



LIVRE ORANGE DE LA COMMANDE PUBLIQUE DURABLE (CO.P.21)

CHARREL  ASSOCIÉS
avocats

Stratège  avocats®
Law team

Nicolas CHARREL, avocat au barreau de Paris, avocat
européen à la Cour du Luxembourg
et **Thomas GASPARD**, avocat à la Cour d'appel de
Montpellier



INTRODUCTION	5
Chapitre 1 : LA DÉFINITION DURABLE DES BESOINS	7
Mesure n°1 – De la planification à l'action.....	10
Mesure n°2 – Consécration de l'achat obligatoire de véhicules électriques	12
Chapitre 2 : VEILLER A L'ATTRIBUTION D'UNE COMMANDE PUBLIQUE DURABLE	13
Mesure n°3 – Rendre obligatoire le critère environnemental en cas de pluralité de critère.....	16
Mesure n°4 – L'introduction d'une variante environnementale obligatoire	18
Mesure n°5 – La création d'un droit de préférence environnemental	22
Mesure n°6 – La prise en compte d'un critère environnemental pour l'offre de lots multiples.....	25
Mesure n°7 – Elargir le champ de la commande publique durable.....	26
Chapitre 3 : Préconiser des conditions d'exécution environnementales	27
Mesure n°8 – L'obligation de prévoir au moins une condition d'exécution à caractère environnemental	30
Mesure n°9 – La création d'une clause d'intéressement environnementale dans les contrats globaux.....	33
Mesure n°10 – La majoration du montant de l'avance forfaitaire pour l'acquisition de matériaux, produits, fournitures bénéficiant d'un écolabel.....	35
CONCLUSION	37
ANNEXE	39

INTRODUCTION

Un livre orange pour signaler l'urgence

Le choix de la couleur est important lorsqu'il s'agit de véhiculer des idées. Pour autant, la palette de l'Histoire n'est pas si variée que cela depuis le Livre Rouge.

La Commission européenne a arrêté son propre code couleur avec ses Livres Verts qui ont pour vocation de « stimuler une réflexion au niveau européen sur un sujet particulier »¹, alors que les Livres Blancs « sont des documents contenant des propositions d'action de l'UE dans un domaine spécifique » et « dans certains cas font suite à un livre vert »².



L'orange est la couleur de l'avertissement. Il ne se passe pas une semaine sans qu'un rapport d'organismes scientifiques, d'agences non gouvernementales et même institutions mondiales ne s'alarme des conséquences du réchauffement climatique. La liste en est longue, mais à la veille de la COP21, elle se renforce, raisonne de plus en plus dans les médias qui tentent d'interpeller les consciences collectives et individuelles.

Ce livre orange de la Commande Publique Durable, comme **COMmande Publique 21**, a pour vocation de participer au débat concernant les mesures concrètes à prendre dans le droit des marchés publics et des concessions, alors même que la réforme des textes dans ce domaine est en cours, que la concertation publique sur le projet de décret d'application de l'ordonnance n° 2015-899 du 23 juillet 2015 relative aux marchés publics s'est achevée le 4 décembre 2015 dernier.

Au-delà des modifications réglementaires à venir, le débat doit se poursuivre pour que les engagements de la COP21 puissent trouver rapidement la traduction qui s'impose dans la commande publique nationale et européenne.

¹ http://ec.europa.eu/green-papers/index_fr.htm

² http://ec.europa.eu/white-papers/index_fr.htm

Chapitre 1

LA DEFINITION DURABLE DES BESOINS

La définition des besoins publics doit en principe, au titre de l'article 5 du Code des marchés publics dans sa rédaction de 2004, être établie « en prenant en compte des objectifs de développement durable ».

Si cette préoccupation est présente depuis plus de 10 ans formellement dans le droit des marchés uniquement, elle n'est pas pour autant impérative, malgré l'emploi du présent de l'impératif qui, en droit au moins, vaut prescription obligatoire.

Cette formulation n'a pour autant jamais été reconnue, en particulier par la jurisprudence administrative, comme une obligation. Tout juste faut-il donc l'entendre comme une incitation, ou simplement la validation que des marchés peuvent prévoir des conditions d'exécution prenant en compte cette préoccupation (article 14 du Code dans sa version antérieure à 2015 et article 30 de l'ordonnance Marchés publics). La portée de cette prise en considération est précisée en tant qu'elle intègre les dimensions économiques, sociales et environnementales. Bref, les 3 piliers du développement durable sont consacrés dans les marchés publics.

Toutefois, le manque d'ambition des textes est flagrant et traduit une démarche de simple recommandation, même pas d'incitation avec quelques avantages qui pourraient en découler, et encore moins de prescriptions obligatoires (sauf pour l'achat de véhicule à moteur mais de manière inefficace, comme on le verra plus loin).

Au titre de cette définition des besoins, fondement de l'achat public, deux mesures peuvent être proposées, pour renforcer l'action publique exemplaire dans ce domaine, tant au niveau national que local :

- **Mesure n°1** – Obligation de définir dans les PCAE³ les mesures à prévoir pour la commande publique et de les évaluer annuellement / chaque contrat (marché public ou concession) doit s'inscrire dans le cadre d'une action du PCAE.
- **Mesure n° 2** – Achat de véhicule : suppression du seuil de procédure formalisée concernant tous les achats de véhicule et obligation de prévoir 50% du renouvellement annuel en véhicule électrique pur lorsque le rayon maximum du périmètre territorial est inférieur à 100 km à une altitude moyenne inférieure à 500 m, et en hybride au-delà de ces seuils.

³ Plan Climat Air Energie, issu de la loi Loi n° 2015-992 du 17 août 2015 relative à la transition énergétique pour la croissance verte, art. 36.II, remplaçant les Plans Climat Energie Territoriaux (PCET).

MESURE N°1 – DE LA PLANIFICATION A L’ACTION



Cette 1ère mesure consiste à imposer, pour tous les acheteurs publics de définir dans les PCAE⁴ les mesures à prévoir pour la commande publique et de les évaluer annuellement. De sorte que chaque contrat (marché public ou concession) s’inscrive dans le cadre d’une action du PCAE.

La mise en place de ces plans issus de la Loi GRENELLE II en particulier relève de la programmation générale, dont la traduction opérationnelle manque parfois, ou reste cantonnée à quelques opérations identifiées. La procédure d’élaboration de ce type de document n’implique que très peu les services opérationnels, mobilise l’instant de quelques réunions thématiques. Une fois adopté, le document (le PCET étant remplacé par le PCAE), comme tant d’autres notamment les schémas de type Schéma Régional du Climat Air Energie (SRCAE), constitue une planification environnementale indispensable pour viser les objectifs de réduction des GES de plus en plus rigoureux, mais sans engagement comportemental fort.

Un pont doit être jeté entre la planification d’objectifs et la programmation des opérations. Redonner du sens, c’est l’ambition de pouvoir faire la démonstration, pour des contrats d’une certaine importance au moins, qu’ils constituent une mesure d’un PCET et que cette mesure sera elle-même évaluée au titre du PCET, à l’instar des obligations en matière d’études d’impact environnemental.

La proposition de traduire les objectifs d’un PCAE dans sa commande publique et d’imposer son évaluation induira la création d’un **parcours de la commande publique environnementale**, applicable aux enjeux de chaque territoire, pragmatique et permettant la démonstration de l’exemplarité de l’Etat et des collectivités publiques dans ce domaine.

⁴ Voir note précédente.

Un rapport annuel devra être débattu et approuvé par les assemblées locales, et, pour celles-ci et l'Etat et ses établissements publics, publié et mis à disposition du public. Cette obligation doit également concerner toutes les entreprises publiques comme les SEML, les SPL, les associations relevant également du champ de la commande publique au sens de l'ordonnance du 23 juillet 2015.

Bien entendu, il est aisé de concevoir que tous les contrats de commande publique ne pourront pas nécessairement se rattacher à la mise en œuvre d'actions en matière environnementale. Et c'est pourquoi, les documents de consultation ou le rapport de présentation pourront motiver les exceptions. La démarche de commande publique durable, pour ne pas rester une exception, doit bien devenir un principe affirmé susceptible de dérogations motivées.

MESURE N° 2 – CONSECRATION DE L'ACHAT OBLIGATOIRE DE VEHICULES ELECTRIQUES



Pendant longtemps, la commande de véhicules électriques a été l'apanage de quelques acheteurs un peu militants, un peu communicants. Mais elle reste encore marginale malgré des dispositions spécifiques du Code des marchés publics (2006), insérées à l'article 75-1 créé par le décret n° 2011-493 du 5 mai 2011.

Toutefois, la prise en compte des incidences énergétiques et environnementales de ce véhicule sur toute sa durée de vie pour l'achat de véhicules n'est obligatoire que pour les procédures formalisées, et donc, pour les achats annuels supérieurs à 200.000 € HT. Autant dire rarement, voire jamais pour un grand nombre d'acheteurs publics.

L'usage reste de surtout bien veiller à rester en dessous des seuils pour conserver la liberté de choix des véhicules pour les élus, les agents. L'installation de bornes d'usage reste également très marginale.

Ce seuil est un frein absolu. Il est indispensable de l'abroger pour une commande de véhicule exemplaire en matière de véhicules électriques, à peine de nullité des marchés qui y dérogeraient, d'au moins 50% des nouveaux achats. Et encore faudrait-il viser 100%, sauf pour les véhicules techniques.

Un agenda d'adaptation aux véhicules électriques (ADEV) doit être élaboré et doit être engageant de la même manière qu'en matière d'accessibilité aux personnes à mobilité réduite.

Pour la plupart des collectivités territoriales et leurs établissements publics, un rayon d'action peut être déterminé pour tenir compte des problématiques d'autonomie (100 km de rayon et moins de 500 m d'altitude en moyenne). Au delà, le tout électrique pourra être remplacé par les véhicules hybrides.

Chapitre 2

VEILLER A L'ATTRIBUTION D'UNE COMMANDE PUBLIQUE DURABLE

D'une définition durable des besoins avant toute consultation, doit nécessairement *in fine* découler l'attribution d'une commande publique durable.

Pourquoi exiger une prise en compte renforcée des objectifs de développement durable dans la définition des besoins d'un acheteur, passer de la simple recommandation ou l'incitation à une véritable obligation coercitive, si ce « besoin durable » n'est pas retranscrit dans la procédure de passation et ne permet finalement pas l'attribution d'une commande publique durable.

L'attribution d'une commande publique durable, dont l'objectif est ici d'inciter voir obliger tant les candidats à intégrer la dimension environnementale dans leurs offres, que l'acheteur à la prendre en compte dans son analyse et l'attribution du marché, se conçoit comme le prolongement indispensable d'une définition durable des besoins et 5 mesures peuvent être proposées :

- **Mesure n° 3** – Critère environnemental obligatoire en cas de pluralité de critères, sauf justification tenant à l'objet du marché ou ses conditions particulières d'exécution pouvant objectivement justifier l'exception. A terme (2018), pour les opérations de construction de plus de 1 M€ HT, obligation de définir un critère d'éco-conception dans les marchés de travaux pondéré à au moins 20%. Application immédiate d'un critère « Eco conception » pour les achats de fourniture.
- **Mesure n° 4** – Rendre obligatoire la possibilité de présentation d'une variante environnementale obligatoire en travaux pour les opérations de construction de bâtiment supérieures à 1 M€ HT pour apprécier le coût global / création parallèle de deux missions complémentaires dans le décret n° 93-1268 du 29 novembre 1993 : une mission « BIM » et une mission « coût global », entrant dans la « mission de base » pour les bâtiments de plus d'1M€ HT.
- **Mesure n° 5** – Introduction d'un droit de préférence environnemental : à l'instar du droit de préférence de l'article 36 de la Loi de transition énergétique⁵, droit de préférence à égalité de prix ou à équivalence d'offres, au profit de l'offre présentant la meilleure valeur environnementale.
- **Mesure n° 6** – Variante d'allotissement : en cas d'ouverture aux variantes selon le nombre de lots susceptibles d'être obtenus (art. 32.I. dernier al.), obligation de prévoir un critère environnemental (ou social).
- **Mesure n° 7** – Extension des trois 1ères propositions concernant l'attribution au droit des concessions et aux appels à projets pour les cessions de terrains avec charges d'intérêt général.

