

## PROJET



DEPARTEMENT DU CONSEIL JURIDIQUE  
ET DE LA DOCUMENTATION

DOSSIER SUIVI PAR ANN-CHARLOTTE BERARD WALSH

### **INTRODUCTION DU BIO EN RESTAURATION COLLECTIVE Les outils du code des marchés publics**

*L'objet de la présente note est de présenter les outils juridiques qui permettent aux collectivités locales de mener une politique d'achat éco et socio-responsable.*

L'achat de produits issus de l'agriculture biologique dans le cadre de la restauration collective soulève légitimement des interrogations sur la possibilité de prendre en compte des considérations environnementales et, accessoirement, sociales en droit des marchés publics.

En effet, le droit des marchés publics est souvent perçu comme une réglementation particulièrement contraignante, qui laisse peu de place à la mise en œuvre de telles considérations d'intérêt général.

- Le droit des marchés publics a une finalité essentiellement économique en visant notamment à garantir la libre concurrence et la bonne utilisation des deniers publics. Les principes fondamentaux énoncés à l'article 1<sup>er</sup> du code des marchés publics que sont la liberté d'accès à la commande publique, l'égalité de traitement des candidats et la transparence des procédures en sont l'application.
- Dans ce cadre, des objectifs de développement durable paraissent, en pratique, délicats à concilier avec la rationalité économique de la commande publique. Le principe de neutralité de l'achat public ne doit pas, en principe, céder la place à des considérations étrangères à celui-ci.

Le cadre juridique actuel est issu d'une évolution progressive, impulsée par le droit communautaire.

- En ce qui concerne le droit communautaire
- La jurisprudence de la Cour de justice des communautés européennes (CJCE) a initié l'intégration de critères sociaux et environnementaux : elle

## PROJET

a admis dans un premier temps qu'un marché public puisse introduire des conditions d'exécution à dimension sociale (CJCE 20 septembre 1988, Bentjees, C-31/87), puis a jugé dans un second temps qu'un critère d'attribution lié à la lutte contre le chômage était légal, à la condition que le principe de non-discrimination soit respecté (CJCE 26 septembre 2000, Commission c/ France, C-225/98).

La légalité de principe du critère écologique a été reconnue dans le cadre d'une affaire relative à un marché portant sur la gestion de lignes d'autobus (CJCE 17 septembre 2002, Concordia Bus Finland, aff. C-513/99).

- La publication en 2001 d'une communication de la Commission européenne sur le droit communautaire applicable aux marchés publics et la possibilité d'intégrer des considérations environnementales (Comm. CE, comm. n°2001/C, 333/07 du 4 juillet 2001).
- L'adoption de la Directive 2004/18/CE relative à la coordination des procédures de passation des marchés publics de travaux, de fournitures et de services du 31 mars 2004, qui consacre expressément la possibilité pour les acheteurs publics d'intégrer des considérations environnementales dans les critères d'attribution du marché et dans ses conditions d'exécution. Elle prévoit également le droit de faire référence à des spécifications techniques, telles que des écolabels.
- En ce qui concerne le droit interne
  - Jusqu'en 2001, le juge administratif français refusait qu'un critère lié à des considérations sociales ou environnementales soit utilisé pour déterminer le choix d'une offre (CE 10 mai 1996, FNTP, n° 159979). Puis, le CE a revu sa position dans un arrêt « Commune de Gravelines » du 25 juillet 2001 en reconnaissant la possibilité de prévoir des critères sociaux pour l'attribution des marchés publics.
  - La version 2004 du code des marchés publics autorise expressément la prise en compte d'exigences sociales et environnementales (dans les conditions d'exécution du marché, l'appréciation des capacités professionnelles des candidats et le choix de l'offre).
  - En 2006, le code des marchés publics est remanié et l'intégration d'objectifs de développement durable est favorisée. Actuellement, cette possibilité porte pour l'essentiel, sur les aspects suivants :
    - la détermination des besoins et de l'objet du marché (article 5 CMP) ;
    - la définition des prestations qui font l'objet du marché (article 6 CMP) ;
    - les conditions d'exécution du marché (article 14 CMP) ;
    - l'examen des candidatures (article 45 CMP) ;

## PROJET

- les critères d'attribution des offres (article 53 CMP).

Ces différents leviers permettent de favoriser l'impact environnemental et social de l'achat public.

