

MODÈLES DE CLAUSES ENVIRONNEMENTALES

De : Emmanuel VAN NUFFEL, Kevin MUNUNGU
Date : 6 septembre 2018
À : Projet ProFilWood
Objet : DÉVELOPPEMENT DE LA FILIÈRE BOIS PAR LES MARCHÉS PUBLICS – PROPOSITIONS DE MODÈLES DE CLAUSES À INTÉGRER DANS LES DOCUMENTS DU MARCHÉ

I. LE RECOURS AU BOIS LOCAL DANS LES MARCHÉS PUBLICS – SYNTHÈSE JURIDIQUE DE LA SOLUTION PAR L’OBJECTIF ENVIRONNEMENTAL

L’Office économique wallon du bois, Hout Info Bois et Nord Picardie Bois souhaitent valoriser la filière du bois en favorisant l’utilisation du bois d’origine locale dans les marchés publics de travaux et de fournitures.

La valorisation de la filière du bois poursuit des objectifs environnementaux et de santé publique, notamment par la réduction de l’empreinte carbone des projets publics de construction, la limitation de l’émission de gaz à effet de serre dû au transport du bois et le développement des capacités de capture des gaz à effet de serre par le développement de la ressource forestière.

La mesure de valorisation de la filière du bois rencontre les objectifs de développement durable poursuivis au niveau international, en particulier par l’Union européenne et ses Etats membres, dont la Belgique et la France.

Ceci étant, dans la mesure où elles peuvent avoir un effet discriminant pour les entreprises étrangères, les conditions particulières destinées à favoriser la filière du bois dans la procédure d’attribution d’un marché public doivent faire l’objet d’un examen de compatibilité avec le droit européen des marchés publics et les libertés fondamentales du marché intérieur, en particulier la libre circulation des marchandises au sein de l’Union européenne.

Ce cadre juridique est fondé sur deux principes fondamentaux : 1°) l’ouverture des marchés publics à la concurrence, 2°) la non-discrimination sur la nationalité et l’égalité de traitement des entreprises.

Selon ces principes, l’accès le plus large possible des marchés publics doit être garanti à toute entreprise établie dans l’Union. En conséquence :

- est prohibée toute condition restreignant directement l’accès des marchés publics aux entreprises locales ;
- est soumise à une exigence de proportionnalité la condition qui entrave l’accès des entreprises étrangères aux marchés publics.

De manière générale, il est considéré que la commande publique n’est pas un outil souhaité pour la réalisation des objectifs économiques locaux. La discrimination y est directe (le marché est fermé par

la condition). Les objectifs économiques locaux sont intégrés de manière plus sécurisée dans les politiques locales/régionales/nationales de développement des zones économiques dégradées dont la compatibilité avec le droit européen est contrôlée en particulier dans le cadre du droit des aides d'État. Du point de vue macroéconomique, la mesure économique sectorielle de soutien est plus efficace que l'intervention ponctuelle d'une autorité publique par la clause de préférence aux conditions spécifiques d'un marché public. Sous l'angle juridique, le soutien sectoriel n'est pas discriminatoire *per se* ; il n'exclut pas l'entreprise étrangère mais rend son accès au marché local moins avantageux.

En considérant ces contraintes, la valorisation de la filière du bois dans les marchés des pouvoirs publics locaux, régionaux ou nationaux est concevable par les objectifs environnementaux que la ressource permet de réaliser, puisque, sous cet angle, les filières des autres Etats membres de l'Union européenne ne sont pas exclues si elles réalisent également ces objectifs.

La condition d'objectif environnemental peut être amenée aux critères de sélection, aux exigences techniques, aux critères d'attribution et aux règles d'exécution du marché.

La condition doit être liée à l'objet du marché et lorsqu'elle n'est pas détenue par l'entreprise, l'équivalence démontrée doit être admise.

En synthèse, l'exigence environnementale peut être amenée aux trois niveaux classiques d'un marché (sélection, attribution, exécution), avec une grille de lecture distincte pour chaque niveau :

- Au niveau de la sélection : par l'exigence d'un certificat attestant de la conformité des procédures d'achat et de production de l'entreprise à des systèmes ou norme de gestion environnementale ;
- Au niveau de l'attribution : par la discrimination qualitative des offres en fonction de i) la méthodologie qui sera appliquée concrètement pour l'exécution du marché, ii) un produit à haute qualité environnementale qui sera mis en œuvre, ou iii) une proposition technique supérieure aux exigences techniques minimales ;
- Au niveau de l'attribution et de l'exécution : par les spécifications techniques (condition de performance particulière ; caractéristiques techniques d'un label, d'une norme ou d'une certification) ; elles permettent, en attribution, de déclarer irrégulière l'offre qui y déroge et, en exécution, d'exiger une exécution conforme ;
- Au niveau de l'exécution : pas les mécanismes de contrôle des qualités exécutées et de sanction des défauts par rapport aux spécifications techniques et à l'offre faite en réponse au critère d'attribution environnemental.

