

Les vieilles marmites font-elles toujours les meilleures soupes ?

La lutte contre le réchauffement climatique et pour la préservation de l'environnement est désormais une priorité que les pouvoirs publics, les entreprises et les particuliers se doivent de traduire en actions tangibles.

Dans le champ de la commande publique, la forêt des circulaires, guides et autres vade-mecum consacrés aux marchés publics durables est chaque année plus dense. Ces recommandations, souvent illustrées de cas concrets, constituent une mine d'information et d'encouragement pour le praticien *a priori* intimidé par le poids de sa responsabilité sociale.

Sur le plan strictement juridique, ces manuels multiplient néanmoins les variations sur un même thème. Les dispositions de droit dur spécifiquement consacrées à la question se comptent en effet sur les doigts des deux mains, et même le pianiste le plus virtuose n'y verra qu'une bien plate composition.

Ici, l'on répète que les critères d'attribution environnementaux doivent être « liés à l'objet du marché concerné », en citant éventuellement la jurisprudence européenne (EVN, Max Havelaar, etc.), sans néanmoins parvenir à en déduire des balises univoques, aisément transposables à d'autres cas.

Là, on rappelle l'opportunité de tenir compte du coût du cycle de vie, en citant un exemple peu controversé – souvent dans le domaine de l'électroménager –, et en reconnaissant pour le surplus que la prise en compte d'« externalités environnementales » liées notamment aux émissions de gaz à effet de serre relève encore et toujours du rayon « science-fiction » de la bibliothèque des marchés publics.

L'on s'aperçoit alors que les directives européennes de 2014 et leur transposition n'offrent finalement qu'une confirmation – certes salutaire – de ce qu'il était vraisemblablement déjà possible d'accomplir sous la précédente législation, et qu'elles peinent à offrir aux adjudicateurs l'élan nécessaire à un vrai saut qualitatif.

N'est-il pas temps de doter les adjudicateurs d'outils plus robustes, moins limitants, en phase avec les ambitions environnementales de notre décennie ?

Keren oude borstels nog altijd het beste?

De strijd tegen klimaatopwarming en voor milieubescherming is ondertussen een prioriteit die de overheden, bedrijven en particulieren in tastbare daden moeten omzetten.

In het veld van de overheidsopdrachten groeit het bos van omzendbrieven, gidsen en andere vademecums over duurzame overheidsopdrachten elk jaar dermate dat men door de bomen het bos niet meer ziet. Die aanbevelingen, vaak geïllustreerd met concrete gevallen, vormen een mijn aan informatie en zijn een aanmoediging voor wie een opdracht moet plaatsen en *a priori* geïntimideerd is door het gewicht van zijn maatschappelijke verantwoordelijkheid.

Strikt juridisch zijn die handleidingen steevast variaties op eenzelfde thema. De bepalingen van *hard law* die specifiek aan deze materie gewijd zijn, kan je immers op de vingers van je beide handen tellen, en zelfs de meest virtuoze pianist zal er maar een matige compositie mee maken.

We herhalen hier dat de toewijzingscriteria inzake leefmilieu "verband moeten houden met het voorwerp van de overheidsopdracht", eventueel met verwijzing naar de Europese rechtspraak (EVN, Max Havelaar, enz.), maar zonder dat men daar eenduidige bakens kan uit afleiden die vlot naar andere situaties kunnen worden overgezet.

Daar verwijst men naar de opportuniteit om rekening te houden met de kost van de levenscyclus, waarbij men een weinig controversieel voorbeeld noemt (vaak in de sector van de elektrische huishoudapparaten) en voor het overige erkent dat rekening houden met "externe milieueffecten" (die vooral samenhangen met de uitstoot van broeikasgassen) nog steeds de *science fiction* van de overheidsopdrachten is.

Men merkt dan dat de Europese richtlijnen van 2014 en hun omzetting uiteindelijk slechts een (weliswaar heilzame) bevestiging vormen van datgene wat men waarschijnlijk ook al met de eerdere wetgeving kon bereiken, en dat ze moeite hebben om aan de aanbestedende diensten het elan te geven dat nodig is om kwalitatief echt een sprong vooruit te maken.

