

Définition préalable des besoins et environnement

La définition du besoin occupe une place essentielle dans le processus achat. Afin de prendre en compte, lors de cette phase, les objectifs de développement durable, les acheteurs peuvent recourir au sourcing mais également traduire leur besoin dans des dispositifs de contrôle qui vont s'imposer au cocontractant choisi.

Dans un souci bien compris de protection d'un intérêt général parfois moins immédiat que la satisfaction du besoin primaire, les acheteurs publics sont parfois soumis à des contraintes environnementales auxquelles ils ne peuvent pas se soustraire et qui conditionnent donc nécessairement le besoin tel qu'il est défini. En tout état de cause, ils doivent, pour la détermination de leurs besoins, prendre en compte les objectifs de développement durable. Pour définir son besoin, notamment sous l'angle environnemental, l'acheteur peut, en amont, recourir au sourcing bien sûr mais également traduire son besoin dans des dispositifs de contrôle qui vont s'imposer au cocontractant choisi. Dans tous les cas et bien qu'il s'agisse d'une phase préalable, la définition du besoin est au cœur du processus achat : c'est l'une des étapes absolument indispensables à la satisfaction du besoin de l'acheteur public.

La prise en compte d'objectifs de développement durable dans la définition des besoins

Rappelons tout d'abord qu'une contrainte écologique guide parfois l'acheteur dans la définition de son besoin. C'est par exemple le cas pour l'achat de véhicules à moteurs, les acheteurs devant tenir compte des incidences énergétiques et environnementales du véhicule sur toute sa durée de vie⁽¹⁾. C'est également le cas en raison de l'obligation, pour l'État et ses établissements publics

Auteur

Emmanuelle Bénoit
Avocate, AdDen avocats
Nicolas Nahmias
associé, AdDen avocats

Mots clés

Définition du besoin • Label • Sourcing • Spécifications techniques

(1) Article 31 de l'ordonnance n° 2015-899 du 23 juillet 2015.

administratifs nationaux, de n'acheter que des produits à haute performance énergétique, d'imposer à leurs prestataires de ne recourir qu'à des produits à haute performance énergétique et de n'acheter ou de ne prendre à bail que des bâtiments à haute performance énergétique^[2].

Ensuite, plus généralement, en vertu de l'article 30 de l'ordonnance n° 2015-89 du 23 juillet 2015 relative aux marchés publics « La nature et l'étendue des besoins à satisfaire sont déterminées avec précision avant le lancement de la consultation en prenant en compte des objectifs de développement durable dans leurs dimensions économique, sociale et environnementale ». Ainsi, non seulement les besoins doivent être définis de manière suffisamment précise mais ils doivent prendre en compte des objectifs de développement durable et donc, notamment, en matière environnementale. Cette obligation, applicable à l'ensemble des acheteurs, transpose les obligations prévues par la directive du Parlement européen et du Conseil concernant l'indication, par voie d'étiquetage et d'informations uniformes relatives aux produits, de la consommation en énergie et autres ressources des produits liés à l'énergie, qui impose à certains acheteurs de tenir compte, au-dessus des seuils de procédures formalisées, de la performance énergétique des produits qu'ils acquièrent^[3].

Si la définition insuffisamment précise des besoins est susceptible de constituer un manquement aux obligations de publicité et de mise en concurrence au sens de l'article L. 551-1 du Code de justice administrative, il n'en va pas nécessairement de même en ce qui concerne les objectifs de développement durable : leur prise en compte dans la définition des besoins n'est qu'une obligation de moyen^[4] et l'acheteur peut y déroger s'il est en mesure de justifier de son impossibilité à prendre en compte de tels objectifs. En outre, le Conseil d'État a déjà eu l'occasion de préciser que cela n'implique pas d'obligation pour l'acheteur de retenir un critère écologique au sein des critères de choix des offres^[5]. Il s'agit d'une simple faculté, parmi d'autres.

Par souci d'efficacité, l'acheteur doit également évaluer et analyser ses besoins sur le plan fonctionnel, afin de n'exclure aucune des possibilités disponibles sur le marché. Cette étape accomplie, l'acheteur peut même parvenir à la conclusion qu'il n'est pas nécessaire de passer un marché : acheter écologique ne signifie pas toujours acheter des produits plus écologiques, cela peut simplement signifier acheter moins.

