



COMMENT FACILITER L'ÉCO-CONSTRUCTION ET L'INNOVATION DANS LES MARCHÉS PUBLICS ?

Guide à destination de la commande publique

Juillet 2014



Gil-Fourrier & Cros

société d'avocats



la Région
Languedoc
Roussillon

SOMMAIRE

Introduction	3
Fiche 1 – L’ECO CONSTRUCTION ET LA COMMANDE PUBLIQUE	6
1.1 – Au stade de la définition des marchés	9
1.2 – Au stade de la passation	10
1.3 – Favoriser les conditions d’exécution	11
1.4 – Les outils particuliers	11
Fiche 2 – LA PREFERENCE LOCALE ET LA COMMANDE PUBLIQUE	14
2.1 – Le principe	14
2.2 – Les outils à développer.....	16
Fiche 3 – LE CHOIX D’UNE AMO DEVELOPPEMENT DURABLE / ENERGIE	36
3.1 – Sélection des candidats et choix de l’offre	36
3.2 – Les modes de passation	37
3.3 – Les éléments indicatifs d’une mission d’AMO développement durable / énergie	38
Fiche 4 – LE CHOIX DE LA MAITRISE D’ŒUVRE	41
4.1 – Le choix de la maîtrise d’œuvre	41
4.2 – Choix de la procédure	44
4.3 – Contrat et mission	51
Fiche 5 – LE CHOIX DES ENTREPRISES	56
5.1 – Les critères de sélection et de choix de l’entreprise	56
5.2 – Les procédures de passation	58
5.3 – La maîtrise de la qualité pendant la phase de chantier et ses éventuelles sanctions	59
5.4 – L’élaboration des documents pour l’exploitation et l’usage du bâtiment	67
BIBLIOGRAPHIE	68

INTRODUCTION

La Charte Bat’Innov, une charte pour développer de l’éco-construction et l’ innovation en Languedoc-Roussillon ;

S’engager pour le développement de bâtiments éco-conçus et innovants, qui répondent à la fois aux exigences de maîtrise des consommations d’énergie, de confort et de santé des usagers, est un véritable défi tant au niveau technologique qu’au plan économique. Pour y répondre, le Languedoc-Roussillon dispose de nombreux atouts dont des filières éco-matériaux en cours de structuration, une capacité de R&D diversifiée sur les matériaux innovants, une offre de formation, des réseaux d’acteurs experts et leaders ainsi que des démarches territoriales en cours d’organisation.

Ces atouts constituent une véritable opportunité pour faire émerger une offre de marché à haute valeur ajoutée, fondée sur des savoir-faire et produits régionaux, fortement créatrice d’activités et d’emplois locaux.

Consciente de ce contexte, la Région Languedoc-Roussillon a décidé, dans le cadre de son Plan Climat, de promouvoir et développer l’éco-construction en mobilisant le levier de l’innovation. Elle a ainsi rédigé, à l’issue de plusieurs mois de travaux et de concertation avec les professionnels de l’acte de construire et de l’innovation (laboratoires, universités, entreprises, centre de formation, maîtres d’œuvre et maîtres d’ouvrage), la Charte Bât’Innov LR. Un “ contrat ” que le Président de la Région Languedoc- Roussillon, Christian BOURQUIN, a signé le 20 juin 2013 avec les principaux acteurs concernés.

Au travers de 15 engagements pour la réalisation de bâtiments éco-innovants, la Charte Bât’Innov LR se donne pour perspective de booster une filière régionale de l’éco-construction compétitive et créatrice d’emplois. Trois leviers peuvent contribuer au développement et à la structuration d’une offre régionale de qualité ainsi qu’à l’accompagnement de la demande :

L’innovation, afin de proposer une offre à haute valeur ajoutée et répondre à la nécessité de rupture positive dans le mode de conception et de construction des bâtiments de demain,

L’expérimentation, afin de développer dans le cadre de bâtiments de type “ living lab ” des procédés et matériaux innovants et assurer leur diffusion,

La formation, afin de développer des savoir-faire locaux répondant aux besoins des entreprises et de la maîtrise d’ouvrage.

Les 15 engagements opérationnels de la Charte Bât'Innov LR sont organisés autour de 4 axes stratégiques :

Axe 1 : Mutualiser les connaissances et les savoir-faire par la mise en réseau,

Axe 2 : Soutenir l'innovation dans l'éco-construction,

Axe 3 : Identifier les savoir-faire locaux et développer les compétences régionales dans le domaine de l'éco-construction,

Axe 4 : Accompagner la maîtrise d'ouvrage pour la réalisation de bâtiments éco-innovants.

Un guide à destination de la commande publique afin de faire émerger la réalisation de bâtiments éco-conçus et innovants : L'éco-construction et l'innovation ne pourront se développer en Languedoc-Roussillon que si les maîtres d'ouvrage disposent de l'information nécessaire pour lever les freins réglementaires et techniques inhérents à la mise en œuvre de bâtiments démonstrateurs éco-conçus.

Il est donc indispensable d'accompagner la maîtrise d'ouvrage et particulièrement la maîtrise d'ouvrage publique principal levier du développement du marché de la construction. C'est dans ce contexte que la Région Languedoc-Roussillon en partenariat avec LRAD a missionné le cabinet d'avocats Gil-Cros pour l'élaboration d'une boîte à outils " Commande publique ", laquelle a notamment pour objectif de répondre aux questions suivantes :

- Comment favoriser l'innovation et l'éco-construction dans la commande publique ?
- Comment favoriser le recours à des matériaux locaux (filères courtes) et à des entreprises locales?

En effet, la Région Languedoc-Roussillon, en mettant à disposition des maîtres d'ouvrage publics de la région, souhaite contribuer à sécuriser la passation des marchés publics d'éco-construction innovants tout en favorisant le recours à des filières locales (matériaux/ entreprises) par différents moyens tels que :

- La référence à des labels, normes ou marques ;
- Les spécifications techniques possibles ;
- Les critères d'évaluation de l'offre (notamment les performances en matière de développement durable) et leur pondération ;
- L'évaluation des candidatures en matière de protection de l'environnement ;
- L'allotissement ;

- L'éventuel droit de préférence concernant certaines entités agricoles produisant des matériaux types bois ou paille;
- L'éventuel développement de circuits courts pour la commercialisation des produits agricoles appliqués aux matériaux issus de l'agriculture (chanvre, paille etc.);
- L'utilisation des marchés réservés.

Les acheteurs publics disposent de nombreux outils pour permettre d'appréhender ces problématiques, tels que (liste non exhaustive):

- ✓ Les dossiers réalisés par la Mission interministérielle pour la qualité des constructions publiques ;
- ✓ Le Guide de l'achat public durable : qualité environnementale dans la construction et réhabilitation des bâtiments publics ;
- ✓ Outils pour faciliter l'accès des TP et PME aux marchés publics : le Guide de bonnes pratiques
- ✓ La Circulaire du 14 février 2012 relative au Guide des bonnes pratiques en matière de marchés publics ;
- ✓ Les communications interprétatives de la Commission européenne sur le droit communautaire applicable aux marchés publics (aspects sociaux et environnementaux).

Dès lors, l'ensemble de ces éléments est analysé tout au long du présent guide.

- Une première fiche traitera de la question particulière relative à la filière locale et donc plus spécifiquement de l'approvisionnement, du traitement, de la transformation et l'utilisation des matériaux (matériaux et entreprises locales) **(2)**.
- Une deuxième aborde les outils concernant l'innovation dans l'éco-construction dans les procédures de marchés publics **(1)**.
- Trois autres fiches évoqueront des outils et recommandations types pour les différentes missions et intervenants de chaque type de marché :
 - AMO ; **(3)**
 - Maitrise d'œuvre ; **(4)**
 - Marché de travaux. **(5)**

FICHE 1 L'INNOVATION ET LA COMMANDE PUBLIQUE^{1 2 3 4}

Dans le cadre de construction de bâtiments démonstrateurs, de nombreux maîtres d'ouvrage publics souhaitent disposer d'outils leur permettant de favoriser l'accès aux entreprises innovantes. A cet égard, il convient de relever que les entreprises innovantes sont très souvent des PME. Dès lors, la problématique de l'accès aux entreprises innovantes est en grande partie similaire aux problématiques de l'accès des PME à la commande publique.

Il convient de relever que les outils permettant de faciliter l'accès aux entreprises innovantes peut s'avérer en contradiction avec ceux utilisés pour favoriser les entreprises locales (cf. infra fiche 2). En effet, l'outil qui semble le plus en conformité avec le droit communautaire pour favoriser les matériaux locaux est notamment l'intégration de spécifications techniques décrivant au maximum les caractéristiques du (des) matériau(x) devant être utilisé(s).

A l'inverse, pour favoriser les entreprises innovantes, il est important de faciliter l'émergence de propositions innovantes, en leur laissant une certaine souplesse. Ainsi, il conviendra de privilégier plutôt des critères relatifs aux objectifs à atteindre et de favoriser tant l'allotissement que le recours aux variantes.

1.1 Au stade de la définition des marchés

- En évitant l'excès de sujétions techniques dans la définition des besoins :

¹ Guide de l'achat public éco-responsable

² Outils pour faciliter l'accès des TPE et PME aux marchés publics Guide de bonnes pratiques :

http://www.economie.gouv.fr/files/files/directions_services/daj/marches_publics/oeap/publications/documents_ateliers/pme_commande_publicque/guide_de_bonnes_pratiques.pdf

³ <http://www.economie.gouv.fr/daj> : fiches marchés publics

⁴ www.marche-public.fr

↳ Formuler des spécifications techniques en se référant à des normes ou en termes de performances à atteindre ou d'exigences fonctionnelles. Le pouvoir adjudicateur a la possibilité de combiner les deux catégories de spécifications techniques. Ainsi, pour un même produit, service ou type de travaux, il peut faire référence à des normes pour certaines caractéristiques et à des performances ou exigences fonctionnelles pour d'autres caractéristiques [cf. Circulaire du 14/02/12 - Guide de bonnes pratiques (=GBP) - point 4.3].

Toutefois, il convient de ne pas être trop détaillé afin de laisser une marge de manœuvre aux entreprises innovantes pour être force de proposition. Dès lors, les performances à atteindre restent un bon outil.

• En favorisant l'expression du besoin par l'analyse de la valeur (article 53 du CMP) :

Le choix de l'offre économiquement la plus avantageuse s'effectue après application des critères d'attribution du marché et définis par l'acheteur. Ces critères sont identifiés, retenus et regroupés généralement en deux catégories : ceux qui relèvent de la qualité de l'offre et ceux qui relèvent du coût. Toujours liés à l'objet du marché, ils doivent être objectifs, opérationnels et non discriminatoires (QE n° 20559, JO Sénat 8 mars 2007, p. 534).

Les offres doivent répondre aux besoins définis par le pouvoir adjudicateur dans le cahier des charges. En effet, l'offre doit être l'exacte réponse aux besoins, tels qu'ils sont exprimés dans le cahier des charges ou dans les documents de la consultation.

↳ Plutôt que des sujétions techniques trop précises, il s'agit de laisser la possibilité aux entreprises innovantes de proposer des procédés innovants : dès lors, il convient de favoriser l'expression du besoin par des objectifs à atteindre exprimés lors du choix de la définition du besoin et choix de l'offre (cf. **articles 5 et 53 du CMP**) :

- valeur technique ;
 - cout global d'utilisation devrait figurer parmi les critères de choix de l'offre économiquement la plus avantageuse [cf. GBP 15.1.1.1]
- Démarche en coût global prend en compte, non seulement le prix à l'achat, mais aussi les coûts de fonctionnement et de maintenance associés [cf. GBP 4.1]
- caractère innovant
 - performance en matière de protection de l'environnement (en ayant la bonne mesure dans les prescriptions de protection de l'environnement et de développement durable)
 - rentabilité
 - caractère esthétique

↪ Il existe deux modalités de classement des critères : la hiérarchisation et la pondération.⁵

- ✓ La hiérarchisation classe les critères par ordre décroissant d'importance et les analyse indépendamment les uns des autres ;
- ✓ La pondération affecte chacun des critères d'un coefficient chiffré. L'offre économiquement la plus avantageuse est alors évaluée globalement, au regard de l'ensemble des critères qui la constituent.

Les modalités de la pondération relèvent de la liberté de l'acheteur.

Comme le rappelle le guide des bonnes pratiques en matière de marchés publics, le principe est que les critères de sélection des offres doivent être pondérés, à l'exclusion des concours et des marchés passés selon une procédure adaptée.

« Le recours à la hiérarchisation n'est possible que si la pondération est impossible, du fait de la complexité du marché : le pouvoir adjudicateur doit être en mesure de prouver cette impossibilité⁶.

La pondération des critères est, en principe, plus pratique que la hiérarchisation, car elle facilite le choix de l'offre économiquement la plus avantageuse. Elle permet aux entreprises de mieux cibler leur réponse en connaissant les priorités attendues par le pouvoir adjudicateur.

Toutefois, en pratique, au préalable, il est fortement recommandé au pouvoir adjudicateur de hiérarchiser ces critères, en dehors des documents de mise en concurrence. En effet, une fois ces critères clairement identifiés et classés selon l'ordre d'importance souhaité, il sera plus facile de les pondérer.

Même si la pondération n'est pas obligatoire dans toutes les procédures de passation (par exemple pour les marchés passés selon une procédure adaptée), son usage est recommandé ».

« La pondération peut s'exprimer sous forme de coefficient, de pourcentage ou de points ou tout système équivalent à condition que cela aboutisse à la pondération des notes données critère par critère.⁷

⁵ DAJ pondération des marchés publics

⁶ CE, 7 oct. 2005, Communauté urbaine Marseille-Provence Métropole, n° 276867.

⁷ Réponse ministérielle 21227, JO Sénat 8 mars 2007, p 534, Q 19 janvier 2006, M. Piras.

En procédure adaptée, les critères peuvent être pondérés ou simplement hiérarchisés, sous réserve que les candidats soient correctement informés des conditions de mise en œuvre des critères retenus⁸, une simple énonciation des critères est jugée insuffisante pour assurer une information transparente »⁹¹⁰.

Le II de l'article 53 du code des marchés publics, prévoit qu'en concours, la pondération des critères ne s'impose pas. La Mission Interministérielle pour la Qualité de la Construction Publique (MIQCP) rappelle que la pondération est inappropriée dans cette procédure caractérisée par l'intervention du jury dont le travail d'analyse des projets consiste à débattre sur chacun d'eux afin de dégager un consensus sur le meilleur à partir des critères d'évaluation retenus qui reflètent les objectifs du maître d'ouvrage^{11 12}.

L'obligation de pondérer les critères de choix des offres laisse le pouvoir adjudicateur libre de fixer le poids respectif de ceux-ci, soit en les différenciant, soit en leur donnant une importance identique¹³.

La pondération 50% - 50% n'est donc pas irrégulière au regard de l'article 53 du CMP. Toutefois, il est à noter qu'en cas de contentieux, un tel choix pourrait être contesté si par exemple, seuls deux critères ont été retenus.

Ainsi, il est à retenir que le critère essentiel réside dans la définition des besoins. Les critères devront donc permettre au pouvoir adjudicateur de parvenir à sélectionner une offre y répondant. Les critères doivent donc être pondérés en fonction de l'objet du marché. Il n'y a pas de

⁸ [CE, 26 septembre 2012, GIE Groupement des poursuites extérieures, n° 359389](#)

⁹ www.acheteurs-publics.com/marches-publics-encyclopedie/hierarchisation-des-critres

¹⁰ [CE, 26 septembre 2012, GIE Groupement des poursuites extérieures, n° 359389 ; QE n° 07295, JO Sénat du 07/05/2009 - page 1143](#)

¹¹ http://www.archi.fr/MIQCP/IMG/pdf/MEDIATIONS_19-3.pdf : “ Quelle évolution des règles de la commande pour les constructions publiques ? ”

¹² [Question écrite n° 02890, JO Sénat du 07/08/2008 - page 1583.](#)

¹³ [CE, 26 septembre 2012, GIE Groupement des poursuites extérieures, n° 359389](#)

préconisation type pour le choix de la pondération. C'est pourquoi, il est recommandé de les hiérarchiser d'abord afin de déterminer l'importance de chaque critère et leur place par rapport aux autres.

