

# Ambassadeurs des matériaux biosourcés

## ***COMMANDE PUBLIQUE ET MATÉRIAUX BIOSOURCÉS***

Maître Chantal GIL-FOURRIER - SELARL GIL-CROS

Formation 5 décembre 2017

---



# Plan de l'intervention

## Introduction:

- Quelle définition juridique des matériaux biosourcés ?
- Un contexte juridique favorable à l'utilisation des matériaux biosourcés

- I. Comment intégrer les matériaux biosourcés dans les marchés publics tenant les principes de la commande publique ?**
- II. Comment être garanti(s) de la performance environnementale du bâtiment biosourcé ?**



# Quelle définition juridique des matériaux biosourcés ?

« Eco-construire » ou « éco-rénover » équivaut aujourd'hui à atteindre une haute performance sur plusieurs cibles touchant à l'environnement, au confort et la santé des occupants d'un bâtiment, en particulier la préservation des ressources énergétiques (matières premières, eau), la lutte contre le changement climatique, la réduction des déchets et de la pollution, la qualité de l'air intérieur, le confort des occupants (acoustique, visuel), la **qualité environnementale et sanitaire des produits de construction**. (Définition donnée par le Ministère de l'écologie, du développement durable et de l'énergie)

**Création du Label « Bâtiment biosourcé » par le Décret 2012-518 du 19 décembre 2012 (l'article R111-22-3 du CCH), complété par l'article 2 de l'Arrêté du 19 décembre 2012 qui :**

- **Fixe les conditions d'attribution** (*respect d'un taux minimal d'incorporation au bâtiment de produits de construction biosourcés dotés de caractéristiques minimales ; exigences de mixité relatives à la fonction des produits de construction biosourcés mis en œuvre ; modalités minimales de contrôle*);
- **Définit la « Matière biosourcée : une matière issue de la biomasse végétale ou animale pouvant être utilisée comme matière première dans des produits de construction et de décoration, de mobilier fixe et comme matériau de construction dans un bâtiment ; »**

# Un contexte juridique favorable à l'utilisation des matériaux biosourcés



# L'INTÉGRATION DE CRITÈRES ENVIRONNEMENTAUX

Art. 53 CMP (2001) - Absence de mention expresse du critère environnementale : coût d'utilisation, valeur technique, délai d'exécution, qualités esthétiques et fonctionnelles, rentabilité, le service après-vente et l'assistance technique, date et délai de livraison, prix des prestations

CJCE, 17 sept. 2002, Concordia Bus Finlande (aff. C-513/99)

Le dossier de marché mentionne trois critères de choix des offres : le prix global ; la qualité du matériel, y compris le niveau d'émissions d'oxyde azotique et le niveau sonore des autobus ; la gestion par l'entrepreneur de la qualité et de l'environnement ;

- La Cour juge que des critères environnementaux sont légaux lorsqu'ils :
- (i) sont liés à l'objet du marché,
  - (ii) ne confèrent pas audit pouvoir adjudicateur une liberté inconditionnée de choix,
  - (iii) sont expressément mentionnés dans le cahier des charges ou dans l'avis de marché,
  - (iv) respectent tous les principes fondamentaux du droit communautaire, notamment le principe de non-discrimination.



# LES SUITES DE L'ARRÊT DE PRINCIPE *CONCORDIA BUS FINLANDE*

↳ Réécriture de l'article 53 du CMP (décret du 7 janvier 2004) et intégration du critère :

« *performances en matière de protection de l'environnement* »

↳ La Directive 2010/30/UE : oblige les acheteurs publics à tenir compte, au-dessus des seuils des procédures formalisées (environ 5 000 000 € pour les marchés publics de travaux), de la performance énergétique des produits qu'ils acquièrent.

↳ La Directive « Marchés » (2014/24/UE) :

- ❖ Promotion des d'aspects environnementaux dans l'ensemble du processus:
  - *Spécifications techniques* (Art. 42);
  - *Critère d'attribution du marché* (Art. 67) fondé sur le calcul du « **coût du cycle de vie** » complet (Art. 68);
  - *Conditions d'exécution du marché* (Art. 70).
- ❖ Possibilité d'avoir recours aux **Ecolabels**.

# GRENELLE 1 ET 2 : « VERDISSEMENT » DE L'URBANISME

- Un document d'urbanisme « *ne peut s'opposer à l'utilisation de matériaux renouvelables* » (L. 111-16 C. Urb.) tels que les « *matériaux biosourcés utilisés en façade ou en toiture* » (R. 111-23 C. Urb.).
- Suppression de la SHON/SHOB pour favoriser l'isolation des bâtiments.
- Promotion des éco-quartiers.



# LOI RELATIVE À LA TRANSITION ÉNERGÉTIQUE POUR LA CROISSANCE VERTE (1/2)

17 août 2015

➤ Vers la **COMMANDE PUBLIQUE DURABLE ET RESPONSABLE** par la création de l'article L. 228-4 du code de l'environnement (Art. 144)

↳ « *La commande publique tient compte notamment de la performance environnementale des produits, en particulier de leur caractère biosourcé.* »

➤ Les matériaux biosourcés doivent être encouragés par les pouvoirs publics (construction neuve ou rénovation) en ce qu'ils participent à la réalisation des nouveaux objectifs de la politique énergétique française - réduction des émissions de GES de 40 % et la consommation énergétique de 50 % (Art. 14,VI).



