

Les objectifs sociaux et environnementaux des « directives marchés publics »

FIT4TENDERS VI

Me Sébastien COUVREUR
Avocat à la Cour

Le 24 septembre 2019 à la Chambre de Commerce - Luxembourg

Les objectifs environnementaux

- Les directives européennes « marchés publics » s'inscrivent dans le respect du **principe d'intégration** (art. 11 du TFUE) : « *Les exigences de la protection de l'environnement doivent être intégrées dans la définition et la mise en œuvre des politiques et actions de l'Union, en particulier afin de promouvoir le développement durable* ». Le droit de l'environnement doit s'appliquer de manière transversale et multisectorielle.

Les directives M.P. s'appliquent parallèlement à d'autres directives ou règlements de l'UE (par. ex. en matière de performance énergétique des bâtiments ou en matière de transport routier).

- Les marchés publics des Etats-membres constituent un levier important (+- 18% du PIB de l'UE) dans le contexte de la lutte contre le changement climatique.

- Les dispositifs des directives européennes « marchés publics » en matière d'environnement doivent permettre aux Etats d'orienter les dépenses publiques dans une optique de développement durable (compris dans ses trois piliers). Il s'agit d'une « **boite à outils** ».

Mais, concrètement ?

La flexibilité par le choix des procédures

- Le recours au dialogue compétitif.

a) Dialogue entre le pouvoir adjudicateur et les opérateurs économiques aux fins de l'élaboration de la solution technique/juridique/financière apte à répondre aux besoins;

b) Attribution du marché sur base de la solution retenue.
(ex: Norvège, ferry électrique).

- Le recours au partenariat d'innovation

a) Conclusion d'un partenariat entre le pouvoir adjudicateur et un ou plusieurs opérateurs économiques ayant pour dessein la recherche – et si possible la production - d'une solution innovante (càd. inexistante sur le marché).

b) Acquisition des résultats de la recherche s'ils répondent aux besoins du pouvoir adjudicateur en terme de coûts et de performance.

(ex: projet ECLOR smart city - <https://eclor.eu/>)

Le choix des spécifications techniques (art. 36 L.08/04/18 – 42 Dir. 2014/24)

- La définition des caractéristiques des produits;
- Définition fonctionnelle ou axée sur les performances (ex: efficacité énergétique, consommation, méthode de production, émissions polluantes, etc.);
- Recours à des labels (comme preuve de la conformité aux spécification techniques);
- Admission de variantes (libres ou obligatoires).

Quelques risques :

- Nécessité de vérifier en amont la praticabilité de l'exigence (exemple : SNHBM – briques issues de matériaux de recyclage).
- Distorsions de concurrence et balises.

La phase de sélection

Motifs d'exclusion (*art. 29 L.8/04/18 – 57 Dir.2014/24*), notamment si :

- le pouvoir adjudicateur peut prouver, un manquement du soumissionnaire aux « règles applicables dans les domaines du droit environnemental »;
- des défaillances importantes ou persistantes de l'opérateur économique ont été constatées lors de l'exécution d'une obligation essentielle qui lui incombait dans le cadre d'un marché antérieur.

Critères de sélection / **capacité technique et professionnelle** (*art. 30 L.8/04/18 – 58 Dir.2014/24*) :

- Expérience du personnel, références et certificats de bonne exécution ;
 - Systèmes et programmes de gestion environnementale (EMAS, ISO 14000,...)
- (Attention : ils doivent être liés et proportionnés à l'objet du marché).

-Echantillons de produits / certificat de qualité – conformité (*art. 59 RGD 8/04/18 Annexe XII, k, i Dir.2014/24*) .

La phase d'attribution du marché (art. 35 L.08/04/18 – 67 Dir. 2014/24)

- En fonction du meilleur **rapport qualité /prix**, tenant compte notamment des caractéristiques environnementales des fournitures, travaux, services.

Les critères d'attribution :

- doivent être liés à l'objet du marché (mais ils ne doivent pas impliquer un avantage économique direct pour le pouvoir adjudicateur - CJCE, 17 septembre 2002, C-513/99, Concordia Bus Finland) ;
- ne peuvent conférer de liberté de choix inconditionnelle au pouvoir adjudicateur;
- doivent figurer dans les documents de soumission;
- doivent respecter les principes de transparence, de concurrence, d'égalité de traitement;
- ne peuvent faire double-emploi avec les spécifications techniques et les critères de sélection.

Exemples : externalités liées à la production, à l'utilisation des produits, à leur consommation, au recyclage de ceux-ci, etc.