- En rappelant que l'allotissement est imposé par le CMP (article 10), il favorise l'accès des PME à la commande publique

1.2 Au stade de la passation des marchés^{14 15}

1.3

- Il convient de rappeler que le choix de la procédure est dépendant de l'objet du marché et rarement de la seule volonté de la collectivité et ce dans l'objectif d'efficacité de la commande. Ainsi un certain type de marché peut faire appel en priorité à la procédure ouverte, mais la procédure restreinte peut s'avérer être un très bon outil pour favoriser l'accès des entreprises innovantes. Par exemple, les procédures de dialogue compétitif ou de conception / réalisation. Les marchés visés à l'article 73 du CMP semblent être de très bons leviers pour associer la PME innovante à la définition du besoin de la collectivité.
- Il est donc nécessaire que les exigences de justifications des critères de sélection de candidatures soient proportionnées à l'objet du marché
 - La capacité financière de l'entreprise (ex : montage financier mis en place par l'entreprise pour répondre au marché)
 - La question des références et de la capacité à faire
 - La question de ce qui peut être exigé au stade des candidatures
 - Le rattrapage de candidatures incomplètes
- En stimulant l'innovation par l'acceptation des variantes. Cela évite d'imposer des solutions routinières, favorisant ainsi l'accès des entreprises innovantes ou de nouvelles entreprises aux marchés publics
 - Le régime des variantes en procédures formalisées
 - Le régime des variantes en procédures adaptées

¹⁴ Outils pour faciliter l'accès des TPE et PME aux marchés publics Guide de bonnes pratiques :

http://www.economie.gouv.fr/files/files/directions_services/daj/marches_publics/oeap/publications/documents_ateliers/pme_commande_publique/guide_de_bonnes_pratiques.pdf

¹⁵ http://www.cfpa-formation.fr/pdf/2013_cfpa_1332.pdf

- En négociant en procédure adaptée ou quand la réglementation le permet

1.3 Favoriser les conditions d'exécution¹⁶

L'acheteur public doit créer les conditions d'un environnement favorable aux PME

- *« les acomptes (L'article 91 du CMP)*
- *les avances (article 87)*
- *Le respect du délai global de paiement*
- *Le paiement des intérêts moratoires dus d'office en cas de non respect du délai global de paiement »*

1.4 Les outils particuliers

- l'article 53 du CMP

Le § IV de l'article 53 du CMP (droit de préférence et quart réservataire) :

- le IV 1° Droit de préférence à égalité de prix et équivalence d'offre
- Le IV 2° Quart réservataire (à équivalence d'offres)

Lors de la passation d'un marché, un droit de préférence est attribué, à égalité de prix ou à équivalence d'offres, à l'offre présentée par une société coopérative ouvrière de production, par un groupement de producteurs agricoles, par un artisan, une société coopérative d'artisans ou par une société coopérative d'artistes ou par des entreprises adaptées ou structures équivalentes au sens des directives 2004-17 et 2004-18.

En effet, un droit de préférence est accordé par l'article 53, IV, 1° à égalité de prix ou à équivalence des offres, à l'offre présentée par une société coopérative ouvrière de production, par un groupement de producteurs agricoles, par une entreprise adaptée, par un artisan, une société coopérative d'artisans ou par une société coopérative d'artistes.

¹⁶

□ http://www.cfpa-formation.fr/pdf/2013_cfpa_1332.pdf

Article 53 IV 2 du CMP

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

Il y a donc deux éléments importants :

- ✓ La nature de l'entité qui soumissionne ;
 - ✓ La notion d'équivalence d'offre. Cependant, rien dans les textes ou la doctrine ne précise la notion d'offres équivalentes.
-
- La loi LME du 4 août 2008 (cf. notre note 5)

L'article 26 de la loi LME précise les conditions auxquelles les acheteurs sont soumis, à titre expérimental, pour réserver une partie de leurs marchés de haute technologie lorsque celui-ci ne dépasse pas le seuil des procédures formalisées.

Le I de l'article 26 de la loi dispose que :

I. - A titre expérimental, pour une période de cinq années à compter de la publication de la présente loi, les pouvoirs adjudicateurs et les entités adjudicatrices soumis au code des marchés publics ou à l'ordonnance n° 2005-649 du 6 juin 2005 relative aux marchés passés par certaines personnes publiques ou privées non soumises au code des marchés publics peuvent réserver une partie de leurs marchés de haute technologie, de recherche et développement et d'études technologiques d'un montant inférieur aux seuils des procédures formalisées aux sociétés répondant aux conditions définies au I de l'article L. 214-41 du code monétaire et financier, ou accorder à ces sociétés un traitement préférentiel en cas d'offres équivalentes.

Le montant total des marchés attribués en application du premier alinéa au cours d'une année ne peut excéder 15 % du montant annuel moyen des marchés de haute technologie, de recherche et développement et d'études technologiques d'un montant inférieur aux seuils des procédures formalisées, conclus par le pouvoir adjudicateur ou l'entité adjudicatrice concerné au cours des trois années précédentes.

Le décret n° 2009-193 fixe les conditions de recours à l'expérimentation prévue à l'article 26 de la loi n° 2008-776 du 4 août 2008 dite "loi LME".

Aux termes de l'article 1 du décret précité, il est indiqué que :

« Les marchés de haute technologie, de recherche et développement et d'études technologiques auxquels s'applique l'expérimentation prévue au I de l'article 26 de la loi du 4 août 2008 susvisée sont les marchés ayant pour objet l'achat de travaux, de fournitures ou de services qui satisfont aux deux conditions suivantes :

1° Faire appel au dernier état de l'art des technologies ou des connaissances en science et en ingénierie à la date du lancement de la procédure de passation du marché public ;

2° Et intervenir dans les domaines identifiés comme présentant une part des dépenses de recherche et développement dans la valeur ajoutée élevée définis par arrêté des ministres chargés de l'économie et de la recherche, par référence à la nomenclature annexée au règlement (CE) du 5 novembre 2002 susvisé »

L'arrêté du 16 mars 2009 établit la liste des domaines qui entrent dans le champ d'application de la loi. Il en existe 62 (très variés : ex : services informatiques, les services relatifs à l'environnement...).

Cet outil, bien qu'intéressant s'agissant des PME innovantes présente l'inconvénient d'être permis à titre d'expérimentation, laquelle a pris fin en août 2013.

FICHE 2 LA PREFERENCE LOCALE ET LA COMMANDE PUBLIQUE^{17 18 19}

⇒ **La question à laquelle il convient de répondre est la suivante : dans les pièces d'un marché public, peut-on inclure des clauses, comme les spécifications techniques, de nature à favoriser directement des entreprises locales et/ou des matériaux locaux ?**

2.1 Le principe

En principe, le droit de la commande publique ne permet pas de retenir des critères de choix liés à l'origine ou l'implantation géographique des candidats au marché.

→ Elle est contraire au principe constitutionnel d'égalité est passible de poursuites pénales en application de l'article 432-14 du Code pénal. Elle est également interdite au niveau européen au nom du principe de "non-discrimination" en raison de la nationalité, qui est à l'origine de la construction européenne. A cet égard, il convient de relever qu'aux termes d'une étude sur le délit d'octroi d'un avantage injustifié publié à la Gazette du Palais en 1996²⁰, le délit est constitué par l'utilisation de critères tels que la préférence locale. En outre, la chambre criminelle de la Cour de cassation rappelle que même le respect formel du Code des marchés publics n'exclut pas le risque pénal²¹.

→ L'article 6-IV du Code des marchés publics spécifie, à l'instar de la directive 2004/18, que :

“ Les spécifications techniques ne peuvent pas faire mention d'un mode ou procédé de fabrication particulier ou d'une provenance ou origine déterminée, ni faire référence à une marque, à un brevet ou à un type, dès lors qu'une telle mention ou référence aurait pour effet de favoriser ou

¹⁷ Guide de l'achat public éco-responsable

¹⁸ Outils pour faciliter l'accès des TPE et PME aux marchés publics Guide de bonnes pratiques :

http://www.economie.gouv.fr/files/files/directions_services/daj/marches_publics/oeap/publications/documents_ateliers/pme_commande_publique/guide_de_bonnes_pratiques.pdf

¹⁹ <http://www.economie.gouv.fr/daj> : fiches marchés publics

²⁰ http://www.minefi.gouv.fr/mission_marches/Delit.htm

²¹ Cass.crim, 14 février 2007, pourvoi n°06-81924, bull.crim.n°47, AJDA 2007 p.853 J-D Dreyfus

d'éliminer certains opérateurs économiques ou certains produits. Toutefois, une telle mention ou référence est possible si elle est justifiée par l'objet du marché ou, à titre exceptionnel, dans le cas où une description suffisamment précise et intelligible de l'objet du marché n'est pas possible sans elle et à la condition qu'elle soit accompagnée des termes : "ou équivalent" ”.

→ La Cour de justice des Communautés européennes a condamné fermement les clauses de préférences régionales comme étant contraires au Traité CE et notamment eu égard au principe de non discrimination.²²

→ L'obligation d'implantation géographique à proximité de l'acheteur public peut constituer une condition d'obtention du marché, si elle est justifiée par son objet ou ses conditions d'exécution, à défaut elle est discriminatoire (sont ainsi rejetés les motifs de maintien de l'emploi local et de recettes fiscales supplémentaires au motif pris qu'ils sont sans rapport avec l'objet du marché^{23,24}).

Par ces arrêts, le Conseil d'État reconnaît que le pouvoir adjudicateur peut imposer un critère de préférence locale toutefois cette possibilité est très strictement encadrée²⁵ et notamment par le fait que la collectivité ne peut donc exiger une capacité d'intervention à proximité que si cela constitue une condition de la bonne réalisation des prestations²⁶

→ Ces solutions ont été confirmées par une réponse ministérielle, aux termes de laquelle il est rappelé que les critères liés à l'implantation géographique des prestataires candidats sont en principe interdits²⁷.

2.2 Les outils à développer

2.2.1 Les circuits courts en matière d'approvisionnements agricoles

²² CJCE, 11 juill. 1991, aff. C-351/88; CJCE, 3 juin 1992, aff. C 360/89, Commission c/ République italienne.

²³ **CE, 29 juill. 1994, n° 131562**, cne Ventenac-en-Minervois : [JurisData n° 1994-048313](#) ; Rec. CE 1994, p. 1035.

²⁴ CE 14 janvier 1998 n° 168688 “ Sté Martin Fourquin, CAA Bordeaux, 17 avril 2000, n°BX00904 “ Préfet Région Midi-Pyrénées

²⁵ <http://questions.assemblee-nationale.fr/q14/14-4714QE.htm>, voir à ce sujet la question parlementaire n° 4714 de Pierre Morel-A-Lhuissier sur les conditions justifiant l'obligation d'implantation géographique

²⁶ CAA Nancy, 12 avr. 2001, n° 96NC02129, Sté régionale du Bâtiment Scanzi et Fils : – CAA Lyon, 9 juin 2005, n° 99LY01130, SA Électricité Moderne – CAA Marseille, 6 avr. 2007, n° 04MA02218, préfet Hautes-Alpes c/ dpt Hautes-Alpes :

²⁷ Rép. min. n° 40461 : JOAN Q 23 nov. 2004, p. 9271

Aux termes de l'article 53 du CMP, s'agissant des critères du choix de l'offre, il est prévu que :

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

*1° Soit sur une pluralité de critères non discriminatoires et liés à l'objet du marché, notamment la qualité, le prix, la valeur technique, le caractère esthétique et fonctionnel, les performances en matière de protection de l'environnement, les **performances en matière de développement des approvisionnements directs de produits de l'agriculture** [...]*

Cette modification a pour origine la modification du Code rural et de la pêche maritime, la loi n° 2010-874 du 27 juillet 2010 de modernisation de l'agriculture et de la pêche aux termes de laquelle il est indiqué :

« [...]en application du programme national pour l'alimentation prévu à l'article L. 230-1 du Code rural et de la pêche maritime, l'État se donne pour objectif de recourir, pour l'approvisionnement de ses services de restauration collective, à des produits faisant l'objet de circuits courts de distribution, impliquant un exploitant agricole ou une organisation regroupant des exploitants agricoles. Ces produits sont pris en compte au titre de l'objectif d'introduction des catégories suivantes à hauteur minimale de 15 % des commandes en 2010 et 20 % en 2012 : produits saisonniers, produits à faible impact environnemental eu égard à leurs conditions de production et de distribution, produits sous signe d'identification de la qualité et de l'origine ou produits issus d'exploitations engagées dans une démarche de certification environnementale”.

✓ **Définition des circuits courts**²⁸

Dans le rapport du groupe de travail "Circuits courts de commercialisation" (Ministère de l'Agriculture, mars 2009), ces derniers sont définis comme regroupant deux grands types de commercialisation :

²⁸ http://agriculture.gouv.fr/IMG/pdf/rapport_du_gt_circuits_courts0409.pdf

- la vente directe (des producteurs aux consommateurs)
- la vente indirecte (via un seul intermédiaire), à la restauration (traditionnelle, collective,...), à un commerçant-détaillant (boucher, épicerie de quartier, etc.)

La notion de circuits courts est abordée à travers le nombre de relations entre producteurs et vendeurs et un non critère géographique. En d'autres termes, ce qui est pris en compte est le nombre d'intermédiaires et non la distance entre le producteur et le consommateur. Contrairement à une première lecture qui pourrait être faite, ce n'est donc pas le lieu de production qui est favorisé.

Ces éléments appellent donc deux remarques :

- ❖ Circuit court ne veut pas dire circuit local “ La localisation du producteur ne peut donc pas constituer un critère d'attribution du marché ”. Néanmoins, les produits et fournisseurs locaux seront forcément avantagés par rapport aux fournisseurs et produits venus d'ailleurs.
- ❖ Il s'agit de circuit court pour les denrées alimentaires et ne paraît donc pas, en l'état applicable à l'éco-construction.

Toutefois, aux termes de la rédaction de l'article 53-I du CMP

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

1° Soit sur une pluralité de critères non discriminatoires et liés à l'objet du marché, notamment la qualité, le prix, la valeur technique, le caractère esthétique et fonctionnel, les performances en matière de protection de l'environnement, les performances en matière de développement des approvisionnements directs de produits de l'agriculture, (...) ”

Ainsi, la rédaction de l'article 53 du CMP ne mentionne ni les types de produits de l'agriculture ni leur utilisation finale et notamment la restauration collective. Dès lors, un doute subsiste sur l'interprétation de cet article. Il conviendra donc de poser une question ministérielle pour savoir si cet article relatif au circuit court des produits de l'agriculture peut être interprété de manière extensive et étendue à tous types de produits de l'agriculture même les produits non comestibles.

2.2.2 L'article 53-IV

L'article 53, IV institue un système de préférence au profit des sociétés coopératives ouvrières de production, des groupements de producteurs agricoles, des artisans, des sociétés coopératives d'artisans, des sociétés coopératives d'artistes et des entreprises adaptées.

- ✓ L'article 53, IV, 1° permet qu'à égalité de prix ou à équivalence d'offres, un droit général de préférence au profit de ces entités soit prévu.
- ✓ L'article 53, IV, 2° organise un régime de quart préférentiel. Il prévoit en effet que, dans le cas où les marchés portent, en tout ou partie, sur des prestations susceptibles d'être exécutées par les entités précitées^o, les pouvoirs adjudicateurs doivent définir les travaux, fournitures ou services qui, dans la limite du quart du montant de ces prestations seront attribués de préférence à tous autres candidats à ces entités, à équivalence d'offres.

Ici, le dispositif est limité à **une catégorie de candidats** :

- ✓ Soit à équivalence d'offre ;
- ✓ Soit une part du marché dans la limite du quart du montant des prestations, à équivalence d'offres.

Dès lors, en théorie, cet article pourrait permettre de notamment favoriser des groupements de producteurs agricoles, des SCOP etc. en leur réservant une partie du marché dans les limites précitées. En revanche, l'attribution du marché à ces entités à équivalence d'offres nous semble plus difficile à mettre en œuvre, notamment pour définir et identifier des offres équivalentes notamment en présence d'une pluralité de critères autres que le prix. Par ailleurs, une entité étrangère ou plus éloignée devrait être éligible dans les mêmes conditions qu'une entité locale.

Les dispositions de l'article 53-IV 2 semblent plus faciles à mettre en œuvre. En effet, bien que faisant référence également à la notion d'équivalence d'offres, elles permettent de prévoir, en amont et sous conditions, qu'une partie du marché sera réservé. Elles nécessitent toutefois qu'il soit expressément prévu dans les documents de procédures et que le marché soit alloti, et ce dans la mesure strictement nécessaire à la satisfaction des objectifs d'intérêt général ainsi poursuivis²⁹.

29

Conseil Constitutionnel, 6 déc. 2001, n°2001-452 DC, loi portant mesures urgentes de réformes à caractère économique et financier.

2.2.3 L'article 26 de la loi du 4 août 2008 de modernisation de l'économie qui définit, pour les marchés réservés aux PME innovantes ³⁰

“ I.-A titre expérimental, pour une période de cinq années à compter de la publication de la présente loi, les pouvoirs adjudicateurs et les entités adjudicatrices soumis au code des marchés publics ou à l'ordonnance n° 2005-649 du 6 juin 2005 relative aux marchés passés par certaines personnes publiques ou privées non soumises au code des marchés publics peuvent réserver une partie de leurs marchés de haute technologie, de recherche et développement et d'études technologiques d'un montant inférieur aux seuils des procédures formalisées aux sociétés répondant aux conditions définies au I de l'article L. 214-41 du code monétaire et financier, ou accorder à ces sociétés un traitement préférentiel en cas d'offres équivalentes. Le montant total des marchés attribués en application du premier alinéa au cours d'une année ne peut excéder 15 % du montant annuel moyen des marchés de haute technologie, de recherche et développement et d'études technologiques d'un montant inférieur aux seuils des procédures formalisées, conclus par le pouvoir adjudicateur ou l'entité adjudicatrice concerné au cours des trois années précédentes. ”

L'article 4 du décret n° 2009-193 du 18 février 2009 relatif aux modalités d'application de l'article 26 de la loi n° 2008-776 du 4 août 2008 de modernisation de l'économie qui définit, pour les marchés réservés aux PME innovantes, la notion d'offre équivalente :

Des offres sont regardées comme équivalentes au sens de ces dispositions :

1° S'il est procédé à leur pondération chiffrée, lorsque l'écart du nombre de points obtenus par rapport à l'offre la mieux classée n'excède pas 10 % ;

2° S'il est procédé par hiérarchisation des critères, lorsque après l'application du ou des précédents critères, l'écart de prix entre les offres restantes n'excède pas 10 %.