Is het geen tijd om de aanbestedende overheden krachtiger instrumenten te geven, die hen minder beperken en die beantwoorden aan de milieumambities van ons decennium?

Prenons l'exemple de l'économie circulaire, *hot topic* parmi les *hot topics*.

Les opportunités de favoriser la circularité des achats publics ne manquent pas sous l'empire des règles actuelles. Mais les écueils sont légion aussi.

Imaginons qu'un adjudicateur souhaite acquérir 100 ordinateurs portables pour les besoins de son personnel. Il a connaissance d'une entreprise spécialisée dans le reconditionnement de matériel informatique de seconde main, qui dispose justement d'un stock correspondant à ses besoins :

- (i) la valeur estimée du marché excède 30 000 euros, de sorte que l'adjudicateur ne peut pas se prévaloir du régime souple des marchés de faible montant. La dépense à approuver demeure cependant sous le seuil de 139 000 euros, de sorte qu'une procédure négociée sans publication préalable est envisageable⁽¹⁾ ;
- (ii) cette procédure négociée suppose, « si possible »⁽²⁾, la consultation de plusieurs opérateurs économiques. L'adjudicateur peut-il à cet égard se tourner exclusivement vers des revendeurs de fournitures de seconde main, ou doit-il définir l'objet de son marché de façon neutre, comme visant des ordinateurs « neufs ou reconditionnés » ? ;
- (iii) à l'inverse, l'adjudicateur inquiet des performances et de la durée de vie associées aux ordinateurs d'occasion pourrait-il limiter l'objet du marché aux fournitures neuves, à l'exclusion des ordinateurs reconditionnés ? Cette exigence ne s'apparente-t-elle pas à la détermination d'un « procédé particulier »⁽³⁾ éliminant de façon discriminatoire des fournitures de seconde main qui rencontrent pourtant les attentes fonctionnelles sous-jacentes de l'adjudicateur ?
- (iv) si le stock de 100 ordinateurs portables reconditionné est exceptionnel et disponible pendant une courte durée seulement – comme c'est souvent le cas des fournitures de seconde main –, l'adjudicateur pourrait-il se prévaloir de l'urgence pour se dispenser de toute mise en concurrence ? Rien n'est moins sûr, l'urgence n'étant vraisemblablement pas impérieuse, ni occasionnée par des événements imprévisibles⁽⁴⁾ ;

Neem bij voorbeeld de circulaire economie, hét *hot topic* bij uitstek.

Aan mogelijkheden om het circulaire karakter van overheidsaankopen te bevorderen is er met de huidige regels geen gebrek. Maar er zijn ook legio klippen om op vast te lopen.

Stel je voor dat een aanbestedende overheid 100 laptops voor haar personeel wil aankopen. Ze weet dat een bedrijf gespecialiseerd is in het *refurbishen* van tweedehands computermateriaal en een voorraad heeft die aan de vraag beantwoordt:

- (i) de geschatte waarde van de opdracht wordt geraamd om 30 000 euro. Daardoor kan de aanbestedende overheid geen beroep doen op het soepel stelsel van de aankopen voor een laag bedrag. De goed te keuren uitgave blijft echter onder de drempel van 139 000 euro zodat een onderhandelingsprocedure zonder voorafgaande bekendmaking wel kan⁽¹⁾;
- (ii) deze onderhandelingsprocedure veronderstelt "indien mogelijk"⁽²⁾ de raadpleging van meerdere ondernemers. Mag de aanbestedende overheid zich in dit geval uitsluitend wenden tot verkopers van tweedehandsmateriaal, of moet ze het voorwerp van haar opdracht neutraal verwoorden, alsof het om "nieuwe of gerefurbishte" computers gaat?;
- (iii) omgekeerd, zou de aanbestedende overheid die ongerust is over de prestaties en de levensduur van tweedehands computers het voorwerp van haar opdracht kunnen beperken tot nieuwe toestellen en dus gerefurbishte toestellen kunnen uitsluiten? Komt die vereiste niet neer op het bepalen van een "bijzondere werkwijze"⁽³⁾ die op discriminerende wijze een aanbod van tweedehandsmateriaal uitsluit dat nochtans aan de onderliggende functionele verwachtingen van de aanbestedende overheid voldoet?
- (iv) Als de voorraad van 100 gerefurbishte laptops uitzonderlijk en slechts gedurende een korte periode beschikbaar is, zoals vaak het geval is voor tweedehandsmateriaal, zou de aanbestedende overheid dan de spoed kunnen invoeren om geen mededinging te organiseren? Dat is helemaal niet zeker, vermits de spoed niet dwingend is en niet voortvloeit uit onvoorzienbare gebeurtenissen⁽⁴⁾;