# LOI RELATIVE À LA TRANSITION ÉNERGÉTIQUE POUR LA CROISSANCE VERTE (2/2)

17 août 2015

➤ Constructions neuves: Principe d'**EXEMPLARITÉ ÉNERGÉTIQUE ET ENVIRONNEMENTALE** de toutes nouvelles constructions sous maîtrise d'ouvrage publique (Art. 8, II).

↳ Décret n° 2016-1821 du 21 décembre 2016 relatif au bâtiment à énergie positive et à haute performance environnementale sous maîtrise d'ouvrage

HPE, notamment, si « **Le bâtiment comprend un taux minimal de matériaux biosourcés** »

↳ Taux fixé à 18 kg/m<sup>2</sup> pour les logements collectifs, bureaux... (arrêté du 10 avril 2017)

➤ Rénovation: Amélioration significative de la performance énergétique et environnementale d'un bâtiment à chaque fois que des travaux importants sont réalisés (Art. 14, I).



# LA RÉFORME DU DROIT DE LA COMMANDE PUBLIQUE

## Ordonnance n° 2015-899 du 23 juillet 2015

### relative aux marchés publics

 Impose la prise en compte des objectifs de développement durable dans leurs dimensions économique, sociale et environnementale (Art. 30)

## Décret n° 2016-360 du 25 mars 2016

### relatif aux marchés publics

 Prévoit les mesures d'application de l'ordonnance n° 2015-899

Nb: Ordonnance et Décret applicables aux marchés envoyés à la publication à compter du **1<sup>er</sup> avril 2016**



# Comment intégrer les matériaux biosourcés dans les marchés publics tenant les principes de la commande publique ?



# LES PRINCIPES DIRECTEURS DE LA COMMANDE PUBLIQUE 1/3

## La LIBERTÉ D'ACCÈS à la commande publique

- Candidature : les demandes doivent être proportionnées et liées à l'objet du marché. Toute mention de référence doit s'accompagner de la mention « ou équivalent »
- Cela concerne les **capacités professionnelles, techniques et financières , et l'examen des candidatures**

**Le principe d'ÉGALITÉ DE TRAITEMENT** : La mise en concurrence ne doit pas avoir de caractère discriminatoire. Cela concerne la définition du besoin, les candidatures et négociations, le droit de préférence, les marchés réservés, les PME, les critères, etc.

**Le principe de TRANSPARENCE** : correspond à l'idée selon laquelle les règles de la consultation doivent être déterminées au moment du lancement de la procédure et rendues publiques par l'acheteur public (critères et sous-critères de choix). Elles sont intangibles durant la consultation.

**Le principe de PERFORMANCE** : choix de l'offre économiquement la plus avantageuse.

**L'ALLOTISSEMENT** : sauf pour les marchés « globaux » (CR/CREM) et dans l'hypothèse où l'allotissement rendrait l'exécution techniquement difficile ou financièrement plus coûteuse.



# LES PRINCIPES DIRECTEURS DE LA COMMANDE PUBLIQUE 2/3

## Les formes de procédures de passation (1/2)

- **Procédure négociée sans publicité ni mise en concurrence (O. Art. 42-3) :**  
une entité adjudicatrice négocie les conditions du marché public avec un ou plusieurs opérateurs économiques

↳ **Concerne les cas limitativement énumérés à l'article 30 du décret n° 2016-360**

Ex: Urgence impérieuse, procédure précédente « infructueuse », etc.

- **Procédures formalisées (O. Art. 42-1°; D. Art. 25 et 26) :**

↳ **Obligation lorsque le montant est supérieur aux seuils européens**

5 225 000 € HT pour les marchés publics de travaux

- **Procédures adaptées dit « MAPA » (O. Art. 42-2°; D. Art. 27) :**

↳ **Possibilité lorsque le montant est inférieur aux seuils européens  
ou pour les « petits lots » n'excédant pas 20 % du montant total**

# LES PRINCIPES DIRECTEURS DE LA COMMANDE PUBLIQUE 2/3

## Les types de procédures (2/2)

- **Appel d'offres (ouvert ou restreint)** : l'acheteur choisit l'offre économiquement la plus avantageuse, sans négociation, sur la base de critères objectifs préalablement portés à la connaissance des candidats
- **Procédure concurrentielle avec négociation** : un pouvoir adjudicateur négocie les conditions du marché public avec un ou plusieurs opérateurs économiques
- **Dialogue compétitif** : l'acheteur dialogue avec les candidats admis à participer à la procédure en vue de définir ou développer les solutions de nature à répondre à ses besoins et sur la base desquelles ces candidats sont invités à remettre une offre

Ex: solution innovante, prestation de conception, etc.