Cet article présente un intérêt pour favoriser des PME, de manière indirecte, locale mais en matière d'innovation et non pas pour la fourniture de matériaux. Toutefois, là encore, ce procédé ne peut être officiellement utilisé au détriment d'entreprises non locales, voire étrangères. Même si en pratique, ce procédé avantage certainement les entreprises locales.

³⁰

http://www.colloc.bercy.gouv.fr/colo_struct_marc_publ/loi_lme.html

2.2.4 L'article 15 du CMP

L'article 15 du code des marchés publics a été introduit après la loi du 11 février 2005 pour l'égalité des droits et des chances, la participation et la citoyenneté des personnes handicapées.

Aux termes de celui-ci, il est indiqué que :

Certains marchés ou certains lots d'un marché peuvent être réservés à des entreprises adaptées ou à des établissements et services d'aide par le travail mentionnés aux articles L. 5213-13, L. 5213-18, L. 5213-19 et L. 5213-22 du code du travail et L. 344-2 du code de l'action sociale et des familles, ou à des structures équivalentes, lorsque la majorité des travailleurs concernés sont des personnes handicapées qui, en raison de la nature ou de la gravité de leurs déficiences, ne peuvent exercer une activité professionnelle dans des conditions normales.

L'avis d'appel public à la concurrence fait mention de la présente disposition.

Il permet de réserver certains marchés (le plus souvent de faible montant) ou certains lots d'un marché à des entreprises adaptées, à des établissements et services d'aide par le travail ou à des structures équivalentes, lorsque la majorité des travailleurs concernés sont des personnes handicapées qui, en raison de la nature ou de la gravité de leurs déficiences, ne peuvent exercer une activité professionnelle dans des conditions normales.

La notion de structure équivalente est conforme au droit communautaire : elle permet de ne pas restreindre l'accès au marché des entités communautaires n'ayant pas exactement la même qualification ou dénomination sociale et juridique que celles précitées.

Toutefois, il leur faudra respecter la condition selon laquelle elle doivent principalement employer des personnes handicapées au sens de la loi précitée (Commande publique et accès à l'emploi des personnes qui en sont éloignées, OEAP).

2.2.5 L'article 10 du CMP relatif à l'allotissement

Rappel : dans le CMP, l'allotissement est la règle et le non-allotissement l'exception.

Toutefois, il est possible d'allotir les marchés d'éco-construction et d'innovation de façon à permettre de dissocier la fourniture du (ou des) matériau(x) du reste du marché.

A titre préalable, il convient de rappeler que l'entrepreneur est, en principe, responsable du choix des matériaux qu'il fournit, de leur qualité ainsi que de leur mise en œuvre. Sauf clause contraire, il a une compétence exclusive pour les choisir.

Cette possibilité peut s'avérer très pertinente pour autant que le territoire concerné dispose réellement d'une ressource locale de qualité et adaptée aux nécessités du marché.

Ainsi, l'hypothèse qui nous été soumise est celle, de l'approvisionnement en bois directement par le pouvoir adjudicateur, lequel fournirait à son tour le constructeur.

Toutefois, il convient de relever que deux situations peuvent être distinguées :

- ✓ Hypothèse 1 : le pouvoir adjudicateur fournit un bois brut. Le constructeur, via des sous-traitants, ou à l'occasion de la constitution d'un groupement, sera chargé de coordonner la transformation du bois puis sera responsable de sa pose, de son utilisation.
- ✓ Hypothèse 2 : le pouvoir adjudicateur fournit un bois coupé, traité etc. Il y a donc le passage par un prestataire pour la transformation du bois mais sous la responsabilité du pouvoir adjudicateur. Dans ce cas, le constructeur n'aurait plus qu'à utiliser le matériau pour la construction. Il arriverait donc en bout de chaîne.³¹

Il convient de distinguer ces hypothèses selon les responsabilités susceptibles d'être engagées.

❖ **Hypothèse n°1 :**

Dans cette hypothèse, le pouvoir adjudicateur remet des matériaux bruts au titulaire du marché. Dans ce cas, le constructeur sera en charge de la coupe, du traitement et de la pose. Dès lors, il y a peu d'intermédiaires entre le constructeur et le fournisseur initial. D'une part, cela peut rassurer le constructeur dans la mesure où il a eu en charge le traitement des matériaux. D'autre part, cela peut permettre au maître d'ouvrage d'engager la

³¹

Dossier, recours au bois local dans la commande publique, guide de recommandation par le centre de ressources du développement territorial

responsabilité directe du constructeur sans avoir à distinguer l'origine du préjudice (pose ou traitement) dans la mesure où l'opération a été effectuée sous sa responsabilité.

❖ **Hypothèse n° 2 :**

Dans cette hypothèse, le constructeur arrive en bout de chaîne de la fourniture. Dès lors, il a peu de prise sur la qualité et la conformité des matériaux remis notamment par rapport aux spécificités techniques exigées et aux objectifs attendus. Ainsi, le constructeur pourrait être tenté d'émettre des réserves sur ces produits afin de dégager son éventuelle responsabilité.

En effet, il convient de relever que selon les dispositions de l'article 26 du CCAG Travaux

Prise en charge, manutention et conservation par le titulaire des matériaux et produits fournis par le maître de l'ouvrage dans le cadre du marché :

26.1. Lorsque le marché prévoit la fourniture par le maître de l'ouvrage de certains matériaux, produits ou composants de construction, le titulaire, avisé en temps utile, les prend en charge à leur arrivée sur le chantier.

Les documents qui assurent la traçabilité de ces matériaux et produits sont mis à la disposition du titulaire par le maître de l'ouvrage.

Si le titulaire constate la défectuosité des matériaux ou produits fournis par le maître de l'ouvrage, il doit présenter ses observations par écrit au maître d'œuvre dans le délai de quinze jours à partir du moment où il a eu la possibilité de faire cette constatation, et, en tout état de cause, avant la mise en œuvre effective de ces matériaux ou produits. **A défaut, il ne pourra s'en prévaloir pour écarter sa responsabilité en cas de non-conformité de l'ouvrage aux spécifications du marché.**

26.2. Si la prise en charge a lieu en présence du représentant du pouvoir adjudicateur, elle fait l'objet d'un procès-verbal contradictoire portant sur les quantités prises en charge.

26.3. Si la prise en charge a lieu en l'absence du représentant du pouvoir adjudicateur, les quantités prises en charge par le titulaire sont réputées être celles pour lesquelles il a donné décharge écrite au transporteur ou au fournisseur qui a effectué la livraison.

Dans ce cas, le titulaire doit s'assurer, compte tenu des indications de la lettre de voiture ou de l'avis de livraison porté à sa connaissance, qu'il n'y a ni omission, ni erreur, ni avarie ou défectuosité normalement décelables. S'il constate une omission, une erreur, une avarie ou une défectuosité, il doit faire à l'égard du transporteur ou du fournisseur les réserves d'usage et en informer aussitôt le maître d'œuvre

Ainsi, même après examen contradictoire, si le titulaire du marché a émis certaines réserves sur les matériaux remis, en cas de non conformité, il pourra s'en prévaloir pour écarter sa responsabilité.

N'ayant pas la charge de choisir les matériaux, l'entrepreneur n'est responsable qu'au titre de son obligation de conseil. Il peut, le cas échéant, formuler des réserves.

*“ Si le maître d'ouvrage impose l'emploi de matériaux ou objets de fabrication spéciale pour lesquels l'entrepreneur a formulé des réserves écrites et motivées, la responsabilité de celui-ci ne peut porter que sur leur mise en œuvre. Les conséquences directes ou indirectes de l'emploi des matériaux sont exclues ”.*³²

→ Partant, à moins de prévoir de manière très spécifique dans le contrat que le titulaire accepte la responsabilité des matériaux, après examen contradictoire, les dispositions du CCAG travaux ne permettent pas d'engager d'office sa responsabilité.

Or, sur une remise de bois brut, il y a moins de possibilité d'émettre des réserves que sur un produit qui aurait été traité par d'autres intervenants, ou en dehors du contrôle du constructeur.

Enfin, il est à noter que ce système paraît plus adapté pour des petits et moyens marchés ou des marchés de faibles montants (à cet égard, la fourniture de bois et/ou le traitement, pour des marchés d'un montant < à 15.000 euros peut s'effectuer par une mise en concurrence sans publicité : système des 3 devis).

Conclusions :

La dissociation de la fourniture du matériau de celle de la construction semble un très bon outil pour favoriser les entreprises locales.

Rappel : La collectivité peut passer un marché uniquement pour l'achat de bois. Si l'achat du bois constitue un lot d'un marché de travaux, la procédure à suivre est fonction du montant global de l'opération (une procédure distincte ne sera pas possible).

Toutefois, tenant les responsabilités susceptibles d'être mises en œuvre, nous hiérarchisons l'allotissement de la manière suivante :

- **En priorité :** fourniture du bois brut afin d'associer, de responsabiliser le constructeur et de favoriser **la constitution de groupement** ;

³² http://contenus-en-ligne.editionsdumoniteur.com/lgr/outilspratiques/documents/f9dchant_le_choix_des_materiaux.pdf (Ouvrage de référence: Droit des marchés publics» (classeur), sous la direction de Christine Bréchon-Moulènes, Editions du Moniteur)

- En second seulement, la fourniture d'un matériau traité, " prêt à l'emploi ". Dans cas, il est préconisé de prévoir contractuellement, que l'acceptation du matériau par le constructeur gèle les risques contentieux sur la conformité des ces derniers, et après examen contradictoire.

A défaut, l'éventuelle responsabilité du pouvoir adjudicateur reste assez importante.

Enfin, nous insistons sur le fait que ce système peut avoir pour effet indirect de favoriser les entreprises locales (notamment par le biais de la négociation ou dans le cas des marchés passés selon une procédure par une mise en concurrence sans publicité) mais n'exclut pas que d'autres entités extérieures se positionnent de manière compétitive.

Dans tous les cas, il faut que le pouvoir adjudicateur anticipe suffisamment la définition de ses besoins afin de vérifier qu'il peut disposer d'un stock suffisant avec les caractéristiques requises (longueur, section, résistance, séchage, rabotage) ou de s'assurer que les entreprises locales pourront répondre à ces exigences.

L'allotissement favorise l'accès à des entreprises innovantes, ou entreprises justifiant d'un savoir faire pointu lesquelles peuvent être locales.

2.2.6 Les spécifications techniques prévues par l'article 6 du CMP³³ ³⁴

A notre sens, il s'agit de l'outil le plus pertinent pour favoriser, de manière la plus sûre juridiquement, les entreprises locales.

Afin de favoriser les entreprises locales et notamment dans le cas de la fourniture de matériau, par exemple, le bois, il convient de prendre en compte dès la conception architecturale et technique du bâtiment les caractéristiques des bois locaux et les capacités de transformation des entreprises du territoire.³⁵

³³ COMMUNICATION INTERPRETATIVE DE LA COMMISSION sur le droit communautaire applicable aux marchés publics et les possibilités d'intégrer des considérations environnementales dans lesdits marchés, <http://www.marche-public.fr/Marches-publics/Textes/Directives/Considerations-environnementales.pdf>

³⁴ Guide de l'achat public éco-responsable

□ Dossier, recours au bois local dans la commande publique, guide de recommandation par le centre de ressources du développement territorial http://www.minefi.gouv.fr/fonds_documentaire/daj/guide/gpem/ecol_responsable/eco_responsable.pdf

³⁵

Bien que le pouvoir adjudicateur ne puisse garantir le choix d'une entreprise locale par ce biais, il peut néanmoins le faciliter avec la possibilité de prescrire les matériaux de base ou primaires à utiliser.

En préambule, il convient de rappeler brièvement les grands principes de la commande publique (cf. livrable n 1)

- ✓ libre accès à la commande publique,
- ✓ égalité de traitement,
- ✓ transparence
- ✓ non-discrimination.

Un point de rappel plus précis est réalisé concernant les spécifications techniques. Il ressort de la communication interprétative de la Communication européenne, les éléments suivants :

Les communications interprétatives de la Commission européenne permettent de rappeler l'état du droit communautaire applicable aux marchés publics et les possibilités d'intégrer notamment des considérations environnementales dans ces derniers.³⁶

Aux termes de celle relative à l'intégration des clauses environnementales, il est indiqué que :

« Les spécifications techniques incluent toutes les caractéristiques requises par le pouvoir adjudicateur pour assurer que le produit ou la fourniture soit conforme à l'usage auquel il le/la destine.

Ces spécifications techniques doivent être liées à cet objet.

³⁶ <http://www.marche-public.fr/Marches-publics/Textes/Directives/Considerations-environnementales.pdf>

Les directives marchés publics contiennent un système détaillé de références obligatoires aux normes et à des instruments comparables, avec une hiérarchie claire : la préférence est donnée aux instruments européens et en l'absence de ces derniers, référence peut être faite aux normes internationales ou nationales ou à des instruments comparables.

De plus, les directives interdisent la mention des produits d'une marque, source ou production particulière car généralement ceci favorise ou élimine certaines entreprises. L'indication de marques commerciales, brevets ou types, ou d'une origine ou production particulière est autorisée seulement dans les cas où l'objet du marché ne serait pas suffisamment précis et intelligible pour toutes les parties concernées. Pareille indication doit toujours être accompagnée de la mention "ou équivalent" lorsque les directives prévoient de telles exceptions (cf. article 6 CMP).

Le pouvoir adjudicateur peut déroger à ces règles et s'abstenir de la référence aux normes ou aux instruments comparables. Cela est notamment le cas lorsque le contrat est d'une nature véritablement innovante pour laquelle l'utilisation de tels instruments ne serait pas approuvée.

A cet égard, il convient de relever que les marchés ne pouvant être confiés qu'à un opérateur déterminé peuvent être passés sans publicité ni mise en concurrence (article 35 du CMP, note 12 sous cet article).³⁷

L'obligation de faire référence en priorité à des normes européennes n'impose pas au pouvoir adjudicateur d'acheter uniquement des produits qui leur soient conformes.

La seule obligation est de prendre ces instruments comme référence, en laissant la possibilité aux fournisseurs d'offrir des solutions équivalentes. Pour l'instant, il existe très peu de normes européennes en matière de performance environnementale des produits et des services. Les pouvoirs adjudicateurs peuvent eux-mêmes, pour un achat particulier, définir le niveau souhaité de performances, à condition que cela ne mène pas à une discrimination.

En l'absence de références obligatoires, ou lorsque les pouvoirs adjudicateurs demandent un niveau de protection de l'environnement plus élevé que celui figurant dans les normes ou la législation, ils peuvent définir les spécifications techniques relatives à des performances environnementales conformément aux critères d'un Ecolabel et peuvent indiquer que les produits ayant le certificat correspondant à l'Ecolabel sont considérés conformes aux prescriptions techniques du cahier des charges.

³⁷

CJCE, 10 avril 2003, Commission c/Allemagne, aff-C.28/01

La notion de “ spécification technique ” comprend la possibilité de prescrire les matières de base ou primaires à employer, si cela contribue aux caractéristiques du produit ou du service, de manière telle qu’il réponde à l’usage auquel il est destiné par le pouvoir adjudicateur. Tant que ces prescriptions respectent le droit communautaire et sont, en particulier, non discriminatoires, le pouvoir adjudicateur peut prescrire pour un contrat donné des matériaux à utiliser spécifiques, comme la prescription de châssis de fenêtres en bois pour un bâtiment administratif ou l’utilisation de verre recyclé ou d’autres matières recyclées [...]

Possibilité d'exiger l'utilisation d'un processus de production particulier également.

Toutefois, des exigences qui ne se rapportent pas à la production elle-même, comme la manière dont l’entreprise est gérée, ne peuvent donner lieu à des spécifications techniques et ne peuvent donc pas être rendues obligatoires dans les spécifications technique [...] »

Dès lors, l’article 6 du CMP paraît un outil très pertinent, dans la limite des contraintes précédemment développées (ne pas discriminer, décrire de façon précise mais pas restrictive, l’utilisation de la mention “ ou équivalent ” en cas de mention de label ou certification).

A cet égard, il convient de relever que la référence à une marque n’est possible qu’à deux conditions :

- la spécification technique ne peut être décrite par référence à une marque déterminée que si l’objet du marché ne peut être décrit autrement ;
- si l’avis de la marque porte la mention “ ou équivalent ” ³⁸

Ainsi, le recours à un tel outil suppose une définition préalable précise des besoins : étape la plus importante.