(1) Art. 42, § 1^{er}, 1^o, a, de la loi du 17 juin 2016 relative aux marchés publics ; art. 90, 1^o, *juncto* 11, 2^o, de l'arrêté royal du 18 avril 2017 relatif à la passation des marchés publics dans les secteurs classiques.

(2) Art. 42, § 1^{er}, de la loi du 17 juin 2016 relative aux marchés publics.

(3) Art. 53, § 4, de la loi du 17 juin 2016.

(4) Art. 42, § 1^{er}, 1^o, b, de la loi du 17 juin 2016.

(1) Art. 42, § 1^{er}, 1^o, a, van de wet van 17 juni 2016 inzake overheidsopdrachten; art. 90, 1^o, *juncto* 11, 2^o, van het koninklijk besluit van 18 april 2017 plaatsing overheidsopdrachten in de klassieke sectoren.

(2) Art. 42, § 1^{er}, van de wet van 17 juni 2016 inzake overheidsopdrachten.

(3) Art. 53, § 4, van de wet van 17 juni 2016.

(4) Art. 42, § 1^{er}, 1^o, b, van de wet van 17 juni 2016.

- (v) l'exception du « fournisseur unique »⁽⁵⁾ n'est guère réaliste non plus : à supposer qu'il puisse être question d'un monopole sur le stock d'ordinateurs reconditionnés, une « solution alternative raisonnable » existe, à savoir acquérir des fournitures similaires, mais neuves ;
- (vi) l'entité adjudicatrice des secteurs spéciaux se trouve dans une situation à peine plus confortable, dès lors qu'elle peut se prévaloir de l'hypothèse des achats dits « d'opportunité », lorsqu'il est possible d'acquérir des fournitures « en profitant d'une occasion particulièrement avantageuse qui s'est présentée dans une période de temps très courte et pour lesquelles le prix à payer est considérablement plus bas que les prix normalement pratiqués sur le marché »⁽⁶⁾. Contrairement à l'idée reçue, les fournitures de réemploi ne sont néanmoins pas toujours moins onéreuses que les produits ou matériaux neufs, vu notamment la main d'œuvre locale – et donc correctement rémunérée – associée à leur récupération et à leur reconditionnement.

L'adjudicateur de bonne volonté se heurte donc à la rigueur de dispositions qui, à l'évidence, ont été conçues à une époque où les mots « économie » et « circulaire » n'étaient jamais accolés. Il est par conséquent contraint de bricoler des solutions durables sur un établi trop étiqué.

Le même constat vaut pour le circuit court qui, en droit des marchés publics, « ne peut être lié à un critère géographique »⁽⁷⁾ (!). Autrement dit, pourvu que le nombre d'intermédiaires entre le producteur et le consommateur soit réduit, les fruits acheminés sur des milliers de kilomètres jusqu'à l'adjudicateur sont présumés issus d'une filière « courte »...

Ces exemples illustrent les limites d'une stratégie d'intégration des préoccupations environnementales au sein d'un corpus de règles inspirées d'un modèle économique qui, lui, demeure inchangé. Une autre approche consisterait – sous certaines conditions – à faire *primer* les intérêts de l'environnement sur les libertés économiques traditionnelles.

En lien avec les exemples déjà cités, plusieurs pistes peuvent être investiguées :

- (v) Ook de exceptie van de "enige leverancier"⁽⁵⁾ is nauwelijks realistisch: in de veronderstelling dat er sprake is van een monopolie op de voorraad gerefurbishte laptops, bestaat er een "redelijk alternatief", namelijk gelijkaardige maar nieuwe leveringen aanschaffen;
- (vi) Voor een aanbestedende overheid van de speciale sectoren is de situatie nauwelijks comfortabeler: vermits ze zich kan beroepen op de hypothese van de zogenaamde "gelegenhedaankopen" "wanneer zich gedurende zeer korte tijd een bijzonder voordelige gelegenheid tot aanschaffing van leveringen voordoet en waarvoor de te betalen prijs ver onder de normale marktprijs ligt"⁽⁶⁾. In tegenstelling tot wat men vaak denkt, zijn leveringen van hergebruikt materiaal echter niet altijd goedkoper dan nieuwe goederen of materialen, onder andere omwille van de lokale – en dus correcte verlonde – mankracht die ingezet wordt voor de recuperatie en refurbishing van dat materiaal.