# LES PRINCIPES DIRECTEURS DE LA COMMANDE PUBLIQUE 3/3

## Principe de séparation des critères de sélection des candidatures et critères d'attribution

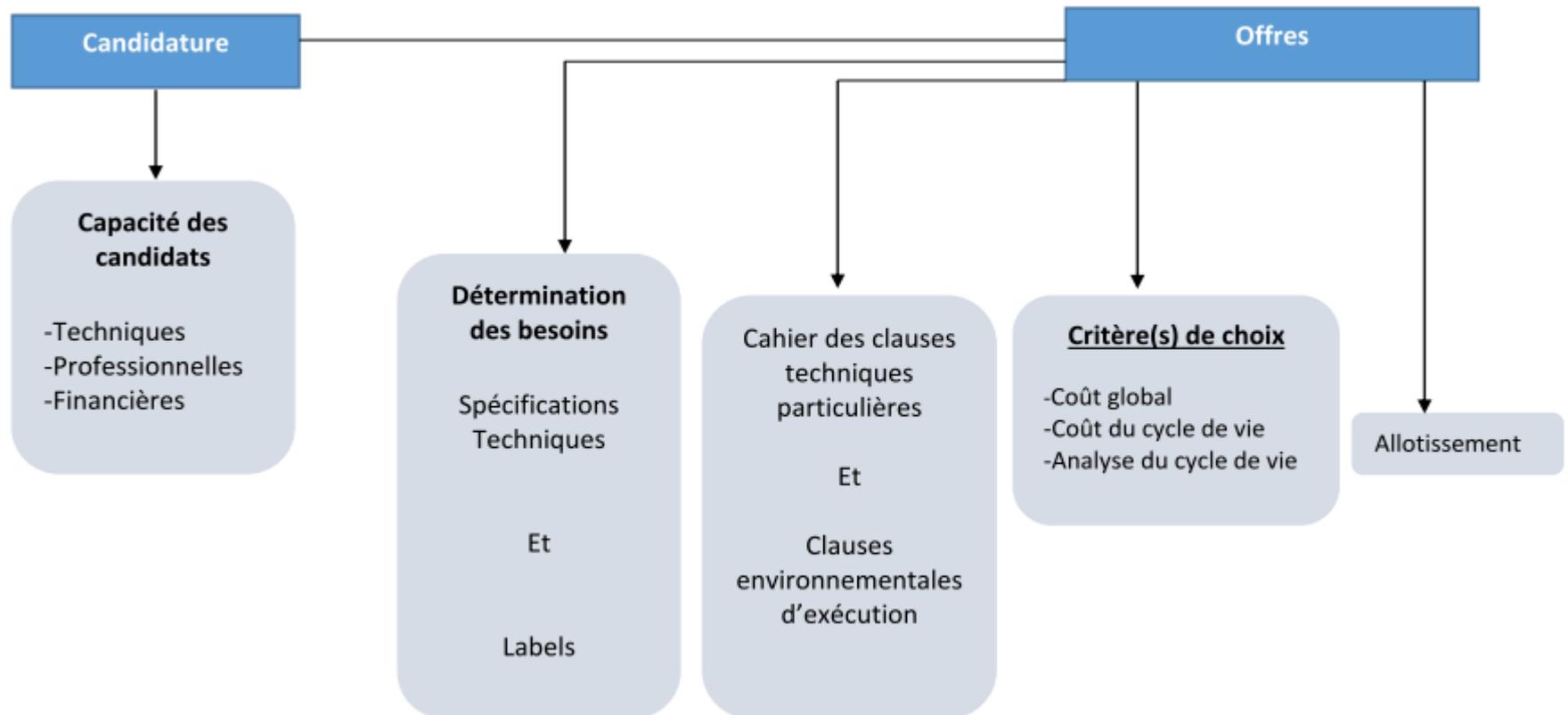
➤ **Candidature (Art. O. 51)**: Appréciation de la capacités technique, professionnelle et financière

↳ Vérification de la capacités des candidats à exécuter les prestations objets du marché.

➤ **Offre (Art. O. 52)**: Offre économiquement la plus avantageuse aux regards des critères

↳ Sélection de l'offre en fonction de(s) critère(s), et sous-critères, pondérés.

# LES LEVIERS RELATIFS À LA PROCÉDURE DE CHOIX



# Quels sont les préalables à l'intégration de matériaux biosourcés dans les marchés publics ?

## Détermination des besoins et de l'objet du marché

### L'article O. 30 (5 du CMP) est fondamental :

- Déterminer avec précision la nature et l'étendue des besoins à satisfaire avant tout appel à la concurrence ou toute négociation non précédée d'un appel à la concurrence en « **prenant en compte des objectifs de développement durable** dans leurs dimensions économique, sociale et environnementale »

### OBJECTIFS:

- Recenser et classer les besoins (besoins nés d'une obligation réglementaire de faire, besoins permanents, récurrents, occasionnels, urgents... en associant les services de maintenance et les usagers), qui permet d'établir une programmation des achats ;
- Identifier la réglementation et les normes à prendre en compte ;
- Analyser le coût de la vie du bâtiment (ACAV – Art. 53 CMP) en prenant en compte les coût de maintenance (approche globale – Art. 62 Décret 2016-360).