⁵ Loi n° 2015-992 du 17 août 2015 relative à la transition énergétique pour la croissance verte, art. 36.II « Lorsque les marchés publics impliquent pour leur réalisation que des opérations de transport de marchandises soient exécutées, la préférence, à égalité de prix ou à équivalence d'offres, peut se faire au profit des offres qui favorisent l'utilisation du transport ferroviaire, du transport fluvial ou de tout mode de transport non polluant ».

MESURE N° 3 : RENDRE OBLIGATOIRE LE CRITERE ENVIRONNEMENTAL EN CAS DE PLURALITE DE CRITERES

L'article 52 de l'ordonnance n°2015-899 du 23 juillet 2015 relative aux marchés publics dispose sans grande nouveauté que « *le marché public est attribué (...) aux soumissionnaires qui ont présenté l'offre économiquement la plus avantageuse sur la base d'un ou plusieurs critères objectifs, précis et liés à l'objet du marché public ou à ses conditions d'exécution* ».



Les critères d'attribution sont ainsi une pierre angulaire essentielle de la procédure de passation, sur laquelle il faut nécessairement s'appuyer pour obliger les candidats à proposer des offres durables, ou plus largement à les obliger à prendre en compte l'environnement dans celle-ci.

L'article 59 II du projet de décret d'application de l'ordonnance apporte une innovation déjà non négligeable puisque, tout en conservant le système « pluralité de critère ou critère unique », il vient préciser que le critère unique peut être, outre le strict prix, « *le coût, déterminé selon une approche globale qui peut être fondée sur le coût du cycle de vie* ». Le coût global fondé sur cycle de vie permettant effectivement, notamment pour un ouvrage, de prendre en compte dans une approche durable et à long terme, tous les coûts, allant de l'acquisition et l'utilisation (consommation d'énergie ou d'eau par exemple), à la fin de vie (collecte et recyclage).

Le coût global fondé sur le coût du cycle de vie devrait, on l'espère, trouver une application plus régulière qu'aux seuls cas des contrats de conception-réalisation-exploitation-maintenance (CREM) introduit à l'article 73 du Code par le décret n° 2011-1000 du 25 août 2011 qui lui avait permis, mais encore trop peu, d'émerger.

Ce d'autant plus que pour les ouvrages de bâtiments et d'infrastructure soumis à la loi « MOP » du 12 juillet 1985, l'article 34 de l'ordonnance du 23 juillet 2015 supprime les exigences de motivations techniques qu'imposait le régime précédent, limitant dès lors considérablement les possibilités d'utilisation de cette procédure pour la plupart de la construction publique nationale⁶.

Cette approche globale, étendue à toute la construction publique, n'est pourtant qu'une moitié de chemin parcouru, l'autre moitié pouvant s'envisager par l'obligation pour l'acheteur, en cas de pluralité de critères, de retenir non seulement le prix mais également le critère environnemental sauf en cas de justification tenant à l'objet du marché ou ses conditions particulières d'exécution.

Les motifs d'absence de prise en compte du critère environnemental devront également, pour que la mesure ait une portée et que le principe ne devienne pas *in fine* l'exception, être mentionnée dans les documents de la consultation ou dans le rapport de présentation, à l'instar de ce qui est déjà prévu pour l'allotissement dans le projet de décret⁷.

Plus spécifiquement, c'est le critère de « l'éco-conception », moins large que la notion de « critère environnemental », mais non moins important, qui pourrait également être rendu obligatoire dans des cas spécifiques, que ce soit pour les marchés publics de fournitures d'une valeur égale ou supérieure aux seuils de procédure européenne de manière immédiate, mais surtout, à compter du 1^{er} janvier 2018 afin d'en anticiper sa mise en œuvre (en discutant et partageant notamment avec les entreprises du BTP pour leur permettre, aussi, d'intégrer au mieux ces nouvelles préoccupations), pour les marchés publics de travaux dont le montant est égal ou supérieur à 1.000.000 euros H.T.⁸

⁶ Cette nouvelle possibilité est vivement critiquée par une partie importante des architectes qui souhaitent conserver une limitation stricte à l'application des REM et des CREM dans la construction. Le lobby de cette opposition a d'ailleurs permis de faire adopter un amendement (n° 274, M. Bloche) lors de la discussion de la loi «Création, architecture et patrimoine », réintroduisant la limite qu'a pourtant supprimé l'ordonnance Marchés publics : Article 26 quaterdecies (nouveau) : L'article 34 de l'ordonnance n° 2015-899 du 23 juillet 2015 relative aux marchés publics est complété par un alinéa ainsi rédigé : « *Les acheteurs soumis à la loi n° 85-704 du 12 juillet 1985 précitée ne peuvent recourir à un marché public global de performance qui associe l'exploitation ou la maintenance à la conception-réalisation de prestations, quel qu'en soit le montant, que si des motifs d'ordre technique ou un engagement contractuel sur un niveau d'amélioration de l'efficacité énergétique rendent nécessaire l'association de l'entrepreneur à la conception de l'ouvrage.* »

⁷ Article 11, 101 et 102 du projet de décret

⁸ Pour un plaidoyer sur l'éco-conception, voir notamment « Le scénario Zero waste », Zero Waste France, nouveau nom du Centre national d'information indépendante sur les déchets (CNIID) : <http://lescenario.zerowastefrance.org>

MESURE N° 4 : VARIANTE ENVIRONNEMENTALE OBLIGATOIRE

Une quatrième mesure, à la fois simple puisque basée sur le mécanisme désormais bien connu de la variante, mais innovante dans un objectif de prise en compte de l'environnement dans l'attribution du contrat : il serait interdit d'interdire les variantes environnementales.

IMPOSER L'OUVERTURE AUX VARIANTES

ENVIRONNEMENTALES – En pratique, la plupart des acheteurs interdisent les variantes quels que soient les marchés concernés. D'une part en raison du manque de temps (ou prétendu tel) pour les analyser, du coût interne et parfois externe induit également par des analyses complexifiées. Le sentiment également d'une certaine insécurité juridique au regard des conditions d'analyse des critères d'attribution. Enfin également, le nombre important de procédures adaptées ouvertes utilisées par les acheteurs entraîne la multiplication du nombre d'offres déposées grâce à l'efficacité de la dématérialisation des annonces, des téléchargements des dossiers de consultations, des réponses dématérialisées : analyser des variantes, parfois à des offres de base peut créer une lourdeur supplémentaire pour la rédaction des rapports d'analyse des offres.



Pourtant, la nouveauté introduite par le décret n°2011-1000 du 25 août 2011 de présentation de « variantes directes » (sans nécessairement présenter d'offre de base qui alourdit le travail des candidats et n'incite donc pas à la présentation de variante), bien que maintenue par le projet de décret qui n'exige pas la présentation obligatoire d'une offre de base à l'appui d'une offre variante⁹), continue de soulever beaucoup de questionnements chez certains acheteurs qui ont alors l'impression de devoir comparer des offres non comparables, dans le cadre rigoureux des modalités de mise en œuvre des critères d'attribution défini (peut être mal) dans les règlements de consultation.

Il reste difficilement concevable que l'examen d'un grand nombre d'offres médiocres puisse être préféré à un plus petit nombre, optimisées sur le plan technique et environnemental, quitte à limiter le nombre de candidatures admises à présenter une offre, en somme à

⁹ Article 55 du projet de décret

recourir davantage aux procédures restreintes à l'examen d'un nombre d'offres compris entre le minimum et... un maximum d'une dizaine.

Alors, imposer à l'acheteur d'examiner une offre variante environnementale, c'est se donner la peine et donc prendre le temps d'examiner sous cet angle toute commande publique, en fonction des propositions pouvant être imaginées par les entreprises qui souvent, s'inscrivent elles-mêmes dans cette démarche dont la portée peut être finalement limitée par cette impossibilité de variante. Quoi de mieux, pour que la prise en compte des objectifs de développements durables ne soit pas unilatérale mais s'insère dans une démarche coopérative avec les entreprises, que d'inciter les candidats à proposer de leur propre initiative des modifications techniques de nature environnementale aux spécifications prévues dans la solution de base ?

Cette mesure est évidemment une mesure « miroir » de celle visant à imposer un critère environnemental, sauf dérogation motivée. Elle implique une réflexion accrue sur la rédaction des cahiers des charges et des exigences minimales pouvant être définies afin de mieux sérier les variantes possibles, sans remise en cause fondamentale du besoin.

Son application conduirait, au pire, à la neutralisation du critère environnemental en cas d'absence de toute proposition (et donc au statu quo par rapport à la réglementation actuelle n'imposant pas ce critère) et au mieux, à la mieux-disance environnementale, chaque fois que cela est possible, chaque fois que l'acheteur n'ayant pas pu préciser son besoin sous cet angle, il pourra examiner les propositions et innovations éventuelles que le monde de l'entreprise sera à même de lui apporter.

Il est en effet évident que pour s'ouvrir à une commande publique durable et innovante, il ne faut évidemment pas fermer les cahiers des charges.

IMPOSER UNE VARIANTE ENVIRONNEMENTALE – Au-delà de la généralisation de l'ouverture généralisée des variantes environnementales dans tous les secteurs de la commande publique, une réflexion particulière sur la construction publique pourrait, à terme,



conduire à renforcer l'impact de la variante environnementale ouverte. En particulier, la rendre obligatoire, sauf à ce que bien sûr, l'éco-conception soit totalement généralisée.

Ainsi, pour les marchés publics de travaux de construction de bâtiment dont la valeur est égale ou supérieure au seuil de la procédure formalisée (toujours aux environs de 5.000.000 euros H.T), le maître d'ouvrage serait non seulement dans l'obligation d'autoriser les variantes environnementales, mais également devrait les imposer aux entreprises afin qu'elles proposent au moins une variante environnementale ; une atténuation pourrait être néanmoins prévue pour les petits lots, souvent attribués à des entreprises de taille modeste sur de tels chantiers et n'ayant pas toutes la capacité de s'inscrire dans cette démarche obligatoire.

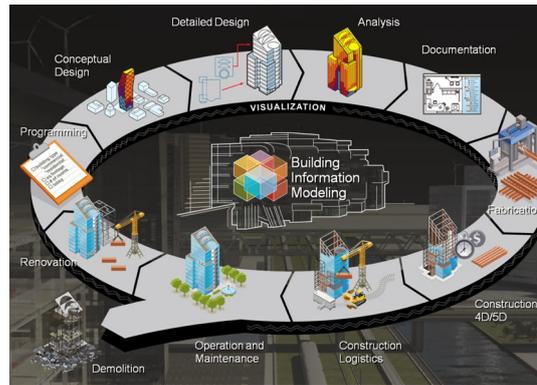
Sans aller donc jusqu'au contrat global, une telle mesure induirait obligatoirement de la part des architectes d'intégrer dans les cahiers des charges techniques des marchés une démarche d'éco-conception et de la part des entreprises d'être force de proposition technique dans le domaine relevant précisément de leurs compétences.