- En fonction du **coût du cycle de vie** (ex : acquisition de bus par une municipalité, intégrant les coûts d'acquisition, d'entretien/consommation et recyclage/élimination).

Conditions d'exécution

Art. 70 Dir. 2014/24 : « Les pouvoirs adjudicateurs peuvent prévoir des conditions particulières concernant l'exécution d'un marché pour autant qu'elles soient liées à l'objet du marché au sens de l'article 67, paragraphe 3, et indiquées dans l'appel à la concurrence ou dans les documents de marché. Ces conditions peuvent prendre en compte des considérations relatives à l'économie, à l'innovation, à l'environnement, au domaine social ou à l'emploi ».

Exemples :

- Exiger des livraisons mensuelles / en dehors des heures de pointe
- Livraison en vrac ou reprise ou recyclage des emballages par le fournisseur
- Utilisation de produits réutilisables, ...

Les objectifs sociaux

- Lutter contre le duping social et par ce biais, contre le risque de détérioration des systèmes nationaux de protection sociale;
- Relocalisation de l'emploi (notamment via l'allotissement, et mesures en faveur des PME);
- Discrimination positive (ateliers protégés, ...).

Mais, concrètement ?

Les marchés réservés

art. 15 L.08/04/18 – 20 Dir. 2014/24 :

« Les États membres peuvent réserver le droit de participer aux procédures de passation de marchés publics à des ateliers protégés et à des opérateurs économiques dont l'objet principal est l'intégration sociale et professionnelle de personnes handicapées ou défavorisées, ou prévoir l'exécution de ces marchés dans le contexte de programmes d'emplois protégés, à condition qu'au moins 30 % du personnel de ces ateliers, opérateurs économiques ou programmes soient des travailleurs handicapés ou défavorisés ».

Cette technique peut/doit pour être efficace, être combinée avec l'allotissement du marché.

La phase de sélection

Motifs d'exclusion (*art. 29 L.8/04/18 – 57 Dir.2014/24*), notamment si :

- L'opérateur économique (ou son sous-traitant) a manqué à ses obligations relatives au paiement d'impôts et taxes ou de cotisations de sécurité sociales lorsque le manquement est établi par un jugement ayant force de chose jugée ou par une décision administrative contraignante, ou s'il peut être prouvé par le pouvoir adjudicateur;
- Le pouvoir adjudicateur peut démontrer un manquement de l'opérateur économique à ses obligations légales en matière de droit social ou droit du travail (par ex. une convention collective de travail);
- Des défaillances importantes ou persistantes de l'opérateur économique ont été constatées lors de l'exécution d'une obligation essentielle qui lui incombait dans le cadre d'un marché public antérieur (...) lorsque ces défaillances ont donné lieu à la résiliation dudit marché, (...) à des dommages et intérêts ou à une autre sanction comparable.

La phase d'attribution du marché (art. 35 L.08/04/18 – 67 Dir. 2014/24)

- Important : la vérification des offres anormalement basses (art. 38 Loi 08/04/18 – 88/89 RGD) peut notamment porter sur « le respect des obligations applicables dans les domaines du droit environnemental, social et du travail » et sur « le respect des obligations relatives aux sous-traitants ».

→ Un concurrent peut demander au pouvoir adjudicateur de faire une demande de justification de prix.

- Attribution du marché en fonction du meilleur rapport qualité /prix, tenant compte notamment des caractéristiques sociales des fournitures, travaux, services.

Attention : il s'agit de juger l'offre, et non l'offrant !

Ex: Prise en compte des personnes intervenant dans le processus de production / condition de travail des employés, etc.

Conditions d'exécution

Art. 70 Dir. 2014/24 : « Les pouvoirs adjudicateurs peuvent prévoir des conditions particulières concernant l'exécution d'un marché pour autant qu'elles soient liées à l'objet du marché au sens de l'article 67, paragraphe 3, et indiquées dans l'appel à la concurrence ou dans les documents de marché. Ces conditions peuvent prendre en compte des considérations relatives à l'économie, à l'innovation, à l'environnement, au domaine social ou à l'emploi ».

Exemples : les clauses d'insertion.

- Solliciter un certain nombre de travailleurs sous contrat d'apprentissage, ...

**Merci pour votre
attention !**



KRIEGER Associates

63-65, rue de Merl

B.P. 652

L-2016 Luxembourg

Tél: 26 44 26 44

Fax: 26 44 26 26

KRIEGER Associates

1 A, Place Guillaume

B.P. 55

L-9201 Diekirch

Tél: 26 80 54 05

Fax: 26 80 54 06