Dans une communication adoptée le 16 juillet 2008, la Commission européenne a proposé l'élaboration au niveau européen de critères environnementaux pour la passation des marchés publics écologiques, soit sous la forme de spécifications techniques minimales auxquelles devront se conformer les offres, soit sous la forme de critères d'attribution. Dans ce cadre, elle a identifié 10 secteurs « prioritaires » parmi lesquels figurent l'alimentation et les services de restauration (Communication relative à des marchés publics pour un environnement meilleur).

Dans une circulaire du 2 mai 2008, il est recommandé de développer l'offre de produits bio dans les menus proposés en restauration collective.

**On peut ainsi retenir que les marchés de restauration collective sont l'un des domaines privilégiés du développement des « marchés publics écologiques ».**

Aussi, à l'occasion de la passation de marchés de fourniture de denrées alimentaires, les collectivités ont la possibilité de choisir des produits issus de l'agriculture biologique et d'intégrer d'autres données environnementales.

Le code des marchés publics le permet, en synthèse, à 2 stades du processus d'achat :

- la définition de l'objet du marché et l'élaboration du cahier des charges (1.) ;
- la procédure de passation du marché (2.).

### **1. La définition de l'objet du marché et l'élaboration du cahier des charges**

#### **1.1. La définition du besoin et de l'objet du marché**

L'acheteur public doit déterminer ses besoins avec précision. Sur ce point l'article 5 du code des marchés publics dispose que « *la nature et l'étendue des besoins à satisfaire sont déterminés avec précision (...) en prenant en compte des objectifs de développement durable* ».

La portée de cette disposition a été précisée par la Direction des affaires juridiques du Ministère de l'Economie : il s'agit une obligation de moyen pour les acheteurs de réfléchir à la possibilité d'intégrer des exigences liées au

## PROJET

développement durable, dans le marché lui-même ou dans la procédure de passation (sélection des candidatures et des offres).

A ce stade, Il appartient à l'acheteur de réaliser une étude de marché suffisamment approfondie pour vérifier que ses exigences ne restreindront pas trop l'accessibilité au marché.

- **Nécessité d'une réflexion en amont sur la capacité d'approvisionnement de la filière bio (régionale)**

### **1.2. L'élaboration des « cahiers des charges »**

#### 1.2.1. Les spécifications techniques du marché

La notion de spécifications techniques désigne les caractéristiques objectives des prestations qui font l'objet du marché.

Elles décrivent le marché de manière à permettre aux entreprises de décider s'il présente un quelconque intérêt pour elles. Ainsi, elles déterminent le niveau de concurrence; elles fournissent des conditions requises mesurables qui serviront à l'évaluation des offres. Elles constituent des critères de conformité minimaux.

Aux termes de l'article 6 du code des marchés publics, les spécifications techniques des prestations qui font l'objet du marché peuvent être formulées selon deux méthodes:

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

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

L'article 6 ajoute :

*« VII. - Lorsque les performances ou les exigences fonctionnelles (...) comportent des caractéristiques environnementales, celles-ci peuvent être définies par référence à tout ou partie d'un écolabel pour autant :*

*1° Que cet écolabel soit approprié pour définir les caractéristiques des fournitures ou des prestations faisant l'objet du marché ;*

*2° Que les mentions figurant dans l'écolabel aient été établies sur la base d'une information scientifique ;*

*3° Que l'écolabel ait fait l'objet d'une procédure d'adoption à laquelle ont participé des représentants des organismes gouvernementaux, des*

## PROJET

*consommateurs, des fabricants, des distributeurs et des organisations de protection de l'environnement ;*

*4° Que l'écolabel soit accessible à toutes les parties intéressées.*

*Le pouvoir adjudicateur peut indiquer, dans les documents de la consultation, que les produits ou services ayant obtenu un écolabel sont présumés satisfaire aux caractéristiques environnementales mentionnées dans les spécifications techniques mais est tenu d'accepter tout moyen de preuve approprié».*

En toute hypothèse, la définition de telles spécifications techniques doit être non discriminatoire, permettre l'égal accès des candidats et ne peuvent pas avoir pour effet de créer des obstacles injustifiés à l'ouverture des marchés publics à la concurrence.