### LEVIERS:

- Nécessité de pluridisciplinarité (MO et AMO)
- Importance de l'AMO et AMO Développement Durable (AMODD)
- Possibilité de réaliser des « *études et échanges préalables* » (*sourcing*) pour préparer la passation par la réalisation de consultations, d'avis, d'études (Art. 4 Décret 2016-360)
- Labels



# Quels sont les préalables à l'intégration de matériaux biosourcés dans les marchés publics ?

## AMO/AMODD (1/3) Opportunité du choix

- Lorsque la personne publique pense ne pas disposer de toutes les compétences internes et des informations nécessaires, **une Assistance à Maîtrise d'Ouvrage peut être envisagée.**
- Deux types de prestations peuvent être envisagés :
  - **Une mission d'études préalables** (énergétiques, thermiques, de faisabilité, techniques opérationnelles, etc.) ;
  - **Une mission globale d'assistance juridique, technique et financière** pour l'ensemble du marché, de sa conception à son suivi.
- **L'AMO Développement Durable** doit permettre d'intégrer les **exigences de développement durable** aux marchés en déclinant les thématiques de l'approche environnementale de l'urbanisme (AEU) et de la démarche de certification HPE/HQE.
  - Il participera dès la détermination des besoins;
  - Il devra assurer la transversalité entre le service de la commande publique et les autres services (environnement, exploitation/maintenance, etc...).



# Quels sont les préalables à l'intégration de matériaux biosourcés dans les marchés publics ?

## AMO/AMODD (2/3)

### Missions types

#### Montage de projet :

- Analyse du/des site(s) et détermination des objectifs de protection/mise en valeur de l'environnement et des impacts sociaux économiques.

#### Programmation (de la conception à la réception/mise en service) :

- Ecriture des exigences de qualité environnementale et d'entretien-maintenance, lors de la phase : proposition de Clauses techniques, Planning prévisionnel, critères de sélection, avis d'appel à la concurrence, etc...
- Analyse de la qualité environnementale des offres de maîtrise d'œuvre et la vérification du respect des exigences environnementales du programme, lors des phases Conception, Travaux, Réception & mise en service et Évaluation.
- Rédaction des contrats d'entretien-maintenance.
- Gestion environnementale des chantiers.
- Formation des utilisateurs au fonctionnement de l'immeuble (dossier d'entretien maintenance et proposition d'un plan de gestion), Evaluation et suivi des performances.



# Quels sont les préalables à l'intégration de matériaux biosourcés dans les marchés publics ?

## AMO/AMODD (3/3) Vigilance et distinction



L'AMO/AMODD ne pourra à aucun moment se voir confier des missions de maîtrise d'œuvre (loi n°85-704 portant sur la maîtrise d'ouvrage publique et ses relations avec la maîtrise d'œuvre) telles que des propositions d'améliorations du projet ou d'actions correctives.



**Sourcing** : Pour préparer un marché, l'acheteur public peut réaliser des consultations, solliciter des avis, faire réaliser des études de marché (art. 4 Décret 2016-360).

Principe d'égalité de traitement : le candidat ayant participé directement ou indirectement à la préparation du marché par l'acheteur doit être exclu de la procédure si l'acheteur ne peut remédier aux avantages éventuellement procurés par cette situation.

# Comment favoriser l'intégration des matériaux biosourcés?

## Le choix des critères d'attribution (1/5)

### • Articles 62 et 63 Décret 2016-360 (Art. 53 du CMP) :

- **L'attribution du marché peut notamment reposer sur des critères tenant à la valeur technique**, aux performances en matière de **protection de l'environnement**, au **caractère innovant**, aux « **coûts tout au long du cycle de la vie** ».
- Pour chaque critère, l'adjudicataire peut s'attacher, en choisissant des sous-critères, à distinguer les offres innovantes en ce qu'elles apportent un gain mesurable ou identifiable en matière de performance, de « **coûts tout au long de la vie** », d'efficacité, de réduction des délais, etc.
- Les critères doivent systématiquement demeurer liés à l'objet du marché.

### • Article 10 Décret 2016-360 :

- L'acheteur peut exiger un **label** dans les critères d'attribution, les spécifications techniques et les conditions d'exécutions du marché public.



# Comment favoriser l'intégration des matériaux biosourcés?

## Le choix des critères d'attribution (2/5)

- Par exemple, des exigences de développement durable peuvent être définies dans un sous-critère appartenant lui-même au critère de la valeur technique (CE, 15 février 2013, n° 363854).

*« Considérant, en cinquième lieu, que si l'article 53 du code des marchés publics permet au pouvoir adjudicateur d'apprécier la qualité des offres des candidats au regard des performances en matière de protection de l'environnement, il ne fait pas pour autant obstacle à ce que, comme en l'espèce, l'engagement en matière de développement durable, soit pris en compte en qualité de sous-critère du critère propre à la valeur technique des offres »*



# Comment favoriser l'intégration des matériaux biosourcés?

## Le choix des critères d'attribution (3/5)

- La pertinence du critère environnemental apparaît évidente en matière de marchés de construction. Il existe un lien patent entre environnement et bâtiments.
- A ce titre, la loi sur la transition énergétique fait un lien entre développement durable, politique énergétique et bâtiment.
- Le décret n° 2016-360 relatif aux marchés publics corrobore ce lien par la possibilité offerte au pouvoir adjudicateur de fixer un critère relatif au « Coût du cycle de vie » et des exigences en matière de labels.



# Comment favoriser l'intégration des matériaux biosourcés?

## Le choix des critères d'attribution (4/5)

- L'article 63 du décret n° 2016-360 relatif aux marchés publics donne un nouveau relief au critère environnemental en prévoyant que le pouvoir adjudicateur peut se fonder sur un **critère unique** relatif au « *coût, déterminé selon une approche globale qui peut être fondée sur le coût du cycle de vie au sens de l'article 63* » (voir annexe p. 8-9).

