché : publicité préalable du projet, du cahier des charges ou encore du règlement de consultation. Les termes du contrat doivent être clairs et objectifs et la décision finale doit être motivée.

⁸⁸ *Ibid.*

⁸⁹ CE, 2000, Société Jean-Louis Bernard Consultants.

⁹⁰ Article 32 de l'ordonnance du 23 juillet 2015.

Le cadre légal et jurisprudentiel est donc protecteur de la concurrence dans la commande publique. Néanmoins, ce dernier pourrait être fragilisé avec la nécessité d'intégrer le coût du cycle de vie dans les marchés publics. Cela forme un paradoxe que nous allons observer.

Paragraphe 3 : Le coût du cycle de vie à l'épreuve de la préservation de la concurrence dans la commande publique :

Un des principes « matriciels » de la commande publique est sa neutralité⁹¹. Il peut être vu comme un quatrième principe officieux de la commande publique. Cette neutralité consiste en « l'idée selon laquelle la dépense publique, qui s'effectue à l'occasion d'un marché, ne doit pas être l'instrument d'autre chose que de la réalisation du meilleur achat au meilleur coût »⁹². Cette neutralité est presque en contradiction avec l'inclusion de considérations socio-environnementales. En effet, le coût du cycle de vie induit un décloisonnement de l'achat public, dont l'efficacité n'est plus circonscrite au « meilleur achat au meilleur coût », dès lors que la passation des marchés publics s'accompagne de mécanismes de protection de l'environnement. À titre d'illustration, les collectivités territoriales passent désormais régulièrement des contrats de performance énergétique (CPE). Ces derniers sont recommandés par la loi « Grenelle 1 » du 3 août 2009 pour les contrats de partenariat d'une part, et le marché global regroupant les prestations de conception, de réalisation et d'exploitation ou de maintenance d'autre part⁹³. Plus précisément, le CPE désigne « tout contrat conclu par un pouvoir adjudicateur et une société de services d'efficacité énergétique visant à garantir (...) l'amélioration de la performance énergétique d'un bâtiment ou d'un parc de bâtiments, vérifiée et mesurée dans la durée par un investissement dans des travaux, fournitures ou services »⁹⁴.

Selon l'avocat Anthony Emorine, ce type d'outils entraîne la réduction du périmètre de la neutralité de la commande publique⁹⁵. Désormais, à tous les stades de la procédure de passation des marchés publics, il revient aux acheteurs de veiller à ce que les critères environnementaux ne faussent pas la concurrence entre les opérateurs économiques. Il nous

⁹¹ *Op. Cit.* Emorine A. (2016).

⁹² Piveteau, D., « L'illégalité du critère du mieux disant social dans les marchés publics », *AJDA*, 2002, p.46.

⁹³ Article 5 de la loi « Grenelle 1 » du 3 août 2009.

⁹⁴ Ortega, O., « Les contrats de performance énergétique », Rapport à Nathalie Kosciusko-Morizet, alors ministre de l'Ecologie, du développement durable, des transports et du logement, mars 2011, p.19.

⁹⁵ *Op. Cit.* Emorine A. (2016).

paraît nécessaire de rappeler que les spécifications techniques du marché peuvent inclure des coûts liés à des étapes antérieures ou postérieures à la vie du produit en question, mais que ces derniers doivent être « liés à l'objet du marché public et proportionnés à sa valeur et à ses objectifs »⁹⁶. L'ordonnance précise également que les critères d'attribution ne doivent pas avoir pour effet de conférer « une liberté de choix illimitée à l'acheteur et garantissent la possibilité d'une véritable concurrence »⁹⁷.

Ainsi, les pouvoirs adjudicateurs se trouvent bel et bien dans un paradoxe : ils doivent se détacher du seul critère du prix si ils souhaitent passer à l'achat durable - et lier préférence locale, protection de l'environnement ou encore insertion sociale avec les marchés publics – « sans pour autant enfreindre les règles de non discrimination et d'égal accès à la commande publique »⁹⁸. C'est pourquoi nous pouvons nous interroger dans une ultime section sur le bien-fondé de l'utilisation de la commande publique en tant que vecteur des politiques de développement durable. Est-ce bien le rôle qui lui incombe ?

Section 2 : Des divergences sur le rôle économique et socio-environnemental qui incombe à la commande publique :

Après avoir observé la compatibilité difficile entre concurrence et développement durable dans la commande publique, il nous semble pertinent d'élargir la problématique en s'interrogeant sur les limites des objectifs qui incombent à cette dernière. Certains considèrent qu'elle doit se cantonner à son rôle du meilleur achat au meilleur coût, quand d'autres se positionnent pour une commande publique durable et vertueuse.

⁹⁶ Article 6 du décret du 25 mars 2016.

⁹⁷ Article 52 de l'ordonnance du 23 juillet 2015.

⁹⁸ *Op. Cit.* Emorine A. (2016).