Les acheteurs peuvent se faire aider dans ce tout premier travail de préparation en ayant recours au sourcing, c'est-à-dire à des échanges préalables avec les opérateurs économiques. Cette pratique, qui existait déjà mais qui n'était encadrée que par la jurisprudence^[6], est désormais inscrite dans les textes : l'acheteur peut effectuer des consultations ou réaliser des études de marché, solliciter des avis ou informer les opérateurs économiques de son projet et de ses exigences. Les résultats de ces études et échanges préalables peuvent être utilisés par l'acheteur, à condition bien sûr qu'ils n'aient pas pour effet de fausser la concurrence et n'entraînent pas une violation des principes fondamentaux de la commande publique^[7]. L'acheteur doit donc veiller à ce que l'opérateur économique ayant participé à la préparation de cette procédure ne dispose pas d'informations ignorées des autres candidats ou soumissionnaires. Et, cet opérateur n'est exclu de la procédure de passation que lorsqu'il ne peut être remédié à cette situation par d'autres moyens^[8]. Cette pratique est particulièrement intéressante pour intégrer des préoccupations environnementales : elle permet notamment aux acheteurs d'informer les opérateurs économiques de leurs besoins et de leurs exigences environnementales, de vérifier que ce dont ils ont besoin existe effectivement sur le marché, de rechercher les alternatives écologiques disponibles, qui ne sont pas toujours connues, ou encore de solliciter des avis pour parvenir à une définition juste et précise de leurs besoins. Précisons que le sourcing ne peut être efficace que s'il est réalisé dans un esprit d'ouverture et d'objectivité, en se concentrant sur les solutions générales existantes sur le marché et non pas en favorisant certains soumissionnaires. Les études de marchés peuvent également présenter des alternatives respectueuses de l'environnement, s'il en existe, et le niveau moyen des coûts des options disponibles, ou encore révéler un impact différent sur l'environnement du produit ou du service, par exemple au stade de l'élimination des déchets (différences en termes de volume des déchets à éliminer, d'impact néfaste de certains matériaux, de quantité de matériaux recyclables, etc.). Une autre caractéristique importante à étudier concerne la durabilité du produit, c'est-à-dire la question de savoir s'il est conçu pour durer. S'il est parfois tentant d'acheter le produit le moins cher, cette

[2] Art. R. 234-1 et s. du Code de l'énergie créés par le décret n° 2016-412 du 7 avril 2016 relatif à la prise en compte de la performance énergétique dans certains contrats et marchés publics, qui transpose la directive européenne 2012/27/UE sur l'efficacité énergétique.

[3] L'article 9 de la directive 2010/30/UE du 19 mai 2010 prévoit que « lorsqu'un produit est régi par un acte délégué, les pouvoirs adjudicateurs qui passent des marchés publics de travaux, de fournitures ou de services conformément à la directive 2004/18/CE » s'efforcent à n'acquiescer que « des produits qui satisfont aux critères consistant à présenter les niveaux de performance les plus élevés et à appartenir à la classe d'efficacité la plus élevée ».

[4] CE 23 novembre 2011, Communauté urbaine de Nice-Côte d'Azur, req. n° 351570 et Rép. min. n° 25167 : *JO Sénat* 9 novembre 2006.

[5] CE 23 novembre 2011, Communauté urbaine de Nice-Côte d'Azur, req. n° 351570.

[6] Voir par exemple CE 14 novembre 2014, SMEAG, req. n° 373156.

[7] Article 4 du décret n° 2016-360 du 25 mars 2016.

[8] Article 5 du décret n° 2016-360 du 25 mars 2016.

opération peut se révéler plus onéreuse et même nuisible à l'environnement à plus long terme.

Une fois cette première étape d'analyse fonctionnelle des besoins réalisée, le cas échéant en partenariat avec les opérateurs économiques, les acheteurs disposent d'autres outils pour traduire leurs besoins dans les documents de la consultation et ainsi satisfaire à leurs obligations de prise en compte de l'environnement.

La satisfaction de l'exigence de prise en compte de l'environnement dans la définition des besoins grâce aux spécifications techniques

Les acheteurs peuvent satisfaire leur obligation de prise en compte des objectifs de développement durable dans la définition de leurs besoins en faisant référence à des normes environnementales et des écolabels. Pour mémoire, l'article 31 de l'ordonnance n°2015-899 du 23 juillet 2015 impose aux acheteurs de définir les prestations à réaliser par référence à des spécifications techniques qui définissent les caractéristiques requises des travaux, des services ou des fournitures qui font l'objet du marché public. Ces spécifications ont deux fonctions : (i) elles décrivent le marché de manière à permettre aux entreprises de décider s'il présente un quelconque intérêt pour elles ; (ii) elles constituent des critères de conformité minimaux des offres, et toute offre non conforme aux spécifications techniques doit être rejetée : il s'agit donc d'un levier important permettant à l'acheteur de s'assurer de la prise en compte de son besoin notamment environnemental.

Ainsi que le précise l'article 6 du décret n° 2016-360 du 25 mars 2016, ces caractéristiques peuvent se référer au processus ou à la méthode spécifique de production ou de fourniture des travaux, des produits ou des services demandés ou à un processus propre à un autre stade de leur cycle de vie même lorsque ces facteurs ne font pas partie de leur contenu matériel, à condition qu'ils soient liés à l'objet du marché public et proportionnés à sa valeur et à ses objectifs. Ceci constitue une nouveauté intéressante pour la prise en compte du développement durable notamment dans sa composante environnementale.