Cette démarche n'est pas inconnue, et même reconnue, puisque le Ministère de l'environnement s'est déjà engagé dès 2009 à accroître la performance environnementales et des infrastructures en favorisant la comparaison des solutions environnementales par la création d'un « éco-comparateur » commun aux entreprises portant sur l'énergie consommée, les émissions de gaz à effet de serre ou la préservation de la ressource naturelle, et qui permet aux Maîtres d'ouvrages de vérifier et comparer d'un point de vue environnemental les variantes environnementales proposées à la solution de base¹⁰.

¹⁰ Exemple de SEVE (Système d'Évaluation des Variantes Environnementales) qui est un éco-comparateur souhaité par les maîtres d'ouvrage afin de leur permettre une comparaison objective et simplifiée des différentes variantes environnementales proposées par les entreprises dans le cadre d'appels d'offres de travaux.

RENDRE OBLIGATOIRE A TERME UNE MISSION COUT GLOBAL AVEC LA METHODE BIM¹¹

– Incidemment et nécessairement, en terme de mesure d'accompagnement, le décret n°93-1268 du 29 novembre 1993 relatif aux missions de maîtrise d'œuvre confiées par des maîtres d'ouvrage publics à des prestataires de droit privé devra être modifié, que ce soit dans le domaine du bâtiment comme dans le domaine des infrastructures, dans le but d'intégrer de nouvelles missions pour une conception et une



Source : www.builpedia.com

construction répondant aux objectifs de développement durable : rendre obligatoire comme élément de mission de base Loi MOP pour les bâtiments de plus de 5.000.000 € HT une mission « Coût global » intégrant le BIM et imposer également cette mission pour les ouvrages d'infrastructure, dans la perspective de concevoir des villes durables avec ce type d'outil.

Au demeurant, avec un objectif de délai (horizon octobre 2018, date citée par l'ordonnance Marchés publics du 23 juillet 2015 pour rendre obligatoire la dématérialisation totale des marchés publics), toutes les opérations de construction ou d'aménagement supérieure à 1.000.000 € HT devrait faire l'objet d'une mission BIM.

Ces différentes mesures pourraient se développer plus rapidement dans le secteur du logement social, pour les éco-quartiers, où la réponse à la problématique de la poursuite et le suivi des engagements, avec les dispositifs techniques et contractuels adaptés, doit être rapidement apportée.

¹¹ Building Information Modeling

MESURE N° 5 : CREATION D'UN DROIT DE PREFERENCE ENVIRONNEMENTAL

GENERALISATION D'UN DROIT DE PREFERENCE ENVIRONNEMENTAL - La « Prime à l'environnement », c'est l'objectif de cette 5^{ème} mesure proposée pour l'attribution d'une commande publique durable. Suivant l'objectif d'incitation voire d'obligation faite aux candidats à prendre en compte l'environnement dans leur offre, l'idée de favoriser (ou plutôt récompenser) le candidat ayant élaboré une offre de très bonne qualité environnementale doit être envisagée.



Toutefois, un tel dispositif ne doit pour autant pas créer une rupture d'égalité de traitement des candidats, voire contraindre l'acheteur à ne pas respecter les critères d'attribution qu'il a lui-même choisis en attribuant le marché à la meilleure offre environnementale au profit de l'offre économiquement la plus avantageuse qui reste évidemment le principe.

C'est la raison pour laquelle, la conciliation de ces impératifs pourrait passer par la création d'un droit de préférence environnemental permettant à l'acheteur, en cas d'équivalence d'offres, d'attribuer le marché à l'offre présentant la meilleure valeur environnementale.

Créer un droit de préférence environnemental participera non seulement de la démarche d'attribution d'une commande publique durable, mais aura également une fonction d'innovation environnementale vis-à-vis des offres des candidats.

Le mécanisme du droit de préférence n'est pas inconnu puisque l'article 53 IV du Code des marchés publics 2006 prévoit déjà « *un droit de préférence, à égalité de prix ou à équivalence d'offres, à l'offre présentée par une société coopérative de production, par un groupement de producteurs agricoles, par un artisan, une société coopérative d'artisans ou par une société coopérative d'artistes ou par des entreprises adaptées* », permettant l'attribution préférentielle du marché à un candidat en fonction de son statut (SCOP, groupement de producteurs agricoles, artisan...) en cas d'équivalence d'offres. En outre, l'article 36 de la loi n° 2015-992 du 17 août 2015 relative à la transition énergétique pour la croissance verte a également créé un tel droit de préférence au bénéfice des modes de transports des marchandises les moins polluants¹².

¹² « II. - Lorsque les marchés publics impliquent pour leur réalisation que des opérations de transport de marchandises soient exécutées, la préférence, à égalité de prix ou à équivalence d'offres, peut se faire au profit des offres qui favorisent l'utilisation du transport ferroviaire, du transport fluvial ou de tout mode de transport non polluant ».

DEFINITION DES OFFRES EQUIVALENTES – La question d'équivalence des offres peut toutefois rester un obstacle à l'application d'un droit de préférence.

Elle est toujours sujette à interprétation mais peut être aisément clarifiée comme l'a fait le législateur national pour les marchés publics de haute technologie, de R&D et d'études technologiques¹³ sur la base d'un écart de point n'excédant pas 10 %.

Le législateur européen¹⁴ l'a également cristallisée à 3% d'écart de prix, ce qui ne rend pas incompatible l'écart de note globale de 10% dès lors qu'il y aurait bien un écart de prix de 3%.

La notion d'offres équivalentes devra être précisée par le législateur national comme européen, mais pourrait être tout simplement considérée comme telle lorsqu'elles sont équivalentes au regard des critères d'attribution (même note finale) et si l'écart de prix respectif entre les deux offres n'excède pas 10% avec un écart de prix n'excédant pas 3%.

DU DROIT DE PREFERENCE A L'OFFRE A HAUTE QUALITE ENVIRONNEMENTALE – Ce dispositif se conçoit dans l'optique plus large de créer une notion d'Offres à Haute Valeur Environnementale (OHVE), bénéficiant d'un droit de préférence dans l'attribution des marchés. Il est d'ailleurs nécessaire que cette notion devienne un vocable de la commande publique courant et essentielle, au même titre que les Offres Anormalement Basses (OAB) dont le régime est aujourd'hui bien connu.

¹³ On trouve notamment une définition de l'offre équivalente dans l'article 4 du décret 2009-193 du 18 février 2009 relatif aux modalités d'application de l'article 26 de la loi n°2008-776 du 4 août 2008 de modernisation pour la passation des marchés publics de haute technologie avec des petites et moyennes entreprises innovantes : « *Des offres sont regardées comme équivalentes au sens de ces dispositions : 1° S'il est procédé à leur pondération chiffrée, lorsque l'écart du nombre de points obtenus par rapport à l'offre la mieux classée n'excède pas 10 % ; 2° S'il est procédé par hiérarchisation des critères, lorsque après l'application du ou des précédents critères, l'écart de prix entre les offres restantes n'excède pas 10 %* ». Pour autant, le décret du 18 février 2009 est pris pour l'application de l'article 26 de la loi n°2008-776 du 4 août 2008 de modernisation pour la passation des marchés publics de haute technologie avec des petites et moyennes entreprises innovantes, de sorte que cette notion « d'offres équivalente » ne semble être applicable qu'aux marchés objets de l'article 26 de la loi du 4 août 2008 (marchés de haute technologie, de recherche et développement et d'études technologiques : *TA Toulouse, 24 avril 2013, SCOP coopérative industrielle de travaux électrique, req n°1301286*).

¹⁴ Mais cette définition n'existe que dans la Directive 2014/25 Secteurs spéciaux du 26 février 2014, article 85-3, et n'est applicable que pour un droit de préférence des offres contenant des produits originaires de pays de membres de l'Union ou de pays avec lesquels l'Union a conclu un accord assurant un accès comparable et effectif.

L'on pourrait même imaginer, en sus de la création d'un régime des OHVE, un régime des Offres à Basse Valeur Environnementale (OBVE), calqué sur le régime des offres anormalement basse¹⁵, qui permettrait à l'acheteur de rejeter une offre dont la valeur environnementale est inexistante, trop faible, voire néfaste même sur certains points notamment par l'utilisation de matériaux et fournitures clairement contraires aux objectifs de l'acheteur ou nationaux notamment issus de la Loi de transition énergétique. En effet, à l'heure où la protection de l'environnement est une nécessité et plus seulement une idéologie, pourquoi sanctionner les offres anormalement basses au motif qu'elles « *font courir au pouvoir adjudicateur le risque que le marché ne puisse être exécuté dans les conditions prévues, que l'entreprise soit défailante ou encore qu'elle sollicite la passation d'avenants au marché initial* »¹⁶ et qu'elles sont « *de nature à compromettre la bonne exécution du marché conclu sur sa base* »¹⁷, sans sanctionner les offres à faible valeur environnementale qui sont de nature à compromettre, quant à elle.....notre environnement.

De la préférence aux OHVE, devrait nécessairement découler la sanction de l'exclusion des OBVE.

¹⁵ Article 55 du code des marchés publics et article 57 du projet de décret d'application de l'ordonnance du 23 juillet 2015

¹⁶ Concl. M. le Rapporteur Public Bertrand DA COSTA sous CE, Département de la Corse du Sud, 1^{er} mars 2012, req. n°354159

¹⁷ Guide des bonnes pratiques en matière de marchés publics du 26 septembre 2014.

MESURE N° 6 : PRISE EN COMPTE D'UN CRITERE ENVIRONNEMENTAL POUR L'OFFRE DE LOTS MULTIPLES

Cette mesure n°6 est le corolaire de la mesure n°3 relative à l'obligation d'intégrer un critère environnemental en cas de recours de l'acheteur à une pluralité de critères d'attribution au sens de l'article 59 du projet de décret.

L'article 32 de l'ordonnance du 23 juillet 2015 a en effet repris la possibilité pour les acheteurs de « limiter le nombre de lots pour lesquels un opérateur économique peut présenter une offre ou le nombre de lots qui peuvent être attribués à un même opérateur économique » en précisant que « les offres sont appréciées lot par lot sauf lorsque l'acheteur a autorisé les opérateurs économiques à présenter des offres variables selon le nombre de lots susceptibles d'être obtenus ».

Le recours au critère environnemental devra ainsi également figurer parmi les critères d'attribution dans le cas où l'acheteur limite le nombre de lots susceptibles d'être attribués à un même soumissionnaire et autorise conséquemment les opérateurs économiques à présenter des offres variables selon le nombre de lots susceptibles d'être obtenus.



MESURE N° 7 : EXTENSION A L'ENSEMBLE DE LA COMMANDE PUBLIQUE

La commande publique s'entend désormais assez largement, pour ne plus se limiter au seul Code des marchés publics.

Si avant l'ordonnance du 23 juillet 2015, seul le code des marchés publics contenait certaines prescriptions propres à la prise en considération du développement durable, il paraît important de considérer l'achat public soutenable dans l'expression de la totalité des besoins publics.

Un problème global nécessite une approche et bien entendu une réponse globale. L'achat public ne peut plus se contenter de quelques mesures, cantonnées dans le seul Code des marchés publics dont le champ d'intervention s'ouvre désormais, grâce à l'ordonnance du 23 juillet 2015, aux contrats de partenariat.

Cette mesure n° 10 a donc pour vocation de considérer que toutes les commandes « publiques », concernant tous les organismes (pouvoirs adjudicateurs ou entités adjudicatrices, organismes publics ou privés) doivent se voir imposer les 9 mesures précédentes.

Les contrats de concession au sens large sont évidemment les 1ers concernés : qu'il s'agisse des délégations de service public (concessions et affermages), des concessions de travaux purs, de concessions d'aménagement, tous les secteurs de l'économie publique doivent être concernés. Il ne paraît plus soutenable en effet de pouvoir permettre à des commanditaires publics, quelle que soit leur taille, de pouvoir ne pas prévoir les mesures précédemment décrites dans le domaine des transports publics (infrastructures routière, ferrées, portuaires, aéroportuaires, transport téléporté), de l'eau (potable, assainissement et brute), de l'enseignement, de la culture et des sports, des déchets ménagers bien sûr (collecte et traitement).