Paragraphe 1 : La majorité des praticiens positionnés en faveur d'une commande publique durable et responsable :

L'Observatoire des achats responsables diffuse annuellement un questionnaire afin de sonder les pratiques d'achats responsables dans les secteurs privés et publics. En 2017, il ressort clairement du questionnaire que le surcoût budgétaire qui était un des freins à l'achat durable n'en est presque plus un. La mise en place d'une politique d'achats responsables est désormais un enjeu pour les entreprises comme pour les entités publiques. 73% de ces dernières ont nommé un correspondant achat responsable, sur la centaine qui a répondu⁹⁹. Ainsi, seul un tiers des sondés considère encore que le budget est une contrainte au développement des achats durables. Cette tendance baissière « est sans doute le signe de la prise de conscience qu'acheter responsable n'est certainement pas plus cher si la durée de vie des produits, services ou travaux est prise en compte »¹⁰⁰. Il convient de nuancer ce chiffre car le questionnaire nous apprend que seulement 18% des acheteurs sondés appréhendent systématiquement le coût global. Sans surprise, la complexité du calcul de l'ensemble du cycle de vie du produit est à l'origine de ce faible taux. Néanmoins, la « professionnalisation des acheteurs » en matière de développement durable est en marche, et l'adoption de la norme internationale ISO 20400 devrait poser un cadre référentiel sur lequel les acheteurs s'appuieront pour leurs achats futurs¹⁰¹.

Lors de la 4^{ème} conférence environnementale, qui s'est achevée le 26 avril 2016, l'avocat Raphaël Apelbaum nuance cependant cet engouement pour l'achat public responsable en précisant qu'un danger guette : celui « de passer de rien à des pratiques abusives et discriminantes que le juge viendra sanctionner »¹⁰². De plus, il met en évidence la difficulté de monétariser le coût du cycle de vie pour les pouvoirs adjudicateurs. C'est pourquoi la Notice édictée par le Groupe d'études des marchés – Développement durable de Bercy sur la prise en compte du cycle de vie dans une consultation est un outil indispensable pour guider les acheteurs publics. Cette Notice, que nous avons déjà mentionnée dans l'étude, vient d'ailleurs entériner une précision importante : le coût du cycle de vie ne peut pas constituer un

⁹⁹ D'Aloia, I., « Les achats responsables et la maîtrise des coûts ne sont plus incompatibles », *lemoniteur.fr* (en ligne), février 2017. Consulté le 21 avril 2018.

¹⁰⁰ *Ibid.*

¹⁰¹ *Ibid.*

¹⁰² Khalid, N., « Achat local, travail détaché, cycle de vie : comment promouvoir une commande publique durable », *lemoniteur.fr* (en ligne), avril 2016. Consulté le 21 avril 2018.

critère d'attribution mais il est recommandé de le prendre en compte dans une clause d'exécution. En effet, il ne permettrait pas l'élimination de l'offre mais simplement son classement. Florian Linditch relève une incertitude quant à l'attribution de points sur le critère du cycle de vie et la possibilité de prévoir dans le règlement de consultation « des demandes auxquelles la non-réponse ne signifiera pas pour autant que l'offre n'est pas conforme aux besoins de l'acheteur »¹⁰³. En tant que clause d'exécution, l'acheteur public est à même de prévoir le coût du cycle de vie dans le cahier des charges en spécifiant que la prestation ne devra pas dépasser un seuil déterminé d'émission de gaz à effet de serre, ou encore que l'entreprise devra s'inscrire dans une démarche d'inclusion sociale.

Paragraphe 2 : Un certain scepticisme de la doctrine quant à la mission socio-environnementale à imputer à la commande publique :

Plusieurs universitaires, économistes ou juristes, sont en effet sceptiques face à l'utilisation de la commande publique en tant que vecteur de transmission des politiques sociales et environnementales. La prise en compte du coût du cycle de vie au lieu du coût monétaire traditionnel ne fait donc pas l'unanimité. Ainsi, en 2015, Stéphane Saussier et Jean Tirole proposent une clarification des objectifs de la commande publique¹⁰⁴.

Dans un premier temps, ils rappellent brièvement que les enjeux financiers importants de la commande publique en font un « possible levier » pour atteindre des objectifs sociaux ou environnementaux. Bien qu'ils valident la légitimité de tels objectifs, MM. Saussier et Tirole observent que la puissance publique possède des moyens plus directs et efficaces pour les atteindre (taxes, subventions etc.).

Dans un second temps, ils mentionnent les raisons qui, selon eux, expliquent l'inefficacité du passage par la commande publique pour mettre en œuvre ces objectifs. Ils constatent le manque d'uniformité de la mesure corrigeant une défaillance du marché. A titre d'exemple, prendre en compte un critère environnemental d'émissions de gaz à effet de serre dans la commande publique revient en effet à survaloriser la tonne de carbone par rapport à sa valeur sur le marché des droits d'émissions négociables. Cela induit alors une augmentation du coût total de réalisation de l'objectif et, surtout, engendre la spécialisation de l'entreprise « propre » dans les marchés publics où elle aura un avantage concurrentiel. A l'inverse, son

¹⁰³ *Op. Cit.* Linditch F. (2016).