II. AUTRES RESTRICTIONS

II.1. BOIS EN PROVENANCE DE PAYS HORS UNION EUROPÉENNE

Le bois originaire d'un Etat tiers (hors Union européenne) déjà en circulation au moment de son acquisition par le soumissionnaire est assimilé à un produit originaire de l'Union européenne.

Le bois originaire d'un Etat tiers qui n'est pas encore en circulation dans l'Union européenne et qui dispose des autorisations nécessaires (au titre des règlements 995/2010, 2173/2005 et 338/1997) ne peut en principe pas faire l'objet de restriction à l'importation (règlement 2015/478 relatif au régime commun applicable aux importations).

II.2. ESSENCE DE BOIS IMPOSÉE

L'imposition d'une essence de bois à mettre en œuvre pour exécuter un marché public constitue une exigence (spécification) technique.

L'exigence technique particulière exclut la mise en œuvre d'autre matériaux ou procédés techniques. Elle est donc soumise aux fondamentaux du droit des marchés publics (ouverture des marchés publics à la concurrence la plus large possible, égalité, proportionnalité).

Sauf spécificité technique particulière justifiée par les caractéristiques du marché une essence particulière ne peut pas être imposée. En outre, la spécificité technique doit toujours rester ouverte à l'équivalence technique détenue par un autre matériau ou procédé.

III. AVERTISSEMENTS

Afin d'assurer la cohérence du projet du pouvoir adjudicateur et de neutraliser les éventuelles contestations, l'exigence environnementale doit être intégrée à toutes les techniques à mettre en œuvre pour exécuter le projet et ne peut donc pas être limitée aux caractéristiques du seul matériau bois.

Dans la mesure où l'objectif économique est orienté sur la filière locale, l'attention du pouvoir adjudicateur est attirée sur la nécessité d'avoir une connaissance suffisante des caractéristiques techniques de cette filière. Cette connaissance permet de i) amener, aux spécifications techniques du marché, les qualités détenues par la filière locale, et ii) éviter les exigences qu'elle ne remplit pas.

Il est recommandé de justifier l'exigence environnementale élevée par la description de la préoccupation environnementale du pouvoir adjudicateur aux préliminaires des documents du marché.

Il est rappelé, enfin, que l'exigence environnementale et son niveau dépendent de la capacité du pouvoir adjudicateur de vérifier la compatibilité des candidatures/offres à ces exigences. Pour les projets d'une certaine importance, il est recommandé de confier cette tâche à des personnes disposant d'une connaissance reconnue des questions environnementales (N. Dodd, E. Garbarino et Miguel Gama Caldas), « Green Public Procurement Criteria for Office Building Design, Construction and Management – Technical background report and final criteria », juin 2016, page 16).

III. CLAUSES

Les clauses sont des modèles. Elles sont conçues de manière globale en ayant égard à leur cohérence (par exemple une capacité environnementale exigée aux critères de sélection ne peut pas constituer également, par elle-même, un critère d'attribution).

Le pouvoir adjudicateur peut ne retenir que certaines clauses. Il peut également ne prescrire que de manière générale un critère de qualité environnementale et déplacer vers le soumissionnaire

l'identification des éléments constituant une qualité environnementale sur lesquels il souhaite faire une proposition.

Le pouvoir adjudicateur peut également inciter l'adjudicataire du marché à améliorer l'incidence environnementale du bois mis en œuvre en perfectionnant ses méthodes, recherchant systématiquement la meilleure solution environnementale lorsque les choix sont possibles, etc. Cette recherche d'élévation de la performance environnementale en cours d'exécution peut être amenée aux critères d'attribution.

Les modes de preuve identifiés aux clauses ne sont pas croisés. En fonction des clauses utilisées, ils peuvent le cas échéant être unifiés.

III.1. CRITÈRE DE SÉLECTION

Système de gestion environnementale

Condition

Le candidat / soumissionnaire doit disposer d'un système de gestion environnementale qu'il mettra en œuvre dans le cadre du marché.