En outre, d'autres contrats notamment d'occupation du domaine public ou de cession de droits à construire avec charges d'intérêt général, ne peuvent non plus de manière soutenable ne pas prendre en compte les considérations environnementales minimales permettant d'atteindre rapidement et efficacement les engagements de réduction des GES.

Le parti reste d'imposer la prise en compte des préoccupations environnementales, sous réserve de dérogations clairement et préalablement justifiées.



Chapitre 3

PRÉCONISER DES CONDITIONS D'EXECUTION ENVIRONNEMENTALES

Après la définition des besoins et la procédure d'attribution, vient naturellement l'exécution du contrat dans la création du parcours de la commande publique environnementale.

Si les besoins sont définis durablement et que l'attribution du contrat se fait au regard d'une prise en compte effective de l'environnement, encore faut-il que les conditions d'exécution en suivent le cheminement et que l'acheteur préconise dès en amont des conditions d'exécution environnementales.



Les conditions d'exécution d'un marché sont définis en amont puisqu'intégrées dans le(s) cahier(s) des charges (CCAP, CCTP...) faisant partie des documents de la consultation sur lesquels se basent les candidats pour connaître le marché sur lequel elle soumissionne. Et si des exigences fortes en matière environnementale doivent être imposées, c'est bien en grande partie aussi par les conditions d'exécution du contrat qu'elles doivent être véhiculées.

Devant le constat d'une trop faible intégration du développement durable dans les conditions d'exécution du contrat par les acheteurs¹⁸, malgré les possibilités pourtant déjà offerte par le Code des marchés publics actuel (article 14), 3 mesures directement liées à l'exécution du contrat peuvent être proposées pour accroître et imposer la prise en compte de considérations environnementales sur les cocontractants :

- **Mesure n°8** – Obligation de prévoir au moins une condition d'exécution à caractère environnemental, sauf justification tenant à l'objet du marché ou ses conditions particulières d'exécution pouvant objectivement justifier l'exception.
- **Mesure n°9** – Créer une clause d'intéressement environnemental pour les contrats globaux : dès lors qu'une performance environnementale est définie et assortie d'une pénalité, obligation de prévoir, en cas de dépassement de la performance attendue, une clause d'intéressement partagé.
- **Mesure n°10** – Obligation de majorer le montant de l'avance forfaitaire à 15%, sans garantie à 1^{ère} demande pour les avances inférieures à 50.000 € et 150.000 €, pour l'acquisition de matériaux, produits, fournitures bénéficiant d'un écolabel.

¹⁸ Il semblerait que seuls 6,7% des marchés publics de plus de 90.000 € conclus en 2013 comportaient une clause environnementale.

MESURE N°8 : OBLIGATION DE PREVOIR AU MOINS UNE CONDITION D'EXECUTION ENVIRONNEMENTALE



La prise en compte de considérations environnementales dans les conditions d'exécution découle déjà de l'article 14 du Code des marchés publics 2006 énonçant que « *les conditions d'exécution d'un marché ou d'un accord-cadre peuvent comporter des éléments à caractère social ou environnemental qui prennent en compte les objectifs de développement durable en conciliant développement économique, protection et mise en valeur de l'environnement et progrès social* ».

Alors pourtant qu'il s'agit d'un outil permettant aux acheteurs de fixer eux-mêmes, le niveau d'exigence environnementale qu'ils souhaitent voir atteint dans l'exécution de leurs marchés (limitation du déplacement des véhicules, limitation de la production des émissions de gaz à effet de serre, encadrement des conditions de transport des marchandises livrées pour une consommation limitée d'énergie, obligation de récupération et/ou réutilisation des emballages, collecte et recyclage des déchets produits, fourniture de produits bio ou labellisés...), il ne s'agit que d'une possibilité et non d'une obligation, rendant finalement sans véritable portée les dispositions du Code des marchés publics.

Au niveau européen, même si une directive a pu rendre un semblant obligatoire la démarche d'achat respectueuse des aspects environnementaux du développement durable¹⁹, et a publié guide et communication interprétative dans ce domaine²⁰, il ne s'agit là encore que d'une démarche indicative dans le but d'aider les acheteurs à mener une politique d'achats écologiques, sans aucun caractère obligatoire ni sanction quant à leur non-respect.

¹⁹ 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 énergétique la plus élevée* ».

²⁰ Guide publié par la Commission européenne, « Acheter vert : un manuel sur les marchés publics écologiques » ; Communication interprétative relative à des marchés publics pour un environnement meilleur ; Guides du groupe d'étude des marchés (GEM) développement durable, environnement <http://www.economie.gouv.fr/daj/guides-et-recommandations-des-gem-et-autres-publications>

La directive européenne 2014/24/UE du 26 février 2014²¹ et l'ordonnance du 23 juillet 2015 la transposant dans le droit national²², ne reviennent pas sur cette simple faculté puisqu'elles maintiennent le principe selon lequel les conditions d'exécution peuvent prendre en compte des considérations relatives à l'environnement. Le très faible taux de clauses environnementales évoqué ci-dessus en témoigne d'ailleurs, et le vœu de pouvoir porter à 30% le nombre de marchés intégrant des clauses environnementales risque bien d'être pieux sans autre forme de contraintes.

Il paraît donc aujourd'hui impératif que, sauf en cas de justification liée à l'objet du marché ou ses conditions particulières dument motivée par l'acheteur, l'intégration de condition d'exécution à caractère environnemental, a minima une, devienne une obligation et non plus une simple faculté.

L'intégration d'au moins une condition d'exécution environnementale n'est d'ailleurs pas si contraignante, que ce soit pour les acheteurs ou les soumissionnaires, au regard de la palette de mesures de ce type déjà connues dont certaines sont aisées à mettre en œuvre et qui, même si elles paraissent minimes, contribuent à l'effort collectif. Pour quelques exemples, l'acheteur peut facilement :

- exiger une livraison des produits sur le chantier par lots et ensuite dispatching sur le chantier ; exiger l'utilisation d'indicateurs de dosage, afin de s'assurer que les quantités appropriées de produits de nettoyage sont utilisées ;
- imposer que les produits ou les emballages sont emportés par l'attributaire pour être réutilisés, recyclés ou éliminés de manière appropriée ;
- obliger les candidats à dispenser une formation aux membres du personnel sur l'impact environnemental de leur travail ;
- demander à ce que les produits soient livrés en dehors des heures de pointe afin de minimiser l'impact des livraisons sur la congestion du trafic ;
- demander l'utilisation de produits et matériaux bénéficiant d'éco-labels...

²¹ Article 70 de la Directive 2014/24/UE du 26 février 2014 : « les pouvoirs adjudicateurs peuvent prévoir des conditions particulières concernant l'exécution d'un marché pour autant qu'elles soient liées à l'objet du marché au sens de l'article 67, paragraphe 3, et indiquées dans l'appel à la concurrence ou dans les documents de marché. Ces conditions peuvent prendre en compte des considérations relatives à l'économie, à l'innovation, à l'environnement, au domaine social ou à l'emploi ».

²² Article 38 de l'ordonnance n°2015-899 du 23 juillet 2015 : « Les conditions d'exécution d'un marché public peuvent prendre en compte des considérations relatives à l'économie, à l'innovation, à l'environnement, au domaine social ou à l'emploi, à condition qu'elles soient liées à l'objet du marché public ».

Dans le domaine de la construction publique, de nombreux maîtres d'ouvrage incluent dans les dossiers de consultation des cahiers des clauses environnementales (CCE), voire établissent des cahiers des clauses environnementales générales (CEEG) applicables à des marchés de travaux dans un domaine particulier²³.

La documentation commence d'ailleurs à être assez développée en la matière²⁴, y compris chez nos voisins²⁵.

L'ADEME, notamment, développe son expertise sur de nombreux domaines d'intervention.

Cette mesure pourrait évidemment être étendue concernant les clauses sociales dont la portée a pendant longtemps été limitée, même si elles tendent en pratique à devenir de plus en plus présentes (dispositifs d'insertion notamment)²⁶.

²³ CCEG des marchés de travaux de la Direction des routes du Conseil départemental du VAR : http://www.var.fr/documents/35004/36586/1029_VotreCG_3_DepartementActeurRouteDurable_CahierClausesEnvironnementales_JUIN+2011.pdf/f29bc713-35bd-4d4c-83d8-0361af8d3e6a

²⁴ Guide du Département de la Somme (2015): « Les clauses environnementales dans les opérations de travaux de bâtiments ou comment agir autrement » : http://www.developpement-durable.gouv.fr/IMG/pdf/Les_clauses_environnementales_dans_les_operations_de_travaux_CG_Somme_decembre_2014.pdf

²⁵ « Achats publics durables – intégration de clauses environnementales, sociales et éthiques dans les marchés publics et promotion de l'accès aux PME », Région de Wallonie – Service public de Wallonie, note de cadrage et conseils juridiques à l'attention des praticiens des marchés publics, février 2014 : <http://marchespublics.cfwb.be/fr/informations-generales/pratiques-de-marche/achats-publics-durables/you-souhaitez-inserer-concretement-des-clauses-environnementales-sociales-et-ou-ethiques-dans-un-cahier-des-charges.html>

²⁶ Voir Rapport du CGEDD, n° 008346-01, « Les clauses sociales dans la commande publique du ministère de l'écologie, du développement durable et de l'énergie, et du ministère de l'égalité des territoires et du logement », juin 2013, La Documentation française.

MESURE N°9 : CREATION D'UNE CLAUSE D'INTÉRESSEMENT ENVIRONNEMENTAL DANS LES CONTRATS GLOBAUX

Intéresser les intervenants à l'acte de construire, ou plus largement tout cocontractant de l'acheteur souhaitant prendre en considération l'environnement dans son achat, est nécessairement un moyen supplémentaire de faire de la commande publique durable, un objectif partagé pas tous et non une simple volonté publique.

L'achat durable se trouvera évidemment renforcé si les deux cocontractants tendent vers le même objectif et, surtout, pour le partenaire privé, si l'atteinte voire le dépassement de ses objectifs environnementaux contractuels est récompensé. Dans la mesure où le contexte économique actuel, tant dans la sphère publique que privée, est difficile, il faut mettre en mesure les partenaires de trouver un intérêt – financier – à la mise en œuvre des moyens nécessaires pour coopérer dans la démarche environnementale.



L'idée d'une clause d'intéressement environnementale dans les contrats prend appui sur le Code des marchés publics et la possibilité qu'il ouvre de prévoir des clauses incitatives (art. 17 du Code 2006 ; art. 16 du projet de décret d'application de l'ordonnance de 2015), énonçant que « *des clauses incitatives peuvent être insérées dans les marchés aux fins d'améliorer les délais d'exécution,*

de rechercher une meilleure qualité des prestations et de réduire les coûts de production ». Des réflexions existent d'ailleurs depuis longtemps sur les conditions de mise en œuvre comme le démontre une circulaire de 1969 relative à l'insertion de telles clauses dans les marchés publics²⁷.