La définition des besoins suppose classiquement un marché relatif à la conception du bâtiment. Il est possible d’y intégrer une mission d’AMO pour couvrir également la rédaction du cahier des charges, sélection des entreprises etc....

38

CJCE, 24 janvier 1995 “ Commission C/Pays Bas, aff. C-359/93 ; CE, 11 septembre 2006, n°257545, “ cne de Saran ”).

En effet, pour favoriser un matériau local type, il faudra prendre en compte ses caractéristiques types pour les spécifier et voire exclure certaines caractéristiques dont on sait qu'elles ne répondraient pas à l'offre locale (couleur, aspect, longueur, résistance mécanique).

Ces spécifications pourront s'exprimer soit :

- En référence à des normes ou d'autres documents préétablis approuvés par des organismes reconnus (agrément technique européen, spécification technique commune communautaire ou nationale, référentiel technique etc.) ;
- En termes de performance à atteindre, soit en termes d'exigences fonctionnelles :
 - Condition d'utilisation
 - Densité
 - Caractéristique mécanique
 - Durabilité naturelle
 - Résistance aux charges polluantes, agents biologiques
 - Stabilité en service
 - Aptitude à recevoir un traitement de préservation et de finition
 - Aptitude à l'usinage,
 - Aspect d'usage et confort, économie réalisable³⁹

En parallèle, et dans le cadre du marché, il convient d'insister sur le fait que la Région LR peut contribuer à structurer la filière, contribuer à leur qualification, formation, modernisation du savoir faire etc....

En effet, favoriser une filière locale, suppose que l'offre puisse répondre à des marchés d'éco-construction et d'innovation avec des exigences de performances énergétiques fortes !

Remarque : il ne s'agit pas, à l'inverse, d'exiger des entreprises un niveau trop élevé de performances environnementales ou sociales, qui n'entraînerait que des procédures infructueuses. L'acheteur public doit donc rationaliser ses exigences éthiques en fonction de ce que les entreprises peuvent fournir sur le marché.

³⁹

Dossier, recours au bois local dans la commande publique, guide de recommandation par le centre de ressources du développement territorial

2.2.7 L'insertion de clauses d'exécution

- Article 14 du CMP : clauses environnementales et sociales^{40 41}

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

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

▪ **Clauses sociales**

Afin de favoriser certaines entreprises, ou plutôt certains savoirs faire locaux, il conviendrait d'envisager de favoriser certaines entreprises par le biais d'exigence sociale forte afin de permettre le développement économique local.

La clause ne doit porter pas atteinte au principe de liberté d'accès.

Il est généralement conseillé de situer le taux d'insertion dans un étiage de 5 à 15 % des heures travaillées pour l'exécution du marché : il s'agit d'un plancher minimal que l'entreprise devra respecter (J.-B de Foucault, « *La mise en œuvre des clauses sociales dans les marchés publics* » : CP-ACCP déc.2007, p.55-55 G. Brunaud, « *Comment acheter socialement responsable* »). *La part de la prestation concernée devra figurer dans le CCAG ou le CCTP.*

⁴⁰ cf. livrable 1

⁴¹ Jcl Administratif précité, fasc. 770-12 par Guillaume Cotillon

Il est à noter l'article 28 de la loi n° 2009-1437 du 24 nov. 2009 *relative à l'orientation et à la formation professionnelle tout au long de la vie* aux termes duquel il est prévu qu'"à titre expérimental et dans le respect du Code des marchés publics, l'État, les collectivités et les établissements publics soumis au même code peuvent mettre en œuvre des clauses d'exécution de leurs marchés et accords-cadres stipulant que, pour certaines catégories d'achats et au-dessus de certains montants de marché, 5 % au moins du nombre d'heures travaillées pour l'exécution du contrat sont effectués par des jeunes de moins de vingt-six ans de niveau de qualification inférieur au baccalauréat ou par des salariés en contrat d'apprentissage ou de professionnalisation, ou par des salariés embauchés depuis moins de deux ans à l'issue d'un contrat d'apprentissage ou de professionnalisation" (: Journal Officiel 25 Novembre 2009).

Selon l'arrêt de la Cour de justice de l'Union européenne (CJUE), dans son arrêt fondamental *Commission européenne c/ Royaume des Pays-Bas* rendu le 10 mai 2012, dans l'affaire C-368/10, il a été jugé que pouvait figurer un critère d'attribution fondé sur des considérations sociales ou environnementales à conditions que celles-ci soient une condition d'exécution du marché.

Toutefois, conformément à l'article 14 du CMP, ces critères doivent avoir été préalablement portés à la connaissance des candidats et ne doivent pas avoir d'effet discriminatoire.

Le label social permet au candidat d'apporter la preuve qu'il se conforme aux conditions d'exécution d'ordre social mais il peut le faire par tout moyen équivalent.⁴²

- **Clauses environnementales**

Des conditions d'exécution d'un marché peuvent comporter des éléments à caractère environnemental qui prennent en compte des objectifs de développement durable. Ces conditions ne peuvent avoir d'effet discriminatoire.

⁴² <http://www.irdsu.net/IMG/protege/form23/mini-guide-clauses-sociales-yvelines.pdf>

Lors des ateliers et des différents entretiens s'est posée la question d'une condition relative à la réduction des émissions de gaz à effets de serre afin de favoriser les entreprises locales.

Cette question appelle les remarques suivantes :

✚ Il convient de relever que selon une réponse ministérielle l'objection de réduction des émissions de CO2 ne peut pas être utilisée pour privilégier un achat local ⁴³

“ [...] En particulier, l'article 14 du code permet aux pouvoirs adjudicateurs d'exiger comme condition d'exécution du marché la limitation des émissions de gaz à effet de serre, ce qui n'implique pas nécessairement une exigence de proximité de l'entreprise mais plutôt une démarche environnementale dans l'exécution du marché en termes d'implantation du chantier ou de moyens de transport utilisés ”.

✚ Cette condition est difficile à mettre en œuvre tenant la difficulté de son évaluation

✚ C'est sur le dernier trajet de livraison (donc de proximité) que les gaz à effet de serre sont le plus émis. Sur des longs trajets, les fournisseurs pouvant utiliser des moyens de transport propre : train, bateau etc.

2.2.8 L'article 53 et les autres critères d'attribution

- ✓ Performance en matière de protection de l'environnement,
- ✓ Qualité
- ✓ Caractère esthétique et fonctionnel,
- ✓ Rentabilité
- ✓ Critère innovant (note technique sur l'ensemble des points)

Là encore, de tels critères supposent que l'offre locale puisse y répondre (d'où structuration, formation, modernisation etc...)

⁴³ (Rép. min. n° 10874 : JO Sénat Q 21 janv. 2010, p. 130).

La pondération des critères est en principe libre mais doit être “ raisonnable ” et en relation avec l’objet du marché (la pondération doit pouvoir se justifier).⁴⁴

Dans une affaire où était en cause le choix d'un critère environnemental dans un marché de fourniture d'électricité fournie à partir de sources d'énergies renouvelables, la Cour de justice des communautés européennes a admis qu'une pondération n'était légale que si elle permettait une évaluation synthétique des critères retenus⁴⁵.

Le Conseil d'État adopte un raisonnement analogue lorsque la pondération choisie par l'autorité adjudicatrice fait apparaître un très fort coefficient (en l'espèce 50 %) affecté à un seul des critères⁴⁶ :

Considérant qu'il résulte de l'instruction que la COMMUNE DE TOULOUSE a retenu trois critères d'attribution du marché portant sur les qualités esthétiques, la qualité de l'entretien (maintenance et nettoyage) et les qualités techniques du mobilier ; qu'elle a pondéré ces critères à hauteur respectivement de 50 %, 30 % et 20 % ; que la COMMUNE DE TOULOUSE, qui était libre de choisir les critères d'attribution du marché dès lors qu'ils lui permettaient de déterminer l'offre économiquement la plus avantageuse, pouvait, eu égard à l'objet du marché, retenir le critère esthétique ; que toutefois, en donnant à ce critère une place prépondérante sans fournir, ni dans les documents contractuels, ni dans sa réponse du 9 décembre 2004 à la demande de renseignements de la société Jean-Claude Decaux, aucune indication sur ses attentes en la matière, la COMMUNE DE TOULOUSE, à laquelle l'appréciation du critère esthétique a ainsi conféré en l'espèce une liberté de choix discrétionnaire, n'a pas, par suite, organisé un examen des offres garantissant l'égalité de traitement des candidats et la transparence de la procédure ; que la commune a donc manqué aux obligations de mise en concurrence qui lui incombait ;

Ainsi, comme cela a déjà été évoqué (cf. infra fiche 1 sur l’innovation et la commande publique) :

- ✓ Le pouvoir de pondération du pouvoir adjudicateur est libre ;
- ✓ Toutefois, cette liberté se trouve limitée tenant le fait que la pondération doit être justifiée par l’objet du marché.

⁴⁴ CE, 2.08.2011, n°348254

⁴⁵ En dépit de sa liberté de choix, l'acheteur public doit veiller à ce que son choix se porte sur des critères dont il est en mesure d'assurer le respect (*CJCE, 4 déc. 2003, aff. C-448/01, EVN AG c/ Rép. Autriche*).

⁴⁶ CE, 28 avr. 2006, n° 280197, Cne Toulouse : JurisData n° 2006-070072 ;

Dès lors, nous préconisons au pouvoir adjudicateur de hiérarchiser les objectifs attendus selon leur importance et ensuite de pondérer les critères en fonction de ce “ classement ”. Par ailleurs, il est déconseillé d’accorder trop d’importance à un critère au détriment des autres, de manière disproportionnée, sauf à pouvoir le justifier expressément.

Par exemple, si le pouvoir adjudicateur retient 4 critères, il est déconseillé de pondérer un critère à hauteur de 50-60% et les autres à hauteur de 10%, sauf justifications particulières.

2.2.9 L’article 45 du CMP⁴⁷

Cet article est particulièrement pertinent pour l’évaluation de la maîtrise d’œuvre, laquelle aura un rôle très important dans la définition des spécifications techniques et l’audit du marché local (caractéristiques, stock etc.).

L’article 45 relatif à la présentation des candidatures autorise les acheteurs publics à examiner le savoir-faire des candidats en matière de protection de l’environnement au travers de l’appréciation de leurs capacités techniques, professionnelles et financières. Ainsi le pouvoir adjudicateur pourra notamment imposer que le candidat justifie de formation en matière d’éco-construction, de performance énergétique du bâtiment, RT 2012 (par ex pour la maîtrise d’œuvre) etc.

- Il pourra exiger qu’il justifie d’une expérience (environnementale) particulière ;
- Possibilité d’exiger des fournisseurs qu’ils participent à un système de management environnemental (ISO 140001 ; règlement CEE n°1836/93 du Conseil du 29 juin 1993 etc. “ Eco Management and Audit Scheme ” dit “ EMAS ”) ;
- Des éléments permettant de vérifier la formation du candidat en la matière.

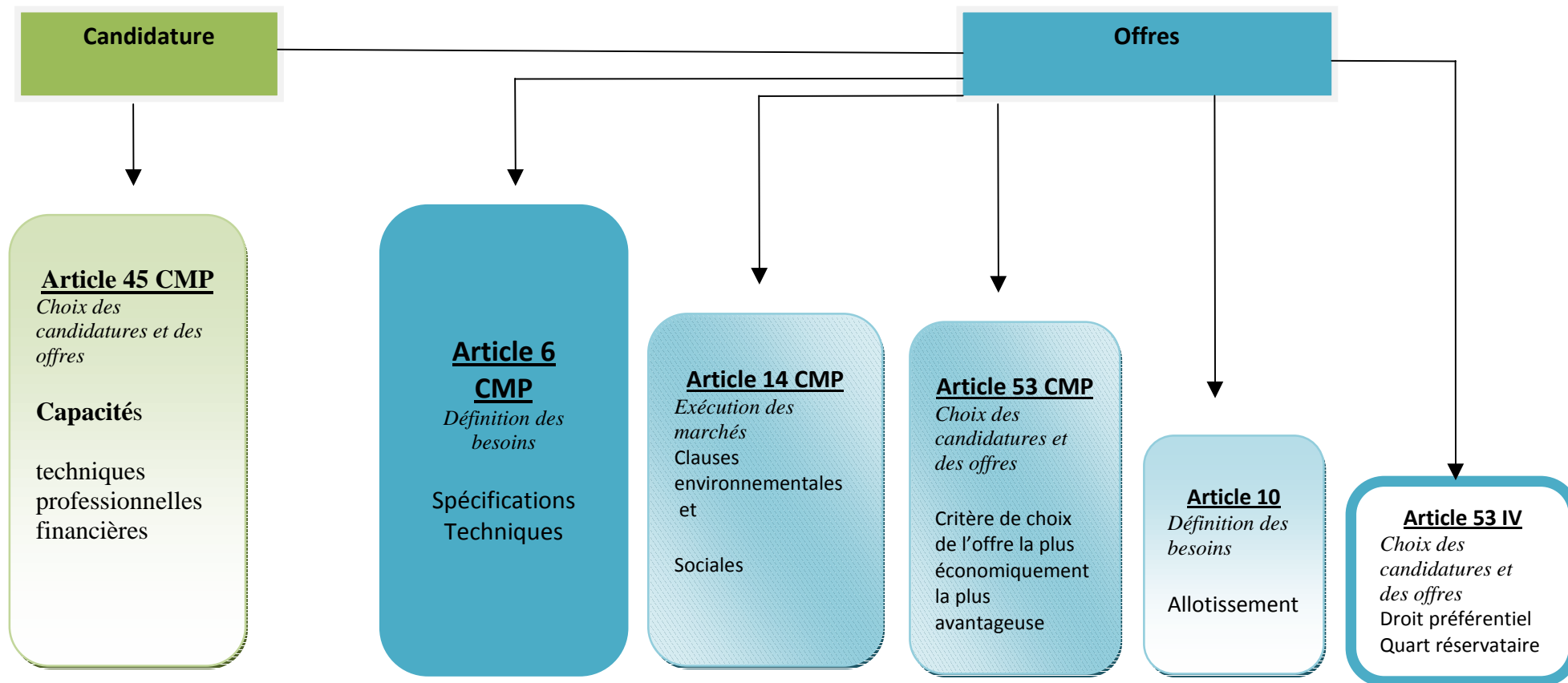
2.2.10 A éviter⁴⁸

⁴⁷ COMMUNICATION INTERPRETATIVE DE LA COMMISSION sur le droit communautaire applicable aux marchés publics et les possibilités d’intégrer des considérations environnementales dans lesdits marchés, <http://www.marche-public.fr/Marches-publics/Textes/Directives/Considerations-environnementales.pdf>

⁴⁸ <http://www.irdsu.net/IMG/protege/form23/mini-guide-clauses-sociales-yvelines.pdf>

- *« Les clauses “ fourre-tout ” : éviter les clauses trop générales ayant pour objectif des engagements, voire des exigences environnementales et/ou sociales imprécises et non détaillées.*
- *Les clauses “ parfaites ” : éviter les clauses si exigeantes en termes de performance qu’aucun fournisseur ne peut y répondre.*
- *Les clauses “ incohérentes ” : éviter les clauses en lien avec le développement durable mais sans cohérences, voire contradictoires avec l’objet du marché public.*
- *Les clauses “ invérifiables ” : éviter les clauses qui ne peuvent être vérifiées car elles sont fondées sur des éléments non tangibles, mesurables et vérifiables ».*
- *Les clauses “ déplacement de pollution ” : éviter les clauses qui réduisent l’impact environnemental dans le cadre du marché, mais qui déplacent la pollution ailleurs sur la chaîne de valeur.*

Rappel des critères du choix d'un marché local "matériau" ou "savoir-faire"



LES ETAPES CLEFS
POUR CHOISIR LES INTERVENANTS DES MARCHES PUBLICS D'ECO-CONSTRUCTION ET D'INNOVATION

FICHE N°3 LE CHOIX D'UNE ASSISTANCE A MAITRISE D'OUVRAGE DEVELOPPEMENT DURABLE/ENERGIE⁴⁹

La présente fiche a été principalement rédigée à partir du Guide « Maîtrise d'ouvrage publique, quelle démarche pour les projets durables ? » réalisé par la Mission interministérielle pour la qualité des constructions publiques.

La passation d'un marché public d'éco-construction et d'innovation suppose, sans doute plus que tout autre marché, une maîtrise d'ouvrage forte et avvertie. Le recours à des assistants doit donc être envisagé à chaque fois que l'acheteur public ne pense pas disposer de toutes les compétences internes et des informations nécessaires.

3.1. Sélection des candidatures et choix de l'offre

- Les capacités professionnelles, techniques et financières

Le maître de l'ouvrage sélectionne ceux qui lui paraissent susceptibles d'exécuter la mission, au vu des capacités professionnelles, techniques et financières des candidats.