Modes de preuve

Le candidat / soumissionnaire joint en annexe à sa candidature / son offre un certificat attestant qu'il dispose d'un système de gestion environnementale qu'il est en mesure de mettre en œuvre, tels qu'un certificat EMAS ou ISO 14.0 01 ou un système équivalent délivré par des organismes appliquant des critères similaires à ceux du droit européen ou international pertinent en ce qui concerne la certification sur la base des normes de gestion environnementale.

III.2. SPÉCIFICATION TECHNIQUE

A. MÉTHODE

La spécification technique i) doit présenter un lien avec l'objet du marché et ii) ne peut pas intégrer une condition d'utilisation ou de mise en œuvre du bois ayant une origine déterminée de production ou de transformation.

La définition des caractéristiques techniques environnementales repose sur le cycle de vie du bois (production, conditionnement, transport, entretien après mise en œuvre dans la construction, recyclage-réutilisation).

Les spécifications techniques du marché peuvent fixer des exigences qui touchent à une ou plusieurs de ces phases du cycle. Elles peuvent également être déclinées en tenant compte de la destination des bois mis en œuvre (bois de chantier, bois de construction, bois de finition ou bois d'ameublement).

B. LIEN AVEC L'ATTRIBUTION ET L'EXÉCUTION

Les spécifications techniques peuvent servir un ou plusieurs critères d'attribution (voir *infra*).

Les spécifications techniques sont des exigences minimales. Le défaut de conformité de l'offre aux spécifications techniques constitue ou peut constituer une irrégularité substantielle justifiant son rejet.

En cours d'exécution le défaut de conformité aux spécifications techniques et aux engagements pris à cet égard dans l'offre justifie le refus des matériaux mis en œuvre ; par le seul constat du défaut, l'adjudicateur est tenu de mettre en œuvre sans délai des matériaux strictement conformes, sans préjudice de l'application des sanctions prévues aux articles 44 et suivants de l'arrêté royal du 14 janvier 2013 établissant les règles générales d'exécution des marchés publics.

C. MODÈLES

Exigence technique relative à la production du bois

Exigence

Le bois utilisé / mis en œuvre doit être :

- provenir de sources légales : le bois doit avoir été coupé, transporté, transformé, acheté ou vendu conformément à toutes les réglementations en vigueur, en particulier le règlement européen n°995/2010 établissant les obligations des opérateurs qui mettent du bois et des produits dérivés sur le marché ;

- provenir [à concurrence de ... %] d'exploitations gérées durablement conformément aux principes décrits ci-après ;

- transformé par des techniques (séchoirs, scies, matériaux de ponçage, outils d'injection, outils d'aspiration des copeaux de bois, matériaux de manutention, etc.) dont l'empreinte carbone est la plus faible possible.

Entre le découpage du bois dans l'exploitation forestière et sa livraison au pouvoir adjudicateur ou au site d'exécution du marché, le nombre d'intermédiaire appelé à intervenir doit être le plus faible possible.

Moyens de preuve

1. Le soumissionnaire joint à son offre :

- une note i) décrivant, de manière précise, les différentes techniques/méthodes qui sont mis en œuvre dans la phase de transformation/conditionnement du bois, ii) fournissant une évaluation de la consommation énergétique de chaque technique/méthode, et iii) décrivant les traitements subis par le bois au cours de cette phase ;

- une note identifiant, de manière précise, les intermédiaires qui interviendront entre la production du bois et la construction de l'ouvrage ou la fourniture du bois au pouvoir adjudicateur ;

- une note décrivant la méthode qu'il appliquera pour garantir la traçabilité du bois, de l'exploitation forestière au produit fini.

2. Au plus tard à l'attribution du contrat, le soumissionnaire fournit un certificat attestant que le bois qu'il entend utiliser bénéficie du label Nature Plus. Ce label est suffisant pour démontrer que le bois utilisé ou mis en œuvre provient d'une forêt respectant les exigences sociales et environnementales fixées ci-après.

S'il ne dispose pas de ce label, le soumissionnaire doit démontrer, par tout moyen approprié, que le bois qu'il entend utiliser ou mettre en œuvre provient d'une forêt gérée conformément aux exigences sociales et environnementales fixées ci-après. S'agissant des exigences sociales, le pouvoir adjudicateur vérifiera le risque de violation des droits fondamentaux des travailleurs en fonction de l'origine du bois proposé. Pour cette analyse, le pouvoir adjudicateur se basera sur l'indice CSI des droits dans le monde [2017], en annexe [...]. S'il apparaît que le bois provient d'un pays classé dans les catégories [...], le soumissionnaire devra démontrer que des mesures ont été prises pour garantir le respect des droits de travailleurs dans la filière de production du bois.