La clause incitative est régulièrement appliquée dans les marchés publics de maîtrise d'œuvre, notamment en terme de maîtrise des coûts et délais. En effet, en application de l'article 9 de la loi MOP du 12 juillet 1985, « *la mission de maîtrise d'œuvre donne lieu à une rémunération forfaitaire fixée contractuellement. Le montant de cette rémunération tient compte de l'étendue de la mission, de son degré de complexité et du coût prévisionnel des travaux* ». Aussi, les engagements contractuels sont relatifs tant au coût prévisionnel des travaux appréciés au stade des études (généralement un engagement à l'issue de la phase AVP sur la

²⁷ Circulaire n° 2485/CCM du 4 mars 1969 du ministère de l'économie et des finances relative à l'insertion dans les marchés publics de clauses à caractère incitatif, publiée in extenso in « Code des marchés publics commenté et annoté », N. Charrel et M. Guibal, Ed. Le Moniteur.

base de l'estimation définitive du coût prévisionnel des travaux), qu'au coût des marchés de travaux apprécié au stade des travaux (le respect de l'engagement du maître d'œuvre est contrôlé après l'exécution complète des travaux). Pour forcer le respect de cet engagement sur le coût des travaux et les délais, des pénalités financières sur la rémunération du maître d'œuvre sont souvent prévues par le marché avec évidemment un seuil de tolérance. Mais inversement, des clauses incitatives d'intéressement financier sur les économies réalisées sont également parfois contractualisées afin de contribuer à limiter l'augmentation du coût des travaux.

Il pourrait ainsi renforcer l'usage des clauses incitatives en cas de réduction des consommations d'énergies ou de ressources sur lesquelles les opérateurs ont pu s'engager.

Plus particulièrement, concernant les marchés publics globaux de performance²⁸, les objectifs de performance – environnementale – mesurable sont des objectifs contractuels qui doivent être atteints par le titulaire sous peine de se voir appliquer des pénalités également contractuellement prévues. Aussi, si la non-atteinte des objectifs est sanctionnée, en revanche, le dépassement tant des objectifs que des attentes de l'acheteur n'est que très rarement valorisé, n'incitant ainsi pas le titulaire à s'engager dans cette démarche.

Même si la clause d'intéressement existe juridiquement et fait partie de la palette des diverses clauses incitatives, elle n'est, encore et toujours, qu'une simple faculté et n'est donc que trop peu appliquée, alors pourtant que son objectif, qui est d'intéresser le titulaire du marché aux progrès effectués lors de l'exécution du marché par rapport aux objectifs contractuellement identifiés, milite à ce qu'elle soit utilisée, à tous le moins pour les objectifs de performance environnementale.

Une clause d'intéressement environnementale est particulièrement adaptée lorsque le marché public global de performance a pour objet la réalisation d'économies d'énergie ou la réduction des consommations, le titulaire voyant sa rémunération modulée proportionnellement aux résultats obtenus, et l'acheteur voyant ses objectifs de performance dépassés par rapport à ce qui était souhaité initialement. Dans une démarche de commande publique durable, il ne fait plus se cantonner à la seule réalisation d'objectifs de performance, mais plutôt désormais en rechercher le dépassement.

La clause d'intéressement environnementale a toute vocation à devenir une obligation dans tous les marchés publics globaux dans lesquels un objectif de performance environnementale est déterminé, et ne plus rester une simple faculté non mise en œuvre.

²⁸ Insérés à l'article 89 du projet de décret

MESURE N°10 : LA MAJORATION DU MONTANT DE L'AVANCE FORFAITAIRE VERSÉE AU TITULAIRE

Toujours dans le volet financier de l'exécution des marchés, cette 10^{ème} mesure est relative à l'avance forfaitaire au profit du titulaire.

L'article 87 du Code des marchés publics de 2006, repris à l'article 106 du projet de décret d'application de l'ordonnance du 23 juillet 2015, traite du régime de l'avance forfaitaire, versement effectué aux titulaires avant le début d'exécution des marchés dans le but de faciliter l'exécution des marchés et assurer l'égalité d'accès entre les entreprises. Le montant de l'avance forfaitaire est de 5% du marché initial toute taxes comprises mais le marché peut prévoir une avance supérieure dans la limite de 30% du marché initial (et jusqu'à 60% lorsque le titulaire constitue une garantie à première demande).

Dans une démarche incitative vis-à-vis des entreprises engagées dans une politique environnementale, il peut être envisagé de rendre obligatoire la majoration du montant de l'avance forfaitaire accordée au titulaire de 15%, sans obligation pour celui-ci de constituer une garantie à première demande lorsqu'elle excède 30% du montant du marché initial si elle est inférieure à 150.000 euros H.T., pour tous les marchés ayant pour objet l'acquisition de matériaux, produits et fournitures, bénéficiant d'un écolabel ou d'une certification EMAS²⁹.



Cette mesure permettra plus généralement à tous les titulaires de marché souhaitant bénéficier d'une avance plus importante à celle de « droit commun » et sans garantie, de privilégier un approvisionnement en matériel, matériaux et autres fournitures nécessaires au démarrage des prestations et/ou travaux objet du marché, auprès d'entreprises bénéficiant d'écolabels ou d'une certification EMAS.

²⁹ Eco-Management and Audit Scheme. Voir la documentation « EMAS, votre engagement pour l'environnement », Ministère de l'Ecologie, du Développement durable et de l'Energie : <http://www.developpement-durable.gouv.fr/IMG/pdf/EMAS.pdf>



CONCLUSION

La commande publique a rendez-vous avec la Planète

Rarement les conjonctions ont été si favorables pour renforcer la prise en compte des objectifs en terme de développement durable et les traduire en mesures concrètes pouvant avoir un véritable effet levier sur environ 100 milliards à l'échelle nationale, et 1.000 milliards à l'échelle européenne si ces mesures sont étendues rapidement dans la réglementation communautaire.

Ces quelques mesures, à partager, développer, renforcer sûrement, sont une modeste contribution à la traduction concrète du Plan National d'Action pour les Achats Publics Durables (PNAPD 2015-2020), à la volonté d'impliquer les acteurs de l'achat dans la prise en compte effective du développement durable au moment où les Directives Marchés et Concessions sont en cours de transposition, au moment où les engagements de la COP 21 doivent prendre la forme d'actions effectives, au moment où l'urgence semble cette fois avérée.

Il semble incontournable de devoir passer de l'incitation à l'obligation, « juridiquement engageante » lors des discours d'ouverture la COP 21.

De ces quelques contraintes pourront naître des résultats significatifs pour plusieurs raisons :

- L'effet d'échelle sur une commande publique (au sens très large) nationale et européenne, difficilement chiffrable dans un 1^{er} temps, semble manifeste.
- L'incidence sur l'innovation environnementale et la place de la France et de l'Europe est également indéniable, source de progrès écologique et économique.
- Les expérimentations pendant les dernières années ont été suffisamment nombreuses pour qu'un recul suffisant servent la commande publique à venir et permettre ainsi la généralisation des obligations.

L'achat innovant a son guide officiel³⁰, mais l'achat public durable se cantonne à des guides éparses, spécifiques et sectorisés à certains domaines particuliers³¹ sans disposer d'un guide transversale, dont les mesures ont une portée générale applicable à tous les types de marché et à tous les secteurs d'activité : il est indispensable, mais probablement déjà un peu tardif et insuffisant s'il n'est pas impératif.

Alors que tout le monde s'accorde à considérer que c'est maintenant où jamais qu'il faut redresser la barre de la dérive qui nous conduirait à grever de manière irréversible l'avenir, ces quelques mesures peuvent rapidement trouver à s'appliquer dès lors qu'elles peuvent s'insérer dans le projet de décret d'application de l'ordonnance du 23 juillet 2015, comme proposé en annexe ci-après.

Ces 10 mesures se veulent donc simples, fortes, de nature à en amener d'autres, notamment en terme d'accompagnement et de suivi. Et pour finir, il semble également temps de créer un observatoire national de l'achat durable (ONAD) pour analyser les effets des mesures, à l'instar de tout dispositif lié aux études d'impact, et proposer les mesures supplémentaires et correctives qui pourraient d'avérer nécessaires.

« L'avenir dépend de ce que nous faisons dans le présent »³².

³⁰ Guide pratique de l'achat public innovant – Conjuguer au présent l'innovation avec les politiques d'achat public, Ministère de l'Economie et des Finances et Ministère du redressement productif, janvier 2014 : http://www.economie.gouv.fr/files/files/directions_services/daj/marches_publics/conseil_acheteurs/guides/guide-pratique-achat-public-innovant.pdf

³¹ Guide de l'achat public durable – Achat de produits, matériel et prestations de nettoyage (septembre 2009) ; Guide relatif à l'efficacité énergétiques dans le bâtiment : application à un établissement scolaire (Août 2013) ; Guide de l'achat public d'énergie – Mars 2015 ; Guide sur les achats publics issus du commerce équitable (juillet 2012) ; Guide de l'achat public durable – Achat de vêtements (juillet 2009)... <http://www.economie.gouv.fr/daj/oeap-liste-des-guides-gem>

³² Mahatma Gandhi

LIVRE ORANGE DE LA COMMANDE PUBLIQUE DURABLE (CO.P.21)

ANNEXE

**L'impact des 10 mesures sur le projet de
décret relatif aux marchés publics.**

**Proposition de modification du projet de
décret dans le cadre de la consultation
publique**

L'intégration des 10 mesures proposées dans le projet de décret relatif aux marchés publics

Mesures	Article du projet de décret Version actuelle	Article du projet de décret – Proposition de modification
La définition durable des besoins		
<p>Mesure n°1 : De la planification à l'action</p> <p><u>Objectif</u>: Intégrer une obligation de définir dans les PCAE les mesures à prévoir pour la commande publique et de les évaluer annuellement / chaque contrat (marché public ou concession) doit s'inscrire dans le cadre d'une action du PCAE.</p>	<p>Article 30 de l'ordonnance n°2015-899 du 23 juillet 2015 :</p> <p>«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.»</p>	<p>Proposition d'intégration d'une section 3 « Définition durable des besoins » et d'un article 5 dans le projet de décret rédigé ainsi :</p> <p>« A créer : Afin de tenir compte des objectifs de développement durable dans la détermination de la nature et l'étendue des besoins à satisfaire au sens de l'article 30 de l'ordonnance du 23 juillet 2015, le pouvoir adjudicateur doit, dans la préparation d'un marché public, prendre en considération les mesures pour la commande publique inscrites à son plan climat air-énergie territorial prévu à l'article L.229-26 du code de l'environnement. »</p>
<p>Mesure n°2 : l'achat obligatoire de véhicule électrique</p> <p><u>Objectif</u>: Supprimer le seuil de procédure formalisée concernant tous les achats de véhicule et intégrer une obligation de prévoir 50% du renouvellement annuel en véhicule électrique pur lorsque le rayon maximum du périmètre territorial est inférieur à 100 km à une altitude moyenne inférieure à 500 m, et en hybride au-delà de ces seuils.</p>	<p>Article 93 du projet de décret :</p> <p>« I. – Lorsqu'un acheteur passe un marché public pour l'achat d'un véhicule à moteur relevant des catégories M et N définies à l'article R.311-1 du code de la route et que la valeur estimée du besoin est égale ou supérieure aux seuils de procédure formalisée, il tient compte des incidences énergétiques et environnementales de ce véhicule sur toute sa durée de vie.</p> <p>Sont exemptés de cette obligation les achats :</p> <p>1°) De véhicules conçus et construits pour être utilisés principalement sur les chantiers de construction, dans les carrières ou les installations portuaires ou aéroportuaires ;</p> <p>2°) De véhicules conçus et construits pour être utilisés par les forces armées la protection civile, les services de lutte contre l'incendie et les services responsables du maintien de l'ordre</p> <p>3°) De machines mobiles</p> <p>II. – Si l'achat de véhicule à moteur est réalisé pour l'exécution d'un service public de transport de personnes dont l'acheteur s'est vu confier la gestion et l'exploitation,</p>	<p>Proposition de modification de l'article 93 du projet de décret :</p> <p>I. Lorsqu'un acheteur passe un marché public pour l'achat d'un véhicule à moteur relevant des catégories M et N définies à l'article R.311-1 du code de la route [passage à supprimer : et que la valeur estimée du besoin est égale ou supérieure aux seuils de procédure formalisée] :</p> <p>[A intégrer: 1°) Il tient compte des incidences énergétiques et environnementales de ce véhicule sur toute sa durée de vie.</p> <p>2°) Il prévoit qu'au minimum 50% de l'achat sera affecté à des véhicules électriques lorsque son rayon maximum du périmètre territorial est inférieur à 100 km et à une altitude moyenne inférieure à 500 m :</p> <p>3°) Il prévoit qu'au minimum 50% de l'achat sera affecté à des véhicules hybrides lorsque son rayon maximum du périmètre territorial est supérieur à 100 km ou à une altitude moyenne</p>