Cette sélection sera fondée sur les justificatifs demandés et apportés en matière de capacités techniques et de références professionnelles.

❖ S'agissant des références, il est préférable d'analyser l'expérience acquise par les candidats dans un type de démarche ou d'opération, plutôt que de rechercher une référence strictement identique.

⁴⁹ MIQCP Maîtrise d'ouvrage publique : quelle démarche pour les projets durables ?

↪ Pour bien apprécier les références présentées, il est judicieux de demander pour chacune d'elles, le type de mission exercée, le nom de la personne qui fut réellement en charge de l'étude, l'importance de l'opération, la date afin de mesurer l'ancienneté de la mission sans pour autant limiter dans le temps les références, et les coordonnées du maître d'ouvrage :

↪ Justifier d'au moins trois ans d'expérience en tant qu'AMO Développement Durable

↪ Justifier de trois dossiers couvrant à eux trois l'ensemble des champs programmatiques (études de cadrage, pré-programme, programme général, technique, accompagnement du maître d'ouvrage en phases de projet...);

↪ Fournir trois attestations du maître d'ouvrage (demandée dans le dossier de candidature)

❖ Une qualification professionnelle, un certificat de qualité (ISO 9001, 9002, 9003) peuvent être des éléments complémentaires dans l'appréciation des capacités, **avec la mention “ ou tout document considéré comme équivalent ”.**

❖ Les formations suivies

❖ Les assurances

• Les critères de sélection des offres peuvent être les suivants :

❖ Qualité de la note de motivation

❖ Expérience et travaux dans le champ du marché, qualité du (des) candidat(s), composition de l'équipe

❖ Compréhension de la mission attendue et qualité de la méthodologie proposée

❖ L'adéquation de l'organisation proposée (implication et rôle des différents intervenants, délais...);

❖ Coût/montant de l'offre

3.2 **Les modes de passation**

Suivant les montants du marché :

❖ Procédure adaptée

❖ Appel d'offres

3.3 Les éléments indicatifs d'une mission d'AMO développement durable/Energie ⁵⁰

Pré- programme

- diagnostic du site, recollement des études existantes
- proposition d'un processus de concertation, rédaction des comptes-rendus, et animation le cas échéant
- analyse et faisabilité urbaine, environnementale, technique et économique des scénarios de projet
- établissement de priorités hiérarchisées et de niveaux d'exigence

Programme

- présentation des enjeux du projet en matière de développement durable (volets social, économique, technique et symbolique)
- définition des objectifs et exigences générales et détaillées selon les différentes thématiques retenues (le paysage et la biodiversité, l'accessibilité et les déplacements, l'énergie et l'optimisation des ressources naturelles et des réseaux existants, l'architecture et la qualité d'usage,...) et par types d'espaces

Assistance au choix du maître d'œuvre

- analyse des dossiers de candidatures (selon un nombre de candidats à estimer)
- analyse des notes méthodologiques demandées dans le cadre des consultations sans remise de prestations (selon un nombre de dossiers à estimer)
- analyse développement durable des projets des concours d'architecture (selon un nombre de projets à définir)
- participation aux réunions de la commission technique et du jury

Suivi des études de conception à chaque phase (ESQ, APS, APD, PRO, DCE)

- suivi des études de conception des études de l'équipe de maîtrise d'œuvre (sur un nombre de réunions à définir)
- relevés des écarts entre programme et projet
- évaluation du dossier final : adéquation programme-projet

Assistance au maître d'ouvrage en phase chantier

- validation du volet développement durable de l'analyse des offres
- participation à la préparation du chantier
- participation à quelques réunions de chantier (sur une fréquence à définir)
- évaluation et validation des propositions de la maîtrise d'œuvre concernant les choix de matériaux
- validation du contrôle du chantier vert par la maîtrise d'œuvre et les entreprises

Suivi-évaluation sur deux années

- analyse des consommations (énergie, eau)
- analyse des conditions de confort (thermique, visuel, acoustique, qualité de l'air)
- analyse des impacts de l'ouvrage sur l'environnement immédiat (pollutions, nuisances, déchets, rejets)
- enquêtes auprès des usagers et gestionnaires (confort, comportements, ...)

Remarque :

La mission d'un AMO va bien au-delà du strict respect de la bonne prise en compte de la qualité environnementale aux différentes étapes du projet.

En effet, le fait de recourir à un AMO Développement Durable/NRJ présente l'intérêt d'être présent tout au long du projet : en amont, pendant le choix de la maîtrise d'œuvre, après la réception des travaux avec une évaluation sur deux années.

❖ En amont, l'AMO :

↳ Impulse une dynamique autour des questions de développement durable

↳ Permet de réaliser un réel diagnostic du site ;

↳ Permet de réaliser un projet d'usage et de conduire la concertation. La concertation est une étape essentielle tenant le fait qu'elle permet d'associer les usagers au projet, de comprendre leurs habitudes et de les informer et les former sur les futurs usages qui auront été établis en tenant compte de leurs habitudes. En effet, s'agissant des quartiers durables, le Comité 21 a relevé que :

“ Lorsque ces quartiers sont tout entier planifiés par les pouvoirs publics ou privés et livrés comme une “ simple coque écologique ”, le comportement de l'habitant reste inchangé et suscite des déceptions. L'individu change, s'il est entraîné par un groupe. Les modes de vies écologiques s'enclenchent et sont portés, encouragés, reconnus par le groupe et valorisés socialement. C'est pourquoi, lorsque ces quartiers sont conçus avec les habitants, ceux-ci peuvent se l'approprier dès le début comme espace de projet. Leurs préoccupations vont alors au-delà des matériaux ou de l'habitat basse consommation. Ils imaginent un espace d'avenir commun et de vie sociale, avec des espaces de mutualisation [...] ”⁵¹

❖ Durant la réalisation du projet et après la réception des travaux, l'AMO permet de participer au commissionnement de l'ouvrage en vérifiant notamment que les missions de la maîtrise d'œuvre prendront en compte ces objectifs.

En effet, le commissionnement s'entend de l'ensemble de tâches pour mener à terme une installation neuve afin qu'elle atteigne le niveau des performances contractuelles et créer les conditions pour les maintenir ; mettre à disposition des clients et/ou des usagers la documentation et les instructions d'utilisation et de maintenance, incluant l'initiation ou même la formation des intervenants.

⁵¹

Du quartier à la ville durable, vers un nouveau modèle urbain, par le Comité 21, Victoires Editions

- Le commissionnement débute avec le programme et se poursuit au cours des phases de conception, de construction, de réception, de formation d'exploitation. Mais il doit, selon nous, également inclure l'usage dans le temps et donc la maintenance. En effet, il s'agit de s'assurer des facilités d'usage et d'assurer une maintenance efficace.

L'ensemble des cocontractants du maître d'ouvrage doit être associé à cette mission.

Toutefois, l'AMO pourra jouer un rôle clef de part sa position stratégique tout au long du projet. Elle pourra notamment avoir des missions de suivi d'évaluation de l'ouvrage sur deux années et vérifiera notamment

Les qualités des installations :

- analyse des consommations (énergie, eau)
- analyse des conditions de confort (thermique, visuel, acoustique, qualité de l'air)
- analyse des impacts de l'ouvrage sur l'environnement immédiat (pollutions, nuisances, déchets, rejets)
- enquêtes auprès des usagers et gestionnaires (confort, comportements, ...).

FICHE N°4 LE CHOIX DE LA MAITRISE D'OEUVRE⁵²

La présente fiche a été principalement rédigée à partir du

❖ **Guide « Maîtrise d'ouvrage publique, quelle démarche pour les projets durables ? » réalisé par la Mission interministérielle pour la qualité des constructions publiques**

❖ **Dossier : « Le concours de maîtrise d'œuvre : dispositions réglementaires et modalités pratiques d'organisation » réalisé par la Mission interministérielle pour la qualité des constructions publiques**

Etape clef pour la réussite du projet.

4.1 Le choix de la maîtrise d'œuvre

4.1.1 AAPC

L'avis d'appel public à la concurrence (AAPC) indique les éléments de complexité environnementale et technique de l'opération, ainsi que les éventuelles certifications recherchées.

L'AAPC mentionne, non pas les professions, mais les compétences requises pour réaliser la prestation de maîtrise d'œuvre.

(cf. article 45 CMP)

⁵²

MIQCP précité et le concours de maîtrise d'œuvre : dispositions réglementaires et modalités pratiques d'organisation

Il est utile de demander aux candidats de joindre à l'appui de leur candidature une note présentant :

- ❖ la composition de l'équipe,
- ❖ son organisation,
- ❖ ses compétences (Compte-tenu de l'importance de l'enjeu énergétique, la compétence bioclimatique avec son volet thermique est indispensable. Elle a vocation à être mobilisée dès le début de la conception. D'autres compétences peuvent s'avérer utiles selon les projets : systèmes énergétiques et énergies renouvelables (BET fluides), gestion alternative des eaux pluviales (compétence VRD), prise en compte de la biodiversité dans la conception des espaces verts (paysagiste), acoustique, maîtrise des ressources épuisables, santé, chantier vert, ...) ;
- ❖ Celles-ci devant être appuyées par des éléments probants (des diplômes, des qualifications professionnelles, des certificats de formations continues, des publications, des références... “ *Certificats de qualification professionnelle ou tout document considéré comme équivalent* ”) ;
- ❖ les moyens de l'équipe (outils d'aide à la conception et simulation dynamique, ...) ;
- ❖ une sélection libre de trois à cinq références réalisées ou en cours de réalisation, avec indication de la nature de la mission de maîtrise d'œuvre exercée et des éléments descriptifs permettant d'apprécier tant l'importance de l'opération que sa complexité et sa qualité environnementale ;
- ❖ expérience (environnementale) particulière ;
- ❖ des éléments relatifs à la formation du (des) candidat(s)
- ❖ **Assurance professionnelle [...]**

Dans le cadre de la sélection de la maîtrise d'œuvre, se sont posées les questions suivantes :

- 1) est-il possible d'imposer un matériau précis au maître d'œuvre : exemple de travailler sur un projet en bois ?
- -2) est-il possible d'imposer au maître d'œuvre de travailler sur un projet à partir d'un matériau local ?

↪ S'agissant de la question n°1, il est possible d'imposer au maître d'œuvre de réfléchir et de proposer un projet à partir d'un ou de plusieurs matériaux déterminés : bois, pierre etc. Il peut même lui être proposé de réfléchir à l'opportunité d'utiliser ces matériaux.

↪ S'agissant de la question n°2, la réponse est plus complexe. Comme cela a déjà été rappelé, il n'est pas possible de mentionner l'origine géographique d'un produit afin de le favoriser au détriment d'un autre. Ainsi, au regard de la jurisprudence constante de la Cour de Justice de l'Union Européenne (ancienne CJCE) et de la jurisprudence nationale il n'est pas possible par exemple d'imposer un matériau local déterminé.

Cette contrainte, bien que réelle, ne nous semble toutefois pas insurmontable.

Il convient d'opérer la sous-distinction suivante:

2.1 Cas où le pouvoir adjudicateur sait déjà à quel(s) matériau(x) il va avoir recours

En effet, si nous prenons par exemple le cas du bois, ou de la pierre, il y a une très grande probabilité pour que le bois ou la pierre locale aient certaines caractéristiques bien particulières (couleur, compositions, propriétés etc.).

Dès lors, si en amont, les ressources locales sont clairement identifiées et si les caractéristiques sont bien déterminées, par le biais des spécifications techniques (article 6 du CMP) ou des exigences en termes de performances énergétiques (isolant, thermique etc.) (article 53 du CMP), les matériaux locaux peuvent clairement être favorisés.

Par ailleurs, en complément de l'utilisation des deux articles précités, dans la description des missions allouées au maître d'œuvre, notamment dans le cahier des charges, il peut être précisé que le maître d'ouvrage souhaite que le Maître d'œuvre prenne en compte les critères suivants :

- ✓ Le développement durable ;
- ✓ Utilisation de matériaux à faible impact environnementale
- ✓ Le respect du terroir et du patrimoine architectural ;
- ✓ L'intégration paysagère du projet ou intégration dans l'environnement ou encore intégration du site : climat, topographie, économie

Il est à noter que, dans une moindre mesure, le pouvoir adjudicateur peut également orienter le choix de l'offre vers des entreprises ou matériaux locaux dans le titre qu'il donne à son marché.

Enfin, si la collectivité dispose de la ressource, elle peut l'imposer.

2.2 Cas où le pouvoir adjudicateur ne sait pas quel(s) matériau(x) il souhaite privilégier :

↳ Soit, il choisit une AMO Développement Durable/NRJ afin de l'aider à faire un diagnostic des ressources existantes pour analyser la faisabilité du projet et privilégier un type de ressource.

↳ Soit, le pouvoir adjudicateur ne recourt pas à une AMO, dans ce cas, il conviendra d'orienter au maximum le maître d'œuvre s'agissant des exigences de développement durable, de performance énergétique, d'intégration paysagère et de respect du territoire.

Ainsi, si le pouvoir adjudicateur n'a pas d'idée sur la ressource à utiliser ou s'il n'a pas de diagnostic des ressources locales préétabli, il est fortement conseillé d'avoir recours à une AMO Développement Durable/NRJ.

4.2 Choix de la procédure

4.2.1 Le choix du maître d'œuvre selon une procédure adaptée ou négociée

rappel : Article 74

✓ *en dessous des seuils : MAPA*

✓ *au dessus des seuils : concours obligatoire sauf exceptions (appel d'offre possible)*

En revanche, pour les opérations à faible enjeu, le choix d'un candidat sur compétences, références et moyens, est la procédure la plus simple à organiser car ne nécessitant pas de lourds investissements initiaux.

Les candidats ont à produire une offre sur la base du programme de l'opération.

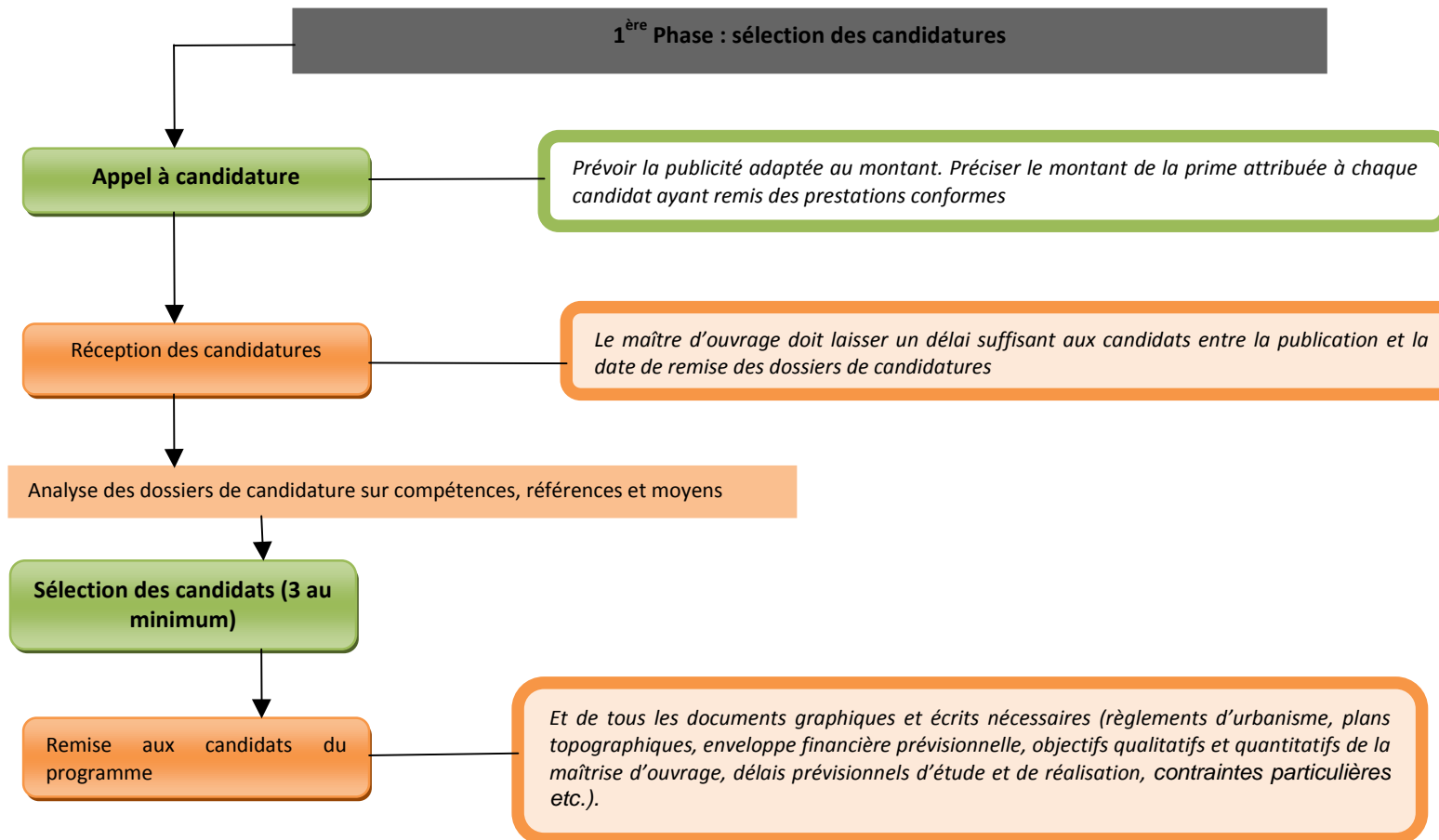
La démarche de développement durable conduit le maître d'ouvrage à demander aux candidats que cette présentation fasse part de leur compréhension des objectifs environnementaux et de la démarche de travail qu'ils envisagent d'adopter pour intégrer la qualité environnementale dans le projet.