Il peut être compris de cette disposition que, pour définir les prestations qui font l'objet du marché, l'acheteur peut soit :

- faire référence à des normes ou à d'autres documents équivalents, approuvés par des organismes reconnus, notamment par des instances professionnelles en concertation avec les autorités nationales ou communautaires (norme AFNOR par exemple) ;
- s'exprimer en termes de performances ou d'exigences fonctionnelles. Dans ce cas de figure, l'acheteur peut faire référence à un écolabel, qui est une marque de certification collective, délivrée en France par AFAQ-AFNOR Certification sous le label « NF environnement ». L'acheteur peut ainsi demander la présence du certificat, tout en ouvrant l'équivalence, puisqu'il n'est pas possible de restreindre la concurrence aux seules entreprises disposant de cette marque collective.

Il existe d'autres labels écologiques auxquels peuvent faire référence les acheteurs, délivrés par un tiers indépendant, qui peuvent être classés en deux catégories : les labels contrôlés ou approuvés par les pouvoirs publics, comme le label écologique « AB » sur l'agriculture biologique, reconnu par le ministère de l'agriculture et délivré par plusieurs organismes certificateurs et ceux soutenus par les pouvoirs publics.

La référence à ces spécifications techniques doit répondre à une double exigence :

- elle doit être cohérente avec l'objet du marché,
- elle doit être non discriminatoire : en effet, d'autres référentiels sont susceptibles de garantir le même niveau d'exigence que celui indiqué dans les spécifications techniques. Concrètement, il convient d'ajouter « ou équivalent » à côté de la description du label souhaité. La jurisprudence a été considérée comme discriminatoire le fait d'exiger qu'un produit soit marqué d'un écolabel de la marque « NF Environnement » sans accepter d'examiner l'équivalence d'une certification délivrée par un organisme

## PROJET

établi dans l'union européenne (TA Nice, Ord.18 avril 2006, Sté FM développement).

En pratique, **les spécifications techniques d'un marché de restauration collective peuvent prévoir que les produits soient issus de l'agriculture biologique et indiquer qu'ils doivent porter le label AB ou équivalent.**

Il peut être réclaté des certificats établis par des services chargés du contrôle de la qualité et habilités à attester la conformité des fournitures par des références à certaines spécifications techniques (notamment label AB ou équivalent). Toutes preuves de mesures équivalentes de garantie de la qualité produites par les candidats doivent être acceptées

Il convient également de noter que l'article 6.IV. du code des marchés publics précise que les spécifications techniques **ne peuvent pas faire mention « d'une provenance ou origine déterminée »**. Ainsi, conformément au principe de non-discrimination, une production biologique locale ou nationale ne peut être privilégiée en tant que telle.

En revanche, l'indication d'autres spécifications techniques peuvent avoir pour effet de favoriser des produits bio locaux : privilégier les produits non transformés, la saisonnalité, les délais de livraison et la fraîcheur, etc.

### 1.2.2. Les conditions d'exécution du marché

Par conditions d'exécution, il faut entendre une modalité de réalisation du contrat qui s'impose au titulaire du marché et qui fait l'objet d'une description précise dans les documents de la consultation (cahier des charges administratives particulières, cahier des clauses techniques particulières).

L'article 14 du code des marchés publics dispose que « *les conditions d'exécution d'un marché (...) peuvent comporter des éléments à caractère social ou environnemental qui prennent en compte les objectifs de développement durable(...) »*. Il est également précisé que ces conditions d'exécution ne doivent pas avoir d'effet discriminatoire à l'égard des candidats potentiels.

#### ➤ Éléments à caractère environnemental

Rien ne s'oppose à ce l'acheteur prévoient des conditions d'exécution « vertes », via la prise en compte des conditions de transport des denrées, la consommation en eau et en énergie, la production des déchets, etc.

#### ➤ Éléments à caractère social (clause d'insertion sociale)

Les marchés publics peuvent imposer des conditions d'exécution favorables à l'embauche de publics prioritaires. Une offre qui ne satisferait pas une telle condition serait irrecevable pour non conformité au cahier des charges.

## PROJET

Dans ce cadre, il est possible de fixer des conditions particulières permettant de promouvoir l'emploi de personnes ayant des difficultés d'insertion (travailleurs handicapés, chômeurs...).

Concrètement, cela peut se traduire par l'affectation d'un certain pourcentage d'heures travaillées à ces publics ou l'obligation en cas de sous-traitance, de faire appel à une entreprise d'insertion pour l'exécution d'une partie du marché.

Il est au préalable important de vérifier qu'une offre d'insertion correspondant au marché existe sur le territoire.

### **2. La procédure de passation du marché public (de fournitures de denrées alimentaires)**

NB : suppression de la double enveloppe dans les procédures d'AO ouverts. Depuis le décret du 19 décembre 2008, les dossiers des candidats comportent une enveloppe comprenant les documents relatifs à la candidature et à l'offre (une seule enveloppe mais deux examens distincts).