¹⁰⁴ Saussier, S., Tirole, J., « Renforcer l'efficacité de la commande publique », Note du Conseil d'analyse économique n°22, avril 2015.

homologue plus polluante se spécialisera sur d'autres segments, et il en résulte un « partage des marchés pas forcément rationnel et peu de réduction des émissions polluantes »¹⁰⁵.

Enfin, les deux économistes font état de difficultés de mesure de ces objectifs socio-environnementaux. Les pouvoirs adjudicateurs ne sont pas nécessairement équipés en conséquence, comme nous l'avons mentionné précédemment, et leur présence sur une multitude de marchés publics et privés complexifie l'identification précise de la source de pollution. Il existe également un risque de différenciation entre entreprises et, in fine, de réduction de l'intensité de la concurrence entre elles.

Le Professeur Florian Linditch rappelait déjà en 2005 que la composante sociale du cycle de vie ne devait rester que marginale et « accessoire »¹⁰⁶. De même, ce critère ne devrait jouer que pour départager des offres par ailleurs économiquement équivalentes¹⁰⁷. Il souligne ainsi que la difficulté consiste non pas à instaurer une clause sociale en tant que telle, mais plutôt à déterminer en quoi ce critère participe au caractère économiquement avantageux de l'offre. La recommandation du Professeur Linditch serait donc de n'affecter qu'une pondération minimaliste au critère social, de l'ordre de 5% ou 10%, pour les marchés n'ayant aucun rapport direct avec le domaine social¹⁰⁸.

L'engouement des juristes et économistes pour l'utilisation de la commande publique en tant qu'outil d'intégration sociale et environnementale semble plus tempéré que ne peut l'être celui des professionnels de l'achat public. Si la légitimité de tels objectifs n'est pas questionnée, la commande publique ne serait pas l'outil privilégié pour leur application. Il convient en effet de veiller à ne pas opérer de discrimination entre opérateurs économiques afin de préserver la concurrence, mais également de réaliser des critères socio-environnementaux qui ne prennent pas plus d'importance que ne leur confère l'objet du marché. L'application relativement stricte de la concurrence par le juge national et communautaire explique l'hésitation des pouvoirs adjudicateurs s'agissant de l'insertion de clauses sociales et environnementales dans leurs marchés publics. Le risque est de se voir annuler son marché par le juge administratif.

¹⁰⁵ *Ibid.*

¹⁰⁶ CJCE, 2000, Commission c/ France.

¹⁰⁷ Rapport général sur les activités de l'Union Européenne, 2000, pt 1119, p.407.

¹⁰⁸ Linditch, F., « Marchés publics – Au secours, le critère social revient ! », *La Semaine Juridique Administrations et Collectivités Territoriales* n°8, février 2005, 1085.

CONCLUSION

Notre étude s'est intéressée à l'immixtion du coût du cycle de vie, à savoir des considérations de développement durable, dans les marchés publics. Nous avons observé que le droit européen est à l'origine des politiques d'insertion sociale et de respect de l'environnement. Dans les marchés publics, le coût du cycle de vie permet aux acheteurs d'affiner la phase de définition préalable de leurs besoins. Ainsi, la commande publique semble de prime abord pouvoir se poser en tant que relai du développement durable en favorisant l'internalisation des externalités sociales et environnementales négatives des marchés.

Cependant, les acheteurs publics font face à des obstacles structurels à la pleine intégration du coût du cycle de vie par leurs services. Tout d'abord, les pouvoirs adjudicateurs disposent, dans leur ensemble, de moyens techniques, humains et financiers insuffisants pour assurer le suivi et le contrôle du cycle de vie des produits, services ou travaux qui sont l'objet de leurs marchés. La principale difficulté est la manne financière nécessaire à une prise en compte effective du coût du cycle de vie. Seules les collectivités les plus importantes semblent en mesure de faire face à de telles dépenses, notamment grâce à l'emploi du personnel qualifié à cet effet. Enfin, l'entrave la plus importante reste la préservation de la concurrence qui semble entrer en contradiction avec l'intégration de considérations socio-environnementales dans les marchés publics. En effet, le coût du cycle de vie induit des effets indésirables sur la concurrence, notamment via la possibilité de discriminations entre opérateurs économiques et le risque de décorrélation entre le critère social ou environnemental et l'objet du marché. La nécessité de garantir l'accès des marchés publics à une pluralité de soumissionnaires, et notamment aux PME, rend complexe l'utilisation par les acheteurs publics de critères d'attribution sociaux ou environnementaux. C'est là l'un des principaux écueils de l'intégration du coût du cycle de vie. Il nous semblerait plus pertinent que les collectivités privilégient la rédaction de clauses d'exécution « durables » une fois que les opérateurs économiques auront été choisis sur la base de critères plus traditionnels et faciles à évaluer tels que le prix et la valeur technique du produit.