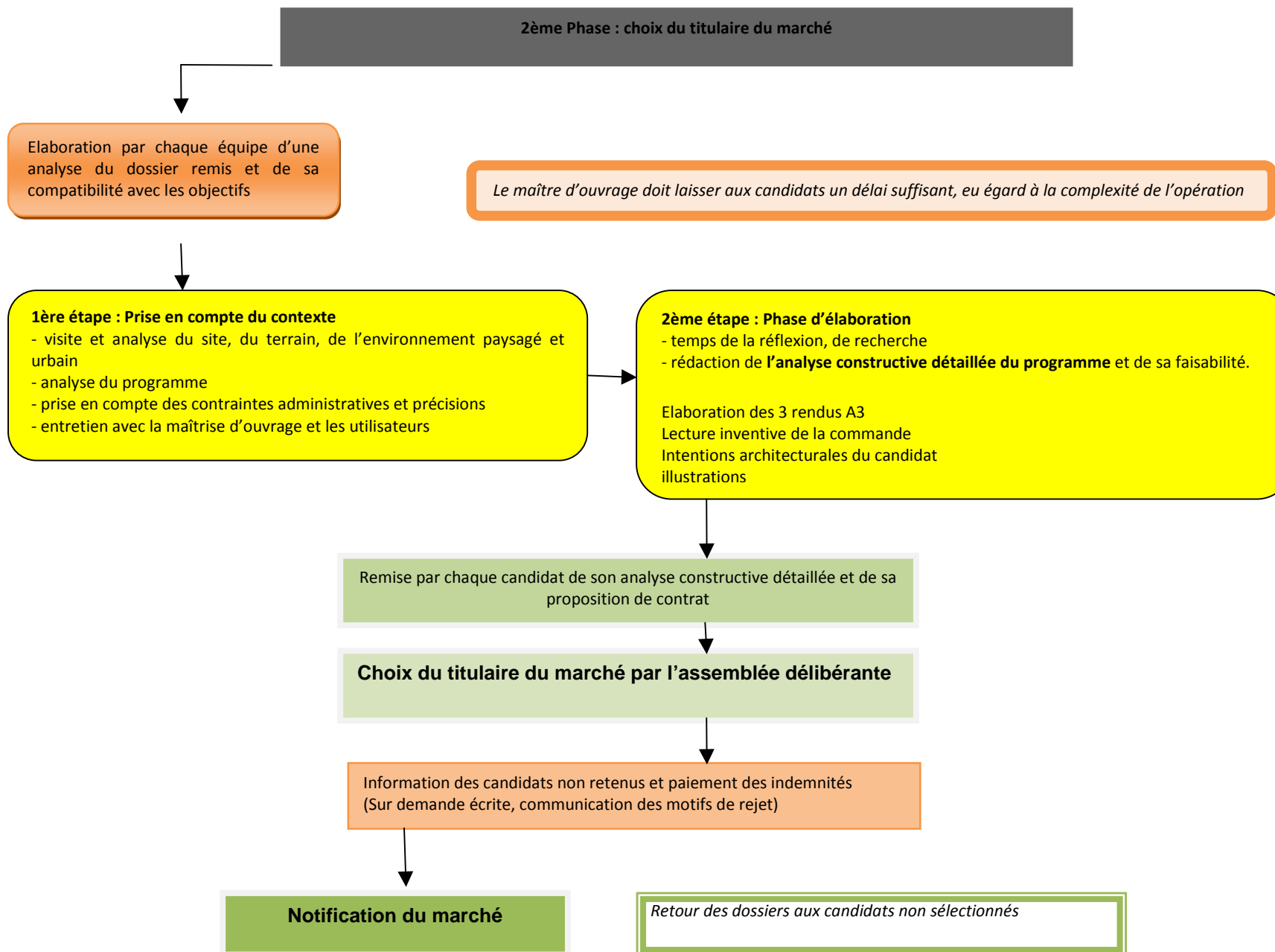
Cette note méthodologique est l'un des éléments majeurs de la négociation.

Dans le cas d'une procédure adaptée, il est recommandé de faire le choix sur compétences, capacité professionnelles, et moyens financiers des candidats.

La MIQCP propose dans ce cas un exemple de rendus limités à 3 formats A3 :

- ❖ un premier texte, dit de “lecture inventive de la commande”, consacré à la compréhension du “dessein” de la collectivité (réactions vis à vis de la “lettre-programme”, perception et hiérarchie des problèmes posés, points forts et points faibles des orientations prises, conséquences prévisibles de certaines exigences, éventuelles contradictions, exposé des questions à arbitrer en matière de développement durable, potentialités : amélioration énergétiques, transports ...) ;
- ❖ un second texte, dit d’ “intentions architecturales du candidat”, consacré à la démarche de projet (concepts architecturaux, relations au site, spécificités climatiques et environnementales locales, grandes options fonctionnelles, positionnement esthétique et symbolique, trames vertes et bleues, ressources locales exploitables, ...) ;
- ❖ un dernier A3 illustrant, par des schémas ou croquis, les textes précédents (principes d’orientation tenant compte des vents dominants, de l’ensoleillement du bâti alentour, matériaux et principes constructifs envisagés, ...).⁵³





4.2.2 Le choix du maître d'œuvre selon la procédure de concours (article 74 CMP)⁵⁴

L'appel d'offre n'est pas une procédure appropriée pour les marchés de maîtrise d'œuvre comportant une phase de conception.

La MIQCP rappelle que la pondération est tout à fait inappropriée à la procédure de concours, procédure caractérisée par l'intervention du jury dont le travail consiste à analyser les projets et en débattre afin de dégager un consensus sur le meilleur d'entre eux, à partir des critères d'évaluation retenus qui reflètent les objectifs du maître d'ouvrage.

Les deux critères recommandés par la MIQCP sont :

- ❖ la qualité de la réponse au programme (permet d'évaluer le projet au regard des priorités fixées dans le programme en matière de développement durable).
- ❖ la compatibilité du projet avec la partie de l'enveloppe financière affectée aux travaux (doit notamment prendre en compte le coût global du projet comprenant notamment les coûts ultérieurs d'exploitation- maintenance).

Les critères sont annoncés dans l'AAPC et explicités dans le règlement du concours.

4.2.2.1 S'agissant des intervenants :

- Commission technique

La commission technique est chargée d'examiner la réponse au programme. Cette analyse doit aussi bien tenir compte des préoccupations environnementales que des autres éléments du programme.

Au sein de la commission technique, la lecture environnementale peut être assurée par le programmiste, un architecte ou un AMO Développement Durable.

⁵⁴ MIQCP " Maîtrise d'ouvrage publique, quelle démarche pour des projets durables ? "

- Jury

Il faut veiller à ce que la présentation faite au jury par la commission technique permette un débat sur la qualité globale des projets et ne conduise pas à focaliser la discussion sur les questions environnementales. La dimension environnementale n'est qu'une des dimensions.

4.2.2.2 Les prestations à remettre lors du concours

↵ Une prestation de niveau "Esquisse +", c'est-à-dire intermédiaire entre l'Esquisse et l'avant-projet sommaire (APS), est de nature à permettre l'évaluation de l'offre dans sa dimension développement durable et l'analyse de ses principales dispositions. Le concours sur APS, en raison de son degré d'avancement fige la conception trop tôt, sans compter qu'il est onéreux en organisation et en indemnités.

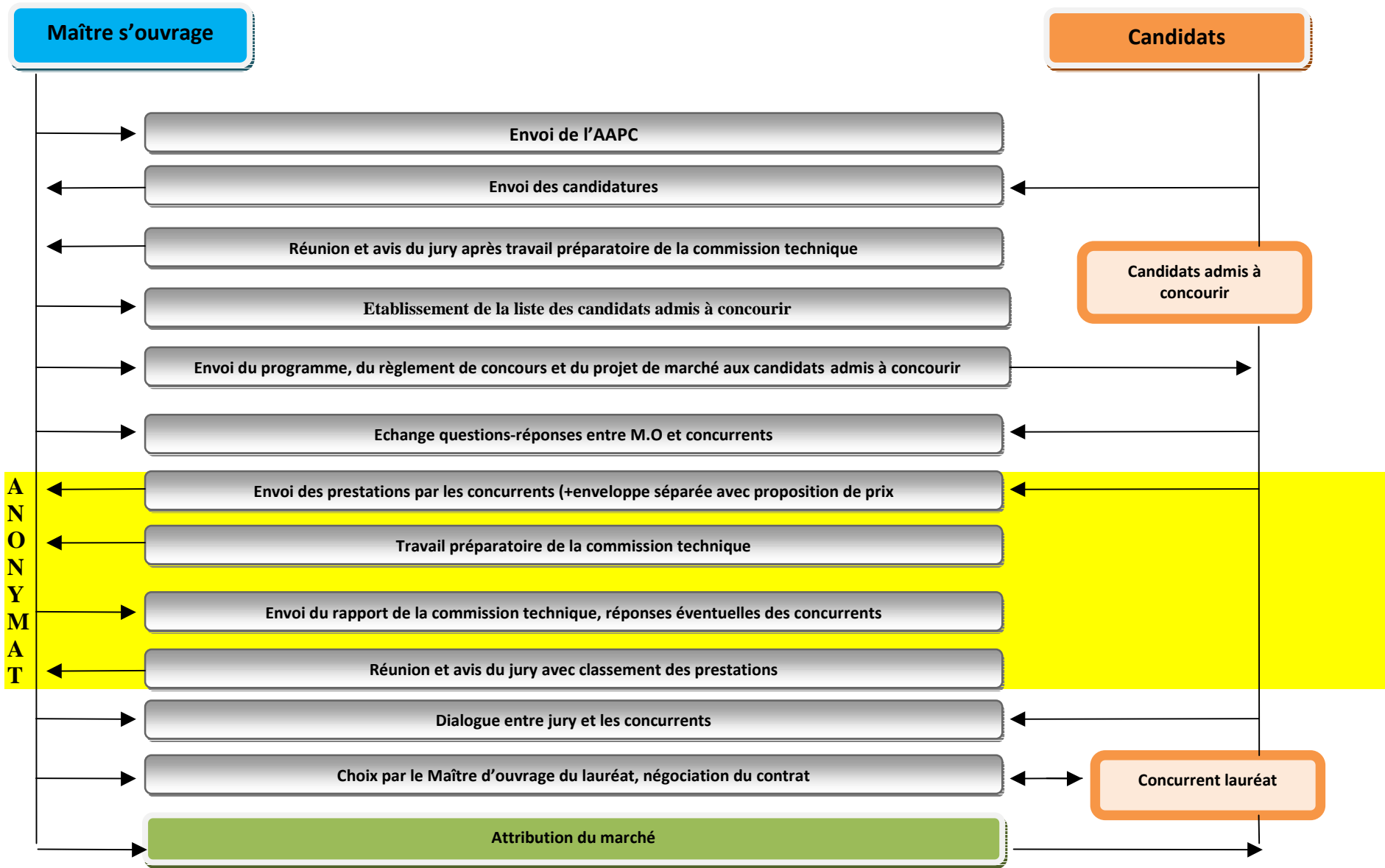
↵ Des pièces graphiques au 1/500^e sont suffisantes pour juger les grandes options des concepteurs, en termes d'urbanisme, de paysage et de prise en compte des données environnementales du contexte.

↵ Des pièces graphiques au 1/200^e sont suffisantes pour juger les grandes options des concepteurs, en termes d'architecture, d'environnement, de techniques et de toute autre aspect spécifique du projet (scénographie, muséographie, acoustique...) :

- inscription dans le site (prise en compte des données climatiques : orientations, pluviométrie, vents, des nuisances, choix des échelles, des volumétries, organisation des liaisons douces...);
- qualité bioclimatique des bâtiments (matériaux, orientations privilégiées, éclairage naturel, ensoleillement, compacité, surfaces d'enveloppes, évolutivité...);
- impact sur les parcelles riveraines (masques, nuisances induites, desserte...);
- qualité des espaces extérieurs (paysage, imperméabilisation, voiries et parkings...).

Ces pièces graphiques seront accompagnées d'un cahier explicatif présentant les caractéristiques du projet, et sa façon de répondre au programme. L'objectif de ce cahier est à la fois d'expliquer les grandes options, d'argumenter les choix, et de préciser certaines solutions techniques. Il devra accorder une part prépondérante à la synthèse des enjeux du développement durable en justifiant les arbitrages effectués au sein de l'équipe de maîtrise d'œuvre pour atteindre les objectifs fixés par le maître d'ouvrage (RT, isolation, confort été, usage, maintenance etc.).

Il est également pertinent d'établir une note sur les orientations générales prises en faveur de la qualité environnementale de l'ouvrage.



4.3 Contrat et mission

L'approche environnementale constitue dans les missions de maîtrise d'œuvre, un bouleversement important (cf. 8 missions prévues par l'article 7 titre II, de la loi MOP).

Dans ces conditions, la maîtrise d'œuvre d'un ouvrage passe par un enrichissement de sa mission de base.

Les spécificités de chaque élément de mission

Eskisse

C'est la phase déterminante, celle où se dessinent les grandes options architecturales, environnementales et techniques du projet en réponse aux attentes du programme.

Se détermine en termes de stratégie
stratégie spatiale, fonctionnelle et formelle
stratégie d'installation durable de l'opération dans son territoire ;
stratégie de traitement de la parcelle ;
stratégie bioclimatique (isolation, solarisation, confort d'été, éclairage et ventilation naturels, acoustique ...) ;
stratégie énergétique ;
stratégie constructive (énergie grise, ressources renouvelables etc.)

APS

Phase avancée de la synthèse architecturale, pour l'amélioration de la qualité spatiale, l'optimisation et les comparaisons environnementales de solutions techniques et d'ouvrages :

avancée vers la meilleure synthèse entre les qualités spatiales, fonctionnelles, formelles, d'ambiance et environnementales, les choix techniques et le budget optimisation des ouvrages liés à l'approche bioclimatique
optimisation du système constructif
comparatifs portant sur différents ouvrages, produits ou matériaux

APD

Les principaux arbitrages ont été effectués en fin d'APS. Quelques uns débordent sur l'APD. Mais, pour l'essentiel, l'APD est la phase où se figent, de façon définitive, les choix de conception. Du point de vue du développement durable, le dossier APD est le dossier de référence auquel on se reporte dans la suite du projet

Le permis de construire étant déposé au cours de cette phase.

PRO et DCE

Phase de description technique des ouvrages. En phase PRO sont effectués les derniers dimensionnements et dessinés les derniers détails techniques. Le maître d'ouvrage et le maître d'œuvre doivent veiller à la cohérence des différentes pièces du DCE avant de lancer la consultation.

Remarques

S'agissant des appels à projet, se pose la question de savoir s'il peut être mentionné le fait de privilégier les matériaux locaux.

La possibilité de l'envisager est très encadrée, tenant le fait que les appels à projets ne constituent pas, sous certaines conditions, des marchés publics.

Comme l'expose le Conseil d'analyse stratégique, *“ l'appel à projet est une procédure particulière à mi chemin entre l'appel d'offre et la subvention directe.”*⁵⁵

Jusqu'à la circulaire du 18 janvier 2010 relative aux relations entre les pouvoirs publics et les associations, aucun encadrement de cette procédure n'avait été établi en France.

Cette circulaire les définit de la façon suivante :

“ Dans le cadre des appels à projets, la collectivité publique a identifié une problématique mais n'a pas défini la solution attendue. L'appel à projets ne préjuge en rien de l'ampleur des propositions qui seront formulées ou encore de leur contexte. Les appels à projets permettent donc à une personne publique de solliciter l'initiative privée, en définissant les grandes lignes d'un objectif à atteindre mais en laissant à des partenaires privés la possibilité d'exploiter leur expertise, leurs capacités techniques et leur créativité pour déterminer comment réaliser au mieux ces objectifs ”.

À la différence de l'appel d'offres, l'appel à projet ne porte pas sur la réalisation d'une prestation de service prédéfinie.

C'est au porteur de projet que revient l'initiative des actions à mener.

Bien qu'elle se conclut par une convention de subvention (qui, seule, a valeur juridique, l'appel à projet en tant que tel n'étant qu'une procédure “interne” de sélection des bénéficiaires des subventions).