#### **2.1. L'appréciation des candidatures**

L'article 52 du code des marchés publics prévoit que les candidats doivent être sélectionnés sur la base de critères de recevabilité et de capacité (capacités professionnelles, techniques et financières).

Dans ce cadre, lorsque cela est justifié par l'objet du marché, l'acheteur peut demander des renseignements aux candidats sur leur savoir-faire en matière de développement durable.

Le candidat pourra être invité à décrire sa filière d'approvisionnement et de mettre en évidence sa capacité à assurer la continuité de l'approvisionnement en produits issus de l'agriculture biologique. Il pourra lui être demandé d'attester de la traçabilité de ces produits, du producteur initial au consommateur final.

#### **2.2. Les critères d'attribution du marché**

L'attribution du marché est la dernière phase de la procédure de passation des marchés. A ce stade, le pouvoir adjudicateur évalue la qualité et compare les différentes offres au regard de critères d'attribution prédéterminés et préalablement publiés.

La comparaison des offres peut se faire soit sur la base d'un critère unique, le prix, soit sur plusieurs critères en vue de choisir l'offre économiquement la plus avantageuse.

L'article 53.I. du code des marchés publics offre à l'acheteur public une grande liberté quant aux critères et à la pondération qui détermineront l'offre économiquement la plus avantageuse (qualité, prix, valeur technique, caractère esthétique et fonctionnel, performances en matière de protection de

## PROJET

l'environnement, les performances en matière d'insertion professionnelle des publics en difficulté, coût global d'utilisation...)

Pour être légaux, les critères d'attribution environnementaux ou sociaux doivent respecter 4 conditions d'application :

- **être liés à l'objet du marché** ;
- ne pas conférer une liberté de choix illimitée au pouvoir adjudicateur (non discrimination);
- avoir été expressément mentionnés dans l'avis de marché et le cahier des charges ;
- respecter les principes fondamentaux de la commande publique.

Dans le cadre des procédures formalisées, ces critères doivent obligatoirement être pondérés, ou hiérarchiser si cette pondération est impossible. Pour les MAPA, les critères d'attribution et leurs conditions de mise en œuvre doivent être portés à la connaissance des candidats (CE 30 janv. 2009, n° 290236, Agence nationale pour l'emploi).

### ➤ Critères environnementaux

La possibilité de tenir compte de critères environnementaux pour le choix de l'attributaire est admise à la condition qu'ils soient en relation avec l'objet du marché.

Cette condition s'apprécie à deux niveaux :

- la préservation de l'environnement fait partie des objectifs du secteur concerné, et/ou
- la préservation de l'environnement doit être en relation avec l'exécution de la prestation.

Il est également indispensable que ce critère puisse faire l'objet d'une évaluation objective et transparente. L'acheteur doit alors préciser son contenu et ses attentes afin d'éviter de se réserver une liberté de choix discrétionnaire.

En matière de restauration collective, le choix de produits issus de l'agriculture biologique répond à ces deux conditions et présente un lien évident avec l'objet d'un marché portant sur la fourniture de denrées alimentaires (+ un secteur prioritaire pour l'élaboration de critères écologiques communs).

L'exécution d'un marché de fourniture de denrées alimentaires peut avoir d'autres impacts environnementaux que l'acheteur peut décider de prendre en compte pour comparer les offres des candidats.

Il peut être ainsi envisagé, pour renforcer les conditions techniques d'exécution et favoriser la performance environnementale des offres, d'utiliser les critères suivants :

- un critère qualité, qui peut inclure la fraîcheur du produit ;



## PROJET

- un critère « délai de livraison » ;
- Un critère environnemental, qui permettra d'attribuer la meilleure note au prestataire engendrant lors de l'exécution de la prestation le moins de pollution (politique de transports, d'emballages, pratiques protectrices de l'environnement mises en œuvre dans le cadre du marché);
- un critère environnemental « coût du cycle de vie », pour prendre en compte par exemple le transport (mode de transport, distance parcourue au cours de cycle de vie du produit). Il faudra alors préciser dans le règlement de consultation le mode d'appréciation de ce critère, en demandant aux candidats un document technique.

Un critère carbone ? Question du lien avec l'objet du marché et le risque de localisme. Les transports ne sont pas liés au produit acheté. Une interprétation littérale de l'article 53 CMP amènerait à n'utiliser le critère carbone que pour des prestations de transport.