<p><i>l'obligation mentionnée au premier alinéa du I s'applique, indépendamment de la valeur estimée du marché public, dès lors que les produits de la gestion et l'exploitation, sur toute leur durée, sont d'un montant égal ou supérieur au seuil à partir duquel l'autorité responsable du transport doit recourir à une procédure formalisée pour la passation de ses propres marchés publics de fournitures.</i></p> <p><i>III. – Il peut être satisfait à l'obligation mentionnée au I par :</i></p> <p><i>1° La fixation de spécification techniques conformes à l'article 5 relatives aux performances énergétiques et environnementales du véhicule ;</i></p> <p><i>2° L'inclusion des incidences énergétiques et environnementales du véhicule, sur toute sa durée de vie, dans les critères d'attribution prévus à l'article 59. Les incidences à prendre en compte sont définies selon les modalités fixées au IV.</i></p> <p><i>Si l'acheteur choisit de traduire ces incidences en valeur monétaire, leur quantification doit se conformer à la méthodologie établie en application du IV</i></p> <p><i>IV. – Un arrêté conjoint des ministres chargés de l'écologie et de l'économie détermine les incidences énergétiques et environnementales liées à l'utilisation du véhicule à moteur qu'il convient de prendre en compte ainsi que la méthodologie à appliquer s'il est envisagé de traduire ces incidences en valeur monétaire ».</i></p>	<p>inférieure à 500 m ;]</p> <p><i>Sont exemptés de cette obligation les achats :</i></p> <p><i>1°) De véhicules conçus et construits pour être utilisés principalement sur les chantiers de construction, dans les carrières ou les installations portuaires ou aéroportuaires ;</i></p> <p><i>2°) De véhicules conçus et construits pour être utilisés par les forces armées la protection civile, les services de lutte contre l'incendie et les services responsables du maintien de l'ordre</i></p> <p><i>3°) De machines mobiles</i></p> <p>II. – [A intégrer : Le premier alinéa du I est également applicable] si l'achat de véhicule à moteur est réalisé pour l'exécution d'un service public de transport de personnes dont l'acheteur s'est vu confier la gestion et l'exploitation, l'obligation mentionnée au premier alinéa du I s'applique, indépendamment de la valeur estimée du marché public, [A supprimer : dès lors que les produits de la gestion et l'exploitation, sur toute leur durée, sont d'un montant égal ou supérieur au seuil à partir duquel l'autorité responsable du transport doit recourir à une procédure formalisée pour la passation de ses propres marchés publics de fournitures].</p> <p><i>III. – Il peut être satisfait à l'obligation mentionnée au I par :</i></p> <p><i>1° La fixation de spécification techniques conformes à l'article 5 relatives aux performances énergétiques et environnementales du véhicule ;</i></p> <p><i>2° L'inclusion des incidences énergétiques et environnementales du véhicule, sur toute sa durée de vie, dans les critères d'attribution prévus à l'article 59. Les incidences à prendre en compte sont définies selon les modalités fixées au IV.</i></p> <p><i>Si l'acheteur choisit de traduire ces incidences en valeur monétaire, leur quantification doit se</i></p>
--	--

		<p>conformer à la méthodologie établie en application du IV</p> <p>IV. – Un arrêté conjoint des ministres chargés de l'écologie et de l'économie détermine les incidences énergétiques et environnementales liées à l'utilisation du véhicule à moteur qu'il convient de prendre en compte ainsi que la méthodologie à appliquer s'il est envisagé de traduire ces incidences en valeur monétaire.</p>
--	--	--

Veiller à l'attribution d'une commande publique durable

<p>Mesure n°3 : Rendre obligatoire le critère environnemental en cas de pluralité de critères</p> <p><u>Objectif</u>: Rendre le critère environnemental obligatoire en cas de pluralité de critères, sauf justification tenant à l'objet du marché ou ses conditions particulières d'exécution.</p> <p>A terme (2018), pour les opérations de construction de plus de 1 M€ HT, obligation de définir un critère d'éco-conception dans les marchés de travaux pondéré à au moins 20%. Application immédiate d'un critère « Eco conception » pour les achats de fourniture.</p>	<p>Article 59 II du projet de décret :</p> <p>« II. – Pour attribuer le marché public au soumissionnaire ou, le cas échéant, aux soumissionnaires qui ont présenté l'offre économiquement la plus avantageuse, l'acheteur se fonde :</p> <p>1° Soit un critère unique qui peut être :</p> <p>a) Le prix, à condition que le marché public ait pour seul objet l'achat de services ou de fournitures standardisés dont la qualité est insusceptible de variation d'un opérateur économique à l'autre ;</p> <p>b) Le coût, déterminé selon une approche globale qui peut être fondée sur le coût du cycle de vie au sens de l'article 60 ;</p> <p>2° Soit sur une pluralité de critères non discriminatoires et liés à l'objet du marché public ou à ses conditions d'exécution au sens de l'article 38 de l'ordonnance du 23 juillet 2015 susvisée, parmi lesquels figure le critère du prix ou du coût et un ou plusieurs autres critères comprenant des aspects qualitatifs, environnementaux ou sociaux. Il peut s'agir, par exemple, des critères suivants : (...) »</p>	<p>Proposition de modification de l'article 59 du projet de décret :</p> <p>« II. – Pour attribuer le marché public au soumissionnaire ou, le cas échéant, aux soumissionnaires qui ont présenté l'offre économiquement la plus avantageuse, l'acheteur se fonde :</p> <p>1° Soit un critère unique qui peut être :</p> <p>a) Le prix, à condition que le marché public ait pour seul objet l'achat de services ou de fournitures standardisés dont la qualité est insusceptible de variation d'un opérateur économique à l'autre ;</p> <p>b) Le coût, déterminé selon une approche globale qui peut être fondée sur le coût du cycle de vie au sens de l'article 60 ;</p> <p>2° Soit sur une pluralité de critères non discriminatoires et liés à l'objet du marché public ou à ses conditions d'exécution au sens de l'article 38 de l'ordonnance du 23 juillet 2015 susvisée parmi lesquels figure au moins :</p> <p>[A intégrer : a) Le critère du prix ou du coût ;</p> <p>b) Un critère à caractère environnemental, sauf justification tenant à l'objet du marché ou ses conditions particulières d'exécution indiquée.</p> <p>L'acheteur qui décide de ne pas retenir un critère à caractère environnemental mentionne les raisons de son choix dans les</p>
--	--	--

		<p>documents de la consultation ou dans le rapport de présentation mentionné à l'article 101 lorsque l'acheteur agit en tant que pouvoir adjudicateur, et conserve ces justifications dans les conditions de l'article 102 lorsqu'il agit en tant qu'entité adjudicatrice ;</p> <p>c) Un ou plusieurs autres critères, comprenant des aspects qualitatifs, environnementaux ou sociaux. Il peut s'agir, par exemple, des critères suivants : (...)</p> <p>d) Pour les marchés publics de fournitures dont la valeur est égale ou supérieure aux seuils européens mentionnés dans un avis publié au Journal Officiel de la République Française, un critère « Eco-conception » dont la pondération ne peut être inférieure à 20%.</p> <p>e) A compter du 1^{er} janvier 2018, et pour les marchés publics de travaux dont le montant est égal ou supérieur à 1.000.000 euros H.T., un critère « Eco-conception » dont la pondération ne peut être inférieure à 20%. »</p> <p>Prévoir la modification afférente des articles 101 et 102 du projet de décret :</p> <p>« I. Pour les marchés publics répondant à un besoin dont la valeur est égale ou supérieure aux seuils européens (...) le pouvoir adjudicateur établit un rapport de présentation de la procédure de passation comportant au moins les éléments suivants :</p> <p>(...)</p> <p>[A intégrer : 13°) le cas échéant, s'il ne les a pas indiquées dans les documents de la consultation, les raisons pour lesquelles il n'a retenu de critère à caractère environnemental en application de l'article 59].</p>
<p>Mesure n°4 : L'introduction d'une variante environnementale obligatoire</p> <p><u>Objectif</u>: Rendre obligatoire la possibilité pour les entreprises de présenter une variante environnementale.</p>	<p>Article 55 du projet de décret :</p> <p>« I. – Les acheteurs peuvent autoriser ou exiger la présentation de variantes dans les conditions suivantes :</p> <p>1° Pour les marchés publics passés selon une procédure formalisée :</p> <p>a) Lorsque le marché public est passé par un</p>	<p>Proposition nouvel article 55 du projet de décret :</p> <p>« I. – Les acheteurs peuvent autoriser ou exiger la présentation de variantes dans les conditions suivantes :</p> <p>1° Pour les marchés publics passés</p>

<p>Déclinaison en opération de construction : rendre obligatoire la présentation d'une variante environnementale pour les opérations de construction de bâtiment et d'infrastructure supérieures à 5 M€ HT (sauf pour les petits lots).</p> <p>Accompagnement : Création parallèle de deux missions complémentaires dans le décret n° 93-1268 du 29 novembre 1993 : une mission « coût global avec BIM », entrant dans la « mission de base » pour les opérations de construction et d'aménagement de plus d'1M€ HT.</p> <p>II. - Lorsque l'acheteur autorise expressément ou exige la présentation de variantes, il mentionne dans les documents de la consultation les exigences minimales que les variantes doivent respecter ainsi que toute condition particulière de leur présentation.</p> <p>III. - Pour les marchés publics de fournitures ou de services, une variante ne peut être rejetée au seul motif qu'elle aboutirait, si elle était retenue, à un marché public de services au lieu d'un marché public de fournitures ou à un marché public de fournitures au lieu d'un marché public de services.</p>	<p>pouvoir adjudicateur, les variantes sont interdites sauf mention contraire dans l'avis d'appel public à la concurrence ou dans l'invitation à confirmer l'intérêt ;</p> <p>b) Lorsque le marché public est passé par une entité adjudicatrice, les variantes sont autorisées sauf mention contraire dans l'avis d'appel public à la concurrence ou dans l'invitation à confirmer l'intérêt ;</p> <p>2° Pour les marchés publics passés selon une procédure adaptée, les variantes sont autorisées sauf mention contraire dans les documents de la consultation.</p> <p>3° Quelle que soit la procédure, l'acheteur peut exiger la présentation de variantes. Dans ce cas, il l'indique dans l'avis d'appel public à la concurrence ou dans l'invitation à confirmer l'intérêt ou, en l'absence d'un tel avis ou d'une telle invitation, dans les documents de la consultation.</p> <p>3° Quelle que soit la procédure, l'acheteur peut exiger la présentation de variantes. Dans ce cas, il l'indique dans l'avis d'appel public à la concurrence ou dans l'invitation à confirmer l'intérêt ou, en l'absence d'un tel avis ou d'une telle invitation, dans les documents de la consultation.</p> <p>4° Par dérogation au 1^{er} alinéa, quelle que soit la procédure, l'acheteur ne peut interdire la présentation de variantes environnementales.</p> <p>5°) Pour les opérations de construction de bâtiment et supérieures au seuil des marchés formalisés, l'acheteur devra imposer la présentation d'au moins une variante environnementale à l'exception des petits lots au sens de l'article 21.</p> <p>II. - Lorsque l'acheteur autorise expressément ou exige la présentation de variantes, il mentionne dans les documents de la consultation les exigences minimales que les variantes doivent respecter ainsi que toute condition particulière de leur présentation.</p> <p>III. - Pour les marchés publics de fournitures ou de services, une variante ne peut être rejetée au seul motif qu'elle aboutirait, si elle était retenue, à un marché public</p>	<p>selon une procédure formalisée :</p> <p>a) Lorsque le marché public est passé par un pouvoir adjudicateur, les variantes sont interdites sauf mention contraire dans l'avis d'appel public à la concurrence ou dans l'invitation à confirmer l'intérêt ;</p> <p>b) Lorsque le marché public est passé par une entité adjudicatrice, les variantes sont autorisées sauf mention contraire dans l'avis d'appel public à la concurrence ou dans l'invitation à confirmer l'intérêt ;</p> <p>2° Pour les marchés publics passés selon une procédure adaptée, les variantes sont autorisées sauf mention contraire dans les documents de la consultation.</p> <p>3° Quelle que soit la procédure, l'acheteur peut exiger la présentation de variantes. Dans ce cas, il l'indique dans l'avis d'appel public à la concurrence ou dans l'invitation à confirmer l'intérêt ou, en l'absence d'un tel avis ou d'une telle invitation, dans les documents de la consultation.</p>
--	---	--