⁵⁵ “ Les appels à projets : application aux politiques de l'emploi ”, Conseil d'analyse stratégique par M. Vincent Chriqui : <http://www.strategie.gouv.fr/content/les-appels-projets-application-aux-politiques-de-lemploi-note-danalyse-256-decembre-2011>

L'appel à projet est également différent de la subvention directe en ce que dans le cas de l'appel à projet, une collectivité sollicite l'initiative privée, alors qu'une subvention directe est attribuée à une initiative spontanée, hors d'un appel à projet.

Les projets sélectionnés s'inscrivent alors dans un cadre stratégique déterminé par la puissance publique et l'attribution des subventions est assujettie à une mise en concurrence des candidats sur leur capacité à répondre au besoin exprimé.⁵⁶

Pour autant, le droit national de la commande publique délimite le recours aux subventions : l'association doit être à l'initiative du projet.

Au regard de la réglementation nationale relative à la commande publique, la subvention caractérise la situation dans laquelle la collectivité apporte un concours financier à une action initiée et menée par une personne publique ou privée, poursuivant des objectifs propres auxquels l'administration, y trouvant intérêt, apporte soutien et aide ”.

Pour pouvoir prétendre bénéficier d'une subvention, le candidat doit être à l'initiative du projet qu'elle porte, ce qui recouvre deux cas de figure :

a) *Le projet émanant du candidat ne donne pas lieu à contrepartie directe pour la collectivité publique :*

Cette condition est essentielle. Il convient impérativement que le candidat porte le projet dont il est à l'initiative impliquant qu'il ne réponde pas à un besoin préalablement défini par la personne publique. Dès lors, il ne doit pas se comporter comme un prestataire de cette dernière.

b) *Le projet développé par l'association s'inscrit dans le cadre d'un appel à projets lancé par une collectivité publique :*

Dans cas, la collectivité lance un appel à projet qui lui permet de mettre en avant un certain nombre d'objectifs lui paraissant présenter un intérêt particulier. Il s'agit de définir un cadre général, une thématique. Les candidats sont invités à présenter des projets s'inscrivant dans ce cadre. Mais ce sont bien les associations qui prennent l'initiative de ces projets et en définissent le contenu.

Dans le cadre des appels à projets, la collectivité publique a identifié une problématique mais n'a pas défini la solution attendue. L'appel à projets ne préjuge en rien de l'ampleur des propositions qui seront formulées ou encore de leur contexte.

56

Circulaire du 18 janvier 2010 relative aux relations entre les pouvoirs publics et les associations : conventions d'objectifs et simplification des démarches relatives aux procédures d'agrément

Cela le différencie d'un marché dont le besoin est clairement identifié (il ressort ainsi de la jurisprudence qu'une étude précisément déterminée, réalisée pour le compte d'une collectivité et donnant lieu à une rémunération spécifique, constitue une prestation de services effectuée à titre onéreux).

Si la collectivité est à l'initiative du projet, on se situe dans le cadre de la commande publique :

Deux modes d'actions doivent être distingués : le recours aux marchés publics (appel d'offres) et la délégation de service public. Dans les deux cas, une publicité préalable et postérieure est nécessaire.

Les distinctions par rapport au champ de la subvention sont les suivantes :

- l'initiative n'appartient pas au candidat, mais à la collectivité, qui cherche ainsi à répondre à un de ses besoins : l'association est alors un prestataire de la collectivité ;
- le marché implique un lien direct entre les sommes versées et les prestations réalisées : une étude précisément déterminée, réalisée pour le compte d'une collectivité et donnant lieu à une rémunération spécifique constitue ainsi une prestation de services effectuée à titre onéreux ; en revanche, un candidat peut être subventionné pour mener des études dans un domaine donné et des actions de promotion;
- le marché implique une contrepartie directe pour la personne publique ou le bénéfice d'un avantage immédiat.

Lorsque l'acheteur public organise un appel à projets, pour répondre à ses besoins, mais ne connaît pas la nature du futur contrat, il doit appliquer la procédure de passation la plus rigoureuse^{57 58}.

En résumé, tant que l'initiative est laissée aux candidats, l'appel à projet ne constitue pas une commande publique. Dès lors, les grands principes y afférents ne sont pas susceptibles de s'appliquer. Ainsi, parmi les objectifs, pourraient figurer celui de favoriser l'utilisation de ressources locales.

Toutefois, la frontière entre l'appel à projet et la commande publique est mince. Dès lors, un appel à projet est susceptible d'être requalifié, notamment, en marché public.

C'est pourquoi, sous réserve d'un appel à projet au sens strict du terme, l'insertion d'une telle mention nous paraît envisageable

⁵⁷ CE, 10 juin 2009, Port autonome de Marseille, n° 317671.

⁵⁸ Circulaire du 14 février 2012 relative au Guide de bonnes pratiques en matière de marchés publics, troisième partie

FICHE N°5 LE CHOIX DES ENTREPRISES⁵⁹

Les fiches 1 et 2 sont à insérer dans cette partie, en fonction de l'intervenant (entreprise constructeur, fourniture de matériel etc.).

5.1 Les critères de sélection et de choix de l'entreprise

Outre la disposition de l'article 5 qui impose de tenir compte du développement durable lors de la détermination des besoins, plusieurs autres dispositions du code des marchés publics permettent de prendre en compte des préoccupations de développement durable :

5.1.1 Lors de la rédaction du cahier des charges⁶⁰ :

- *l'article 6 relatif aux spécifications techniques*

Les obligations peuvent porter sur :

- les matériaux de construction :
 - matériaux recyclés ou recyclables ;
 - matériaux éco-responsables (par exemple bois issu de forêts gérées durablement) etc.
- les modalités d'exécution :
 - l'organisation au quotidien de la maîtrise des nuisances (trafic, poussières, pollution, bruit, gestion des produits dangereux ...) ;

⁵⁹ MIQCP précité

⁶⁰ <http://www.ecoresponsabilite.environnement.gouv.fr/IMG/08-001.pdf>

- l'organisation du chantier (optimisation des nuisances sonores, passages des camions, amplitudes horaires, ...)
- le contrôle des consommations (énergie, eau, ...)
- l'utilisation d'outils et de machines spécifiques peu consommateurs d'énergie ou de matériaux primaires
- des modalités particulières de mise en œuvre (rampe propre, limitation de la circulation des véhicules de chantier, ...)
- des matériaux spécifiques (produits bio pour le nettoyage en cours et en fin de chantier, ...)
- l'emploi de ressources énergétiques vertes (carburants, photovoltaïque et éolien pour les baraques de chantier, ...)
- la gestion de la collecte des déchets de chantier (réduction des déchets, collecte et transport du poste de travail aux filières ultimes de valorisation, ...).

- Les acheteurs publics peuvent, conformément aux dispositions de l'article 14, intégrer des considérations sociales ou environnementales dans les conditions d'exécution du marché.
- La présentation de variantes (art. 50), qui doit avoir été autorisée explicitement, est un autre moyen d'intégrer la protection de l'environnement au stade des spécifications techniques sans que le pouvoir adjudicateur ait nécessairement à spécifier de manière précise ses exigences en la matière.

5.1.2 Lors de la sélection des candidatures :

L'article 45 relatif à la présentation des candidatures permet d'examiner le savoir-faire des candidats en matière de gestion environnementale au travers de l'appréciation de leurs capacités techniques (cf. infra fiche 1 et 2).

Dans les marchés de travaux ou de services qui nécessitent des mesures de gestion environnementale (mesures de protection environnementale du chantier, mesures de gestion des déchets de chantier, mesures de gestion de déchets d'activité dans le cadre des services d'entretien, etc.), l'acheteur public peut demander des certificats de qualité tels ceux attribués dans le cadre du règlement européen EMAS ou des normes de management environnemental comme NF EN ISO 14001.

Si l'acheteur public ne peut pas exiger du candidat l'obtention d'un certificat de gestion environnementale donné, il peut faire référence dans les documents du marché aux exigences environnementales fixées par ce certificat dès lors qu'il autorise la production de tout autre moyen prouvant l'équivalence.

5.1.3 Lors du choix de l'offre économiquement la plus avantageuse⁶¹ :

- L'article 53 permet d'utiliser des critères environnementaux d'attribution. Ces critères doivent être établis en fonction des exigences environnementales spécifiées lors de la définition des besoins et visent à valoriser les offres dont les performances environnementales. Comme tout autre critère d'attribution, ces critères doivent être expressément mentionnés dans l'avis d'appel public à la concurrence ou dans le règlement de consultation ;

↳ Dans la phase d'attribution d'un marché, le prix intervient souvent de façon importante, voire décisive. Cependant, le prix des différentes prestations concourant à une opération de construction ne représente qu'un élément du coût global de cette construction.

Le critère du “ coût global d'utilisation ” prévu à l'article 53 permet ainsi de compléter cette approche :

$$\text{coût global} = \text{prix} + \text{coût global d'utilisation}$$

Le coût global d'utilisation correspond à tous les coûts liés à l'utilisation de l'ouvrage, une fois celui-ci construit, sur l'ensemble de son cycle de vie.

↳ Les matériaux, produits et procédés de construction favorables à l'environnement peuvent avoir un caractère innovant. L'article 53 permet de tenir compte de ce caractère dans les critères d'attribution des marchés.

5.2 Les procédures de passation

❖ Procédure adaptée en dessous des seuils de procédures formalisées

61

http://www.economie.gouv.fr/files/directions_services/daj/marches_publics/oeap/gem/qualite_environnementale_dans_construction_rehabilitation_batiments_publics/1-4.pdf

- ❖ appel d'offres ouvert ou restreint, article 33
- ❖ procédures négociées, article 35
- ❖ dialogue compétitif, article 36
- ❖ conception-réalisation, article 37
- ❖ concours, article 38

En cas de marchés de travaux “ simples ”, c'est-à-dire sans mission de conception, la procédure d'appel d'offres sera à privilégier (ou la procédure adaptée en fonction des montants).

5.3 **La maîtrise de la qualité durable pendant la phase de chantier et ses éventuelles sanctions**⁶²

5.3.1 Obligations réciproques

Les documents contractuels définissent les obligations créées par le contrat :

- ✓ acte d'engagement,
- ✓ CCAG
- ✓ les cahiers des clauses techniques générales (CCTG)
- ✓ les cahiers des clauses particulières (CCAP) ;
- ✓ tous les documents visés au moment de la conclusion du contrat, plus obligations légales RT 2012, objectifs de performance.

☞ **Des devoirs généraux s'imposent au cocontractant** quel que soit l'objet du contrat. À ce titre figurent l'obligation d'exécuter le contrat, de l'exécuter personnellement, de manière correcte et dans le délai imparti :

- ↳ Obligation d'assurer continûment l'exécution

⁶² http://www.archi.fr/MIQCP/IMG/pdf/Guide_DD_partie3.pdf

- ↪ Obligation d'exécuter les ordres de service et toutes les mesures décidées par l'administration contractante sous peine d'engager sa responsabilité contractuelle et de s'exposer à des sanctions.
- ↪ Obligation d'exécuter conformément au contrat impose également une exécution dans "les règles de l'art"
- ↪ Obligation d'exécuter le marché défini dans les délais impartis

Les manquements du cocontractant à ses diverses obligations font l'objet de sanctions qui relèvent du pouvoir unilatéral de l'administration contractante (cf. supra .5.3.2).

➤ **Les obligations de l'Administration visent à assurer également la bonne exécution du contrat**, ce qui se traduit parfois par l'obligation d'utiliser ses pouvoirs de direction ou de surveillance. Les manquements de cette dernière engagent sa responsabilité contractuelle.

- ↪ **Pouvoir de direction du contrat**, lequel doit s'exercer dans le respect des droits du cocontractants.
- ↪ **Pouvoir de contrôle et surveillance** permet à la personne publique de veiller au respect par le cocontractant de ses obligations non seulement contractuelles mais aussi légales et réglementaires (cf. RT 2012).
- Cf. CCAG Travaux : vérification quantitative (*CCAG Travaux, art. 25*) et qualitative (*CCAG Travaux, art. 24*) des matériaux et produits ;
- ↪ L'administration pourra prendre une mesure d'exécution, laquelle consiste en une décision prise dans le but d'assurer ou d'orienter ou de modifier l'exécution technique ou financière des contrats.

Dans le cadre de l'exécution des marchés de travaux publics, la mesure d'exécution prendra le plus souvent la forme d'ordres de service. : ils pourront être pris par exemple un maître d'œuvre au nom du maître d'ouvrage (cf article 3 Loi MOP)

Pour vérifier la réalisation des ouvrages, il est recommandé de s'appuyer sur une charte de chantier vert dans laquelle peuvent être précisées les procédures de gestion au quotidien :

- un bordereau hebdomadaire de contrôle du chantier vert reprenant les items de la charte déclinés par zones de chantier, à l'image du bordereau habituellement utilisé par les coordonnateurs SPS. Il est rempli, chaque semaine, par le responsable entreprise du chantier vert;
- les bordereaux d'enlèvement des déchets de chantier dont la compilation permet d'évaluer la qualité de la gestion des déchets ;
- Le plan de prévention sécurité santé rédigé par le coordonnateur SPS, dans le cadre d'un chantier vert, est l'occasion de mettre en exergue la qualité des installations de chantier pour le personnel pendant la durée des travaux.

La vérification de la réalisation des ouvrages conforme aux prescriptions du DCE **est une mission centrale de la maîtrise d'œuvre** pour garantir la qualité durable.

Trois moyens peuvent être mis en œuvre :⁶³

- un affichage et une communication autour de la charte de chantier vert ;
- un tableau de suivi de la qualité des principales caractéristiques durables, lot par lot et ouvrage par ouvrage. Etabli par la maîtrise d'œuvre, il fournit aux entreprises la liste des éléments à fournir par les entreprises pour chaque produit ou matériau (échantillons, fiches techniques, fiches de données sécurité, fiches de données environnementales) et la liste des caractéristiques environnementales et techniques à respecter. En chantier comme en conception, tout écart avec les prescriptions du programme (retenues dans le DCE et le dossier marché) doit faire l'objet d'une justification formelle et d'une validation formelle par la maîtrise d'ouvrage ;
- une série de contrôles et de mesures en cours de chantier. Parmi ces contrôles et ces mesures, deux tendent à prendre une importance croissante :
 - les mesures d'étanchéité à l'air des façades
 - les prises de vue thermographiques. Elles donnent une idée très précise de la qualité d'isolation de l'enveloppe du bâtiment.
- Prévoir les contrôles pour le respect RT 2012

⁶³ idem http://www.archi.fr/MIOCP/IMG/pdf/Guide_DD_partie3.pdf

Ainsi, durant l'exécution du marché, l'administration peut mettre en demeure le cocontractant de se conformer à ses obligations, sans que cela n'ait d'incidence sur les délais.

→ **L'administration dispose de moyens de contrainte pour obliger son cocontractant à exécuter – et exécuter correctement – ses obligations contractuelles.**

5.3.2 Pénalités et autres modes de sanction⁶⁴

Cf fiche « pénalités et autres modes de sanction » réalisée par les services de l'Etat en Isère aux termes de laquelle :

« Ces moyens de contrainte sont de deux ordres :

- **Sanctions pécuniaires** : l'administration peut infliger des pénalités financières à son cocontractant ;
- **Sanctions non pécuniaires** : elle peut écarter – provisoirement ou définitivement – son cocontractant et confier l'exécution du marché à une autre entreprise (mise en régie ; résiliation).

- **Les sanctions pécuniaires : les pénalités**

↪ Vient sanctionner l'inexécution d'une obligation : l'inexécution doit être totalement ou partiellement imputable à l'entreprise titulaire du marché, à l'un de ses sous-traitants ou au co-traitant solidaire. En cas d'inexécution "partiellement imputable" à l'un de ces intervenants, il y aura seulement application partielle des pénalités, au prorata des responsabilités de chacun

↪ Les pénalités sont des sommes forfaitaires dues par l'une des parties lorsque une obligation contractuelle n'est pas respecté et ne sont pas subordonnées à la réalité d'un préjudice (CE 10 février 1971, *Bonnet*, Lebon tables p. 1104) :

↪ En pratique, elles sont presque toujours stipulées au profit de l'administration

↪ Sanctionnent le plus souvent des retards dans l'exécution des prestations,

⁶⁴ Pénalités et autres modes de sanctions : <http://www.isere.pref.gouv.fr/Politiques-publiques/Collectivites-territoriales/Commande-publique/Les-fiches-thematiques/fiche-Penalites-et-autres-modes-de-sanction>

- ↯ Mais elles peuvent être prévues pour sanctionner d'autres obligations auxquelles l'administration attache une importance particulière (montant plus faible)
- ↯ Les pénalités ont une double finalité : réparatrice et dissuasive.
- ↯ Caractère facultatif : l'administration peut toujours renoncer à les exiger
- ↯ Ne doivent être ni dérisoires, ni excessives
- ↯ Elles sont purement contractuelles : prévues dans le marché initial ou par avenant ultérieur. Dans le silence du contrat, aucune pénalité n'est applicable,
- ↯ Ne peut être mise en œuvre qu'après une mise en demeure.⁶⁵ La mise en demeure doit menacer des pénalités qui vont être infligées et elle doit fixer un délai de réalisation lequel doit être d'une durée suffisante.
- ↯ En principe, les pénalités sont précomptées sur les sommes dues au titulaire. Elles peuvent également faire l'objet d'un titre de recette si les créances de l'entreprise sont suffisantes.
- ↯ L'administration peut aussi renoncer au procédé du titre de perception et engager une action contentieuse. Le maître d'ouvrage qui n'obtient les pénalités qu'à l'issue d'une procédure juridictionnelle a droit aux intérêts de retard courant à compter du commandement de payer⁶⁶

L'intérêt de suivre le chantier et de mettre en demeure le cocontractant de respecter ses obligations et engagements contractuels est un moyen de pression important sur ce dernier. En effet, de telles mises en demeure (mesure d'exécution dans le suivi de chantier) n'ont pas pour effet de suspendre les délais d'exécution du chantier. Ainsi, si le cocontractant doit reprendre sans cesse ses malfaçons, il risque de rallonger les délais d'exécution et d'encourir de fait des pénalités de retard telles que prévues par le CCAG travaux (art.20).