BIBLIOGRAPHIE

Ouvrages généraux – Manuels – Traités :

Aguila, Y., Stirn, B., *Droit public français et européen*, janvier 2018. Dalloz.

Ouvrages spéciaux :

Charrel, N., Guibal, M., *Code pratique des marchés publics : Ordonnance n°2015-899 du 23 juillet 2015 – Décret n°2016-360 du 25 mars 2016*, 10^{ème} édition, novembre 2017. Le Moniteur.

Coase, R., *Le coût du droit*, 2000. PUF.

Gormand, C., *Maîtriser le coût d'un produit. Life cycle cost*, décembre 2001. A savoir.

Lichère, F., *Droit des contrats publics*, 2^{nde} édition, septembre 2014, Dalloz.

Veyret, Y., *Le développement durable : Approche globale*, mai 2017. UPPR.

Articles :

Boy, L., « Clauses sociales et environnementales et marchés publics en Europe » in Balate, E., Menétrey, S., *Quelles réformes de droit économique pour le développement en Afrique ?*, novembre 2009. Larcier.

Cossalter, P., « Le coût du cycle de vie, nouveau Graal des acheteurs publics ? », *Contrats et marchés publics* n°6, juin 2014.

Emorine, A., « Nouvelle commande publique et environnement – l'écoresponsabilité gagne du terrain », *Cahiers du droit de l'entreprise* n°6, novembre 2016.

Linditch, F., « Marchés publics – Au secours, le critère social revient ! », *La Semaine Juridique Administrations et Collectivités territoriales* n°8, février 2005.

Linditch, F., « Développement durable et marchés publics », *Cahiers du droit de l'entreprise* n°5, septembre 2007.

Linditch, F., « Environnement et marchés publics, une relation contre nature ? », *La Semaine Juridique Administrations et Collectivités territoriales* n°11, mars 2004, 1183.

Linditch, F., « Les premiers pas du coût du cycle de vie dans la commande publique. A propos de la « Notice introductive : prise en compte du coût du cycle de vie dans une consultation » », *Contrats et marchés publics* n°7, juillet 2016.

Llorens, F., Soler-Couteaux, P., « Un nouveau souffle pour le « mieux disant social » », *Contrats et marchés publics* n°9, septembre 2001.

Pongérard-Payet H., « Critères sociaux et écologiques des marchés publics : droits communautaire et interne entre guerre et paix », *Europe*, octobre 2004, étude 10.

Saussier, S., Tirole, J., « Renforcer l'efficacité de la commande publique », *Les notes du CAE* n°22, avril 2015.

Documents officiels :

Agence de l'Environnement et de la Maîtrise de l'Energie, « Guide de l'achat public – L'achat public : une réponse aux enjeux climatiques », *economie.gouv.fr*, octobre 2016.

Direction des Affaires juridiques, « Guide relatif à la prise en compte du coût global dans les marchés publics de maîtrise d'œuvre et de travaux », *economie.gouv.fr*, mai 2010.

Direction des Affaires juridiques, « Le schéma de promotion des achats publics socialement et écologiquement responsables », *economie.gouv.fr*, août 2016.

Direction des Affaires juridiques, « La définition du besoin », *economie.gouv.fr*, août 2017.

Directive 2004/18/CE du Parlement Européen et du Conseil « relative à la coordination des procédures de passation des marchés publics de travaux, de fournitures et de services », *eur-lex.europa.eu*, 31 mars 2004.

Directive 2014/24/UE du Parlement Européen et du Conseil « sur la passation des marchés publics et abrogeant la directive 2004/18/CE », *eur-lex.europa.eu*, 26 février 2014.

Groupe d'études des marchés du développement durable et de l'environnement de la Direction des Affaires juridiques, « Notice introductive : prise en compte du coût du cycle de vie dans une consultation », *economie.gouv.fr*, mars 2016.

OCDE, *La performance environnementale des marchés publics. Vers des politiques cohérentes*, 2003.

Recommandation de la Commission Européenne « relative à l'utilisation de méthodes communes pour mesurer et indiquer la performance environnementale des produits et des organisations sur l'ensemble du cycle de vie », *eur-lex.europa.eu*, 9 avril 2013.