Clause subsidiaire d'équivalence :

À défaut de disposer du label Nature Plus, le soumissionnaire peut également fournir le certificat PEFC ou FSC pour démontrer que les bois utilisés ou mis en œuvre proviennent d'une forêt respectant les exigences environnementales. Il doit également démontrer par tout moyen approprié que le bois qu'il entend utiliser provient d'une forêt respectueuse des exigences sociales fixées ci-après.

À défaut de disposer du label Nature Plus, le soumissionnaire peut également fournir le certificat SA8000 pour démontrer que les bois utilisés ou mis en œuvre proviennent d'une forêt restant les exigences sociales. Il doit également démontrer par tout moyen approprié que le bois qu'il entend utiliser provient d'une forêt respectueuse des exigences sociales fixées ci-après.

Moyens de preuve subsidiaire du respect des exigences sociales - Description d'une gestion forestière durable

La gestion forestière est conforme aux exigences sociales et environnementales décrites ci-après.

i) Exigences sociales

La gestion forestière respecte la législation et les réglementations relatives aux salaires, à la sécurité et à la santé des travailleurs, aux charges sociales, et aux conditions de travail.

Les conditions de travail doivent être conformes aux prescriptions en matière de santé et de sécurité définies par le Code Bien-être au travail ou par toute autre réglementation similaire en vigueur dans l'Etat de l'exploitation forestière.

Lors de l'organisation du travail et lors de l'acquisition et l'utilisation des matériaux et des machines, on tiendra toujours compte de la sécurité des travailleurs.

La gestion forestière respecte les droits fondamentaux des travailleurs, tels qu'établis par les Conventions fondamentales de l'Organisation internationale du travail, à savoir :

- les conventions n° 29 et n° 105 interdisant le travail forcé ;
- la convention n° 87 relative au droit à la liberté syndicale ;
- la convention n° 98 relative au droit d'organisation et de concertations collectives ;
- les conventions n° 100 et n° 111 relatives à l'interdiction de toute discrimination en matière de travail et de rémunération ;
- les conventions n° 138 et n° 182 relatives à l'âge minimum fixé pour le travail des enfants et à l'interdiction des pires formes du travail des enfants.
- les conventions n° 26 et n° 131 de l'OIT relative à un salaire vital ;
- la convention n° 1 de l'OIT relative à la durée de travail.

ii) Exigences environnementales

La gestion forestière maintient la diversité biologique, les ressources hydriques, les sols, ainsi que les paysages et les écosystèmes fragiles et uniques, de manière à assurer la conservation des fonctions écologiques et l'intégrité de la forêt.

Les systèmes de gestion promeuvent le développement et l'adoption de méthodes non chimiques respectueuses de l'environnement pour la lutte phytosanitaire et s'efforcent d'éviter l'usage de pesticides chimiques. Les produits chimiques, leurs récipients, les déchets non organiques, solides ou liquides, notamment d'huile et du carburant, sont évacués hors du site des opérations forestières.

L'origine du bois doit être intégralement assurée par un système de traçabilité, depuis la récolte jusqu'à la mise en œuvre finale.

Exigence technique relative au transport du bois

Exigence

Le bois doit être acheminé de l'exploitation forestière au site d'exécution du marché ou de livraison des fournitures par un moyen de transport respectueux de l'environnement compte tenu d'indicateurs d'impacts environnementaux, dont la pollution de l'air et de l'eau, la production de déchets solides, le réchauffement climatique, la destruction de la couche d'ozone stratosphérique, l'épuisement des ressources en énergie fossile, etc.

Moyen de preuve

Le soumissionnaire joint à son offre une note décrivant de manière précise les modalités du transport du bois (origine, itinéraires, distances, moyens techniques) de l'exploitation forestière dont le bois est issu au lieu de sa transformation/conditionnement ainsi que celles mises en œuvre pour amener le bois au lieu d'exécution du marché.

Exigence technique relative à la fin de vie du bois

Exigence

Le soumissionnaire doit utiliser prioritairement des bois susceptibles d'être réutilisés, recyclés ou valorisés par le pouvoir adjudicateur.

Moyen de preuve

Le soumissionnaire joint une description technique de la capacité de réutilisation, de recyclage et de valorisation des bois proposés. Ce projet décrit, en particulier, la proportion des bois susceptibles d'être réutilisés par le pouvoir adjudicateur ainsi que les filières de recyclage des bois proposés.