De aanbestedende overheid die van goede wil is, botst dus vaak op de onbuigzaamheid van bepalingen die duidelijk zijn opgesteld toen de woorden "circulaire" en "economie" nog niet samen in één zin gebruikt werden. Bijgevolg moet ze duurzame oplossingen in elkaar zetten op basis van een te krap geschoeide leest.

Dezelfde vaststelling geldt voor de "korte keten", vermits "de locatie van de producent in elk geval geen gunningscriterium kan uitmaken"⁽⁷⁾ binnen het recht op de overheidsopdrachten (!). Met andere woorden, als het aantal tussenpersonen tussen producent en consument beperkt blijft, is fruit dat duizenden kilometers aflegt om tot bij de aanbestedende overheid te raken, afkomstig van een "korte" keten ...

Deze voorbeelden illustreren de beperkingen van een milieubewuste strategie binnen het corpus van regels die geïnspireerd zijn op een economisch model dat zelf niet verandert. Het zou een andere benadering zijn om – onder bepaalde omstandigheden – milieubelangen *voorrang te geven* op traditionele economische vrijheden.

In verband met de voormelde voorbeelden, kunnen verscheidene pistes worden onderzocht:

(5) Art. 42, § 1^{er}, 1^o, d), de la loi du 17 juin 2016.

(6) Art. 124, § 1^{er}, 10^o, de la loi du 17 juin 2016.

(7) Guide « Lutte contre le dumping social dans les marchés publics et les concessions », joint à la circulaire fédérale du 10 juillet 2017, www.publicprocurement.be/fr/documents/guide-de-lutte-contre-le-dumping-social-dans-les-marches-publics-et-les-concessions, p. 14.

(5) Art. 42, § 1^{er}, 1^o, d), van de wet van 17 juni 2016.

(6) Art. 124, § 1^{er}, 10^o, van de wet van 17 juni 2016.

(7) Gids omtrent de strijd tegen de sociale dumping in het kader van overheidsopdrachten en concessieovereenkomsten, bij de federale omzendbrief van 10 juli 2017, <https://www.publicprocurement.be/nl/documenten/gids-omtrent-de-strijd-tegen-de-sociale-dumping-het-kader-van-overheidsopdrachten-en>, blz. 13.