L'article 6 précité du décret prévoit également que les spécifications techniques sont formulées (comme cela était déjà le cas sous l'empire des anciens textes) : (i) soit par référence à des normes ou à d'autres documents équivalents accessibles aux candidats, choisis dans l'ordre de préférence défini par le décret et accompagnés de la mention « ou équivalent » ; (ii) soit en termes de performances ou d'exigences fonctionnelles, qui doivent être suffisamment précises pour permettre aux candidats de connaître exactement l'objet du marché public et à l'acheteur d'attribuer le marché public, et qui peuvent inclure des caractéristiques environnementales ou sociales ; (iii) soit en combinant les deux premières possibilités.

Et, l'Avis relatif à la nature et au contenu des spécifications techniques dans les marchés publics⁽⁹⁾ précise notamment que pour un marché de travaux, une spécification technique est « l'ensemble des prescriptions techniques contenues notamment dans les documents de marché, définissant les caractéristiques requises d'un matériau, d'un produit ou d'une fourniture de manière telle qu'ils répondent à l'usage auquel ils sont destinés par le pouvoir adjudicateur » et que ces caractéristiques comprennent notamment « les niveaux de performance environnementale et climatique ». Lorsqu'il s'agit d'un marché public de fournitures ou de services, une spécification technique définit « les caractéristiques requises d'un produit ou d'un service, telles que les niveaux de qualité, les niveaux de la performance environnementale et climatique ». Le même avis définit la norme comme une « spécification technique adoptée par un organisme de normalisation reconnu pour application répétée ou continue, dont le respect n'est pas obligatoire ». Elle peut être internationale, européenne ou nationale. Ainsi, que ce soit par la définition de spécification en termes de performances environnementales ou performances énergétique ou pas la référence à une norme environnementale⁽¹⁰⁾, les acheteurs disposent d'un large panel d'outils pour respecter leurs obligations réglementaires.

Enfin, et il s'agit d'une nouveauté introduite dans le décret n° 2016-360 du 25 mars 2016⁽¹¹⁾, l'acheteur peut exiger un label particulier, notamment dans les spécifications techniques (mais également dans les critères d'attribution ou les conditions d'exécution du marché public). Un label regroupe un ensemble d'exigences auxquelles les produits labellisés doivent répondre. Et, pour prendre en compte leurs objectifs en termes de développement durable dans sa composante environnementale, les acheteurs peuvent faire référence à des écolabels, qui sont des déclarations de conformité des prestations labellisées à des critères préétablis d'usage et de qualité écologique, qui tiennent compte du cycle de vie et des impacts environnementaux des produits et qui sont établis par les pouvoirs publics en concertation avec les parties intéressées, tels que les distributeurs industriels, les associations de consommateurs et de protection de l'environnement.

Le recours aux labels, y compris aux écolabels, est soumis à des conditions précises, fixées par l'article 10 du décret n° 2016-360 du 25 mars 2016 :

– les exigences en matière de label doivent être liées à l'objet du marché public ou à ses conditions d'exécution et être propres à définir les caractéristiques des travaux, fournitures ou services correspondant qui font l'objet du marché public ;

(9) NOR : EINM1608199V.

(10) Telle que la norme NF EN ISO 14001 « Systèmes de management environnemental ».

(11) Article 10 décret n° 2016-360 du 25 mars 2016.

- les exigences en matière de label doivent être fondées sur des critères objectivement vérifiables et non discriminatoires ;
- le label doit être établi par une procédure ouverte et transparente ;
- le label et ses spécifications détaillées doivent être accessibles à toutes personnes intéressées ;
- les exigences en matière de label doivent être fixées par un tiers sur lequel le demandeur du label ne peut exercer d'influence décisive.

Bien entendu, l'acheteur est tenu d'accepter tout label qui remplirait des exigences équivalentes au label particulier exigé. En outre et dans un souci bien compris de ne pas fermer artificiellement l'accès aux marchés, l'article 10 du décret précise que l'acheteur doit accepter tout autre moyen de preuve approprié lorsqu'un opérateur économique n'avait manifestement pas la possibilité d'obtenir le label particulier spécifié par l'acheteur ou un label équivalent dans les délais fixés pour des

raisons qui ne lui sont pas imputables, et sous réserve que ces moyens satisfassent les exigences indiquées dans les documents de la consultation. Les deux écolabels délivrés par l'AFNOR Certification en France sont « NF Environnement » et l'Ecolabel européen » mais il en existe beaucoup d'autres, délivrés par des organismes publics ou privés, ce qui laisse, ici encore, une importante marge de manœuvre aux acheteurs pour satisfaire leurs obligations réglementaires.

Le besoin doit donc être préalablement défini et cette définition doit conduire l'acheteur à fixer des règles qui lui permettront de s'assurer qu'il sera satisfait, voire à tenter d'optimiser la satisfaction de son besoin, par exemple en ajoutant une dimension environnementale dans les critères d'attribution. Autrement dit, l'intégration de cette dimension environnementale est circulaire ; elle doit être présente à tous les niveaux de réflexion de la personne publique, laquelle peut et devrait systématiquement réfléchir à la meilleure façon de l'intégrer dans son processus achat notamment pour stimuler le marché.