**Nb:** il s'agit de la transposition des articles 67 et 68 de la directive 2014/24/UE



# Comment favoriser l'intégration des matériaux biosourcés?

## Le choix des critères d'attribution (5/5)

### Cout du cycle de vie ou Analyse du cycle de vie

Cout du cycle de vie (CCV)	Analyse du cycle de vie (ACV)
Critère d'attribution unique possible	Spécification ou clause d'exécution
Approche monétariste des externalités (incidences énergétiques et environnementales converties en euros)	Approche fonctionnelle des externalités (émission CO <sub>2</sub> , Déchets liquides / solides, etc.)
Monocritère : Prix	Multicritères: Qualité fonctionnelle, valeur technique, ...
Calcul par l'acheteur sur la base des données fournies par le candidat	Réalisation par le candidat
Non discriminatoire, lié à l'objet du marché	



- Peut décourager / pénaliser les TPE/PME : collecte et transmission des données
- Absence de méthode commune de calcul des CCV (sauf véhicule à moteur)

# Comment favoriser l'intégration des matériaux biosourcés?

## L'insertion de clauses d'exécution

L'article 38 de l'Ordonnance n°2015-899, ex-article 14 du CMP, prévoit la possibilité de fixer des clauses d'exécution prenant en compte l'environnement (cf. p. 9 de l'annexe).

Il ne s'agit :

- ni d'un critère d'évaluation,
- ni d'un critère de sélection des candidats
- ni d'une spécification technique



Le titulaire sera tenu de respecter les conditions d'exécution sous peine de **pénalités financières**, d'où l'importance d'un AMO/AMODD afin de faciliter le suivi des dispositions mises en œuvre pour la gestion environnementale du chantier

*Exemples:*

- Les produits seront livrés en vrac et non par unité.
- Le soumissionnaire doit :
  - Utiliser des conteneurs réutilisables pour la livraisons des produits,
  - Collecter les emballages ainsi que les produits en fin de vie en vue de leur recyclage ou de leur réutilisation.
- Plan de communication avec les riverains

# Comment favoriser tel ou tel type de biosourcé ?

## *Spécifications techniques (1/3)*

Il est **illégal d'imposer un matériau local de manière directe** mais il sera possible d'orienter le marché vers l'intégration des matériaux répondant aux caractéristiques des matériaux locaux et/ou biosourcés.

• Les spécifications techniques, qui aident le pouvoir adjudicateur à définir ses besoins, permettent l'expression fonctionnelle du besoin (art. 6 et 7 Décret 2016-360, art. 6 CMP).

- Les besoins sont **définis par des spécifications techniques**, soit par **référence à des normes précises ou documents équivalents**, soit en termes de **performance ou d'exigences fonctionnelles** décrivant le résultat à atteindre sans précision des moyens et procédés pour y parvenir.
- Les spécifications techniques doivent être liées à l'objet du marché et ne peuvent pas être discriminatoires et/ou porter atteinte à **l'égal accès des candidats**.
- Lorsque les performances ou les exigences fonctionnelles comportent des caractéristiques environnementales, celles-ci peuvent être définies par référence à tout ou partie d'un écolabel « ou équivalent ».



Une spécification technique ne peut pas, par principe, faire mention d'un mode ou procédé de fabrication, d'une provenance ou origine déterminée ! (cf. exception ci-après)

# Comment favoriser tel ou tel type de biosourcé ?

## *Spécifications techniques (2/3)*

- Le recours aux spécifications techniques suppose une définition préalable précise des besoins (étape cruciale, cf. AMODD).
- En effet, pour favoriser un matériau local donné, 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, etc.).
- 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
Aspect d'usage et confort, économie réalisable	Durabilité naturelle	Aptitude à recevoir un traitement de préservation et de finition
Résistance aux charges polluantes, agents biologiques	Stabilité en service	Aptitude à l'usage,

**Nb:** Avis relatif à la nature et au contenu des spécification techniques ( JO n° 0074 du 27 mars 2016, texte n° 65)



# Comment favoriser tel ou tel type de biosourcé ?

## *Spécifications techniques (1/3)*

**CE, 10 février 2016, Sté SMC2, n° 382148, n° 382154 et n° 382153**

Considérant qu'il résulte de l'instruction que l'objet du marché contesté est la construction d'une halle des sports couverte par une toile ; que la commune a voulu choisir un système de fixation de cette toile de couverture offrant les meilleures garanties de vieillissement, un moindre coût de maintenance et une meilleure esthétique ; qu'à cette fin, elle a retenu, par les prescriptions de l'article 4.3 du cahier des clauses techniques particulières, le procédé de fixation de la toile de couverture " par des profilés métalliques inoxydables (...) non visible et discret ", lequel ne nécessite " aucune maintenance " ; que ce procédé de fixation de la couverture de l'ouvrage est justifié par l'objet même du marché ; que, par suite, la commune n'a, en faisant le choix de ce procédé, pas méconnu les dispositions du IV de l'article 6 du code des marchés publics citées ci-dessus ni le principe d'égalité entre les candidats (les prescriptions en cause, motivées par ce choix, n'avaient pas pour objet de favoriser l'entreprise SMC2 ;



# Comment favoriser tel ou tel type de biosourcé ?

## *Cahiers des charges*

### Article 15 Décret 2016-360 (Art. 13 CMP) :

- Les cahiers des charges (**CCAG/CCAP/CCTG/CCTP**) déclinent les **spécifications techniques, notamment environnementales**, applicables au marché.
- Les cahiers des charges peuvent **combiner des exigences fonctionnelles, performances et spécifications techniques plus précises**, dans la mesure où ces précisions et exigences ne nuisent pas à la participation des entreprises innovantes et sont en lien avec l'objet du marché.
- Les spécifications techniques pourront contribuer à orienter le marché vers l'utilisation de certains matériaux en précisant des exigences chromatiques, d'intégration paysagère, etc.