Sites internet :

Site internet d'Ordiges : <http://www.ordiges.com>

Site internet de Marchés publics : <http://www.marche-public.fr>

Site internet du Moniteur : <http://www.lemoniteur.fr>

Site internet de la Gazette des communes : <http://www.lagazettedescommunes.com>

Site internet d'Achat public : <http://www.achatpublic.info>

TABLE DES MATIERES

SOMMAIRE	7
INTRODUCTION.....	9
PARTIE 1 : Le coût du cycle de vie : une notion complexe permettant d'affiner les besoins des acheteurs publics en matière de développement durable	14
CHAPITRE 1 : Une complexité liée à l'étendue de la notion de développement durable ..	14
SECTION 1 : Aux origines des critères sociaux et environnementaux dans la commande publique française	14
Paragraphe 1 : L'influence déterminante de la notion de développement durable	15
Paragraphe 2 : La divergence initiale des droits communautaire et interne pour l'acceptation de critères sociaux et environnementaux dans la commande publique.....	16
Paragraphe 3 : La convergence progressive des droits communautaire et interne	17
SECTION 2 : Le coût du cycle de vie : une synthèse des critères sociaux et environnementaux dans la commande publique.....	19
Paragraphe 1 : Un concept polysémique et complexe	19
Paragraphe 2 : L'édiction d'un mode d'emploi du coût du cycle de vie par les pouvoirs publics à destination des acheteurs	21
CHAPITRE 2 : Le coût du cycle de vie dans la phase de définition des besoins : vecteur d'internalisation des externalités du contrat	23
SECTION 1 : Une phase de définition des besoins affinée pour les pouvoirs adjudicateurs grâce au coût du cycle de vie	23
Paragraphe 1 : La définition des besoins : la clef d'un achat responsable réussi	23
Paragraphe 2 : Des orientations nationales définies par les pouvoirs publics afin d'encourager les acheteurs à un achat durable	25
SECTION 2 : Une internalisation incomplète des externalités du contrat.....	26
Paragraphe 1 : L'intégration du coût du cycle de vie : une obligation de moyens et non résultats	27

Paragraphe 2 : La constitution d’initiatives pour responsabiliser la commande publique	28
PARTIE 2 : L’existence d’entraves structurelles à la pleine intégration du coût du cycle de vie dans les marchés publics	31
CHAPITRE 1 : Des moyens humains, techniques et financiers peu adaptés pour en assurer le contrôle	31
SECTION 1 : L’hétéronomie technique des collectivités quant au coût du cycle de vie	31
Paragraphe 1 : Un personnel quantitativement et qualitativement inadapté pour l’intégration d’une donnée aussi complexe	32
Paragraphe 2 : La référence à des méthodes extérieures d’évaluation du coût du cycle de vie	33
SECTION 2 : Des contraintes budgétaires incompatibles avec un contrôle efficace du coût du cycle de vie	34
Paragraphe 1 : Un contexte budgétaire favorable à la maîtrise des dépenses publiques	34
Paragraphe 2 : Des inégalités économiques entre les pouvoirs adjudicateurs ..	35
CHAPITRE 2 : Une conciliation difficile avec la préservation de la concurrence	38
SECTION 1 : Le paradoxe de l’importance croissante conférée tant à la concurrence qu’à la durabilité de l’achat public.....	38
Paragraphe 1 : L’affirmation du primat de la concurrence entre opérateurs économiques	38
Paragraphe 2 : Les trois piliers de la commande publique : la garantie d’une concurrence pleine et entière	39
Paragraphe 3 : Le coût du cycle de vie à l’épreuve de la préservation de la concurrence	41
SECTION 2 : Des divergences sur le rôle économique et socio-environnemental qui incombe à la commande publique	42
Paragraphe 1 : La majorité des praticiens en faveur d’une commande publique durable et responsable.....	43
Paragraphe 2 : Un certain scepticisme de la doctrine quant à la mission socio-environnementale à imputer à la commande publique.....	44
CONCLUSION	46

TABLE DES ANNEXES

ANNEXE I	Page 54
ANNEXE II	Page 56
ANNEXE III	Page 57
ANNEXE IV	Page 58
ANNEXE V	Page 59
ANNEXE VI	Page 60
ANNEXE VII	Page 61
ANNEXE VIII	Page 62
ANNEXE IX	Page 64

ANNEXES

ANNEXE I :

Extraits du Rapport Brundtland de 1987 :

« Le genre humain a parfaitement les moyens d'assumer un développement soutenable, de répondre aux besoins du présent sans compromettre la possibilité pour les générations à venir de satisfaire les leurs.

La notion de développement soutenable implique certes des limites. Il ne s'agit pourtant pas de limites absolues mais de celles qu'imposent l'état actuel de nos techniques et de l'organisation sociale ainsi que de la capacité de la biosphère de supporter les effets de l'activité humaine.

Mais nous sommes capables d'améliorer nos techniques et notre organisation sociale de manière à ouvrir la voie à une nouvelle ère de croissance économique. La Commission estime que la pauvreté généralisée n'est pas une fatalité. Or, la misère est un mal en soi, et le développement soutenable signifie la satisfaction des besoins élémentaires de tous, et pour chacun, la possibilité d'aspirer à une vie meilleure. Un monde qui permet la pauvreté endémique sera toujours sujet aux catastrophes écologiques et autres.