		<p>de services au lieu d'un marché public de fournitures ou à un marché public de fournitures au lieu d'un marché public de services.</p> <p>Prévoir la modification afférente du décret n°93-1268 du 29 novembre 1993 relatif aux missions de maîtrise d'oeuvre confiées par des maîtres d'ouvrage publics à des prestataires de droit privé.</p>
<p>Mesure n°5 : La création d'un droit de préférence environnemental</p> <p><u>Objectif</u>: Introduire un droit de préférence, à équivalence d'offres, au profit de l'offre présentant la meilleure valeur environnementale</p>	<p>Sous-section 5 –Article 58 II du projet de décret :</p> <p>« II. – Lorsque deux ou plusieurs offres sont équivalentes au regard des critères d'attribution, une préférence est accordée à celle des offres qui ne peut être rejetée en application du I. Les offres sont considérées comme équivalentes si l'écart entre le prix respectif n'exécède pas 3% »</p>	<p>Proposition de création d'une sous-section 6 « Droit de préférence aux offres à haute valeur environnementale (OHVE) » et d'un article 59 :</p> <p>[A créer « II. – Lorsque deux ou plusieurs offres sont équivalentes au regard des critères d'attribution, une préférence est accordée à celle des offres, qui ne présente un caractère ni irrégulier, ni approprié, ni inacceptable au sens de l'article 56, et qui présente la meilleure valeur environnementale. Pour l'application du droit de préférence aux offres à haute valeur environnementale, les offres sont considérées comme équivalentes si l'écart de la note globale n'exécède pas 10% si l'écart entre le prix respectif n'exécède pas 5 % »]³³</p>
<p>Mesure n°6 : La prise en compte d'un critère environnemental pour l'offre de lots multiples</p> <p><u>Objectif</u>: En cas d'ouverture aux variantes selon le nombre de lots susceptibles d'être obtenus (art. 32.I. dernier al. de l'ordonnance), obligation de prévoir un critère environnemental (ou social).</p>	<p>Article 32 de l'ordonnance du 23 juillet 2015 (et art. 11 du projet de décret) :</p> <p>« I. – (...) Les acheteurs peuvent limiter le nombre de lots pour lesquels un opérateur économique peut présenter une offre ou le nombre de lots qui peuvent être attribués à un même opérateur économique.</p> <p>Les offres sont appréciées lot par lot sauf lorsque l'acheteur a autorisé les opérateurs économiques à présenter des offres variables selon le nombre de lots susceptibles d'être obtenus.</p>	<p>Proposition de modification de l'article 11 du projet de décret :</p> <p>« I. – L'acheteur qui décide de pas allouer :</p> <p>1° Mentionne les raisons de son choix dans les documents de la consultation ou le rapport de présentation mentionné à l'article 101, lorsqu'il agit en tant que pouvoir adjudicateur ;</p> <p>2° Conserve ces justifications dans les conditions de l'article 102, lorsqu'il agit en tant qu'entité adjudicatrice.</p> <p>II. – L'acheteur indique dans l'avis d'appel public à la concurrence ou l'invitation à confirmer l'intérêt si</p>

³³ L'on pourrait même imaginer, en sus de la création d'un régime des OHVE, un régime des offres à basse valeur environnementale (OBVE), calqué sur le régime des offres anormalement basse (art. 57 du projet de décret), et qui permettrait à l'acheteur de rejeter une offre dont la valeur environnementale est inexistante ou trop faible

		<p>les opérateurs économiques peuvent soumissionner pour un seul lot, plusieurs lots ou tous les lots ainsi que, le cas échéant, le nombre maximal de lots qui peuvent être attribués à un même soumissionnaire. Dans ce cas, les documents de la consultation précisent les règles applicables lorsque la mise en œuvre des critères d'attribution conduirait à attribuer à un même soumissionnaire un nombre de lots supérieur au nombre maximal.</p> <p>[A intégrer : Si l'acheteur autorise les opérateurs économiques à présenter des offres variables selon le nombre de lots susceptibles d'être obtenus, un critère environnemental figure obligatoirement parmi les critères d'attribution].</p>
<p>Mesure n°7 : Elargir le champ de la commande publique durable</p> <p><u>Objectif</u> : Etendre les trois mesures précédentes au droit des concessions et aux appels à projets pour les concessions de terrains avec charges d'intérêt général.</p>		<p>Intégrer les mesures 4, 5 et 6 dans l'ordonnance (et ses décrets d'application) transposant la directive concession 2014/23/UE.</p>

Préconiser des conditions d'exécution environnementales

<p>Mesure n°8 : L'obligation de prévoir au moins une condition d'exécution environnementale</p> <p><u>Objectif</u> : Rendre obligatoire l'intégration d'au moins une condition d'exécution à caractère environnemental, sauf justification tenant à l'objet du marché ou ses conditions particulières d'exécution</p>	<p>Article 38 de l'ordonnance du 23 juillet 2015 :</p> <p>« I. - Les conditions d'exécution d'un marché public peuvent prendre en compte des considérations relatives à l'économie, à l'innovation, à l'environnement, au domaine social ou à l'emploi, à condition qu'elles soient liées à l'objet du marché public ».</p> <p>Article 14 du projet de décret :</p> <p>« I. - Les marchés publics dont le montant est égal ou supérieur à 25.000 euros H.T. sont conclus par écrit et contiennent des clauses qui précisent :</p> <p>1° Les pièces constitutives du marché public et leur ordre de priorité. Cet ordre de priorité prévaut en cas de contradiction dans le contenu des pièces ;</p> <p>2° La désignation du compte assignataire lorsque le marché public est passé par un acheteur doté d'un comptable public. Toutefois, pour les accords-cadres et les systèmes d'acquisition dynamique, cette mention peut figurer dans les bons de</p>	<p>Proposition de modification de l'article 14 du projet de décret :</p> <p>« I. - Les marchés publics dont le montant est égal ou supérieur à 25.000 euros H.T. sont conclus par écrit et contiennent des clauses qui précisent :</p> <p>1° Les pièces constitutives du marché public et leur ordre de priorité. Cet ordre de priorité prévaut en cas de contradiction dans le contenu des pièces ;</p> <p>2° La désignation du compte assignataire lorsque le marché public est passé par un acheteur doté d'un comptable public. Toutefois, pour les accords-cadres et les systèmes d'acquisition dynamique, cette mention peut figurer dans les bons de commande, dans les marchés subséquents ou dans les marchés spécifiques ;</p> <p>3° L'objet et les conditions</p>
--	--	---

	<p>commande, dans les marchés subséquents ou dans les marchés spécifiques ;</p> <p>3° L'objet et les conditions d'exécution du marché publics.</p> <p>II. – Ces clauses peuvent être déterminées par référence à des documents généraux tels que :</p> <p>1° Les cahiers des clauses administratives générales, qui fixent les stipulations de nature administrative applicables à une catégorie de marchés publics ;</p> <p>2° Les cahiers des clauses techniques générales, qui fixent les stipulations de nature technique applicable à toutes les prestations d'une même nature (...) »</p>	<p>d'exécution du marché public. [A intégrer : Parmi les conditions d'exécution du marché public, l'acheteur doit, sauf justification tenant à l'objet du marché ou ses conditions particulières d'exécution, imposer au cocontractant au moins une condition d'exécution à caractère environnementale.]³⁴</p> <p>II. – Ces clauses peuvent être déterminées par référence à des documents généraux tels que :</p> <p>1° Les cahiers des clauses administratives générales, qui fixent les stipulations de nature administrative applicables à une catégorie de marchés publics ;</p> <p>2° Les cahiers des clauses techniques générales, qui fixent les stipulations de nature technique applicable à toutes les prestations d'une même nature (...) »</p>
<p>Mesure n°9 : la création d'une clause d'intéressement environnemental dans les contrats globaux</p> <p><u>Objectif</u> : Dès lors qu'une performance environnementale est définie et assortie d'une pénalité, rendre obligatoire, en cas de dépassement de la performance attendue, une clause d'intéressement partagé.</p>	<p>Article 89 du projet de décret (marché public global de performance) :</p> <p>« Lorsque la valeur estimée du besoin est égale ou supérieure aux seuils européens mentionnés à l'article 42 de l'ordonnance du 23 juillet 2015 susvisée, le marché public global de performance qui comprend la réalisation de travaux relevant de la loi du 12 juillet 1985 susvisée est passé selon les modalités fixées par l'article 88.</p> <p>Le marché public global de performance fait obligatoirement apparaître, de manière séparée, les prix respectifs de la construction et de l'exploitation ou de la maintenance. La rémunération des prestations d'exploitation ou de maintenance doit être liée à l'atteinte des engagements de performances mesurables fixées par le marché public pour toute sa durée.</p> <p>Pour attribuer le marché public global de</p>	<p>Proposition de modification de l'article 89 du projet de décret :</p> <p>« Lorsque la valeur estimée du besoin est égale ou supérieure aux seuils européens mentionnés à l'article 42 de l'ordonnance du 23 juillet 2015 susvisée, le marché public global de performance qui comprend la réalisation de travaux relevant de la loi du 12 juillet 1985 susvisée est passé selon les modalités fixées par l'article 88.</p> <p>Le marché public global de performance fait obligatoirement apparaître, de manière séparée, les prix respectifs de la construction et de l'exploitation ou de la maintenance. La rémunération des prestations d'exploitation ou de maintenance doit être liée à l'atteinte des engagements de performances mesurables fixées</p>

³⁴ Pour que le décret, qui est relatif à l'application de l'ordonnance du 23 juillet 2015, soit en parfaite conformité avec celle-ci, la modification de l'article de l'article 38 de l'ordonnance sera nécessaire : Proposition de réécriture du I de l'article 38 de l'ordonnance :

« I. - Les conditions d'exécution d'un marché public **doivent, sauf justifications fixées par voie réglementaire, obligatoirement prendre en compte des considérations relatives à l'environnement. Elle peuvent, en outre, prendre également** en compte des considérations relatives à l'économie, à l'innovation, au domaine social ou à l'emploi, à condition qu'elles soient liées à l'objet du marché public ».