### LEVIERS:

- Le Dossier de consultation d'entreprises (DCE) pourra ainsi faire référence à l'importance de l'utilisation de matériaux biosourcés, éventuellement dès l'objet même du marché, en fonction de la détermination des besoins.
- Le(s) CCTP pourrai(en)t décrire le plus fréquemment possible le type de matériaux recherché (sans en faire une exclusivité), selon une approche fonctionnelle.
- Identifier un label.



# Comment favoriser tel ou tel type de biosourcé ?

## A ÉVITER:

- *« 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,*



# Comment favoriser tel ou tel type de biosourcé ?

➤ Dans l'hypothèse de la référence à un éco-label, « ou équivalent »:

Il est essentiel de déterminer, dans le cahier des charges, l'opérateur qui aura la responsabilité de s'assurer de la labellisation .

Certains label (ex: Effinergie) supposent un commissionnement tout au long du processus de réalisation des ouvrages:

- Réalisation
- Mise en service

Bien que la phase de Conception ne relève pas du commissionnement, celui-ci peut s'avérer nécessaire dès les phases amont à la réalisation puisque toutes les phases d'une opération ont pour objectif de prévoir les moyens qui permettront de conduire la maintenance et l'exploitation du bâtiment dans les meilleures conditions.

➤ Sans recourir à un éco-label, il est possible de définir les performances attendus en reprenant les critères utilisés pour l'attribution du label

Dans ce cas, il incombe au soumissionnaire de proposer des systèmes permettant de répondre aux exigences de performances.

Cette possibilité offre une certaine flexibilité puisque le soumissionnaire n'a pas à respecter les caractéristiques parfois très techniques.



# Comment favoriser les PME et TPE innovantes sur les biosourcés ?

## Article 12 Décret n° 2016-360 (10 CMP) :

- L'adjudicateur doit en principe allouer le marché sauf les cas où un marché global peut être passé.
- **L'allotissement favorise les PME/TPE en élargissant la concurrence et en favorisant les savoir-faire.**

## Articles 48 et s. Décret n° 2016-360 (45 CMP) :

- Fixe la liste des documents de candidature exigibles prévoyant notamment tout renseignement ou document permettant d'apprécier les capacités professionnelles, techniques (notamment en matière d'éco-construction et développement durable) et financières des candidats.
- Des références peuvent être exigées.

## Article 45 Décret n° 2016-360 (51 CMP) :

- Les entreprises peuvent se porter candidates sous forme de groupement d'opérateurs économiques (GOE).
- **Le GOE permet de favoriser l'accès des PME/TPE à la commande publique en regroupant leurs capacités professionnelles, techniques et financières.**



# Comment favoriser les PME et TPE innovantes sur les biosourcés ?

## Comment apprécier la capacité technique des candidats à remplir le contrat ?

Pour un appel d'offres concernant « la conception et la construction d'un bâtiment bioclimatique », la capacité technique des soumissionnaires peut être appréciée en exigeant la liste des bâtiments qu'ils ont déjà réalisés selon les principes bioclimatiques



**L'absence de référence relatives à l'exécution de marchés de même nature ne peut justifier l'élimination d'un candidat et ne dispense pas le pouvoir adjudicateur d'examiner les capacités professionnelles, techniques et financières des candidats (Art. 44 Décret n° 2016-360 , ancien art. 52 CMP).**

# Comment favoriser les PME et TPE innovantes sur les biosourcés ?

Le pouvoir adjudicateur définit ses besoins, ses objectifs et laisse aux candidats le soin de déterminer le *modus operandi* permettant de répondre aux besoins et de satisfaire au(x) critère(s) de sélection.

## • Article 58 Décret n° 2016-360 (50 du CMP) :

- **L'adjudicateur peut autoriser les candidats à présenter des VARIANTES.**
- Les variantes constituent « **des modifications, à l'initiative des candidats, de spécifications prévues dans la solution de base décrite dans les documents de la consultation.** » (CE, 5 janvier 2011, n°343206 et 343214, *Société Technologie Alpine Sécurité c/ Commune de Bonneval-sur-Arc*)
- L'autorisation des variantes implique de :
  - Mentionner les exigences minimales que les variantes doivent respecter ainsi que les modalités de leur présentation ;
  - Déterminer les exigences additionnelles qui permettront d'évaluer à la fois les offres conformes à la solution de base et les variantes.

**Les variantes confèrent à l'adjudicateur une marge d'appréciation plus grande, tout en favorisant les entreprises innovantes, ainsi que la qualité et l'efficacité de l'achat public.**



# Comment favoriser une filière locale ?

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.