Pour satisfaire les besoins essentiels, il faut non seulement assurer la croissance économique dans les pays où la majorité des habitants vivent dans la misère mais encore faire en sorte que les plus démunis puissent bénéficier de leur juste part des ressources qui permettent cette croissance. L'existence de systèmes politiques garantissant la participation populaires à la prise de décision et un démocratie plus efficace dans la prise de décisions internationales permettraient à cette justice de naître.

(...)

Cela dit, le développement soutenable n'est pas un état d'équilibre, mais plutôt un processus de changement dans lequel l'exploitation des ressources, le choix des investissements, l'orientation du développement technique ainsi que les changements institutionnels sont déterminés en fonction des besoins tant actuels qu'à venir. Nous ne prétendons certainement

pas qu'il s'agit là d'un processus simple. Des choix douloureux s'imposent. En dernière analyse, le développement soutenable est bien une affaire de volonté politique ».

ANNEXE II :

Extrait de la directive 2014/24/UE du 26 février 2014 « sur la passation des marchés publics et abrogeant la directive 2004/18/CE :

« Lorsqu'ils évaluent le meilleur rapport qualité/prix, les pouvoirs adjudicateurs devraient établir les critères économiques et qualitatifs liés à l'objet du marché qu'ils appliqueront à cette fin. Ces critères devraient donc permettre une évaluation comparative du niveau de prestation offert par chaque soumissionnaire par rapport à l'objet du marché, tel qu'il est défini dans les spécifications techniques. Dans le cadre du meilleur rapport qualité/prix, une liste non exhaustive de critères d'attribution susceptibles d'être utilisés, comprenant notamment les aspects sociaux et environnementaux, figure dans la présente directive. Il y a lieu d'encourager les pouvoirs adjudicateurs à retenir les critères d'attribution qui leur permettent d'obtenir des travaux, des fournitures ou des services de grande qualité qui correspondent idéalement à leurs besoins.

Les critères retenus ne devraient pas conférer une liberté de choix illimitée au pouvoir adjudicateur, ils devraient garantir une concurrence effective et équitable et être accompagnés de modalités qui permettent de vérifier effectivement les informations fournies par les soumissionnaires.

Afin de déterminer l'offre économiquement la plus avantageuse, il convient que la décision d'attribution du marché ne soit pas fondée exclusivement sur des critères autres que le coût. Les critères qualitatifs devraient dès lors être assortis d'un critère de coût qui pourrait être, au choix du pouvoir adjudicateur, soit le prix, soit une approche coût/efficacité telle que le coût du cycle de vie. Toutefois, les critères d'attribution ne devraient pas avoir d'incidence sur l'application de dispositions nationales établissant la rémunération de certains services ou imposant un prix fixe pour certaines fournitures ».

ANNEXE III :

Extrait de l'arrêt CE, 25 juillet 2001, Commune de Gravelines :

« Considérant que, pour annuler l'ensemble des actes de procédure afférents à la passation du marché négocié de travaux de réhabilitation de la décharge de la Porte aux Boules à Gravelines, le vice-président délégué par le président du tribunal administratif de Lille s'est fondé, d'une part, sur ce que la commune ne pouvait légalement retenir, pour apprécier les offres des entreprises, un critère additionnel de sélection relatif aux propositions faites par les soumissionnaires en matière de création d'emplois, d'insertion et de formation et, d'autre part, sur ce que l'offre retenue par la COMMUNE DE GRAVELINES, qui comportait une baisse du prix dans le cas où le volume réel de déblais serait inférieur à celui estimé dans l'offre, n'était pas conforme au règlement de consultation, lequel ne prévoyait qu'un prix forfaitaire ;

Considérant, en premier lieu, qu'en relevant que le critère additionnel retenu par la commune était sans rapport avec l'objet du contrat ou avec ses conditions d'exécution, le vice président délégué par le président du tribunal administratif de Lille n'a pas entaché son ordonnance, qui est suffisamment motivée, d'une dénaturation des faits ou d'une erreur de droit ; que la circonstance, à la supposer établie, qu'aucune offre formulée par les soumissionnaires n'aurait pris en compte ce critère est sans incidence sur la possibilité de le faire figurer parmi les critères permettant de comparer les offres ; Considérant, en second lieu, que si, après un appel d'offres déclaré infructueux, la personne responsable du marché peut adapter le dossier de consultation préalablement à la passation du marché négocié pour tenir compte des résultats de la première consultation ou même corriger certains éléments du dossier de consultation afin de prendre en compte les propositions faites par les différents candidats au cours de la négociation engagée avec eux, ces adaptations ou ces corrections ne peuvent modifier substantiellement l'objet ou les conditions de réalisation du marché (...) ».