- (i) insérer dans les secteurs classiques une hypothèse de recours à la procédure négociée sans publicité pour des achats d'opportunité. Sous les seuils européens, le Roi dispose déjà d'une habilitation à cet effet⁽⁸⁾. La loi ne définit pas ce qu'il convient d'entendre par « achat d'opportunité », de sorte que l'exécutif dispose d'une marge d'appréciation pour y rattacher les acquisitions de fournitures de seconde main. Comme indiqué ci-dessus, il n'est pas opportun de conditionner le recours à cette hypothèse au fait que le prix proposé soit « considérablement plus bas que les prix normalement pratiqués sur le marché » ;
 - (ii) prévoir le droit pour l'adjudicateur de réserver l'accès à la procédure de passation aux entreprises actives dans le domaine du reconditionnement de fourniture de seconde main ou du réemploi de matériaux de construction. À défaut d'intervention législative européenne, cette nouvelle hypothèse de « marché réservé » – similaire à celle que l'on connaît déjà en matière d'intégration sociale et professionnelle⁽⁹⁾ – ne pourrait vraisemblablement être admise que sous les seuils européens, et ne se conçoit qu'en combinaison avec un mécanisme d'agrément des entreprises concernées ;
 - (iii) consacrer l'obligation pour les adjudicateurs de *privilegier* la circularité – et pas seulement de la considérer comme une alternative équivalente au neuf. L'on peut à cet égard s'inspirer de l'article 55 de la loi française du 10 février 2020 relative à la lutte contre le gaspillage et à l'économie circulaire, qui dispose qu'à partir du 1^{er} janvier 2021, « les services de l'État ainsi que les collectivités territoriales et leurs groupements, lors de leurs achats publics et dès que cela est possible, doivent réduire la consommation de plastiques à usage unique, la production de déchets et privilégient les biens issus du réemploi ou qui intègrent des matières recyclées en prévoyant des clauses et des critères utiles dans les cahiers des charges » ;
 - (iv) énumérer de façon limitative quelques hypothèses autorisant l'adjudicateur à favoriser les circuits courts et locaux, en fonction de l'objet du marché (p.ex. l'alimentation) ou de sa faible valeur.
- Les idées qui précèdent supposent néanmoins qu'un changement de paradigme intervienne aussi
- (i) in de klassieke sectoren een hypothese invoegen waarbij een aanbestedende overheid een onderhandelingsprocedure zonder bekendmaking mag hanteren voor gelegenhedaankopen. Onder de Europese drempelwaarden is de Koning nu reeds gemachtigd om dat te doen⁽⁸⁾. De wet definieert de term "gelegenhedaankopen" niet, en daardoor beschikt de uitvoerende macht over een beoordelingsmarge om de verwerving van tweedehandsleveringen mee onder die noemer te nemen. Zoals hoger vermeld is het niet opportuun om als voorwaarde op te leggen dat de aangeboden prijs "ver onder de normale marktprijs ligt" om van deze werkwijze gebruik te kunnen maken;
 - (ii) voorzien dat de aanbestedende overheid de toegang tot de plaatsingsprocedure voorbehoudt aan bedrijven die actief zijn in de sector van de refurbishing van tweedehandsleveringen of van het hergebruik van bouwmaterialen. Als er geen Europees wetgevend initiatief komt, zou deze nieuwe hypothese van een "voorbehouden opdracht" - net zoals degene die we al kennen voor maatschappelijke en professionele integratie⁽⁹⁾ - waarschijnlijk enkel toegelaten kunnen worden onder de Europese drempelbedragen, en is ze enkel denkbaar in combinatie met een mechanisme voor de erkenning van de betrokken bedrijven;
 - (iii) de verplichting voor de aanbestedende overheid vastleggen om *voorrang te geven* aan circulariteit – en dit niet enkel te zien als een alternatief dat gelijkwaardig is met nieuw. In dat kader kunnen we ons inspireren op artikel 55 van de Franse wet van 10 februari 2020 inzake de strijd tegen verspilling en de bevordering van de circulaire economie. Dat artikel stelt dat vanaf 1 januari 2021 "de diensten van de Staat en de plaatselijke overheden bij hun overheidsaankopen en zodra mogelijk, hun verbruik van plastic voor eenmalig gebruik en de productie van afval moeten beperken en voorrang moeten geven aan goederen die hergebruikt worden of die gebruik maken van gerecycleerde materialen, door in hun lasten-kohiers de batige criteria op te nemen";
 - (iv) een beperkende lijst opnemen met enkele hypothesen die de aanbestedende overheid toelaten om voorrang te geven aan de korte keten en plaatselijke productie, in functie van het voorwerp van de opdracht (vb. voeding) of van de beperkte waarde van de opdracht.

(8) Art. 42, § 1^{er}, dernier alinéa, de la loi du 17 juin 2016.

(9) Art. 15 de la loi du 17 juin 2016.

(8) Art. 42, § 1^{er}, laatste lid, van de wet van 17 juni 2016.

(9) Art. 15 van de wet van 17 juni 2016.

au niveau européen et se traduise dans un cadre normatif adapté.

Il ne s'agit en effet plus uniquement d'ajouter une pincée de « durable » sur les libertés économiques ; il est grand temps de changer de marmite.

Maxime Vanderstraeten

De voorgaande ideeën veronderstellen echter ook een paradigmawijziging op Europees niveau en de omzetting in een aangepast regelgevend kader.

Het is immers geen kwestie van een snuifje "duurzaamheid" toe te voegen aan de economische vrijheden, het is tijd voor een verandering ten gronde.

Maxime Vanderstraeten