- Contraire au principe constitutionnel d'égalité et passible de poursuites pénales en application de l'article 432-14 du Code pénal.
- Interdit au niveau européen au nom du principe de "non-discrimination" en raison de la nationalité, qui est à l'origine de la construction européenne.

**Le IV de l'article 6 du CMP** (art. 7 Décret 2016-360): énonce en effet 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 d'éliminer certains opérateurs économiques ou certains produits.* »

Néanmoins, « *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 préférence locale n'est donc admissible que lorsqu'elle est une condition nécessaire à la bonne exécution du marché, comme par exemple la nécessité d'une intervention rapide du prestataire.



# Comment favoriser une filière locale ?

**L'article 62 Décret n° 2016-360 (53 CMP)** prévoit, s'agissant des critères du choix de l'offre, que le pouvoir adjudicateur **peut se fonder notamment sur les performances en matière de développement des approvisionnements directs de produits de l'agriculture.**

- La notion de **circuits courts** est abordée à travers le nombre de relations entre producteurs et vendeurs et non un 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.
- Trois 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 parait donc pas, en l'état applicable à l'éco-construction, sous réserve de la jurisprudence.
  - **L'empreinte carbone des matériaux utilisés peut être un critère de choix du candidat** au titre de la performance environnementale particulièrement favorable aux biosourcés (Analyse du cycle de vie/Coût du cycle de vie).



Ces exemples de marché vous paraissent-ils réguliers au regard du principe de non-discrimination ?

**Objets indicatifs des marchés :**

- *Marché de travaux pour la conception réalisation d'un bâtiment certifié « Effinergie »*
- *Marché de travaux pour la conception réalisation d'un bâtiment avec des matériaux locaux*
- *Marché de travaux pour la conception réalisation d'un bâtiment à haute performance énergétique*



Ces exemples de marché vous paraissent-ils réguliers au regard du principe de non-discrimination ?

### Objets indicatifs des marchés :

→ *Marché de travaux pour la conception réalisation d'un bâtiment certifié « Effinergie » ou équivalent*

*Le label n'est qu'un moyen de preuve de l'atteinte des performances attendues*

→ *Marché de travaux pour la conception réalisation d'un bâtiment avec des matériaux locaux*

*L'indication d'origine géographique méconnaît le principe de non discrimination et le libre accès à la commande publique*

→ *Marché de travaux pour la conception réalisation d'un bâtiment à haute performance énergétique*



# Cet exemple de marché vous paraît-il régulier au regard des principes de la commande publique?

Une Commune a publié un avis d'appel public à la concurrence dont l'objet porte sur la « **Réalisation d'une opération d'habitat individuel dense passif biosourcé – Certifié Effinergie BEPOS** »

Le Dossier de consultation des entreprises :

- Insiste sur l'exemplarité et l'innovation sur l'utilisation de matériaux en filière courte ;
- Prévoit « *l'obligation d'utiliser des ressources locales, principalement la paille, le hêtre et le pin sylvestre* » ;
- Impose que les candidats justifient d'une solide expérience dans la domaine de la réalisation de construction biosourcé sous peine d'un rejet de la candidature;
- Précise que les candidatures ne respectant pas les clauses environnementales d'exécution seront écartées ;



# Cet exemple de marché vous paraît-il régulier au regard des principes de la commande publique?

Une Commune a publié un avis d'appel public à la concurrence dont l'objet porte sur la « **Réalisation d'une opération d'habitat individuel dense passif biosourcé – Certifié Effinergie BEPOS** »

*Le label n'est qu'un moyen de preuve de l'atteinte des performances attendues*

Le Dossier de consultation des entreprises :

- Insiste sur l'exemplarité et l'innovation sur l'utilisation de matériaux en filière courte ;

*Les filières courtes diffèrent des circuits locaux*

- Prévoit « l'obligation d'utiliser des ressources locales, principalement la paille, le hêtre et le pin sylvestre » ;

*L'indication d'origine géographique méconnaît le principe de non discrimination et le libre accès à la commande publique*

- Impose que les candidats justifient d'une solide expérience dans la domaine de la réalisation de construction biosourcé sous peine d'un rejet de la candidature;

*L'absence de référence relatives à l'exécution de marchés de même nature ne peut justifier l'élimination d'un candidat et ne dispense pas le pouvoir adjudicateur d'examiner les capacités professionnelles, techniques et financières des candidats*

- Précise que les candidatures ne respectant pas les clauses environnementales d'exécution seront écartées ;

*Les conditions d'exécution du marché ne constitue ni un critère de sélection des candidats, ni un critère d'évaluation, ni une spécification technique. Elles peuvent conduire à l'application de pénalités financières mais ne permettent pas d'écarter une candidature*



# Comment être garanti(s) de la performance énergétique du bâtiment biosourcé ?



# La responsabilité des fabricants

## Le cas particulier des fabricants d'Éléments d'équipements pouvant entraîner la responsabilité solidaire (EPERS), article 1792-4 du Code civil :

- Responsabilité solidaire des fabricants d'EPERS, si l'élément d'équipement a été **mis en œuvre sans modification et conformément aux règles d'utilisation.**
- L'équipement ne doit **pas être du « sur mesure »**, mais « conçu et produit pour satisfaire en état de service à des exigences précises et déterminées à l'avance. »