Mode de preuve additionnel (échantillon)

Mode de preuve additionnel de conformité aux spécifications techniques : échantillon de bois

Le soumissionnaire joint à son offre un échantillon des bois qu'il entend utiliser dans l'exécution du marché. Il doit être en mesure de démontrer que cet échantillon répond aux spécificités techniques décrites ci-avant.

L'échantillon de bois doit être accompagné d'un document permettant de certifier sa traçabilité.

Clause de renforcement des spécifications techniques

L'absence de conformité aux spécifications techniques entraîne l'écartement de l'offre au stade de l'attribution. Si la non-conformité est constatée seulement en cours d'exécution ou au stade de la réception des matériaux, le pouvoir adjudicateur peut refuser le produit et imposer la mise en œuvre d'un produit strictement conforme aux échantillons de référence, sans préjudice des sanctions prévues par les articles 44 et suivants de l'arrêté royal du 14 janvier 2013 établissant les règles générales d'exécution des marchés publics.

III.3. CRITÈRE D'ATTRIBUTION

Le modèle est générique. Il identifie les éléments de qualité environnementale qui peuvent être intégrés aux critères d'attribution. Ces éléments peuvent constituer une information sur les propositions qui sont attendues au titre des qualités environnementales du bois ou constituer des critères ou sous-critères d'attribution en tant que tels. Dans ce cas, leur importance relative au regard des besoins du pouvoir adjudicateur doit être mentionnée par une pondération. De manière topique, le critère lié au coût environnemental du transport favorise les entreprises locales.

Critère relatif à la qualité environnementale du bois

Critère d'attribution : qualité environnementale du bois

Le soumissionnaire décrit dans une note détaillée les qualités environnementales du bois qu'il mettra en œuvre pour exécuter le marché. Le soumissionnaire justifie techniquement les performances et qualités identifiées ; les incidences environnementales sont calculées et chiffrées. La note est appuyée par tout document approprié.

A cette note, le soumissionnaire aborde notamment les éléments qui suivent :

- 1° Méthodologie appliquée pour le système de gestion environnementale ;*
- 2° Proportion de bois provenant de forêts gérées de manière durable dans les matériaux composés à base de bois ;*
- 3° Production – nombre d'intermédiaire entre la coupe et la livraison finale ;*
- 4° Production – impact environnemental des traitements subis au cours de la transformation/conditionnement ;*
- 5° Production – quantité de bois recyclés utilisée dans l'exécution du marché ;*
- 6° Transport – impact environnemental ;*
- 7° Fin de vie – plan de gestion des bois au stade de leur fin de vie.*

IV. CLAUSES CONTRACTUELLES

Pénalité spéciale en cas de non-conformité des bois utilisés

L'adjudicataire s'engage, en cours d'exécution du marché et pendant toute la période de garantie des prestations réalisées, à apporter la preuve, sur demande expresse du pouvoir adjudicateur, que les bois utilisés répondent aux spécifications techniques du marché et aux engagements pris dans son offre.

Toute non-conformité des bois mis en œuvre constatée en cours d'exécution ou au stade de la réception des travaux/fournitures entraîne l'obligation de le remplacer par des bois conformes en tous points aux documents du marché et à l'engagement pris dans l'offre de l'adjudicataire.

Cette non-conformité donne lieu, de plein droit et sans mise en demeure, à l'application d'une pénalité spéciale de [XX €] [XX % du montant initial du marché] par jour de retard jusqu'au remplacement par un produit conforme aux spécifications techniques. La pénalité totale ne peut dépasser XX % du montant initial du marché. L'application de cette pénalité spéciale est sans préjudice de l'application d'autres pénalités, notamment l'amende de retard, ou de l'indemnisation du pouvoir adjudicateur des dommages indirects, notamment lorsque le défaut a une incidence sur le délai d'exécution des travaux/fournitures confiés à des entreprises cotraitantes ou sur les marchés liés.

Pénalité spéciale en cas de non-conformité des moyens de transport utilisés

L'adjudicataire s'engage, en cours d'exécution du marché, à apporter la preuve, sur demande expresse du pouvoir adjudicateur, de l'utilisation de moyens de transport respectueux de l'environnement et conformes à ses engagements dans l'offre pour l'acheminement du bois utilisés tout au long de la filière jusqu'au lieu d'exécution du marché ou de livraison des fournitures.

Tout défaut constaté en cours d'exécution donne lieu de plein droit et sans mise en demeure à l'application d'une pénalité forfaitaire [de XX €] [fixée proportionnellement à la perte de performance à [...]].