<p>performance, l'acheteur se fonde sur une pluralité de critère parmi lesquels figurent le critère du coût global ainsi qu'un ou plusieurs critères relatifs aux objectifs de performance prévus à l'article 34 de l'ordonnance du 23 juillet 2015 susvisée, et définis en fonction de l'objet du marché public. »</p> <p>Article 151 du projet de décret (marché de partenariat – rémunération du titulaire) :</p> <p>« I. – Pour le calcul de la rémunération du titulaire, sont pris en compte et distingués :</p> <p>1° Les coûts d'investissement, notamment les coûts d'étude et de conception, les coûts de construction, les coûts annexes à la construction et les frais financiers intercalaires ;</p> <p>2° Les coûts de fonctionnement ;</p> <p>3° Les coûts de financement ;</p> <p>4° Le cas échéant, les revenus issus de l'exercice d'activités annexes ou de la valorisation du domaine</p> <p>II. – Le marché de partenariat prévoit les motifs et les modalités de variations de la rémunération ainsi que les modalités de paiement du titulaire pendant toute sa durée.</p> <p>III. – Le marché de partenariat prévoit les conditions dans lesquelles, chaque année, les sommes dues par l'acheteur au titulaire et celles dont celui-ci est redevable au titre des pénalités ou de sanctions font l'objet d'une compensation. »</p>	<p>performance, l'acheteur se fonde sur une pluralité de critère parmi lesquels figurent le critère du coût global ainsi qu'un ou plusieurs critères relatifs aux objectifs de performance prévus à l'article 34 de l'ordonnance du 23 juillet 2015 susvisée, et définis en fonction de l'objet du marché public. »</p> <p>Article 151 du projet de décret (marché de partenariat – rémunération du titulaire) :</p> <p>« I. – Pour le calcul de la rémunération du titulaire, sont pris en compte et distingués :</p> <p>1° Les coûts d'investissement, notamment les coûts d'étude et de conception, les coûts de construction, les coûts annexes à la construction et les frais financiers intercalaires ;</p> <p>2° Les coûts de fonctionnement ;</p> <p>3° Les coûts de financement ;</p> <p>4° Le cas échéant, les revenus issus de l'exercice d'activités annexes ou de la valorisation du domaine</p> <p>II. – Le marché de partenariat prévoit les motifs et les modalités de variations de la rémunération ainsi que les modalités de paiement du titulaire pendant toute sa durée. [A créer : A ce titre, si les motifs et les modalités de variations de la rémunération sont fixés au regard d'objectifs de performance, le dépassement desdits objectifs par le titulaire donne lieu à l'application d'une clause d'intéressement partagé définie dans le contrat].</p> <p>III. – Le marché de partenariat</p>	<p>par le marché public pour toute sa durée.</p> <p>[A intégrer: Dans ce cas, lorsque l'acheteur assortit de pénalités le non-respect des engagements de performances mesurables, il prévoit également l'insertion d'une clause d'intéressement partagé au profit du titulaire en cas de dépassement desdits engagements par celui-ci.]</p> <p>Pour attribuer le marché public global de performance, l'acheteur se fonde sur une pluralité de critère parmi lesquels figurent le critère du coût global ainsi qu'un ou plusieurs critères relatifs aux objectifs de performance prévus à l'article 34 de l'ordonnance du 23 juillet 2015 susvisée, et définis en fonction de l'objet du marché public. »</p> <p>Proposition de modification de l'article 151 du projet de décret :</p> <p>« I. – Pour le calcul de la rémunération du titulaire, sont pris en compte et distingués :</p> <p>1° Les coûts d'investissement, notamment les coûts d'étude et de conception, les coûts de construction, les coûts annexes à la construction et les frais financiers intercalaires ;</p> <p>2° Les coûts de fonctionnement ;</p> <p>3° Les coûts de financement ;</p> <p>4° Le cas échéant, les revenus issus de l'exercice d'activités annexes ou de la valorisation du domaine</p> <p>II. – Le marché de partenariat prévoit les motifs et les modalités de variations de la rémunération ainsi que les modalités de paiement du titulaire pendant toute sa durée. [A créer : A ce titre, si les motifs et les modalités de variations de la rémunération sont fixés au regard d'objectifs de performance, le dépassement desdits objectifs par le titulaire donne lieu à l'application d'une clause d'intéressement partagé définie dans le contrat].</p> <p>III. – Le marché de partenariat</p>
---	---	--

		<p>prévoit les conditions dans lesquelles, chaque année, les sommes dues par l'acheteur au titulaire et celles dont celui-ci est redevable au titre des pénalités ou de sanctions font l'objet d'une compensation.»</p>
<p>Mesure n°10 : La majoration de l'avance forfaitaire pour l'acquisition de matériaux, produits, fournitures bénéficiant d'un écolabel ou pour les entreprises bénéficiant d'une certification EMAS.</p> <p><u>Objectif</u>: Rendre obligatoire la majoration du montant de l'avance forfaitaire à 15%, sans garantie à 1^{ère} demande pour les avances inférieures à 50.000 € et 150.000 €, pour l'acquisition de matériaux, produits et fournitures, bénéficiant d'un écolabel ou d'une certification EMAS.</p>	<p>Article 106 du projet de décret :</p> <p>« I. – Une avance est accordée au titulaire d'un marché public lorsque le montant initial du marché public ou de la tranche affermie est supérieur à 50.000 euros H.T. et dans la mesure où le délai d'exécution est supérieur à deux mois. Cette avance est calculée sur la base du montant du marché public diminué du montant des prestations confiées à des sous-traitants et donnant lieu à paiement direct. (...)</p> <p>II. – Le montant de l'avance est fixé, sous réserve des dispositions du III et de celles de l'article 131 :</p> <p>1°) A 5% du montant initial, toutes taxes comprises, du marché public ou de la tranche affermie si leur durée est inférieure ou également à douze mois. Si cette durée est supérieure à douze mois, l'avance est égale à 5% d'une somme égale à douze fois le montant mentionné ci-dessus divisé par cette durée exprimée en mois ; (...)</p> <p>III. – Le marché public peut prévoir que l'avance versée au titulaire dépasse les 5% mentionnés au II.</p> <p>En tout état de cause, l'avance ne peut excéder 30% des montants mentionnés au II.</p> <p>L'avance peut toutefois être portée à un maximum de 60% des montants mentionnés ci-dessus, sous réserve que le titulaire constitue une garantie à première demande conformément aux dispositions de l'article 119.</p> <p>Le taux et les conditions de versement de l'avance sont fixés par le marché public. Ils ne peuvent être modifiés en cours d'exécution du marché public.</p> <p>IV. – Les dispositions du présent article s'appliquent :</p> <p>1° Aux marchés publics reconductibles sur le montant de la période initiale ;</p> <p>2° Aux marchés publics reconduits sur le montant de chaque reconduction.</p> <p>V. – Le marché public peut prévoir, dans les conditions du III, le versement d'une avance</p>	<p>Proposition de modification de l'article 106 du projet de décret :</p> <p>« I. – Une avance est accordée au titulaire d'un marché public lorsque le montant initial du marché public ou de la tranche affermie est supérieur à 50.000 euros H.T. et dans la mesure où le délai d'exécution est supérieur à deux mois. Cette avance est calculée sur la base du montant du marché public diminué du montant des prestations confiées à des sous-traitants et donnant lieu à paiement direct. (...)</p> <p>II. – Le montant de l'avance est fixé, sous réserve des dispositions du III et de celles de l'article 131 :</p> <p>1°) A 5% du montant initial, toutes taxes comprises, du marché public ou de la tranche affermie si leur durée est inférieure ou également à douze mois. Si cette durée est supérieure à douze mois, l'avance est égale à 5% d'une somme égale à douze fois le montant mentionné ci-dessus divisé par cette durée exprimée en mois ; (...)</p> <p>III. – Le marché public peut prévoir que l'avance versée au titulaire dépasse les 5% mentionnés au II.</p> <p>En tout état de cause, l'avance ne peut excéder 30% des montants mentionnés au II.</p> <p>L'avance peut toutefois être portée à un maximum de 60% des montants mentionnés ci-dessus, sous réserve que le titulaire constitue une garantie à première demande conformément aux dispositions de l'article 119.</p> <p>Le taux et les conditions de versement de l'avance sont fixés par le marché public. Ils ne peuvent être modifiés en cours d'exécution du marché public.</p> <p>[A intégrer : IV. – Pour les marchés</p>

	<p>dans les cas où elle n'est pas obligatoire.</p>	<p>publics ayant pour objet l'acquisition de matériaux, produits et fournitures bénéficiant d'un écolabel ou d'une certification EMAS, le montant de l'avance accordé au titulaire est majoré de 15%.</p> <p>Dans ce cas, lorsque l'avance excède 30% des montants mentionnés au II mais est inférieure à 150.000 euros H.T., le titulaire n'est pas tenu de constituer la garantie à première demande mentionnée aux dispositions de l'article 119.]</p> <p>V. – Les dispositions du présent article s'appliquent :</p> <p>1° Aux marchés publics reconductibles sur le montant de la période initiale ;</p> <p>2° Aux marchés publics reconduits sur le montant de chaque reconduction.</p> <p>VI. – Le marché public peut prévoir, dans les conditions du III, le versement d'une avance dans les cas où elle n'est pas obligatoire.</p>
--	--	---



Nicolas CHARREL

Avocat au barreau de Paris

Avocat européen à la Cour du Luxembourg

Formateur Expert du Groupe Moniteur
Membre de Comité de rédaction de la revue Contrats Publics du Moniteur

Coauteur du Code des marchés publics commenté (Le Moniteur)

Coauteur de l'Encyclopédie Réglementation des marchés publics (Le moniteur)

Auteur de l'ouvrage « Le risque pénal dans les marchés publics et les délégations de service public » (Le Moniteur)

Auteur de l'Ordonnance du 6 juin 2005 commentée (Le Moniteur)

Auteur du CCAG travaux et CCAG MI – PI – TIC commentés (Le Moniteur)



Thomas GASPAR

***Avocat à la Cour d'Appel de Montpellier**

*** Chargé d'Enseignement à la Faculté de droit de Montpellier – Magistère Droit Public des Affaires**

LIVRE ORANGE DE LA COMMANDE PUBLIQUE DURABLE (CO.P.21)

Le 9 décembre 2015, dans l'intensité des derniers jours de la COP 21, Nicolas CHARREL et Thomas GASPAS, avocats du Cabinet CHARREL & Associés, ont publié le livre orange de la COMmande Publique durable dans lequel ils proposent 10 mesures concrètes pour rendre la commande publique plus durable.

L'objectif de ce livre orange de la COMmande Publique durable est de participer au débat en proposant une traduction rapide dans le droit de la commande publique actuellement en pleine refonte, des objectifs de développement durable.

Ces quelques mesures, à partager, développer, renforcer sûrement, concernent l'ensemble du parcours de l'achat public.

C'est le cas tant au stade de la définition des besoins, avec l'idée générale de rendre coercitive et non plus simplement facultative la prise en compte de l'environnement dans les besoins des acheteurs, qu'au stade de l'exécution en imposant au moins une conditions d'exécution environnementale ou en favorisant une coopération effective du cocontractant via l'utilisation par exemple d'une clause d'intéressement environnementale. En passant évidemment par l'attribution du contrat, en obligeant par diverses mesures, non seulement les candidats à intégrer la dimension environnementale dans leurs offres, mais également l'acheteur à la prendre en compte dans son analyse.

Suite à la COP 21 certes, mais aussi à l'heure où la concertation publique sur le projet de décret d'application de l'ordonnance du 23 juillet 2015 relative aux marchés publics s'est s'achevée, ce livre orange de la COMmande Publique inclut en annexe un tableau de proposition de modification du projet de décret pour intégrer et prendre en compte ces 10 mesures dans celui-ci.