### Sont des EPERS

- Bloc de bauge (mortier d'argile mêlé paille) (BCT 18 mai 2001)
- Éléments en bois massif ou lamellés collé (BCT 15 sept. 1999)
- Éléments en pour construction d'habitations de loisir (BCT 20 janv. 1997)
- Panneaux pour maison à ossature bois (BCT 16 mars 1988)
- Panneaux isolants (Civ 3<sup>ème</sup>, 12 juin 2002)
- Plancher chauffant (Civ 3<sup>ème</sup>, 25 juin 1997)
- Pompe à chaleur (Civ 3<sup>ème</sup>, 20 janv. 1993)
- Vitrage isolant (BCT 16 mars 1988)

### Ne sont pas des EPERS

- Matériau isolant à base de chanvre, livré en vrac, qui doit être utilisé en plus ou moins grande épaisseur (BCT 10 oct. 2001)
- Laine de verre (BCT 9 mars 1988)
- Panneaux isolants de faible épaisseur (BCT 9 mars 1988)
- Carreaux de terre cuite (CA Paris, 15 mars 2001)
- Panneaux de particules en « bois ciment » (BCT 28 mai 1997)
- Mortiers, enduits, colle, etc. (BCT 29 avril 1997)

**Là encore, la qualification d'EPERS est fluctuante. Toutefois, en présence d'EPERS, la responsabilité du fabricant pourra être engagée solidairement en cas de défaut de performance énergétique.**



# Garantie décennale Article 1792 du Code civil

L'article 1792 du Code civil consacre le principe de présomption de responsabilité à l'égard du maître d'ouvrage (et des acquéreurs successifs) d'une durée incompressible de dix ans des **dommages, même résultant d'un vice du sol, qui compromettent la solidité de l'ouvrage ou qui le rendent impropre à sa destination**

Due par **tout locateur d'ouvrage** (MO délégué, architecte, entrepreneur, BET, VIC/VIR, CMI, promoteur, ...) **sauf sous-traitant et AMO.**

**La garantie s'applique au défaut de performance, dès lors que la performance énergétique est convenue explicitement entre les parties à la destination de l'ouvrage, par mention d'un label, d'une norme ou certification.** (CA Grenoble, civ. 2<sup>ème</sup>, 25 mars 2008, SA Isère Développement Environnement c/ AASMAE, n° 05-01449 ; Civ 3<sup>ème</sup>, 10 sept. 2010, n°10-28.309 et 10-28.310)



# Garantie décennale Article 1792 du Code civil

**CE, 9 décembre 2011, Commune de Mouans-Sartoux, n° 346189 (cf. annexe p. 13)**

**L'engagement de la responsabilité décennale des constructeurs n'est pas subordonné au caractère général et permanent des désordres.**

- Construction d'un groupe scolaire comportant une école maternelle et une école primaire.
- Inconfort thermique et insuffisance de la ventilation constatés dans certaines classes.

La surchauffe estivale de certaines classes, dépassant les températures normalement admissibles, est de nature à rendre l'immeuble impropre à sa destination et permet, en l'espèce, d'engager la responsabilité du maître d'œuvre en raison d'une mauvaise conception du bâtiment.



# Garantie décennale Article 1792 du Code civil

## Les apports de la loi sur la transition énergétique (Art. 31) :

Création de l'article **L. 111-13-1 du Code de la construction et de l'habitation** encadrant l'appréciation de l'impropriété à la destination de l'article 1792 en cas de défaut de performance énergétique:

« *En matière de performance énergétique, l'impropriété à la destination, mentionnée à l'article L. 111-13 [équivalent de l'article 1792], ne peut être retenue qu'en cas de dommages résultant d'un défaut lié aux produits, à la conception ou à la mise en œuvre de l'ouvrage, de l'un de ses éléments constitutifs ou de l'un de ses éléments d'équipement conduisant, toute condition d'usage et d'entretien prise en compte et jugée appropriée, à une surconsommation énergétique ne permettant l'utilisation de l'ouvrage qu'à un coût exorbitant.* »

**Deux conditions** pour retenir l'impropriété:

- ❖ Dommage avéré de l'ouvrage (erreur de conception, malfaçon d'exécution, défaut de produit),
- ❖ Engendrant une surconsommation.

**Une réserve:**

- ❖ Les conditions d'usage et d'entretien



# Synthèse

## Pour orienter vers l'intégration des matériaux biosourcés :

- Eco-labels.
- Critères et sous-critères environnementaux (Cout du cycle de vie/ Analyse du cycle de vie).
- Clauses d'exécution.

## Pour favoriser certains types de matériaux biosourcés :

- Fixer des spécifications techniques en référence à des normes ou labels et/ou des objectifs en termes de performance.
- Multiplier la référence aux biosourcés dans les dossiers de consultation des entreprises (« *ou équivalent* »).

## Pour favoriser les PME et TPE innovantes :

- Allotir les marchés.
- Autoriser les variantes.

## Pour favoriser une filière locale :

- Si l'objet du marché le justifie, définir des procédés de fabrication particuliers et exigences techniques correspondant aux matériaux locaux visés;
- Définir des critères de choix de l'offre favorisant les circuits courts (Analyse du cycle de vie).

## Pour garantir la performance énergétique :

- En amont du marché, contracter une AMO DD ;
- En aval du marché, garantie des constructeurs (1792 C. civ et L. 111-13-1 CCH) et fabricants d'EPERS.