ANNEXE IV :

Extraits de l'arrêt CJCE, 17 septembre 2002, Concordia Bus Finland :

« Afin de déterminer si et dans quelles conditions le pouvoir adjudicateur peut, conformément audit article 36, paragraphe 1, sous a), prendre en considération des critères de nature écologique, il importe de constater, en premier lieu, que, ainsi qu'il ressort clairement du libellé de cette disposition et, notamment, de l'emploi de l'expression «par exemple», les critères pouvant être retenus à titre de critères d'attribution d'un marché public à l'offre économiquement la plus avantageuse ne sont pas énumérés de manière limitative.

(...)

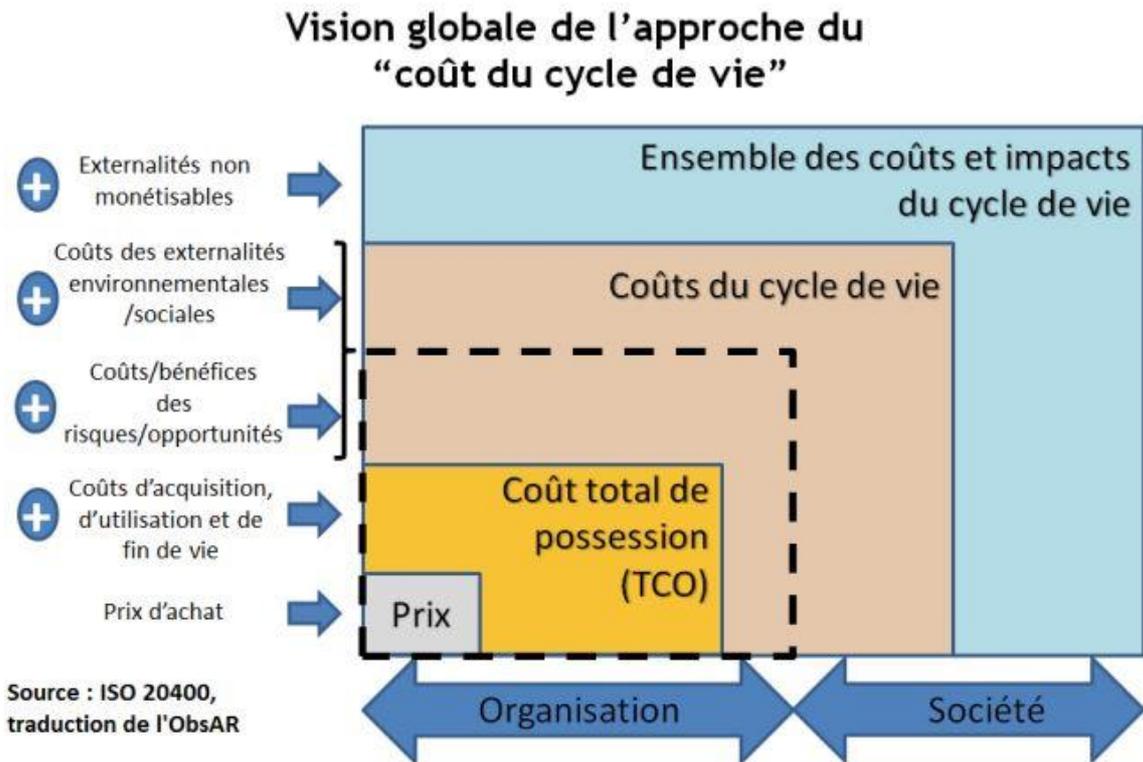
En deuxième lieu, ledit article 36, paragraphe 1, sous a), ne saurait être interprété en ce sens que chacun des critères d'attribution retenus par le pouvoir adjudicateur afin d'identifier l'offre économiquement la plus avantageuse doit nécessairement être de nature purement économique. En effet, il ne saurait être exclu que des facteurs qui ne sont pas purement économiques puissent affecter la valeur d'une offre au regard dudit pouvoir adjudicateur. Cette constatation est également corroborée par le libellé même de cette disposition, qui fait expressément allusion au critère relatif au caractère esthétique d'une offre.

(...)

Il résulte de ces considérations que, lorsque le pouvoir adjudicateur décide d'attribuer un marché au soumissionnaire ayant présenté l'offre économiquement la plus avantageuse, conformément à l'article 36, paragraphe 1, sous a), de la directive 92/50, il peut prendre en considération des critères relatifs à la préservation de l'environnement pour autant que ces critères sont liés à l'objet du marché, ne confèrent pas audit pouvoir une liberté inconditionnée de choix, sont expressément mentionnés dans le cahier des charges ou dans l'avis de marché et respectent tous les principes fondamentaux du droit communautaire, notamment le principe de non-discrimination ».