- **Les sanctions non pécuniaires : la mise en régie et la résiliation du marché**

- ↯ La mise en régie (fautes persistantes et relativement importantes)
- ↯ La résiliation du marché (faute grave)
- ↯ Conditions de mise en œuvre des sanctions coercitive : l'exigence d'une faute
- ✓ Il doit s'agir de la violation d'une clause du contrat ou d'un manquement à une obligation de résultat ;
- ✓ la faute doit être suffisamment grave (pas de sanction coercitive pour un fait non fautif, ou peu grave).
- ✓ la faute doit être imputable au cocontractant, aux cotraitants solidaires et sous-traitants.

⁶⁵ CE 10 juin 1953, Cne de Saint-Denis-en-Val, Lebon p. 276.

⁶⁶ CAA Lyon, 6 décembre 2001, OPHLM de la Côte-d'Or c. SA Mouillot.

✓ Exemples de faute : fausses déclarations, sous-traitance occulte, abandon du chantier, retards "considérables" dans l'exécution des prestations, malfaçons importantes ou si l'entrepreneur tarde à y remédier⁶⁷

↪ Mise en demeure préalable obligatoire, par RAR

5.3.3 Point RT 2012 (cf. Livrable 2 note assurances et responsabilité)

⦿ Les obligations de résultat auront un contenu défini par le législateur, s'accompagnant de sanctions en cas d'irrespect. La réglementation thermique pour 2012 fixe aux constructeurs trois obligations de résultat :

- la conception bioclimatique : la création du référentiel dit " Bbiomax " permettra de contrôler les consommations en termes de chauffage, de refroidissement et d'éclairage naturel, en fixant des valeurs maximales à ne pas dépasser. Ce coefficient prend en compte la compacité du bâtiment et les apports naturels.
- la consommation conventionnelle calculée
- la mesure de perméabilité à l'air

La détermination de ces obligations de résultat obligera le constructeur à respecter ces valeurs, quelles que soient les techniques de constructions engagées. Ce dernier ne pourra s'exonérer qu'en démontrant la présence d'une cause étrangère, sous peine d'être sanctionné.

▪ **Les sanctions**

Les obligations étant de résultat, les sanctions pourront être les sanctions civiles habituelles (contractuelles si prévues au contrat), mais aussi des sanctions pénales.

En effet, la RT 2012 est une norme technique, imposant des degrés de performance technique, devant être respectée. Le manquement à cette obligation (portée par l'article L 111-9 Code de la Construction et de l'Habitation (CCH)) est prévu à l'article L 152-2 CCH et est sanctionné par l'interruption des travaux (article L 152-2 CCH), 45 000€ d'amende et 6 mois de prison en cas de récidive (article L 152-4 CCH).

⁶⁷

CE 5 mai 1958, Association syndicale autorisée pour l'assainissement des marais de La Fosse, Lebon p. 260.

Dans l'hypothèse où les travaux continueraient, le maître d'ouvrage encourrait 3 mois de prison et 45 000€ d'amende (article L 152-3 CCH). Les sanctions prévues sont très lourdes pour conduire une politique efficace et performante, le législateur ayant par ailleurs prévu de soumettre les constructeurs à des obligations de moyens.

☞ Les obligations de moyens seront moins contraignantes pour les constructeurs, mais également moins importantes en termes de politique environnementale, sans toutefois oublier de prévoir des sanctions en cas d'irrespect.

Ces obligations de moyens ont été mises en place pour garantir le respect et le contrôle de celles de résultat ; la responsabilité du constructeur ne pourra être engagée que si une faute de sa part en relation avec le dommage est démontrée. Dans cette hypothèse, des sanctions pourront lui être appliquées.

▪ **Les sanctions**

Nous l'avons dit, ces obligations ne sont que de moyens, le législateur n'ayant d'ailleurs pas prévu de sanctions spécifiques. Leur irrespect conduira à des sanctions civiles de droit commun tel que des dommages et intérêts ou d'autres sanctions si prévues dans le contrat (cf. infra). Le constructeur ne pourra alors s'exonérer qu'en démontrant une cause étrangère. La nouvelle réglementation a donc des impacts très importants sur les systèmes de responsabilité applicables actuellement aux constructeurs.

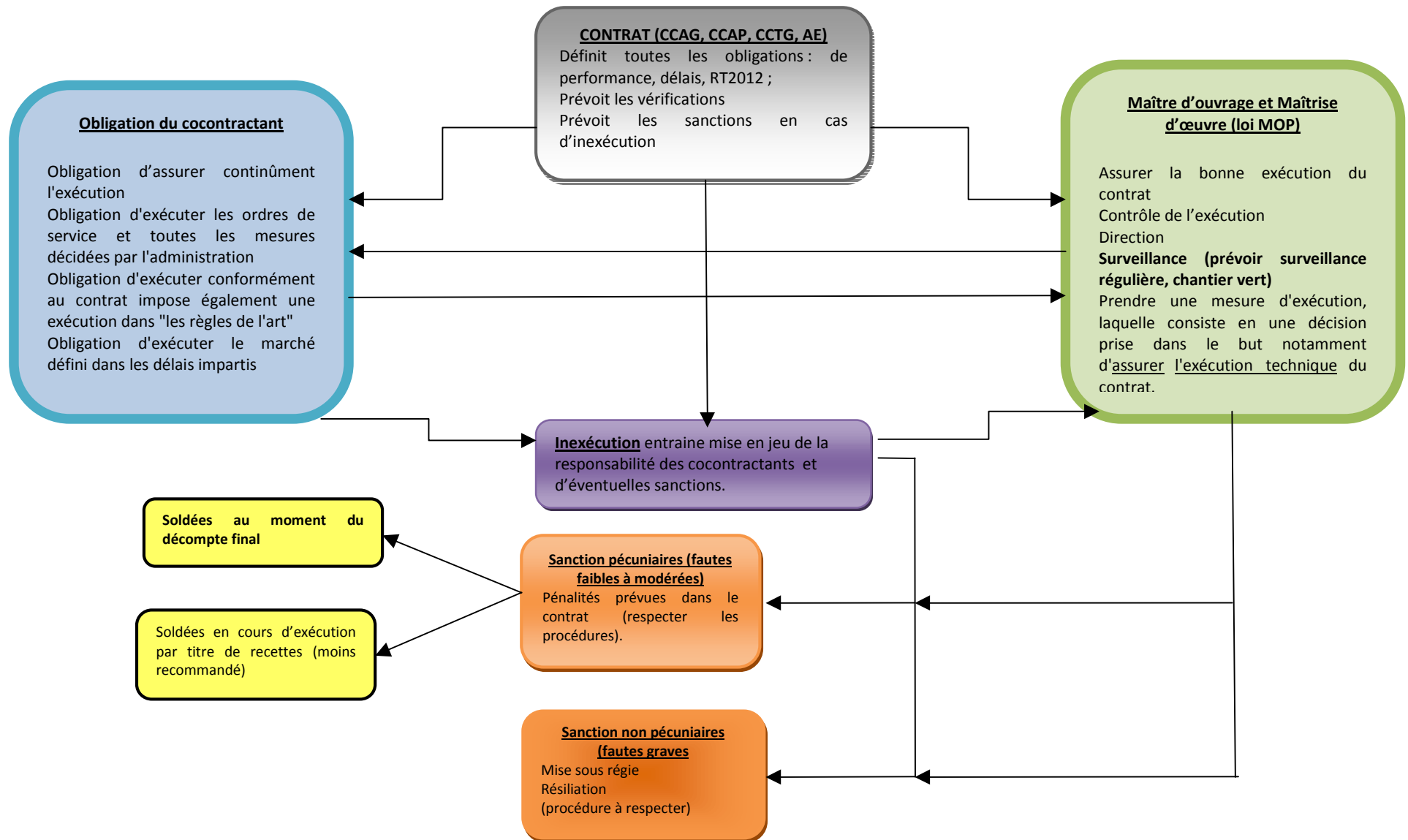
5.3.4 Décompte

Le solde du marché fixé par le décompte général est en réalité le solde de tous les éléments actifs et passifs résultant des obligations des parties qui ont une existence certaine à la date d'achèvement du marché.

☞ Pour l'entreprise le décompte va comprendre, à son profit, la rémunération de ses prestations et, à sa charge, le coût des réparations des malfaçons.

☞ Pour la collectivité publique, le décompte, d'une part, met à sa charge le prix du marché et le versement d'intérêts moratoires en cas de retard de paiement et, d'autre part, réduit sa dépense des frais de réparation des vices de construction.

Le décompte comprend donc le prix du marché, augmenté du prix des prestations réclamées en sus des stipulations initiales .Il comprend aussi les pénalités éventuellement infligées à l'entreprise.



5.4 L'élaboration des documents pour l'exploitation et l'usage du bâtiment

Il s'agit du dossier d'exploitation et de maintenance (DUEM) intégrant les DOE (dossier des ouvrages exécutés) et le DIUO (dossier d'intervention ultérieure sur l'ouvrage) destiné principalement aux futurs gestionnaires du bâtiment. Ce dossier, obligation contractuelle, est important car il s'agit de la seule récapitulation exhaustive des caractéristiques du bâtiment et de leur exploitation.

ANNEXE Logigramme du déroulé d'une opération de construction suivant la démarche HQE (Guide de l'achat public durable Qualité environnementale dans la construction et la réhabilitation des bâtiments publics).

BIBLIOGRAPHIE SUR LES MARCHES PUBLICS (HORS CPE) DES LIVRABLES 1 ET 2

L'ensemble des documents suivants a été utilisé comme source ou élément de réflexion pour la rédaction de cette note

- Etude Faculté de droit de Lyon 3, “ performances énergétiques et garanties légales ” de Monsieur Edouard Plattard
- <http://www.developpement-durable.gouv.fr/Une-commande-publique-durable.html>
- Décret n°2010-1269 du 26 octobre 2010 relatif aux caractéristiques thermiques et à la performance énergétique des constructions
- Arrêté du 26 octobre 2010 relatif aux caractéristiques thermiques et aux exigences de performance énergétique des bâtiments nouveaux et des parties nouvelles de bâtiments
- Guide ADEME “ construction d’une maison individuelle RT2012
- Dossiers Contrats Publics : “ la réforme du Code des marchés publics ”, n°114-octobre 2011
- OEAP- rapport décembre 2012
- OEAP guide de l’achat public éco-responsable : le bois, matériau de construction, 2007
- **Erreur! Référence de lien hypertexte non valide.**
- **Erreur! Référence de lien hypertexte non valide.**
- www.developpement-durable.gouv.fr/La-RT2012-un-saut-energetique-pour.html
- www.actu-environnement.com/ae/news/marches-publics-code-circuits-courts-CPE-13389.php4
- http://www.economie.gouv.fr/files/directions_services/daj/marches_publics/oeap/publications/documents_ateliers/pme_commande_publice/guide_de_bonnes_pratiques.pdf
- <http://www.economie.gouv.fr/daj/observatoire-economique-lachat-public>
- <http://www2.ademe.fr/servlet/getDoc?cid=96&m=3&id=19131&ref=12527&p1=B>
- <http://www.isonat.com/blog/>
- <http://www.legrenelle-environnement.fr/>
- <http://proxy-pubminefi.diffusion.finances.gouv.fr/pub/document/18/14231.pdf> (communiqué de presse BPI, crédit impôt recherche)
- <http://proxy-pubminefi.diffusion.finances.gouv.fr/pub/document/18/14232.pdf> (communiqué de presse BPI Prêt pour l’innovation)

Et

- Circulaire du 31 décembre 2012 relative à la territorialisation de la démarche filière verte dans le champ de la qualité de la construction
- Les contrats de performance énergétique et la rénovation énergétique des bâtiments par Olivier Ortega – 30 août 2012
- Circulaire du 14 février 2012 relative au Guide de Bonnes pratiques en matière de marchés publics
- Mission interministérielle pour la qualité des constructions publiques (MIQCP) “ Quelle maîtrise d’ouvrage publique, quelle démarche pour des projets durables ? ”
 - www.miqcp.gouv.fr
 - MIQCP “ *le concours de maîtrise d’œuvre : dispositions réglementaires et modalités pratiques d’organisation* ”
 - Médiation 18 : “ comment organiser une consultation de programmiste ? ”
 - Guide de l’achat public durable éco-construction et réhabilitation) <http://www.ecoresponsabilite.environnement.gouv.fr/IMG/08-001.pdf>
 - Dossier “ *recourir au bois local dans la commande publique, guide de recommandation (Centre de ressources du développement territorial* ”
- Communication de la Commission au Parlement européen, au Conseil, au Comité économique et social européen et au Comité des Régions relative à des marchés publics pour un environnement meilleur http://www.cnrs.fr/aquitaine/IMG/pdf/com_2008_400fr.pdf
- Manuel sur les marchés publics “ Verts ” http://ec.europa.eu/environment/gpp/pdf/buying_green_handbook_fr.pdf
- L’ouvrage “ *des lieux et des liens, essai sur les politiques du territoire à l’heure de la mondialisation* ”, Pierre VELTZ Ed Aube Eds DE, septembre 2012
- Article “ le critère de la performance de l’approvisionnement de produits agricoles : le plus court circuit vers le Tribunal correctionnel, par Pierre de Baecke, revue Contrats Publics, n°114, octobre 2011
- Du quartier à la ville durable, vers un nouveau modèle urbain, par le Comité 21, Victoires Editions
- <http://www.irdsu.net/IMG/protege/form23/mini-guide-clauses-sociales-yvelines.pdf>
- http://www.archi.fr/MIQCP/IMG/pdf/MEDIATIONS_19-3.pdf : “ Quelle évolution des règles de la commande pour les constructions publiques ? ”
- Outils pour faciliter l’accès des TPE et PME aux marchés publics Guide de bonnes pratiques : http://www.economie.gouv.fr/files/files/directions_services/daj/marches_publics/oeap/publications/documents_ateliers/pme_commande_publique/guide_de_bonnes_pratiques.pdf
- http://www.cfpa-formation.fr/pdf/2013_cfpa_1332.pdf
- www.marche-public.fr

- Pénalités et autres modes de sanctions : <http://www.isere.pref.gouv.fr/Politiques-publics/Collectivites-territoriales/Commande-publique/Les-fiches-thematiques/fiche-Penalites-et-autres-modes-de-sanction>
- <http://www.marche-public.fr/contrats-publics/Loi-LME-arrete-2009-193-pme-marches-haute-technologie.htm>
- http://www.colloc.bercy.gouv.fr/colo_struct_marc_publ/loi_lme.html
- COMMUNICATION INTERPRETATIVE DE LA COMMISSION sur le droit communautaire applicable aux marchés publics et les possibilités d'intégrer des considérations environnementales dans lesdits marchés, <http://www.marche-public.fr/Marches-publics/Textes/Directives/Considerations-environnementales.pdf>
- <http://www.irdsu.net/IMG/protege/form23/mini-guide-clauses-sociales-yvelines.pdf>
- “ Les appels à projets : application aux politiques de l’emploi ”, Conseil d’analyse stratégique par M. Vincent Chriqui : <http://www.strategie.gouv.fr/content/les-appels-projets-application-aux-politiques-de-lemploi-note-danalyse-256-decembre-2011>
- <http://www.legifrance.gouv.fr/affichTexte.do?cidTexte=JORFTEXT000021712266>: circulaire du 18 janvier 2010
- http://www.minefi.gouv.fr/mission_marches/Delit.htm
- “ Le critère de performance de l’approvisionnement de produits agricoles : le plus court circuit vers le correctionnel ? ” Dossier : la réforme du Code des marchés publics, Contrats publics-n°114-octobre 2011, Par Pierre de Baecke, Avocat
- http://www.cfpa-formation.fr/pdf/2013_cfpa_1332.pdf;
- Environnement et marchés publics, évolution des modalités juridiques d’intégrations des considérations environnementales dans les marchés publics, étude réalisée par Maître Yves-René Guillou et son équipe de droit public des affaires et de la régulation avec le soutien de l’ADEME ;
- www.acheteurs-publics-com/marches-publics-encyclopedie/hierarchisation-des-critres (www.acheteurs-publics.com)