A noter : les critères liés à l'implantation géographique des candidats sont en principe interdits.

La jurisprudence a eu l'occasion de juger qu'était illégale la mise en œuvre d'un droit de préférence à une entreprise locale pour l'attribution d'un marché (pour favoriser l'emploi local notamment ; CE 29 juillet 1994, Cne de Ventenac-en-Minervois). L'arrêt nuance cependant en précisant qu'au cas d'espèce, il ne ressortait pas du dossier que l'implantation locale de l'entreprise ait été une condition de bonne exécution du marché.

L'utilisation de certains critères d'attribution peuvent néanmoins avoir pour effet de favoriser les producteurs locaux, en jouant sur les délais de livraison et la fraîcheur des produits.

### ➤ Critères sociaux

L'article 53 du code des marchés publics fait référence au critère des performances en matière d'insertion professionnelle des publics en difficulté.

L'utilisation d'un tel critère social semble plus problématique dans le cadre d'un marché de fournitures de denrées alimentaires. En effet, la condition qu'il y ait un lien avec l'objet d'un tel marché fait, selon toute vraisemblance, défaut.

A noter : les articles 15 et 53.IV. du code des marchés publics prévoient un certain nombre de « droits de préférence » au profit notamment:

- des SCOP (société coopérative ouvrière de production),
- de groupements de producteurs agricoles,

## PROJET

- des entreprises adaptées ou des établissements et services d'aide par le travail (ESAT, art. L.5213-13 du nouveau code de travail) ou à des structures équivalents lorsque la majorité des travailleurs concernés sont des personnes handicapées.

Les acheteurs peuvent prévoir qu'une part des prestations qui font l'objet du contrat sera attribuée de préférence à ces candidats. Ces marchés doivent faire l'objet d'une publicité et d'une mise en concurrence entre les organismes aptes à y répondre.

Les conditions de mise en œuvre de ce droit de préférence (forme de discrimination positive) sont les suivantes :

- la définition des prestations susceptibles d'être attribuées à ces structures,
- la mention dans l'AAPC de ce droit de préférence,
- il ne peut jouer qu'en cas d'égalité de prix ou équivalence de l'offre, c'est-à-dire lorsque deux ou plusieurs offres ne peuvent être distinguées au regard des critères de choix indiqués aux candidats,
- il ne peut concerner qu'un quart du montant des prestations.

## Conclusion

- spécifications techniques et conditions d'exécution
    - o avantages : permet d'atteindre un haut niveau de performance environnementale/sociale
    - o inconvénients : risque de restriction de la concurrence et de réduction du nombre de soumissionnaires / risque d'infructuosité
  - critères d'attribution
    - o avantages : associés avec les spécifications techniques et les critères d'attribution, permettent de favoriser les offres à dimension environnementale ;
    - o inconvénient : incertitudes sur le niveau de performance environnementale final.
- l'efficacité de ces outils dépend de la bonne connaissance du marché : par ex. l'intégration du bio dans les marchés de restauration collective peut être formulée dans les spécifications techniques, via la référence à un écolabel. Mais elle peut aussi passer par un critère d'attribution qui tienne compte du mode de production des produits (agriculture bio, raisonnée, durable, conventionnelle). Dans ce cas de figure, la commune n'est pas certaine d'obtenir du bio, mais elle favorise la présentation d'offres éco responsables.

## PROJET

► moyens indirects permettant de favoriser l'accès des producteurs locaux aux marchés publics (Rép. Min. 30 septembre 2008) :

- publication dans un journal local ou spécialisé en environnement pour toucher les producteurs locaux ;
- l'allotissement (article 10 CMP) : le code érige l'allotissement en principe « *afin de susciter la plus large concurrence* ». En fractionnant un marché en plusieurs lots, l'accès des petites entreprises est facilité.
- les variantes (article 50 CMP) : lorsqu'il se fonde sur plusieurs critères pour attribuer le marché, l'acheteur peut autoriser les candidats à présenter des variantes. L'offre variante est une modification à l'initiative du candidat de certaines spécifications des prestations décrites dans les cahiers des charges. Dans ce cas, l'acheteur doit préciser les exigences minimales qu'elles doivent respecter.

Selon le manuel d'application du code des marchés publics, elles peuvent être un vecteur d'éco-responsabilité en permettant aux candidats de faire des propositions mettant en avant les caractéristiques écologiques de leurs offres alternatives.