ANNEXE V :

Schéma de l'approche du coût du cycle de vie :



ANNEXE VI :

Extrait du résumé de l'arrêt CE, 23 novembre 2011, Communauté urbaine de Nice-Côte d'Azur :

« Aux termes de l'article L. 541-1 du code de l'environnement : « Les dispositions du présent chapitre (...) ont pour objet : (...) 4° d'organiser le transport des déchets et de le limiter en distance et en volume ». Ces dispositions ne comportent aucune règle que pourrait méconnaître par elle-même une offre d'une entreprise candidate à un marché public, indépendamment de toute comparaison avec les autres offres. Par suite, la seule circonstance que le choix de l'offre d'une entreprise concourrait moins que celui d'autres offres à la mise en oeuvre des objectifs découlant de ces dispositions ne permettait pas de l'éliminer, avant tout classement des offres, comme une offre inacceptable en application des dispositions des articles 35 et 53 du code des marchés publics ».

ANNEXE VII :

Présentation du « Mode d'emploi Marchés publics pour les PME et TPE » de la Région PACA, par M. Christian Estrosi :

« Depuis maintenant un an, nous sommes à l'offensive sur tous les fronts de la croissance de l'emploi. Nous avons augmenté le budget de l'aide directe aux entreprises de 12 %. Nous avons créé un Fonds d'investissement pour les entreprises de la Région (FIER) doté de 94 millions d'euros.

Avec les Opérations d'Intérêt Régional, nous nous sommes dotés d'une stratégie économique appuyée sur nos filières d'excellence.

Provence-Alpes-Côte d'Azur, riche de 440 000 entreprises dont 99 % sont des TPE/PME vient de se doter d'un nouvel outil : le « Small Business Act ». Il doit permettre aux TPE/PME d'accéder plus facilement aux marchés publics passés par la Région. Aujourd'hui, 50 % des marchés régionaux sont attribués aux entreprises locales. Nous souhaitons atteindre un quota de 70 % d'ici 2021.

Ce « Livre bleu » est un mode d'emploi de la commande publique. Nous le mettons à la disposition des entreprises avec l'objectif de redonner aux PME la volonté de participer aux appels d'offres publics.

Pour gagner la bataille pour la croissance et pour l'emploi, plus que jamais, la Région se veut le 1^{er} partenaire des entreprises ! ».

ANNEXE VIII :

Extrait de l'Introduction au schéma de la commande publique responsable de la Ville de Paris :

« La Ville de Paris s'est donnée comme objectif de répondre à la crise économique et environnementale en se positionnant comme un acteur majeur de la diplomatie des Villes en amont de la Conférence internationale sur le climat, dite « COP21 », organisée à Paris du 30 novembre au 11 décembre 2015. La commande et les achats publics constituent à ce titre un puissant levier d'action représentant 20% du PIB européen et plus d'1,6 milliard d'euros dépensés annuellement par la Ville.

L'adoption de schémas de promotion des achats publics socialement responsables n'est que récemment devenue obligatoire avec l'entrée en vigueur de la loi sur l'économie sociale et solidaire du 31 juillet 2014 (Loi 2014-856), concernant toutes les collectivités à partir de 100 millions d'euros d'achat. La loi sur la transition écologique pour une croissance verte (Loi 2015-992) du 17 août 2015 y ajoute une dimension environnementale : son chapitre IV dédié à l'économie circulaire impose d'y intégrer des critères liés à l'économie circulaire.

Les dimensions sociales, environnementales et circulaires de l'achat public ne sont pas encore généralisées au niveau français, européen ou mondial. En adoptant un schéma de la commande publique ambitieux intégrant ces trois dimensions, la Ville de Paris s'engage dans une démarche véritablement innovante.

D'ores et déjà, Paris s'est déjà emparée du sujet de la commande publique responsable en initiant un groupement d'achat européen pour l'achat de véhicules plus propres, notamment avec Rome, Madrid, Bruxelles et Lisbonne. Mais aussi, avec le Plan climat, qui a permis de généraliser les clauses environnementales à 50% des marchés actuels, le Plan biodiversité, la sortie du diesel et des produits phytosanitaires.

L'adoption d'un schéma de promotion de la commande publique socialement et écologiquement responsable amplifie ce mouvement vers une consommation réellement responsable, dans une démarche d'amélioration constante, afin de répondre aux deux défis majeurs actuels : la protection de l'environnement et la création d'emplois durables pour toutes et tous.

Le schéma parisien de la commande responsable repose sur trois grands axes fondamentaux : l'impulsion d'une transition écologique et économique du territoire, l'engagement de Paris à construire une ville solidaire et le choix d'une consommation exemplaire ».

ANNEXE IX :

Extrait de l'article 101 du Traité sur le fonctionnement de l'Union Européenne :

« Sont incompatibles avec le marché intérieur et interdits tous accords entre entreprises, toutes décisions d'associations d'entreprises et toutes pratiques concertées, qui sont susceptibles d'affecter le commerce entre Etats membres et **qui ont pour objet ou pour effet d'empêcher, de restreindre ou de fausser le jeu de la concurrence** à l'intérieur du marché intérieur (...) ».